



HAL
open science

Le détenu : du statut d'assujetti au service public au statut d'utilisateur du service public

Barbara Gonçalves

► **To cite this version:**

Barbara Gonçalves. Le détenu : du statut d'assujetti au service public au statut d'utilisateur du service public. Droit. Université Clermont Auvergne [2017-2020], 2019. Français. NNT : 2019CLFAD010 . tel-03092259

HAL Id: tel-03092259

<https://theses.hal.science/tel-03092259v1>

Submitted on 2 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ CLERMONT AUVERGNE



ÉCOLE DE DROIT

Université Clermont Auvergne

LE DÉTENU, DU STATUT D'ASSUJETTI AU SERVICE PUBLIC AU STATUT D'USAGER DU SERVICE PUBLIC

Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit de l'Université Clermont Auvergne,
présentée et soutenue publiquement le 3 octobre 2019 par Barbara GONÇALVES

Directeur de recherches :

- Monsieur Charles-André DUBREUIL, Professeur de droit public à l'Université Clermont-Auvergne

Rapporteurs :

- Monsieur Serge SLAMA, Professeur de droit public à l'Université Grenoble-Alpes
- Monsieur Jean-Baptiste PERRIER, Professeur de droit privé et de sciences criminelles à Aix-Marseille Université

Assesseurs :

- Madame Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, Professeure de droit public à l'Université Clermont-Auvergne
- Monsieur Sébastien HOURSON, Professeur de droit public à l'Université Clermont-Auvergne
- Madame Béatrice PASTRE-BELDA, Maîtresse de conférences en droit public à l'Université de Montpellier

L'Université Clermont-Auvergne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, ces opinions devront être considérées comme propres à son auteur.

TABLE DES ABREVIATIONS

A. JURIDICTIONS

CAA : arrêt de cour administrative d'appel
Cass. : arrêt de la cour de cassation
CC : arrêt du Conseil constitutionnel
CE : arrêt du Conseil d'État (sous-sections)
CE, Ass. : arrêt du Conseil d'État (Assemblée du contentieux)
CE Ord. : ordonnance du Conseil d'État
CE réf. : arrêt en référé du Conseil d'État
CE, Sect. : arrêt du Conseil d'État (Section du contentieux)
CEDH : arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme
TA : jugement de tribunal administratif
TC : décision du Tribunal des conflits

B. Périodiques

AIJC : Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA : Actualité juridique, Droit administratif
AJ Pénal : Actualité juridique, Droit pénal
BO : Bulletin officiel
Bull. crim. : Bulletin criminel
CCC : Contrats, concurrence, consommation
D. : Recueil Dalloz
DA : Droit administratif
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
JCP G. : La semaine juridique
JCP A. : La semaine juridique, Administration
JORF : Journal officiel de la République française
LADL : Lettres Actualités Droits Libertés
LPA : Les petites affiches
Rec. : Recueil Lebon
Rev. Adm. : La revue administrative

RDIP : Revue de droit international privé
RDP : Revue du droit public et de la science politique
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
RFDA : Revue française de droit administratif
RFDC : Revue française de droit constitutionnel
RRJ : Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RSC : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

C. Autres abréviations

CCNE : Comité consultatif national d'éthique
CGLPL : Contrôleur général des lieux de privation de liberté
Chron. : Chronique
CJA : Code de justice administrative
CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme
Coll. : Collection
Comm. : Commentaire
Concl. : Conclusions de Commissaire du Gouvernement ou de Rapporteur public
CP : Code pénal
CPP : Code de procédure pénale
CREDOF : Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux
Ed. Editions
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
Pan. : Panorama
PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF : Presses universitaires de France

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1 :L'AMBIVALENCE DU STATUT DU DETENU

TITRE 1 : LE DETENU, UN ASSUJETTI AU SERVICE PUBLIC PENITENTIAIRE

Chapitre 1 : La fonction coercitive du service public pénitentiaire

Chapitre 2 : Le détenu, objet du service public pénitentiaire

TITRE 2 : LE DETENU, UN USAGER-BENEFICIAIRE DU SERVICE PUBLIC PENITENTIAIRE

Chapitre 1 : La fonction dispensatrice du service public pénitentiaire

Chapitre 2 : Le détenu, sujet du service public pénitentiaire

PARTIE 2 :LA PREVALENCE DU STATUT D'USAGER DU SERVICE PUBLIC

TITRE 1 : LE DETENU, UN QUASI-USAGER DU SERVICE PUBLIC DE DROIT COMMUN

Chapitre 1 : Le détenu, titulaire d'un droit au recours

Chapitre 2 : Le juge administratif, juge du détenu usager du service public pénitentiaire

TITRE 2 : LE DETENU, UN USAGER DU SERVICE PUBLIC SUI GENERIS

Chapitre 1 : Le détenu, un usager incarcéré soumis aux exigences du principe de sécurité

Chapitre 2 : Le détenu, un usager incarcéré adressataire de prestations à garantir

CONCLUSION

Tables et index

Introduction

1- Fille de la Révolution, « *la prison est une pièce centrale du dispositif pénal et pénitentiaire français, parce qu'elle est une expression visible et tangible, parce qu'elle est impressionnante, ses hauts murs constituent visuellement une menace, un objet dissuasif pour l'immense majorité des gens* »¹. Mais, quand bien même l'on dit souvent que « *la prison sert surtout à effrayer les gens qui de toute façon n'iront jamais* »², la réalité de la peine montre que « *contrairement aux principes du droit français, l'enfermement devient la réponse à tous les maux de la société, à toutes les transgressions, volontaires ou involontaires, des règles ou des normes de la vie en commun* »³. Alors qu'elle devrait être l'ultime peine, au 1^{er} janvier 2018, un tiers des condamnés sont sous écrou, c'est-à-dire qu'ils sont détenus dans un établissement pénitentiaire⁴. Ces chiffres démontrent l'importance de la peine privative de la liberté dans le dispositif pénal français dont l'utilisation est loin d'être anecdotique ainsi que l'échec des politiques pénales contemporaines qui n'arrivent ni à faire de cette peine une solution de dernier recours ni à lutter efficacement contre la récidive.

2- Il est plus important encore d'étudier cette peine en particulier lorsque l'on observe que la prison est une zone de violation des droits fondamentaux. L'état des prisons françaises, dénoncé massivement au début

¹ J.-M. DEJENNE, « Rendre (la) justice au-delà des prétoires : exécuter les peines », in : M. WIEVIORKA (dir.), *Rendre la justice*, Les entretiens d'Auxerre, Éditions Sciences humaines, Auxerre, 2013, p. 186.

² *Ibidem*.

³ CGLPL, *Rapport d'activité 2018*, Dalloz, Paris, 2019, 358 p.

⁴ Selon l'administration pénitentiaire, au 1^{er} janvier 2018, il y a 79 785 personnes écrouées et 163 719 personnes suivies en milieu ouvert, et 75.2 % des personnes écrouées sont des condamnés. V. Direction de l'administration pénitentiaire, *Chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, 1^{er} janvier 2018, 17 p.

des années 2000⁵ à la suite de l'ouvrage écrit par Véronique VASSEUR⁶, a permis de faire de la condition pénitentiaire « *un objet politique à part entière, problématisé en termes de droits de l'homme* »⁷. En effet, « *début 2000, la prison jusqu'alors confinée aux marges de la société occupe l'espace public médiatique tandis que les problématiques pénitentiaires accèdent au statut de problème public appelant une intervention politique urgente* »⁸. Mais, malgré cette prise de conscience de la part des institutions politiques, la prison demeure « *un monde particulier, caché, qui a du mal à sortir du silence* », et il est « *très difficile de connaître, exactement, ce qui se passe derrière les murs d'enceinte des établissements pénitentiaires* »⁹. Il faut attendre près de dix ans pour qu'une loi dresse la liste des droits des détenus¹⁰ et aujourd'hui encore, on ne peut que constater, en accord avec le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, que « *les atteintes à l'ensemble des droits fondamentaux qui contribuent à la dignité de la personne n'ont pas régressé* ». Au contraire, « *le droit à la santé, les droits de la défense, le droit à la réinsertion, le droit au maintien des liens familiaux, le droit à l'intimité, le droit d'exercer librement son culte sont chaque année plus limités par une culture sécuritaire qui ne cesse d'imposer de nouvelles contraintes* »¹¹.

⁵ SENAT, *Rapport de la commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 février 2000*, n°449, JORF du 29 juin 2000 ; ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises*, n°2521, 18 juin 2000.

⁶ V. VASSEUR, *Médecin chef à la prison de la Santé*, Éditions de la Seine, Paris, 2000, 201 p.

⁷ J. CHABBAL, « *Changer la prison : l'institution pénitentiaire saisie par le Parlement* », in : P. TOURNIER (dir), *Enfermements : populations, espaces, temps, processus politiques*, L'Harmattan, Paris, 2012, p. 173.

⁸ *Ibidem*.

⁹ C. VAZEIX, *Le droit au respect de la vie privée du détenu*, Mémoire, Limoges, 2007, p. 7.

¹⁰ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, JORF du 25 nov. 2009, p. 20192.

¹¹ CGLPL, *Rapport d'activité 2018*, *op. cit.*

3- Dans un État de droit, c'est-à-dire un système où la puissance publique est soumise au droit, qui se revendique comme le berceau des droits de l'Homme, la situation des personnes détenues met en lumière la survivance d'un système inégalitaire où la violation des droits fondamentaux persiste et mérite donc de faire l'objet d'une attention toute particulière. Le statut de la personne détenue est l'exemple topique des lacunes du système de protection des droits fondamentaux français.

Il convient toutefois de préciser que nous entendons ici le terme de personne détenue dans un sens strict et que nous étudierons uniquement le statut des personnes faisant l'objet d'une mesure privative de liberté à l'intérieur d'un établissement pénitentiaire. Le terme de condamné à une peine privative de liberté sera également employé, puisque nous excluons de cette étude les personnes prévenues, celles-ci n'ayant pas fait l'objet d'une sanction pénale et bénéficiant de la présomption d'innocence ce qui implique que le droit qui leur est applicable est spécifique. De même, dans la majorité de nos propos, nous excluons l'étude des personnes réalisant leur peine privative de liberté en milieu ouvert, puisqu'il est question d'étudier « *l'ensemble des règles et mécanismes mis en place par le système pénitentiaire et l'institution carcérale, dans le but de prendre en charge les individus reconnus d'avoir violé la loi pénale et condamnés, de ce chef, à l'emprisonnement* »¹².

4- Plus précisément il s'agit d'analyser le statut juridique du détenu qui découle des règles qui lui sont applicables dans sa relation avec l'administration pénitentiaire. Il s'agit d'observer le « *cadre de référence comportant l'ensemble des règles applicables* » au détenu, « *le résultat qu'emporte cet ensemble sur la condition et le régime juridique* » du détenu¹³ ce qui « *renvoie directement aux concepts de droits et d'obligations à la charge de deux entités juridiques que sont l'administration pénitentiaire et la personne incarcérée* »¹⁴. En

¹² M. VASSAIL, *Le statut des personnes incarcérées*, Thèse, Aix Marseille, 1995, p. 7.

¹³ *Ibid.*, p. 15.

¹⁴ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 272.

conséquence, cette étude a pour objet de définir, sous l'angle du droit administratif, les relations existant entre le détenu et l'administration pénitentiaire. S'il convient d'aborder les relations entre ces deux entités à l'aune de différentes matières que sont la sociologie, la philosophie, la criminologie ou le droit pénal, comme l'écrivait déjà Éric PECHILLON en 1998, « *l'administrativiste dispose dans ce contexte d'une position privilégiée parce qu'il peut avoir une vision moins passionnée, en considérant la détention sous un angle différent* », « *pour lui, la prison constitue avant tout une administration chargée d'effectuer les missions que lui a confiées le législateur* »¹⁵. Du point de vue de l'administrativiste, l'étude se porte donc sur la qualification des rapports juridiques s'instaurant entre le détenu et le service pénitentiaire. Or, si la qualification du service pénitentiaire comme service public ne pose que peu de difficultés, il en va bien autrement lorsqu'il s'agit de qualifier les rapports qu'il entretient avec les détenus. En effet, l'absence de définition acceptée par tous de l'usager du service public, et la particularité des rapports détenu/service pénitentiaire, ont souvent rendu complexe cette qualification. Si le détenu a pu alors être qualifié d' "assujetti", d' "usager-forcé", d' "usager incarcéré", on ne peut qu'observer, ces vingt dernières années, une évolution vers un statut de plus en plus protecteur du détenu.

¹⁵ *Ibid.* p. 24.

Définitions

5- Le service pénitentiaire, un service public à visage particulier. René CHAPUS définit le service public comme « *une activité d'intérêt général assurée ou assumée par l'administration* »¹⁶. Le service pénitentiaire étant un instrument de coercition destiné à écarter de la société des individus jugés dangereux, il ne fait aucun doute qu'il s'agisse effectivement d'une activité d'intérêt général, activité placée entre les mains de l'administration pénitentiaire. Ce service est plus précisément un service public administratif ne se comportant à aucun moment comme une entreprise privée et étant financé par les contribuables et non par les usagers. Si des doutes ont pu peser sur la qualification du service pénitentiaire en 1987 lors des débats parlementaires sur le projet de loi facilitant l'accession des sociétés privées aux marchés de construction et de gestion de prisons, ces doutes n'ont pesé que sur la qualification de service public constitutionnel.

6- Certains, tel Louis FAVOREU¹⁷, ont soutenu que les services d'exécution des peines auxquels appartient l'administration pénitentiaire, devaient être distingués des services de prononcé des peines attachés à la souveraineté de l'État et de ce fait non privatisables. Toutefois, au risque de l'inconstitutionnalité d'une loi permettant la délégation de la gestion des établissements pénitentiaires, le Conseil d'État s'étant notamment prononcé pour avis contre ce projet de loi, ce dernier a été retravaillé et les possibilités de délégation ont été réduites, les fonctions de direction et de surveillance ne pouvant pas être déléguées. Aucune saisine du Conseil constitutionnel n'a alors été formée. Pour autant, comme l'affirme Pierre ESPLUGAS, « *le service public pénitentiaire est un instrument de coercition. À ce titre, sa nature n'est pas fondamentalement différente de celle des autres services publics participant à la sanction de la règle de droit comme la police et la*

¹⁶ R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, 239.

¹⁷ L. FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire dans les prisons dites privées », *Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence*, 23 et 24 janvier 1987, *Economica et PUAM*, 1987, p. 45.

justice. Ainsi, les prisons semblent [...] devoir être rangées dans la catégorie des services publics constitutionnels¹⁸».

7- En tout état de cause, le service pénitentiaire a été qualifié de service public par le législateur à plusieurs reprises. Ainsi, la loi n°87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire¹⁹ reprend cette formulation dès son intitulé, et la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, évoque dès son titre premier les « *dispositions relatives au service public pénitentiaire* ». L'activité carcérale ne peut pourtant pas être réduite à la simple notion de service public. De par sa spécificité, l'administration dispose d'un très large pouvoir de contrainte à l'égard des détenus, ce qui a conduit à l'émergence de notions propres et d'un droit dérogatoire du droit commun des services publics. C'est justement cette spécificité qui conduit aux difficultés de qualification du détenu dans ses relations avec l'administration pénitentiaire²⁰.

8- Le détenu, un « usager » difficilement définissable. La doctrine ne s'est jamais accordée sur une définition claire de l'utilisateur du service public. Ceci lié aux particularités du service public pénitentiaire a rendu difficilement définissable le lien existant entre le détenu et ce service.

9- L'absence d'acception unique du terme d'utilisateur du service public. Éric MASSAT écrit, dans son *Essai sur les relations des usagers aux services publics*, que « *la notion d'utilisateur est assortie d'une définition inconsistante* », que « *l'observateur se trouve inmanquablement confronté à une nébuleuse conceptuelle et terminologique* »²¹. En effet, si l'on se penche sur cette notion, il est loisible de constater que des définitions variables, voire opposées des différents types d'utilisateurs, peuvent être observées. Ainsi, si de manière classique, l'utilisateur est celui pour qui le service a été créé et

¹⁸ P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 49

¹⁹ Loi n°87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JORF* du 23 juin 1987, p. 6775.

²⁰ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, pp. 4-5.

²¹ E. MASSAT, *Servir et discipliner, Essai sur la relation des usagers aux services publics*, L'Harmattan, Paris, 2006, p. 20.

fonctionne²², et si « *le terme d’usager évoque une relation bilatérale d’échange* »²³, cette définition ne rend pas compte des différentes relations qui peuvent être établies entre l’administré et le service public.

10- Certains auteurs vont accorder la qualification d’“usager” sur la base de la prestation obtenue par le service public, c’est-à-dire sur la base des « *avantages accordés directement et individuellement* »²⁴. L’usager sera alors compris comme celui qui fait un usage direct de la prestation, qui entretient un lien particulier avec le service. Il sera alors différencié du bénéficiaire indirect tirant profit du service public sans entretenir de relations individualisées et formalisées avec lui²⁵ ; ainsi que de l’administré lié à l’administration dans le but principal de se conformer à des prescriptions et qui ne serait qu’un assujetti au service public²⁶. Selon cette classification, la qualification d’usager effectif du service public nécessiterait alors une démarche spécifique et volontaire de la part de l’administré. Pourtant, d’autres auteurs font abstraction du caractère volontaire de l’entrée dans le service public et estime que « *l’important n’est pas de savoir comment l’individu est entré en relation avec le service public, mais quelle est la nature de la relation administration-usager* ». La sujétion au service n’empêche pas alors le qualificatif d’usager²⁷.

11- Ces différentes “catégories” mises en place par la doctrine ne sont pour autant d’aucune manière incompatibles avec une définition globale de l’usager, comme comprenant le minimum commun à toutes ces catégories, à savoir un lien avec l’administration, créateur de droits et d’obligations. Le terme le plus générique étant alors celui d’usager, et contenant différentes

²² P. ESPLUGAS, *Le service public*, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2012, p. 106.

²³ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 2^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 683

²⁴ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L’usager du service public administratif*, Thèse pour le doctorat en droit, Bordeaux, décembre 1967, p. 11.

²⁵ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 683.

²⁶ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L’usager du service public administratif*, *op. cit.*, pp. 18-19.

²⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, pp. 280-281.

catégories hétéroclites en fonction du degré d'appartenance au service public²⁸.

On peut ainsi distinguer :

-l'usager indirect ou l'administré, c'est-à-dire l'usager bénéficiant du service sans créer de lien particulier avec celui-ci ;

-l'assujetti, c'est-à-dire l'usager ayant un lien particulier avec l'administration basé sur des prescriptions, des obligations et prenant à certains égards la forme d'une soumission, usager marqué par l'absence de démarche volontaire pour obtenir une prestation de la part de l'administration ;

-l'usager bénéficiaire direct, c'est-à-dire l'usager obtenant des prestations individualisées de l'administration.

Ajoutons que pour bénéficier d'un statut d'usager pleinement effectif, il est nécessaire que celui-ci dispose de recours pour faire valoir ses droits et pour faire sanctionner les manquements à ceux-ci.

À la lecture de ces différentes définitions, il est apparu complexe de définir le statut du détenu, d'où sa qualification fluctuante selon les auteurs.

12- Les spécificités du détenu. S'il est communément admis que les administrés sont des bénéficiaires indirects du service public pénitentiaire, celui-ci écartant de la société des personnes jugées dangereuses, le lien entre le détenu et les services pénitentiaires a donné lieu à plus de controverses et à des divergences doctrinales importantes. Le détenu étant dans une position de soumission importante à l'égard de l'administration – le lien premier et particulier entre le détenu et les services pénitentiaires découlant du pouvoir répressif de l'administration -, il a longtemps été qualifié d'assujetti au service public. À ce titre, certains auteurs considéraient alors qu'il n'était

²⁸ E. MASSAT, *Servir et discipliner, Essai sur la relation des usagers aux services publics*, *op. cit.*, pp. 21-23

que l'objet de prescriptions, allant parfois même jusqu'à dire qu'aucun droit ne découlait de son statut²⁹.

13- Cette position a longtemps été confortée par la jurisprudence, les mesures prises par l'administration pénitentiaire dans le cadre de l'exécution de la peine privative de liberté étant quasi-systématiquement qualifiées de mesures d'ordre intérieur ne pouvant faire l'objet de recours, et la responsabilité de l'administration pénitentiaire étant très difficilement engageable en raison des impératifs de sécurité dominant le service public pénitentiaire. Pourtant, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel en 1994³⁰, « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* ». Ce double objectif de la peine privative de liberté a été rappelé à de nombreuses reprises et est notamment affirmé de manière forte par la loi pénitentiaire adoptée en 2009. À ce titre, le détenu n'est plus seulement l'objet de prescriptions de la part de l'administration, il est également l'objet de prestations en vue de sa réinsertion.

Intérêt de l'étude et problématique

14- L'affirmation du double objectif de la peine privative de liberté, à savoir punir et réinsérer, couplée au développement progressif du droit international des droits de l'homme, a conduit à la reconnaissance de nombreux droits pour le détenu. Celui-ci n'est par principe privé que d'un seul de ses droits, la liberté d'aller et de venir. La situation juridique du

²⁹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., pp. 19-21.

³⁰ CC, 20 janvier 1994, 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, JORF du 26 janvier 1994, p. 1380. V. plus particulièrement considérants 7 à 13 ; RFDC 1994, p. 353, note T. RENOUX ; *Pouvoirs* 1994, p. 184, note P. AVRIL ; *Ibid.* p. 204, note J. GICQUEL ; *D.* 1995, p. 340, note T. RENOUX.

détenu a alors évolué et pousse à s'interroger sur son statut actuel. Le détenu demeure-t-il un simple assujetti au service public pénitentiaire, objet de prescriptions qu'il doit respecter sous peine de sanctions en raison de l'infraction qu'il a commise ou devient-il un sujet de droit à qui l'administration doit garantir des conditions de détention décentes et une véritable préparation à la sortie, une véritable aide à la resocialisation ? Devient-il un usager du service public pénitentiaire titulaire des droits inhérents à ce statut tels que le droit au fonctionnement normal du service public et le droit à l'obtention de la prestation que le service public délivre ?

15- Ce questionnement, loin d'être anodin, est le reflet de l'évolution de la condition carcérale ces trente dernières années. Depuis l'arrêt *Marie* de 1995³¹ et sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence administrative a constamment évolué en vue d'une meilleure protection des droits des détenus. La personne incarcérée peut contester des actes de plus en plus nombreux devant le juge administratif et, parallèlement, dispose de recours de plus en plus variés et complets. Bien qu'ayant longtemps été en décalage avec la situation des autres services publics, la situation pénitentiaire semble se rapprocher des autres services publics et connaître la même évolution protectrice des usagers, même si elle reste limitée par les particularismes du service public pénitentiaire, gouverné par des impératifs sécuritaires. La reconnaissance explicite du statut d'usager du service public au détenu serait une étape supplémentaire de l'évolution observée. Elle imposerait de rendre effective la double mission de la peine privative de liberté puisque l'administration aurait l'obligation de mettre en place des mécanismes de préparation à la sortie et d'aide à la réinsertion. Elle imposerait également à celle-ci d'assurer des conditions de détention dignes alors qu'aujourd'hui, la surpopulation carcérale et l'état des prisons françaises entraînent une restriction à certains

³¹ CE Ass., 17 février 1995, req. n°97754, *Marie* ; M. LACOMBE, F. BERNARD, *JCP G.*, 1995 ; *D.*, 1995, p. 74 ; *Gaz. Pal.*, 31 mai 1995, p. 4 ; M. FRYDMANN, S. PETIT, *Gaz. Pal.*, 7 juin 1996, p. 27 ; OTEKPO, *Gaz. Pal.*, 30 août 1995, p. 10 ; *Gaz. Pal.*, 29 novembre 1995, p. 6 ; *D.*, 1995, p. 74 ; N. BELLOUBET FRIER, *D.*, 1995, p. 381.

droits des détenus, comme le droit à l'encellulement individuel ou encore le droit au travail.

Méthode retenue

16- Tout d'abord, comme l'écrit Clémence ALAIN « *aborder le droit des détenus revient à s'intéresser au droit qui s'applique aux personnes incarcérées, c'est-à-dire aux personnes placées en détention en application de la loi pénale par le juge* »³². Mais ce droit en lui-même se révèle particulier, souvent à la frontière du droit pénal, du droit de l'exécution des peines et du droit administratif. Le droit pénitentiaire est un droit transversal regroupant des domaines variés au fonctionnement et aux concepts parfois très différents. Plus encore, la science pénitentiaire suppose de ne pas « *se cantonner à l'étude du droit positif, considéré comme un ensemble de règles établies de manière autonome, indépendamment de toute valeur sociale ou politique* ». Une telle analyse serait « *immanquablement erronée* » et « *ne soulignerait pas suffisamment le caractère pragmatique et contingent de l'évolution de la notion de sanction pénale* »³³. D'ailleurs, André-Jean ARNAUD démontre que c'est « *redonner au droit toute sa dimension que de lui reconnaître qu'il n'est pas produit d'en haut pour des masses soumises, qu'il n'est pas détachable de la réalité de la société à laquelle il est destiné, qu'il est un moment dans une dialectique permanente entre le politique et le juridique* »³⁴. S'il est question dans ces travaux d'aborder le statut du détenu sous l'angle du droit administratif et de la théorie de l'usager du service public, la démarche s'inscrira donc tout de même dans cette transdisciplinarité. En effet, d'une part, les règles applicables au détenu sont parfois propres au groupe particulier auquel il

³² C. ALAIN, « Introduction – Le droit des détenus », in : A. DEFLOU (dir.), *Le droit des détenus, Sécurité ou réinsertion*, Dalloz, Paris, 2010, p. 7.

³³ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 21.

³⁴ A.-J. ARNAUD, « Le droit comme produit. Présentation du dossier sur la production de la norme juridique », *Droit et société*, 1994, p. 293.

appartient, mais sont parfois également identiques aux règles applicables à tous les citoyens. D'autre part, les règles applicables peuvent être tirées de textes très divers, mais intrinsèquement liés, conduisant à mêler les disciplines à l'image du code de procédure pénale et du code de justice administrative, du droit national et du droit européen Enfin, le cadre juridique applicable au détenu, évolutif du fait des nombreuses lois pénales adoptées successivement ces dernières années, fluctue en raison des orientations politiques du Gouvernement et du Parlement, comme des exigences sécuritaires des administrés auxquelles ces politiques souhaitent répondre. Il est donc question non seulement d'étudier le droit positif applicable au détenu, mais aussi les courants politiques qui ont justifié l'adoption des règles applicables et leur mise en œuvre dans la pratique, notamment *via* l'analyse des décisions de justice, fort nombreuses, rendues en la matière. Ce n'est que la juxtaposition des différentes règles applicables, aussi variées soient-elles, et la manière dont elles sont effectivement appliquées qui permettent de déterminer, de manière réaliste, quel est à l'heure actuelle le statut du détenu.

17- Ensuite, si ces travaux se veulent avant tout objectifs, puisqu'ils reposent principalement sur l'étude des textes juridiques adoptés, de leurs travaux préparatoires et des différents rapports et expertises rendus en la matière, et si « *le chercheur se doit d'être à distance et objectif vis-à-vis de son objet* », « *on ne peut occulter la subjectivité qui est la sienne dans son interprétation* »³⁵. Au demeurant, Michel VILLEY n'hésitait pas à affirmer que « *l'interprétation, dans la langue juridique ancienne, c'est toute l'œuvre du juriste* »³⁶ et celle-ci se révèle indispensable pour tout travail qui ne serait pas simplement descriptif, mais se veut prospectif. Il s'agit en effet, dans les développements qui suivent, non seulement de démontrer quel a été le statut du détenu il y a quelques années et ce qu'il est devenu, mais également ce

³⁵ M.-J. BERNARD, *L'administration pénitentiaire en France et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Étude du processus de « réception administrative » de la norme supranationale*, Thèse, 2005, Grenoble, p. 26.

³⁶ M. VILLEY, « Modes classiques d'interprétation du droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome 17, 1972, p. 71.

qu'il pourrait être à l'avenir afin de rendre la peine privative de liberté plus efficace et humaine.

Thèse présentée

18- Selon Éric MASSAT « *l'usager n'existe pas* », ³⁷ car s' « *il est un par les vertus de la symbolique politique et de la dogmatique juridique* » il se révèle en pratique « *multiple par la diversité des situations concrètes et des facettes de la relation administrative* » ³⁸. Les mots n'en ont pas pour autant moins d'importance. En effet, ils « *ne sont jamais indifférents* », ils véhiculent « *une certaine représentation du réel qu'ils imposent comme vérité absolue et incontestable ; ils sont en même temps, et indissociablement, action sur le réel* » ³⁹. Qualifier le détenu d'assujetti au service public pénitentiaire ou d'usager du service public pénitentiaire n'est donc pas sans conséquence, le choix opéré va entraîner des effets sociaux et juridiques tangibles qui vont influencer sur les rapports entre l'administration pénitentiaire et le détenu ⁴⁰. Pour autant, pour pouvoir affirmer que le détenu appartient à l'une ou l'autre de ces catégories juridiques, et espérer que cette reconnaissance ait un impact pratique, il convient de s'assurer, lors de

³⁷ E. MASSAT, *Servir et discipliner, Essai sur la relation des usagers aux services publics*, op. cit., p. 21.

³⁸ J. CHEVALLIER, « Regards sur l'administré » in : *Les usagers, entre marché et citoyenneté*, L'harmattan, 1992, p. 25.

³⁹ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in : *Psychologie et Science administrative*, PUF, 1985, p. 35.

⁴⁰ Jacques CHEVALLIER ajoute à ce propos que « *l'ordre des mots vaut ordre des choses ; la transmutation du réel, devenu par la magie des mots accessible, visible, intelligible, n'est pas seulement imaginaire ; derrière les jeux et les conflits de mots se livrent une guerre permanente des significations, lourde d'effets sociaux tangibles. La substitution du terme usager à celui d'administré pour désigner les destinataires de l'action administrative n'est pas, dès lors, pur artifice ou vaine incantation : cette euphémisation exprime bien une perception nouvelle des rapports entre l'administration et son public, qu'il s'agit de fixer dans/par les mots et qui peut manquer de modifier de quelque façon les équilibres administratifs* ». V. *Ibidem*.

l'étude de la relation instaurée entre le détenu et l'administration pénitentiaire, du respect des critères propres à l'une ou l'autre de celles-ci.

19- Or, le détenu qualifié parfois de « *destinataire paradoxal des droits fondamentaux* »⁴¹ souffre du particularisme de la relation qui le lie au service public. Mis à l'écart de la société à la suite de la commission d'une infraction et pour protéger la société, il a été condamné à une peine privative de liberté et doit, à ce titre, se soumettre aux obligations du service public pénitentiaire. Or, en raison des exigences de sécurité qui pèsent sur l'administration pénitentiaire, les prescriptions émanant de celles-ci sont particulièrement lourdes. Le rôle même du service public pénitentiaire pousse à se questionner sur l'identité de son bénéficiaire. En effet, il apparaît bien souvent que si le détenu « *constitue la raison d'être de l'institution* », il n'est pas « *le but exclusif de son fonctionnement* »⁴². Néanmoins, les améliorations progressives de la situation des détenus et le visage moderne de la peine privative de liberté, pensée aussi comme un outil de resocialisation, ont imposé une évolution de la relation existant entre ces deux entités. L'administration pénitentiaire ne doit plus seulement punir et soumettre, elle doit préparer le détenu à son retour dans la société et le respecter en tant qu'individu doté de dignité. Cette double mission génère donc une ambivalence du statut du détenu.

20- Si cette ambivalence perdure et que la spécificité même du service public pénitentiaire impose une intégration du détenu et sa soumission à de nombreuses règles empêchant de lui appliquer le statut d'utilisateur du service public de droit commun, l'étude des lois adoptées ces dernières années et plus particulièrement de la loi du 15 août 2014⁴³ montre une volonté de donner ou redonner une place majeure à la fonction resocialisatrice de la peine, seule à même de garantir son efficacité sur le long terme en

⁴¹ V. TCHEN, « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFDA*, 1997, p 597.

⁴² E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 277.

⁴³ Loi n°2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647.

permettant de limiter les risques de récidive. Ce rééquilibrage entre les différentes fonctions de la peine a un impact conséquent sur le statut du détenu. Il n'est plus mis à l'écart de la société pour subir une peine, mais pour préparer son retour à la vie libre. Pour cela, il doit bénéficier de prestations de la part du service public pénitentiaire, de son aide. Cette évolution permet donc un glissement du statut d'assujetti au service public vers le statut d'usager du service public. Une observation que vient renforcer l'ouverture progressive du prétoire au détenu. Peu à peu, le juge administratif a accepté de contrôler les mesures adoptées par l'administration pénitentiaire vis-à-vis du détenu et d'engager la responsabilité de cette dernière lorsqu'elle faillit à ses missions ou à son obligation d'assurer un fonctionnement normal des établissements pénitentiaires. Ces différents éléments semblent alors démontrer que le détenu serait finalement bel et bien un usager du service public pénitentiaire.

Partie 1 : L'ambivalence du statut du détenu

Partie 2 : La prévalence du statut d'usager du service public

Partie 1 – L'ambivalence du statut du détenu

21- Les rapports pouvant exister entre un individu et un service public sont multiples, l'individu pouvant être qualifié d'usager du service public, de bénéficiaire indirect, de simple utilisateur ou encore d'assujetti au service public. S'ajoute à ces différentes catégories juridiques, la variabilité du sens qui leur est donné. Il est alors complexe de définir le statut d'une personne entrée en relation avec un service public. Cette difficulté est accrue encore lorsqu'il est question des relations liant les administrés au service public pénitentiaire. Ayant pour objectif d'assurer l'exécution de la peine privative de liberté prononcée par le juge, ses missions sont nombreuses puisqu'il assure autant la neutralisation des individus jugés dangereux que la préparation à leur retour prochain dans la société, le tout afin d'assurer la sécurité de la population. Pour atteindre cet objectif, il noue des relations avec les détenus comme avec la société libre sollicitant une protection de la part de l'État.

22- Si la relation instaurée entre le service public pénitentiaire et les administrés pose question, c'est aussi, car elle interroge le statut du détenu. Le bénéficiaire du service public pénitentiaire est-il le citoyen libre ou le détenu ? Qui en est l'usager ? Ces questions, loin d'être anodines puisque la réponse emporte des conséquences considérables sur le droit applicable aux différents interlocuteurs du service public pénitentiaire, peinent à être tranchées et ne trouvent d'ailleurs aucune réponse explicite dans les textes de loi. Pourtant, comme l'écrit Jacques CHEVALLIER, « *les vocables d'“administré” et d'“usager” renvoient à des conceptions entièrement différentes de la relation administration-société* » : l'une est basée sur des relations éloignées avec un sujet passif, l'autre est une relation bilatérale d'échanges⁴⁴. De même, alors qu' « *utilisant les services que*

⁴⁴ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in : R. DRAÏ (dir.), *Psychologie et Science administrative*, PUF, Paris, 1985, p. 37.

l'administration met à sa disposition, recourant aux prestations qu'elle lui offre, l'utilisateur apparaît comme le bénéficiaire de l'action administrative » et profite « *d'une gestion qui satisfait ses besoins et lui procure certains avantages* », l'assujetti subit quant à lui « *l'imposition unilatérale de disciplines administratives qui restreignent sa marge d'autonomie et limitent sa liberté de comportement* »⁴⁵. Les attentes résultant des différentes qualifications juridiques sont donc très différentes, le statut d'assujetti au service public fait peser les attentes de l'administration sur l'individu alors que le statut d'utilisateur du service public fait peser les attentes de l'individu sur l'administration.

23- Mais, en raison du double objectif assigné à la peine privative de liberté, punir et réinsérer, malgré les différences notables existant entre le statut d'assujetti au service public et d'utilisateur du service public, le cas du détenu demeure ambiguë. Entré en relation avec le service public pénitentiaire sous la contrainte pour être mis à l'écart de la société, il est soumis à de nombreuses prescriptions de la part du service public pénitentiaire et à une discipline particulièrement développée. Il semble alors n'être qu'un assujetti au service public pénitentiaire (**Titre 1**). Néanmoins, le fait d'être un "utilisateur involontaire" du service public ne peut suffire à lui ôter d'office le statut d'utilisateur du service public pénitentiaire alors que l'on assiste à un encadrement progressif du pouvoir de l'administration pénitentiaire et au renforcement du rôle resocialisateur de la peine privative de liberté. Si l'enfermement engendre « *des contraintes irréductibles, inhérentes à la sujétion du détenu aux autorités étatiques* » et que « *ces contraintes devront évidemment être prises en compte lorsqu'il s'agira d'appliquer en détention les droits fondamentaux dont jouissent l'ensemble des individus libres* », comme l'explique Béatrice BELDA, le détenu reste un « *sujet de droit* »⁴⁶. Plus encore, « *les droits de l'homme apparaissent comme l'instrument adéquat allant de pair avec le visage moderne de la peine privative de*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 41.

⁴⁶ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 15-16.

liberté ; cette dernière n'étant plus centrée sur la rétribution, mais au contraire, orientée vers la revalorisation de "l'homme détenu" et sa resocialisation »⁴⁷. « *Envisagés comme un moyen ou un instrument indispensables dans le but, d'une part, d'atteindre les nouveaux objectifs assignés à la peine privative de liberté, et d'autre part, in fine, de protéger l'intérêt de la société, l'intérêt général* »⁴⁸, les droits de l'homme reconnus progressivement au détenu ont fait évoluer son statut juridique vers celui de l'usager du service public (**Titre 2**).

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 17-18.

⁴⁸ *Ibidem.*

Titre 1 – Le détenu, un assujetti au service public

24- Dans le rapport sur la modernisation du service public pénitentiaire, Gilbert BONNEMAISON affirme dès 1989 que « *la prison apparaît aux yeux de l'opinion publique comme la partie la plus visible du dispositif pénal* ». Pour les citoyens, « *elle reste la seule peine effective qui semble permettre de s'assurer de la personne avec efficacité et donc de faire cesser avec certitude et promptitude un trouble à l'ordre public* »⁴⁹. Trente ans plus tard, ces propos demeurent actuels et la prison est toujours perçue comme un dispositif de sûreté. Elle sert non seulement à sanctionner l'individu ayant violé les lois de la société, mais elle sert surtout à le neutraliser, à le mettre à l'écart de la société libre pour la protéger. En outre, située au sommet de l'échelle de peines, elle apparaît comme étant la seule peine à assurer efficacement cette mission de sanction et de protection au bénéfice des administrés qui n'hésitent pas à revendiquer le bénéfice d'un droit à la sécurité.

25- Les administrés attendent donc du service public pénitentiaire qu'il remplisse, en premier lieu, un objectif sécuritaire et qu'il protège la société. Pour cela, un rôle prépondérant a été accordé à la fonction coercitive du service public pénitentiaire (**Chapitre 1**). Ce dernier doit assurer la garde du détenu, sa surveillance et, pour atteindre cet objectif, lui impose des contraintes multiples. Le détenu est soumis à des prescriptions toujours plus nombreuses : il est discipliné, soumis, réifié, jusqu'à devenir un véritable "objet" du service public pénitentiaire (**Chapitre 2**).

⁴⁹ G. BONNEMAISON, *La modernisation du service public pénitentiaire*, Rapport au Premier Ministre et au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, février 1989, Paris, p. 18.

Chapitre 1 – La fonction coercitive du service public pénitentiaire

26- Le service public pénitentiaire a été créé avec un but premier, mettre à l'écart les personnes ayant manqué aux règles de vie instaurées par la société dans laquelle elles vivent. Ce châtement, plus qu'une punition, est donc aussi un moyen de protection de la société contre les personnes déviantes, c'est-à-dire s'écartant de la norme du groupe social. Si les normes sociétales évoluent avec le temps et les mœurs, la peine de prison a, elle aussi, connu nombre de changements. Sanction exceptionnelle avant la Révolution, elle est devenue la peine première du système pénal français. Elle est aujourd'hui le principal outil de la répression pénale, l'image même du droit de punir.

27- Pour comprendre la peine de prison et sa place actuelle, il faut comprendre au préalable quels sont les fondements du droit de punir, et par quels moyens cette prérogative étatique se justifie pour devenir légitime. Michel FOUCAULT s'interroge déjà sur ce point dans l'ouvrage *Surveiller et Punir* ; il écrit : « on pose souvent la question de savoir comment, avant et après la Révolution, on a donné un nouveau fondement au droit de punir. Et c'est sans doute du côté de la théorie du contrat qu'il faut chercher. Mais il faut aussi et peut-être surtout poser la question inverse : comment a-t-on fait pour que les gens acceptent le pouvoir de punir, ou tout simplement, tolèrent de l'être. La théorie du contrat ne peut y répondre que par la fiction d'un sujet juridique donnant aux autres le pouvoir d'exercer sur lui le droit qu'il détient lui-même sur eux. Il est bien probable que le grand continuum carcéral, qui fait communiquer le pouvoir de la discipline avec celui de la loi, et s'étend sans rupture des plus petites coercitions à la grande détention pénale, a constitué le doublet technique et réel, immédiatement matériel, de cette cession chimérique du droit de punir »⁵⁰. Effectivement, si la privation de liberté est une sanction pénale légitime, c'est en application de la théorie du contrat-social confiant à l'État le pouvoir coercitif et donc le droit de

⁵⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2012, Paris, p. 355.

punir (**Section 1**). Cette théorie, bien que relevant d'une fiction, justifie le système pénal instauré et permet d'assurer la stabilité de la société. Néanmoins, elle ne permet pas d'établir une volonté réelle du délinquant d'être sanctionné, et donc du détenu d'être incarcéré. Dès lors, s'il entre en relation avec le service public pénitentiaire ce n'est que contre sa volonté (**Section 2**).

Section 1 : La privation de liberté, une sanction pénale

légitime

28- *Ubisocietas, ibi jus*. Si les hommes acceptent de vivre en groupe c'est pour vivre en sécurité et que soit mis fin à l'arbitraire. Toute société nouvellement créée repose donc sur des règles nécessaires au maintien de l'harmonie sociale ; ces règles représentent les valeurs défendues et toute violation doit être sanctionnée pour maintenir l'équilibre instauré. La peine, communément définie comme « *la rançon de l'acte antisocial commis* »⁵¹ est alors l'outil qui permet à la fois d'affirmer quelles sont les valeurs défendues par cette société, de montrer l'effectivité du système en place et de dissuader la population de commettre une nouvelle violation. Pour la définir, les théoriciens du droit ont imaginé l'*homo delinquens*, entité abstraite définie uniquement par l'acte commis. De la sorte, la société « *juge le crime plus que le criminel* »⁵², elle condamne non pas l'homme en lui-même, mais la violation de la paix sociale. La peine est ainsi plus que la sanction réservée au criminel, elle est le symbole même du droit de punir confié à l'État (**paragraphe 1**). Originellement violente, elle a évolué et pris de nombreuses formes au cours des siècles. Devenue plus mesurée et humaniste, elle est aujourd'hui incarnée principalement par la privation de liberté (**paragraphe 2**).

§1 : La peine, symbole du droit de punir de l'État

29- Albert CAMUS écrit « *le crime impuni, selon les Grecs, infectait la cité. Mais l'innocence condamnée et le crime trop puni, à la longue, ne la souillent pas moins* »⁵³. La répression du crime est en effet la base de toute société. Si le besoin de sortir de l'état de nature est inévitable, c'est en raison du danger que représente la liberté absolue. La soif de pouvoir, la

⁵¹ B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017, p. 5.

⁵² J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^{ème} éd., Éditions Cujas, Préférence, Paris, 2014, p. 80.

⁵³ A. CAMUS, *Réflexions sur la guillotine*, 1957.

convoitise, la faim ou simplement la peur amènent l'homme à commettre des actes dont il ne se serait jamais senti capable. La première règle nécessaire à toute vie en collectivité est donc indubitablement la règle pénale, permettant d'élever le conflit au niveau du droit, de mettre fin à la violence non contrôlée et d'instaurer la paix (A). Pour être acceptée et respectée, elle doit toutefois présenter de nombreuses vertus et incarner la vision de la Justice admise par la conscience commune (B).

A) Le passage nécessaire de l'état de nature à l'état civil

30- A partir du XVII^{ème} siècle, les philosophes tels Thomas HOBBS, John LOCKE, Jean-Jacques ROUSSEAU, Emmanuel KANT ou encore Cesare BECCARIA, ont expliqué la création des sociétés organisées, comme nous les connaissons toujours aujourd'hui, par la nécessité pour l'homme de vivre en groupe imposant la mise en place de règles maintenant l'égalité entre les citoyens et encadrant le recours à la force (1). L'état de nature antérieur étant assimilé à un état non sécurisant marqué par la loi du plus fort, où l'homme est livré à lui-même, le passage à l'état civil a pour ambition principale d'instaurer la sécurité. Ceci se traduit par l'instauration d'un système pénal légal légitimant le pouvoir en place en mettant fin à la vengeance privée et en garantissant la cohésion sociale (2).

1. Le besoin d'organiser la vie en société

31- Bien que tous les philosophes n'expliquent pas de manière uniforme les raisons ayant poussé les hommes à se regrouper sous la forme d'une société organisée, tous s'accordent sur la nécessité du passage de l'état de nature à l'état civil. Si pour Locke l'état de nature est un état d'égalité et de paix⁵⁴, la

⁵⁴ J. LOCKE, *Le second traité du Gouvernement*, PUF, Paris, 1994, 384 p. Selon lui, l'état de nature est un « état de parfaite liberté, étant dans lequel, sans demander de permission à personne, et sans dépendre de la volonté d'aucun autre homme, ils [les hommes] peuvent

plupart des philosophes, à l'image de Thomas HOBBS, Jean-Jacques ROUSSEAU, Emmanuel KANT ou Cesare BECCARIA, estiment qu'à l'état de nature l'homme est dominé par ses passions primaires au rang desquelles l'instinct de conservation a une place primordiale. En l'absence de puissance supérieure permettant de tenir chaque homme en respect de son prochain, tous vivent dans « *un état de guerre continuel* »⁵⁵ et « *à cause de cette défiance de l'un envers l'autre, un homme n'a pas d'autre moyen aussi raisonnable que l'anticipation pour se mettre en sécurité, autrement dit de se rendre maître, par la force et les ruses, de la personne du plus grand nombre possible de gens, aussi longtemps qu'il ne verra d'autre puissance assez grande pour le mettre en danger* »⁵⁶. Cette défiance, couplée au désir de l'homme d'acquérir toujours plus de pouvoir, entraîne une lutte mortelle où chacun se bat pour sa sécurité en mettant les autres en danger. Luttant pour la conservation de sa vie, c'est alors « *la détresse qui contraint l'homme, d'ordinaire si épris d'une liberté sans entrave, à entrer dans un état de contrainte, et il s'agit là de la plus grande des détresses, celle que s'infligent les uns aux autres les hommes que leurs inclinations empêchent de rester longtemps côte à côte en liberté sauvage* »⁵⁷.

faire ce qui leur plaît, et disposer de ce qu'ils possèdent et de leurs personnes, comme ils jugent à propos, pourvu qu'ils se trouvent dans les bornes de la loi de la Nature ». [Chapitre II – De l'état de nature]

⁵⁵ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1994, p. 61.

⁵⁶ T. HOBBS, *Léviathan*, Folio, Essais, Gallimard, Paris, 2000, p. 222-223. L'auteur poursuit d'ailleurs en démontrant les dérives issues de cet instinct de conservation et conduisant à la recherche d'un pouvoir de plus en plus conséquent obligeant chaque homme à se battre pour survivre : « *Il ne s'agit là de rien de plus que ce que sa propre conservation requiert – ce qui, généralement, est permis. De plus, comme il y en a qui prennent plaisir à contempler leur propre puissance à l'œuvre dans les conquêtes, ils les poursuivent bien au-delà de ce qui est nécessaire à leur sécurité ; si bien que les autres, qui sans cela se seraient contentés de vivre tranquillement dans des limites modestes, augmentent leur puissance par des attaques, sans quoi ils ne seraient pas longtemps capables de survivre en se tenant seulement sur la défensive* ».

⁵⁷ E. KANT, *Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique*, Bordas, Paris, 1993, p. 15.

32- C'est donc en raison des travers naturels de l'être humain et selon la célèbre expression de Thomas HOBBS, car « *l'homme est un loup pour l'homme* », que le passage vers un état civil s'impose. En effet, « *la cause finale [est] de sortir de ce misérable état de guerre qui est [...] une conséquence nécessaire des passions naturelles qui animent les humains quand il n'y a pas de puissance visible pour les maintenir en respect et pour qu'ils se tiennent à l'exécution de leurs engagements contractuels par peur du châtement, comme à l'observation de ces lois de nature* »⁵⁸. L'objectif premier du passage à l'état civil est par conséquent d'instaurer un pouvoir structurant, permettant la préservation du bien commun comme des droits de chaque individu, tout particulièrement le droit à la sécurité, valeur fondamentale des sociétés. La sécurité n'a d'ailleurs cessé de s'imposer comme base fondatrice de la société dans laquelle nous vivons puisqu'elle est encore une valeur essentielle des sociétés contemporaines. En effet, en France, le Conseil constitutionnel a affirmé que la sauvegarde de l'ordre public est un objectif à valeur constitutionnelle et que le droit à la sûreté inscrit à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a valeur constitutionnelle⁵⁹. Plus encore, il apparaît que se développe progressivement un droit à la sécurité compris comme une protection de l'individu par l'État et contre la société⁶⁰.

33- C'est déjà à cette fin que le peuple s'oblige *via* ce que Jean-Jacques ROUSSEAU a nommé le « *contrat social* » et institue un pouvoir souverain, représentant la volonté générale et ayant pour mission de défendre l'intérêt général⁶¹. Selon cet auteur, si l'homme perd alors « *sa liberté naturelle et un*

⁵⁸ T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 282.

⁵⁹ V. en ce sens : CC, 13 août 1993, 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *JORF* du 18 septembre 1993, p. 11722, cons. 3 ; *Pouvoirs* 1993 p. 166, note P. AVRIL ; *Précit.*, p. 172, note. J. GICQUEL ; *RFDC* 1993, p. 583, note. L. FAVOREU.

⁶⁰ V. sur ce point : Partie 1 – Titre 1 - Chapitre 2 – Section 1 - §1 – A – 2 - La sécurité, nouveau droit fondamental reconnu au profit des administrés (**141**)

⁶¹ Si John LOCKE est en désaccord avec les autres philosophes en affirmant que l'état de nature est un état de paix et d'égalité, il en arrive pour autant à une conclusion similaire quant à la nécessité d'instaurer une société. Bien que, selon lui, à l'état de nature il existe

droit illimité à tout ce qui le tente et qu'il peut atteindre », il gagne « *la liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède* »⁶². C'est donc uniquement dans cet objectif sécuritaire, pour vivre en paix et être protégé contre les autres, que l'homme accepte de sacrifier une part de sa liberté et de la déléguer à une nouvelle entité, l'État, qui devient détenteur du monopole de la contrainte physique légitime. Ce sacrifice étant une nécessité plus qu'un acte pur de volonté, Cesare BECCARIA ajoute que lorsque les hommes cèdent une partie de leur liberté, « *il est certain que chacun n'en veut mettre à la disposition de la communauté que la plus petite portion possible, mais qui suffise à engager les autres à le défendre* »⁶³. Cette cession formera la souveraineté de la nation dont l'État sera dépositaire, souveraineté qui se traduit par la détention du droit de punir, partie prenante du dispositif de sécurité attendu et moyen de normaliser les individus déviants pour assurer la cohésion sociale. En effet, « *la fin de cette institution étant la paix et la défense de tous, et, quiconque ayant droit à la fin a droit aux moyens, il revient de droit à tout homme ou assemblée qui possède la souveraineté d'être juge à la fois des moyens de paix et de défense, ainsi que de ce qui les entrave et les dérange, et de faire tout ce qu'il pensera nécessaire de faire par avance pour préserver la paix et la sécurité, en prévoyant les désaccords à l'intérieur et l'hostilité de l'étranger, comme aussi de rétablir la paix et la sécurité quand elles ont disparu* »⁶⁴. Le premier moyen de garantir la sécurité des hommes est donc pour le souverain d'instaurer un système pénal légal.

des lois naturelles permettant à chaque homme de sanctionner de manière proportionnée un autre commettant une faute, la misère et la rudesse de la condition naturelle ne permettent pas de protéger le droit de propriété de chacun. L'État est alors nécessaire pour protéger ce droit de propriété, établi comme droit premier. Finalement, à travers le droit de propriété, c'est bien l'insécurité née des conditions de vie à l'état de nature qui conduit à l'instauration d'une société organisée et au pacte social. Locke en arrive donc à une conclusion quasi similaire que les autres philosophes de la construction de l'État.

V. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, Paris, 1999, 381 p.

⁶² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 2001, p. 57.

⁶³ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 64.

⁶⁴ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 296.

2. Le besoin de maintenir la cohésion sociale

34- Comme le démontre Émile DURKHEIM, « *le crime est un fait de sociologie normal* » ; il ne peut exister de société sans crime « *parce qu'il ne peut y avoir de société où les individus ne divergent plus ou moins du type collectif et que, parmi ces divergences, il y en a non moins nécessairement qui présentent un caractère criminel* »⁶⁵. Pour autant, la raison première ayant conduit les individus à céder une part de leur liberté à un État-administrateur réside dans la volonté de voir naître une société plus sûre et d'empêcher la société de plonger dans le chaos⁶⁶. L'acte créateur de l'État est donc aussi l'acte fondateur du droit pénal. Si l'État détient « *le monopole de la violence légitime* »⁶⁷, ce n'est que pour mettre fin à l'insécurité en remplaçant le système antérieur de vengeance privée, basé sur la loi du plus fort et terriblement arbitraire, par un système de vengeance publique, organisé, normalisé et juste. Ce dernier permettant de dépasser la simple défense des intérêts personnels de chacun, opposés par nature, pour arriver à la défense des intérêts de la société dans sa globalité c'est-à-dire de l'intérêt général⁶⁸.

⁶⁵ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, coll. « Quadrige Grands textes », Paris, 2007, p. 49 et s.

⁶⁶ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁶⁷ Sur ce concept théorisé par Max WEBER, V. notamment : M. WEBER, *Le savant et le politique*, Poche, Paris, 2002, 224 p.

⁶⁸ D'ailleurs, d'après Jacques CHEVALLIER, l'intérêt général est « *le principe axiologique qui domine la sphère publique et fonde sa spécificité* ». Ainsi, il « *se présente comme un principe fondamental de légitimation du pouvoir dans les sociétés modernes : tout pouvoir quel qu'il soit est tenu d'apparaître comme porteur d'un intérêt qui dépasse et transcende les intérêts particuliers des membres, cette représentation permet d'ancrer la croyance de son bien-fondé et de créer le consensus indispensable à son exercice* ». De plus, cet auteur ajoute qu'« *il s'agit toujours de montrer que ceux qui détiennent le pouvoir ne l'exercent pas en leur nom propre, mais au nom de l'institut dont ils sont les représentants et pour le plus grand bien des membres du groupe* ». V. J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du

35- Pour ce faire, « *l'État dispose d'un instrument privilégié, [représentant] son pouvoir de direction sur la société : la loi pénale* »⁶⁹. Pour maintenir la stabilité de l'État constitué et l'ordre public, le souverain doit ainsi « *prescrire des règles par lesquelles chacun peut savoir de quels biens il peut jouir et quelles sont les actions qu'il peut faire sans être pris à partie par ses congénères* »⁷⁰, mais surtout s'assurer du respect des règles établies sous peine de voir son autorité méprisée et un retour à l'état anté-juridique. Pour maintenir l'ordre, « *là où les pouvoirs publics ont posé des règles jugées utiles au déroulement harmonieux de la vie sociale, il est nécessaire que ces règles soient respectées et que des sanctions interviennent contre ceux qui les violent* »⁷¹.

36- En outre, en vue d'être un outil efficace de cohésion sociale, les lois pénales doivent incarner les valeurs primordiales de la société en remplissant une fonction « *expressive* » aidant à l'identification des comportements blâmables⁷². D'ailleurs, étymologiquement, le terme infraction vient du latin "*infractio*" qui représente l'"action de briser". Lorsqu'une personne commet un acte infractionnel, elle brise les valeurs de la société à laquelle elle appartient. La peine devient alors nécessaire puisqu'elle est « *le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste entière* »⁷³. Si les valeurs défendues par une société peuvent, de prime abord, apparaître comme trop variables pour permettre au peuple de connaître les actes répréhensibles, c'est justement « *cette incertitude qu'évite la définition juridique du phénomène criminel, en n'acceptant de voir un fait antisocial que dans le fait prévu et puni par la loi pénale* » comme l'explique Bernard

mythe de l'intérêt général ? », in : *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 83-84.

⁶⁹ M.-H. GALMARD, *État, société civile et loi pénale*, PUAM, Marseille, 2006, p. 32

⁷⁰ T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 298.

⁷¹ B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, 5^{ème} éd., *op. cit.*, p. 5.

⁷² P. CONTE, P. MAITRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^{ème} édition, Armand Colin, 2004, Paris, p. 10 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., Litec, Manuel, Paris, 2016, pp. 43-44.

⁷³ E. DURKHEIM, *De la Division du travail social*, 12^{ème} éd., PUF, Paris, 1960, p. 68.

BOULOC⁷⁴. Les mœurs évoluent selon les époques, mais la loi pénale s'adapte pour être en accord avec les valeurs sociétales qui lui sont contemporaines. La loi étant par principe connue de tous, chacun sait – au moins en théorie – ce qui lui est permis ou non de faire.

37- De plus, si la peine est le « *châtiment édicté par la loi à l'effet de prévenir* », elle est aussi le moyen « *de réprimer l'atteinte à l'ordre social* »⁷⁵, ce qui conditionne la crédibilité du système pénal. Partant, le droit pénal devient « *la réponse de la société à celui qui, malgré un avertissement officiel, l'a défié en agissant de manière répréhensible* », il devient « *l'ultimaratio de la réaction sociale* »⁷⁶. Toutefois, bien qu'étant une riposte justifiée au danger encouru par l'ordre social, pour qu'elle soit acceptée avec le moins de contestation possible par le contrevenant comme par la population, la peine doit aussi et surtout être pour ceux-ci l'incarnation de la Justice. Car, comme l'a si bien écrit Albert CAMUS, « *quand la suprême justice donne seulement à vomir à l'honnête homme qu'elle est censée protéger, il paraît difficile de soutenir qu'elle est destinée, comme ce devrait être sa fonction, à apporter plus de paix et d'ordre dans la société* »⁷⁷. La justice de l'État doit donc être transparente et la peine répondre à de nombreux critères qualitatifs démontrant l'absence d'arbitraire.

B) La peine, expression de la Justice

38- L'État français a été, à de nombreuses reprises, qualifié d'État-nation, son peuple ayant un socle de valeurs communes non contestable⁷⁸. S'il

⁷⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 24^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2015, p. 6.

⁷⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., PUF, Paris, 2017, p. 644.

⁷⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, Manuel, Paris, 2010, pp. 43-44.

⁷⁷ A. CAMUS, *Réflexions sur la guillotine*, op. cit.

⁷⁸ Définissant les deux particules du terme « État-nation », Jürgen HABERMAS écrit que « *dans son acception moderne, l'“État” est un concept juridiquement défini dont la référence matérielle est un pouvoir étatique disposant de la souveraineté interne et externe,*

existe néanmoins des différends sur les valeurs à protéger au sein de la démocratie française comme ont pu le montrer les grands débats sociétaux de ces cinquante dernières années, la notion de Justice, pourtant « *simple conception des hommes* »⁷⁹ a une acception collective⁸⁰. De ce fait, les

sa référence spatiale étant un territoire aux frontières bien définies et sa référence sociale, la totalité de ses membres, autrement dit le peuple au sens politique. La domination étatique se constitue dans les formes du droit positif, le peuple étant le titulaire de l'ordre juridique dont le domaine de validité se limite au territoire de l'État. En termes politiques, les concepts de "nation" et de "peuple" ont la même extension. Mais, par-delà sa définition juridique, la "nation" a encore l'autre signification, celle d'une communauté politique marquée par une provenance commune ou, à tout le moins, une langue, une culture et une histoire communes. Un peuple ne devient "nation" en ce sens historique que sous l'aspect concret d'une forme de vie particulière ». Or, comme le démontre déjà Ernest RENAN en 1882, l'État français est l'exemple même de l'« État-nation », sa construction reposant sur le fait « *que tous les individus aient beaucoup de choses en commun* ». Selon lui, « *une nation est une âme, un principe spirituel* », marqué par « *la possession en commun d'un riche legs de souvenirs* », « *le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage que l'on a reçu indivis* » et par « *le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposés à faire encore* ». Malgré les débats récents sur l'unité de la France, l'État français reste marqué par une longue histoire commune et une volonté de défendre des valeurs propres. Il peut donc être qualifié d'« État-nation ». V. J. HABERMAS, *L'intégration républicaine, Essai de théorie politique*, Fayard, Paris, 1998, pp. 97-98.; E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation*, 1882.

⁷⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 65.

⁸⁰ Dans *Théorie de la justice*, John RAWLS donne une définition très générale de la Justice. Il affirme que « *la justice interdit que la perte de liberté de certains puisse être justifiée par l'obtention, par d'autres, d'un plus grand bien. Elle n'admet pas que les sacrifices imposés à un petit nombre puissent être compensés par l'augmentation des avantages dont jouit le plus grand nombre. C'est pourquoi, dans une société juste, l'égalité des droits civiques et des libertés pour tous est considérée comme définitive ; les droits garantis par la justice ne sont pas sujets à un marchandage politique ni aux calculs des intérêts sociaux* ». Ainsi, « *la justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejetée ou révisée si elle n'est pas vraie ; de même, si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes* ». Cette définition a la particularité d'être intemporelle et valable quelles que soient les valeurs de la société puisque le système de justice mis en place sera efficace tant qu'« *un certain degré d'accord sur les conceptions de la justice* » existe. V. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Points, Essai, Paris, 1997, pp. 29-33.

critères nécessaires à l'établissement d'une peine juste posent peu de difficultés. Théorisés au XVII^{ème} siècle, inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789, ils ont été confirmés à de multiples reprises sous la V^{ème} République et n'ont que peu variés (1). En revanche, les fonctions allouées à la peine évoluent au fil du temps, et la place accordée à chacune d'entre elle varie au gré des gouvernements et des politiques pénales mises en place (2).

1. La stabilité des critères de la peine

39- En 1764, Cesare BECCARIA affirme déjà : « pour que n'importe quelle peine ne soit pas un acte de violence exercé par un seul ou plusieurs sur un citoyen, elle doit absolument être publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnées au délit et déterminée par la loi »⁸¹. La justesse de son analyse ne sera pas démentie puisque lors de la Révolution française ces principes seront inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et qu'ils ont aujourd'hui valeur constitutionnelle. Pour que la peine soit juste, elle doit être prononcée publiquement à la suite d'un procès équitable, légale et nécessaire, proportionnée et individualisée.

40- Une peine prononcée publiquement à l'issue d'un procès équitable. Comme le relève Cesare BECCARIA, « un homme ne peut être déclaré coupable avant la sentence du juge, et la société ne peut lui retirer sa protection tant qu'on n'a pas établi qu'il a violé les conditions auxquelles elle lui avait été accordée »⁸². Afin que la peine soit acceptée par les administrés, son principal destinataire, elle doit donc intervenir à l'issue d'un procès public permettant d'« établir une juste distance entre le forfait qui déclenche la colère privée et publique, et la punition infligée par l'autorité judiciaire »⁸³, de rappeler les valeurs défendues, de « pérenniser la

⁸¹ *Ibid.* p. 179.

⁸² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 96.

⁸³ P. RICOEUR, *Le juste*, Esprit, Le Seuil, Paris, 1995, p. 195.

paix sociale »⁸⁴, de démontrer la fiabilité du système pénal et enfin de prouver la culpabilité de la personne accusée. Ces principes sont devenus la pierre angulaire du procès pénal. Récemment encore, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'aux termes de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable » et a reconnu la valeur constitutionnelle de la présomption d'innocence⁸⁵. Il a également interprété l'article 16 de cette Déclaration comme garantissant « le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition »⁸⁶.

41- Une peine légale et nécessaire. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires », c'est-à-dire, comme l'explique Raphaële PARIZOT, que « pour être légitime, l'incrimination doit être justifiée par une nuisance grave causée à la société et la sanction proportionnée au comportement infractionnel », sinon elle ne serait qu'un mal ajouté à un autre.⁸⁷ Ainsi, un individu ne peut être condamné que pour un acte puni « en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée », et cette loi doit « définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ». Il s'agit du principe de la légalité des délits et des peines, principe à valeur

⁸⁴ T. FERRY, *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hyper surveillance*, L'Harmattan, Questions contemporaines, Paris, 2012, p. 65.

⁸⁵ CC, 10 juin 2009, 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *JORF* du 13 juin 2009, p. 9675, c. 17 ; *AJDA* 2009, p. 1132, note S. BRONDEL, *JCP.G* 2009, p. 25, note J.-F. FELDMAN ; *précit.*, p. 46, note M. VERPEAUX ; *D.* 2009, p. 1770, note J.-M. BRUGIERE ; *précit.*, p. 2045, note L. MARINO.

⁸⁶ CC, 27 juillet 2006, 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *JORF* du 3 août 2006, p. 11541, c. 11 ; *D.* 2006, p. 2157, note C. CASTETS-RENARD ; *RFDC* 2007, p. 85, H. ALCARAZ ; *Précit.*, p. 120, note C. CHARPY.

⁸⁷ R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in : *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014, p. 247.

constitutionnelle⁸⁸. À ce titre, les lois nouvelles instaurant des sanctions ne peuvent pas être rétroactives, cela équivaut à condamner un acte légal lors de sa réalisation⁸⁹. En revanche, la peine devant être nécessaire, il est rationnel d'appliquer de manière immédiate la loi pénale plus douce même aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne. Si le législateur a jugé utile de faire évoluer la loi, c'est que la peine antérieurement mise en place ne se justifie plus dans la société actuelle, elle ne mérite donc pas d'être prononcée⁹⁰.

42- Une peine proportionnée et individualisée. Pour prouver l'effectivité du système pénal, par principe, la peine doit être afflictive, infamante et désigner le condamné à la réprobation publique. Pour autant, pour être acceptée par le délinquant comme par l'opinion, elle doit rester proportionnée à l'infraction commise⁹¹. L'idéal serait, comme le suggère Jeremy BENTHAM, de « trouver une peine si bien adaptée [au] délit, si bien proportionnée à sa gravité, que la nécessité de cette peine, à l'exclusion de toute autre, [serait] susceptible d'être portée jusqu'à l'évidence ». Mais lui-même ajoute rapidement qu'il s'agit ici d' « un degré de perfection

⁸⁸ CC, 20 janvier 1981, 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, *JORF* du 22 janvier 1981, p. 308, c. 7 ; *D.* 1982, p. 411, note A. DEKEUWER ; *JCP.G* 1981, p. 19701, C. FRANCK ; *AJDA* 1981, p. 278, note C. de GOURNAY ; *RDP* 1981, p. 651, Note. L. PHILIP ; *D.* 1981, p. 101, chron. J. PRADEL.

⁸⁹ CC, 30 décembre 1980, 80-126 DC, *Loi de finances pour 1981*, *JORF* du 31 décembre 1980, p. 3242, c. 8 ; *Pouvoirs* 1981, p. 2010, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *RGDIP* 1981, p. 601, note E. DECAUX ; *D.* 1981, p. 359, note L. HAMON ; *Rev. Ad. P.* 1981, M. de VILLIERS.

⁹⁰ CC, 03 décembre 2010, 2010-74 QPC, *M. Jean-Marc P. et autres [Rétroactivité de la loi pénale plus douce]*, *JORF* du 4 décembre 2010, p. 21117, c. 3 ; *JCP.G* 2011, p. 167, note E. DREYER ; *AJ Pénal* 2011, p. 30, J.-B. PERRIER ; *D.* 2011, p. 1861, note C. MASACALA ; *RFDC* 2011, p. 578, G. MATHIEU ; *RPDP* 2012, p. 141, note. J.-Y. CHEVALLIER.

⁹¹ Emmanuel KANT écrivait d'ailleurs: « la punition, comme telle, c'est-à-dire comme simple mal, doit d'abord être justifiée par elle-même, de sorte que celui qui est puni, si l'on en restait là, et qu'il n'entrevit même aucune faveur se cachant derrière cette rigueur, devrait avouer lui-même qu'il n'a que ce qu'il mérite et que son sort est tout à fait proportionné à sa conduite ». V. E. KANT, *Critique de la raison pratique*, Paris, PUF, 2000, p. 38.

chimérique » et qu' « il faut se contenter de la plus grande probabilité dont chaque cas est susceptible »⁹². Confronté à cet équilibre inatteignable, le Conseil constitutionnel a affirmé que, si la peine doit être proportionnée⁹³, le législateur n'a pas l'obligation de la fonder uniquement sur la personnalité du délinquant⁹⁴. Cela permet d'ailleurs au législateur de moduler les lois pénales suivant les fonctions qu'il souhaite assigner à la peine.

2. La fluctuation des fonctions dévolues à la peine

43- La punition a une « *fonction sociale complexe* »⁹⁵. Bien que son rôle essentiel soit « *de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune* »⁹⁶, les fonctions qui lui sont allouées varient. Elles varient tellement que Éric GILARDEAU a évoqué une « *crise d'identité* » du droit pénal, droit qui pour certains « *doit seulement "prévenir", "protéger" ou "amender" ; pour d'autres "neutraliser" et "rétribuer" ; pour d'autres encore, "éduquer", "réinsérer" ou "apaiser le corps social", quand ce n'est pas "venger" ou "indemniser" la victime* »⁹⁷. Ce constat, empreint de lucidité, montre que s'il n'est plus contesté que la peine a une fonction dissuasive et une fonction rétributive auxquelles vient

⁹² J. BENTHAM, "Sophismes anarchiques", in. *Tactiques des assemblées législatives suivies d'un traité des sophismes politiques*, Paris, Bossange, 1822, pp. 305-306.

⁹³ CC, 22 juillet 2005, 2005-520 DC, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, JORF du 27 juillet 2005, p. 12241, c. 3 ; JCP.G 2005, p. 1493 ; *Procédures* 2005, p. 21, note J. BUISSON ; *RFDC* 2006, p. 165, note S. NICOT ; *AIJC* 2005, p. 570, chron. G. SCHMITTER.

⁹⁴ CC, 09 août 2007, 2007-554 DC, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, JORF du 11 août 2007, p. 13478, c. 12 ; *D.* 2007, p. 2247, note J. PRADEL ; *CCC* 2007, p. 10 ; *AJDA* 2008, p. 594, note A. JENNEQUIN ; *RSC* 2008, p. 136, note B. de LAMY.

⁹⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁶ E. DURKHEIM, *Définition du crime et fonction du châtement*, 1893, p. 13.

⁹⁷ E. GILARDEAU, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'Harmattan, Questions contemporaines, Paris, 2011, p. 7.

s'ajouter une fonction resocialisante, l'équilibre entre celles-ci reste toujours précaire.

44- Les fonctions de la peine. Dès le XVII^{ème} siècle, Thomas HOBBS estime que la punition doit avoir pour but « *de corriger l'offenseur ou de diriger les autres* »⁹⁸. Cette double attribution sera reprise par les philosophes de la peine du XVIII^{ème} siècle comme Cesare BECCARIA qui affirme que « *le but des châtiments ne peut être [...] que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables* »⁹⁹. Ce dernier ajoute qu' « *il vaut mieux prévenir les crimes que d'avoir à les punir* »¹⁰⁰. La peine doit donc être suffisamment forte et certaine pour avoir un effet préventif et, par conséquent, elle doit nécessairement être effective lors de la commission d'une infraction. De même, pour les utilitaristes, tel Jeremy BENTHAM, une peine utile est une peine assez dissuasive pour que personne n'ait envie de commettre de crime, et le cas échéant, la peine prononcée doit inciter l'individu à ne pas recommencer et montrer aux autres qu'ils ne doivent pas suivre l'exemple de ce dernier¹⁰¹. La peine a une mission de prévention générale à l'égard du peuple, mais aussi spéciale à l'égard du récidiviste potentiel, elle doit être exemplaire.

45- Mais, si « *l'effet dissuasif des peines encourues peut, sans doute, agir sur des personnes très insérées socialement qui ne se voient pas autrement qu'intégrées dans la société et même pour certaines avec la jouissance de ses honneurs* » et qui « *sauf actes délinquants impulsifs comme un crime passionnel, [...] sont habituées à calculer les conséquences éventuellement négatives de leurs actes* », malheureusement, « *l'immense majorité de la population qui passe devant les juges pénaux n'appartient pas à cette*

⁹⁸ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 260.

⁹⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 87.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 169.

¹⁰¹ J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, Tome 2, Société belge de librairie, Bruxelles, 1840, p. 10 et s.

catégorie-là »¹⁰². La peine doit donc aussi sanctionner suffisamment le délinquant pour protéger la société et l'empêcher de récidiver. Il est indispensable de lui envoyer un message de réprobation sociale donnant satisfaction à l'opinion publique.

46- Toutefois, pour protéger la société de manière efficace, la prévention et la punition ne sont pas suffisantes. Il est primordial de penser également à la réadaptation, à la réinsertion du délinquant dans la société, pour empêcher toute récidive et maintenir la paix sociale retrouvée. Par suite, il est indéniable que ces trois fonctions de la peine – prévention, dissuasion, réinsertion – sont étroitement liées puisqu'elles interagissent entre elles. Elles sont toutes trois essentielles à l'objectif final de tout système pénal, éviter la commission d'infractions. Pourtant, depuis la Révolution française, les doctrines n'ont pas toujours accordé une place identique à chacune d'entre elles.

47- L'équilibre malaisé entre les différentes fonctions de la peine¹⁰³. Après la Révolution française, le code pénal napoléonien a conservé certains principes nouvellement affirmés tels que la séparation entre morale et droit pénal ou la légalité des délits et des peines. De plus, il a instauré un système permettant l'individualisation de la peine en supprimant les peines fixes pour proposer uniquement un *minima* et un *maxima*. Mais, ce code inspiré de l'utilitarisme de Jeremy BENTHAM est empreint de sévérité ; le crime doit être puni suffisamment pour être craint du peuple. Face aux nombreuses peines corporelles, la doctrine néo-classique, incarnée par François GUIZOT¹⁰⁴, Pellegrino ROSSI¹⁰⁵ et Joseph ORTOLAN¹⁰⁶, réagit et conteste

¹⁰² S. GABORIAU, « Quand la peine est à la peine – Libres propos sur le sens de la peine », in : *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014, p. 591.

¹⁰³ V. sur les différentes écoles de la peine : J. PRADEL, *Précit.*, p. 85 et s. ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Monchrestien, Paris, 1991, 594 p.

¹⁰⁴ F. GUIZOT, *Traité de la peine de mort en matière politique*, 1822.

¹⁰⁵ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, 1829.

¹⁰⁶ J. ORTOLAN, *Cours de législation pénale comparée*, 1838 ; *Éléments du droit pénal*, 1856.

cette sévérité affirmant que « *la société ne peut punir “ni plus qu’il n’est juste, ni plus qu’il n’est utile”* ». Elle est ainsi favorable à une individualisation plus poussée de la peine et à des peines moins sévères, mais amendantes. L’objectif de réintégration de la société commence à se dégager. Mais, parallèlement, l’école positiviste représentée par Cesare LOMBROSO¹⁰⁷, Enrico FERRI¹⁰⁸ et Raffaele GAROFALO¹⁰⁹, disciples d’Auguste COMTE, développe une théorie bien différente. Elle défend l’objectif sécuritaire et punitif de la peine et estime que le criminel est déterminé par sa morphologie et son milieu. Pour lutter contre la délinquance, il faut, selon Enrico FERRI, prendre des « *mesures préventives de prophylaxie sociale* » et selon Cesare LOMBROSO, des mesures éliminatrices, le délinquant étant un « *microbe social* » qui risque de contaminer la société. Cette école souhaite ainsi, non pas appliquer de sanction afflictive aux criminels, mais les écarter de la société pour une durée indéterminée. Très critiquée, cette doctrine n’a jamais été appliquée dans sa globalité, mais a tout de même entraîné le développement des mesures préventives.

48- Au XX^{ème} siècle, la doctrine pénale prend un nouveau virage avec l’école de la défense sociale incarnée par Giovanni Battista GRAMATICA¹¹⁰. Il aspire à la suppression du concept d’infraction et à axer la protection de la société sur la resocialisation du délinquant. La nécessité de réinsérer le délinquant est enfin affirmée avec force, mais Giovanni Battista GRAMATICA basant sa théorie sur des concepts flous comme l’ « *antisocialité* », n’obtiendra que peu d’adhésion à ses idées. Plus nuancé, Marc ANCEL formera l’école de la Défense sociale nouvelle. Il affirme que « *la justice humaine a [...] pour mission, non pas de rechercher la dose de peine qui, dans l’absolu, pourrait compenser une faute appréciée en soi ou serait censée rétablir le droit, mais de déterminer la sanction efficace qui permette aussi bien de redresser, et plus tard de réhabiliter si possible le délinquant,*

¹⁰⁷ C. LOMBROSO, *L’homme criminel*, 1876.

¹⁰⁸ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, 1892.

¹⁰⁹ R. GAROFALO, *Criminologie*, 1885.

¹¹⁰ G.-B. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, 1934.

que de protéger la société »¹¹¹. Rejetant toute idée de rétribution et militant pour une déjudiciarisation du droit pénal, cette théorie rencontrera elle aussi de nombreux détracteurs.

49- La doctrine française contemporaine est marquée par une tentative de synthèse de différentes théories précédentes avec le néo-classicisme nouveau, annoncé déjà par Raymond SALEILLES¹¹², puis affirmé par Georges LEVASSEUR, et Roger MERLE. Mêlant les fonctions dissuasive, rétributive et plusieurs aspects de la défense sociale, ces auteurs aspirent à un certain équilibre entre répression et resocialisation, équilibre repris dans les politiques pénales de ces cinquante dernières années. La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales¹¹³ insère d'ailleurs en ce sens un article 130-1 au code pénal disposant que la peine a pour fonctions « *de sanctionner l'auteur de l'infraction* » et « *de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* » et pour rôle « *d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime* »¹¹⁴. Mais, si la nécessité de lier les différentes fonctions de la peine paraît enfin établie, l'équilibre reste instable. Comme l'écrit Bernard BOULOC, « *pour remplir le but d'intimidation, on peut être amené à renforcer ce caractère afflictif ; au contraire, pour remplir le but de réadaptation on sera fréquemment amené à le nuancer, car la dose de souffrance juste qui aide à la réadaptation est délicate à déterminer individuellement* »¹¹⁵.

50- La solution médiane semble toutefois avoir été trouvée avec la peine de prison. Elle permet - au moins en théorie - à la fois de montrer l'effectivité

¹¹¹ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, 1954, Cujas, Paris, 184 p.

¹¹² R. SALEILLES, *De l'individualisation de la peine*, 1898.

¹¹³ Loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647.

¹¹⁴ Précisons que c'est la première fois que les fonctions allouées à la peine apparaissent de manière claire dans le code pénal.

¹¹⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, pp. 417-418.

de la peine, de neutraliser le délinquant, de le sanctionner et de préparer sa réintégration dans la société. Elle a donc pris une place prépondérante dans le dispositif pénal en place actuellement.

§2 : La privation de liberté, symbole du système pénal contemporain

51- Peu à peu, l'exécution de la peine a disparu de la place publique pour devenir « *la part la plus cachée du processus pénal* ». Loin des supplices exemplaires réalisés sur la place publique, « *elle quitte le domaine de la perception quasi quotidienne pour entrer dans celui de la conscience abstraite : son efficacité, on la demande à sa fiabilité, non à son intensité visible ; la certitude d'être puni, c'est cela et non plus l'abominable théâtre qui doit détourner du crime ; la mécanique exemplaire de la punition change ses rouages* »¹¹⁶. Le développement du recours à la peine privative de liberté a été à la fois le déclencheur et la conséquence de cette transformation. Peine aux multiples facettes permettant de punir avec exemplarité tout en adressant un message d'espoir à la société comme au condamné, elle est devenue, au moment où le besoin de peines plus humaines se faisait pressant, la véritable « *reine des peines* »¹¹⁷ (A). Incarnant sans conteste la pluralité des rôles et fonctions alloués à la sanction - dissuader, punir, neutraliser et resocialiser -, elle a la qualité d'être facilement modulable. Les gouvernements ont donc fait de l'enfermement un outil privilégié de leurs politiques pénales (B).

A) La privation de liberté devenue « reine des peines »

52- Après la Révolution française et sous l'influence de la philosophie des Lumières, la peine de prison jugée plus humaine que les traditionnelles sanctions corporelles devient enfin une sanction générique utilisée pour de

¹¹⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 16.

¹¹⁷ T. FERRY, *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hyper surveillance*, op. cit., p. 56.

nombreuses infractions (1). Deux siècles plus tard, avec l'abolition de la peine de mort, elle devient également la peine la plus dure du système pénal français (2).

1. *La Révolution française : la prison, une peine à part entière*

53- La prison, un châtement exceptionnel avant la Révolution. Avant la Révolution française de 1789, le système pénal a pour principale fonction de montrer la toute-puissance du souverain. La peine s'exécute dans le cadre d'un « *grand spectacle punitif* » et de nombreux châtements impressionnants tels que les souffrances corporelles, les humiliations publiques ou les galères sont préférés à une « *simple* » privation de liberté, ne répondant pas aux exigences d'une telle démonstration de pouvoir¹¹⁸. L'enfermement est surtout « *une mesure administrative appliquée aux accusés en instance de jugement* », « *aux condamnés sur le point d'exécuter leurs peines* » ou encore « *aux importuns dont on se débarrassait en les envoyant à l'hôpital ou en les embastillant pour raisons politiques* »¹¹⁹. La prison n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté, elle protège plus qu'elle punit, « *son rôle c'est d'être une prise de gage sur une personne et sur son corps* »¹²⁰. Si parfois elle est une peine, ce n'est qu'une sanction parmi tant d'autres, peu appliquée et prononcée uniquement dans le cadre de délits spécifiques atteignant la liberté des individus ou résultant d'un abus de liberté par exemple ; ou à titre de substitut pour les personnes trop fragiles – comme les femmes, les enfants et les invalides – pour subir une peine plus lourde telles les galères.

54- Cette place marginale dans le système pénal ante-révolutionnaire est due aux multiples critiques formulées à l'encontre de la privation de liberté.

¹¹⁸ C. MARIE, « Constats et réflexions autour de la notion de peine perpétuelle », in : Yannick LECUYER (dir.), *La perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2012, p. 19.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, op. cit.*, pp. 139-140.

Comme le rappelle Michel FOUCAULT, pour nombre de réformateurs la peine de prison est incapable de répondre à la spécificité des crimes, a un faible effet dissuasif, coûte cher à la société, et peut conduire au développement des vices des délinquants vivant entre eux en vase clos, mais aussi à soumettre les détenus à l'arbitraire de leurs gardiens¹²¹. Pourtant, à la fin du XVIII^{ème} siècle, alors que philosophes, juristes et politiques protestent d'une même voix contre les supplices et souhaitent une humanisation des châtiments, la privation de liberté va s'imposer comme une peine naturelle.

55- La prison, une peine de référence après la Révolution. Pour les philosophes des Lumières, accordant une place centrale à l'être humain, il apparaît évident que même « *dans le pire des assassins, une chose au moins est à respecter quand on punit : son humanité* »¹²². Le système pénal prend alors un virage conséquent : il faut punir autrement, « *il ne s'agit plus de punir plus atrocement que le crime commis aussi horrible fût-il, mais de sanctionner juste un peu plus de façon mesurée et proportionnée* »¹²³. Cette double considération, à savoir « *rendre la sanction plus humaine* » tout en ayant « *le souci d'efficacité de la répression* », conduira à faire de la peine de prison, la peine de référence, au moment où la liberté est consacrée comme « *le bien civique le plus précieux* »¹²⁴. La prison devient une évidence, puisqu'elle permet de s'assurer que le condamné exécute sa peine et qu'elle est « *le châtiment égalitaire* », la liberté étant « *un bien qui appartient à tous de la même façon et auquel chacun est attaché par un sentiment "universel et constant"* »¹²⁵. De plus, cette peine, bien que non spécifique puisqu'instaurée pour de nombreuses infractions, peut être adaptée grâce à la variable temps pour être proportionnée au dommage causé à la société. Enfin, dans une philosophie où l'humanité est mise au

¹²¹ *Ibid.*, pp. 134-135. Notons par ailleurs que ces problématiques soulignées par Michel FOUCAULT demeurent d'actualité.

¹²² *Ibid.*, p. 88.

¹²³ T. FERRY, *Qu'est-ce que punir ? Du châtiment à l'hyper surveillance*, *op. cit.*, p. 18.

¹²⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, Dalloz-Action, 2012-2013, Paris, p. 15.

¹²⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, pp. 268-269.

premier plan, la prison est perçue aussi comme un outil de transformation des individus pour qu'ils deviennent meilleurs¹²⁶.

56- Toutes ces raisons ont fait de la privation de liberté une peine phare du système pénal post-révolutionnaire, place qui ne sera jamais démentie par la suite, même lors du durcissement des sanctions pénales à l'époque napoléonienne. Au contraire, cette évolution sera confirmée par l'abolition de la peine de mort en 1981.

2. L'abolition de la peine de mort : la prison au sommet de l'échelle des peines

57- Les débats philosophiques sur la nécessité d'humaniser la sanction pénale, qui ont permis d'inscrire la privation de liberté comme une véritable peine, ont aussi été ceux des premiers questionnements sur l'utilité et l'humanité de la peine de mort et donc de la naissance des mouvements abolitionnistes. Mais si ces débats débutent au XVIII^{ème} siècle, ce n'est pourtant qu'en 1981 que la peine de mort est abolie et fait de la prison la sanction la plus dure de l'échelle des peines.

58- Le développement progressif des idées abolitionnistes. MONTESQUIEU, au début du XVIII^{ème} siècle, milite déjà pour la modération des peines et affirme que la cruauté des châtements ne les rend pas plus dissuasifs¹²⁷. Pourtant, il ajoute très vite à sa démonstration que la peine de mort relève d'un cas à part et que « *cette peine est tirée de la nature des choses, pensée dans la raison et dans les sources du bien et du mal. Un citoyen mérite la mort lorsqu'il a violé la sûreté au point qu'il a ôté la vie ou qu'il a entrepris de l'ôter* ». Pour lui, « *cette peine de mort est comme la*

¹²⁶*Ibid.*, pp. 269-270.

¹²⁷MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Folio classique, Paris, 2003, 464 p. ; MONTESQUIEU, *Esprit des lois, Tome 1*, Flammarion, Paris, 1993, 486 p ; *Tome 2*, Flammarion, Paris, 1999, 638 p.

remède à la société malade »¹²⁸. Cette idée se retrouve dans les propos de plusieurs philosophes des Lumières, comme Jean-Jacques ROUSSEAU qui estime que « *c'est pour n'être pas la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient* »¹²⁹, même s'il complète en précisant qu'« *on n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger* »¹³⁰.

59- Si le recours à la peine de mort, bien qu'accepté, reste moralement encadré, il faudra attendre le traité *Des délits et des peines* de Cesare BECCARIA pour que se développe un véritable discours abolitionniste¹³¹. Cet auteur avance que « *la peine de mort est plus nuisible par l'exemple qu'elle donne. Si les passions ont rendu la guerre inévitable et enseigné à répandre le sang, les lois, dont le but est d'assagir les hommes, ne devraient pas étendre cet exemple de férocité, d'autant plus funeste, qu'elles donnent la mort avec plus de forme et de méthode. [Il est] absurde que les lois, qui sont l'expression de la volonté générale, qui réprouvent et punissent l'homicide, en commettent elles-mêmes et, pour détourner les citoyens de l'assassinat, ordonnent l'assassinat public.* »¹³². Il convient cependant de préciser que l'abolitionnisme défendu par Cesare BECCARIA reste purement utilitariste. S'il milite pour substituer la prison à la peine capitale, c'est uniquement, car « *ce n'est pas la sévérité de la peine qui produit le plus d'effets sur l'homme, mais sa durée* »¹³³. Il reconnaît au demeurant que la réclusion perpétuelle est sans doute plus douloureuse que la peine de mort, la douleur de celle-ci étant plus brève. Ce sera sous ces arguments utilitaires

¹²⁸MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Tome I, Livre XII, Chapitre IV.

¹²⁹J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 2001, p. 70.

¹³⁰*Ibid.*, p. 71.

¹³¹ Précisons tout de même qu'un philosophe français peu connu, Étienne-Gabriel MORELLE, avait déjà développé des idées similaires à Cesare BECCARIA quelques années auparavant. Il reste toutefois peu probable que le second ait eu connaissance des ouvrages du premier et ait pu s'en inspirer. V. E.-G. MORELLE, *Essai sur le cœur humain ou Principes naturels de l'éducation* (1745) ; *Code de la nature* (1755) in : E.-G. MORELLE, *Œuvres philosophiques*, Editions Coda, Paris, 374 p.

¹³²C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, pp. 132-133.

¹³³*Ibid.*, p. 128.

qu'en 1791, Louis-Michel LEPELETIER DE SAINT-FARREAU, rapporteur du Code pénal, déposera une motion d'abolition. Au-delà du caractère éphémère de la peine capitale, il argue que celle-ci ne peut pas répondre au principe de proportionnalité des peines, puisqu'identique pour nombre d'infractions différentes¹³⁴. De même, Maximilien DE ROBESPIERRE, qui abusera pourtant de la guillotine, défendait alors l'abolition du « *meurtre juridique* », c'est-à-dire du meurtre autorisé et encadré par les représentants du peuple, la peine de mort étant « *injuste* », n'étant pas « *la plus réprimante des peines* » et « *[multipliant] les crimes beaucoup plus qu'elle les prévient* »¹³⁵.

60- Il faut attendre le XIX^{ème} siècle pour qu'émerge un mouvement abolitionniste plus moral, « *qui ne se limite pas à juger comme "désavantageux" l'usage de la peine capitale, mais remet en question le principe même du rétributivisme par lequel la peine de mort a été régulièrement justifiée* »¹³⁶. Incarné par Alphonse de LAMARTINE, Victor HUGO, Georges CLEMENCEAU, Aristide BRIAND ou encore Arthur KOESTLER et Albert CAMUS, cet abolitionnisme s'oppose à la « *doctrine de la fatalité* »¹³⁷ selon laquelle l'homme criminel ne serait pas récupérable. La peine de mort est assimilée par Victor HUGO au « *sombre rocher de Sisyphe* », « *bloc de haine, de tyrannie, d'obscurité, d'ignorance et d'injustice* » qui ne cesse « *de rouler et de retomber sur la société humaine* »¹³⁸. Tous souhaitent une abolition totale, seul remède aux erreurs judiciaires, mais surtout incarnation de la foi en l'être humain, qui par

¹³⁴ Le 30 mai 1791, il affirme ainsi à la Constituante qu' « *un grand inconvénient se présente dans le système de conservation de la peine de mort. Vous n'avez qu'une seule peine pour une foule de délits dont aucun ne peut être puni de moindre peine que de la peine capitale si elle subsiste, et qui pourtant ont des degrés d'atrocité très différents* ».

¹³⁵ M. de ROBESPIERRE, « Sur l'abolition de la peine de mort », Discours devant l'Assemblée constituante, Séance du 30 mai 1791.

¹³⁶ D. LAPENNA, *Le pouvoir de vie et de mort*, PUF, Fondements de la politique, 2011, pp. 161-162.

¹³⁷ Selon la formule employée par Aristide BRIAND devant la Chambre des députés le 18 novembre 1908.

¹³⁸ V. HUGO, « Genève et la peine de mort », Lettre du 29 novembre 1862.

l'enseignement est susceptible d'évolution et d'amélioration. La prison apparaîtrait, une fois encore, comme la meilleure alternative, étant « *une détention légale chargée d'un supplément correctif* », « *une entreprise de modification des individus* »¹³⁹. Cette doctrine n'a jamais eu autant de poids et, sous la III^{ème} République, le parti abolitionniste est prêt d'obtenir gain de cause, mais la survenance d'un crime affreux amènera le rejet du projet par la Chambre des députés en décembre 1908¹⁴⁰. Après cet échec, ce n'est qu'en 1978 que le débat reprendra dans l'hémicycle.

61- L'adoption de la loi du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort. Alors que plusieurs pays européens ont déjà aboli la peine de mort, en France, pays pourtant qualifié de "patrie des droits de l'Homme", ce n'est qu'en 1976 que le débat sur l'abolition revient sur le devant de la scène ; et ce, à l'occasion de trois affaires judiciaires médiatisées – celles de Christian RANUCCI, Jérôme CARREIN et Patrick HENRY -, conduisant à deux exécutions et à une réclusion à perpétuité. Avocats, écrivains, journalistes et politiques militent à nouveau en masse pour l'abolition de la peine capitale, peine déjà vécue comme honteuse par les politiques puisqu'elle n'est plus réalisée sur la place publique, mais de manière discrète dans l'arrière-cour des établissements pénitentiaires¹⁴¹. Cela permet, dès 1978, la réouverture des débats au Parlement et la rédaction d'un rapport présenté en 1979 au nom de la Commission des lois par Philippe SEGUIN. Si ce texte n'a pas été examiné par le législateur en raison des échéances électorales, il servira

¹³⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., pp. 269-270.

¹⁴⁰ En 1906, Joseph REINACH avait déposé une proposition de loi en ce sens, et le gouvernement CLEMENCEAU un projet appuyé par le président FALLIERES, président qui a usé systématiquement de son droit de grâce à l'égard des condamnés à mort.

¹⁴¹ Albert NAUD, avocat, a ainsi écrit à propos de la peine capitale : « *Est-elle exemplaire, cette mort que l'on inflige à deux ou trois heures du matin, dans une courette sale de prison, entre officiels, clandestinement, et dont la presse elle-même n'ose plus parler ? Peut-on croire encore que ces trois lignes en quatrième page d'un journal quotidien, destinées à proclamer urbi et orbi que X est mort à deux heures cinquante-huit, sont capables de frapper une opinion sollicitée par bien d'autres préoccupations ? Une peine de mort dont on a honte ne peut plus être qu'une barbarie* ». Sous la V^{ème} République, la peine de mort perd ainsi toute valeur exemplaire et dissuasive, fonction qui la maintenait dans le code pénal jusqu'alors. V. A. NAUD, *Contre la peine de mort*, 1967.

quelques années plus tard, puisqu'il orientera les délibérations de 1981. Il a par ailleurs permis de connaître l'opinion des français sondés sur la question : 62% sont favorables au maintien de la peine capitale.

62- Malgré l'impopularité de leur démarche, lors de la campagne présidentielle, François MITTERRAND, Georges MARCHAIS et Jacques CHIRAC adoptent des positions abolitionnistes ; et, l'abolition de la peine de mort restera l'une des mesures phares du mandat de François MITTERRAND élu le 10 mai 1981. Dès le 9 juillet suivant son élection, son Garde des sceaux, Robert BADINTER, annonce son intention d'abolir la peine de mort en France et ouvre les débats à l'Assemblée nationale le 17 septembre suivant. Après avoir affirmé « *qu'aucun homme n'est totalement responsable, parce qu'aucune justice ne peut être absolument infaillible* », que « *ceux qui croient à la valeur dissuasive de la peine de mort, méconnaissent la vérité humaine* », il fait état de deux options s'offrant aux députés : l'abolition ou l'élimination qu'il qualifie de « *justice d'angoisse et de mort, décidée avec sa marge de hasard* », ne laissant que peu de doutes sur le choix espéré¹⁴². Le 18 septembre, 363 députés sur 580 décideront de réaliser « *un acte de foi en l'homme* » comme demandé par Raymond FORNI, président et rapporteur de la Commission des lois, et voteront la loi qui leur est soumise. Bien que la majorité soit beaucoup moins franche - 160 contre 126 -, l'abolition sera également validée par la Haute Assemblée le 30 septembre. La loi portant abolition de la peine de mort est enfin adoptée¹⁴³ et la France devient le 36^{ème} État à renoncer au châtement capital.

63- Le verrouillage juridique de l'abolition de la peine de mort¹⁴⁴.
L'abolition ayant été votée par les représentants du peuple, mais contre la volonté populaire, Robert BADINTER mesure la nécessité d'assurer la pérennité de cette mesure. Pour ce faire, il va utiliser le droit international

¹⁴² R. BADINTER, Garde des Sceaux, discours à l'Assemblée nationale des 17 et 18 septembre 1981.

¹⁴³ Loi n°81-908 du 9 octobre 1981 *portant abolition de la peine de mort*, JORF du 10 octobre 1981, p. 2759.

¹⁴⁴ J.-Y. LE NAOUR, *Histoire de l'abolition de la peine de mort, Deux cents ans de combats*, Paris, Perrin, 2011, p. 354 et s.

puisque, parallèlement aux débats français, les mêmes questions sont examinées par le Conseil de l'Europe, suite à une proposition de Carl LIDBOM en faveur de l'abolition de la peine de mort. Lorsque le Conseil adopte, le 28 avril 1983, le protocole n°6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales¹⁴⁵ concernant l'abolition de la peine de mort¹⁴⁶, Robert BADINTER le signe donc le jour-même. La ratification démontrera cependant une nouvelle fois les discordances nationales sur la question. Trois fois acceptée par l'Assemblée nationale, majoritairement à gauche, elle sera bloquée au Sénat. Mais, en application de l'article 45 de la Constitution et faute d'accord entre les deux chambres, l'Assemblée nationale aura le dernier mot, et le 17 février 1986 le protocole additionnel n°6 sera ratifié par la France, pour entrer en vigueur dès le 1^{er} mars. Cette ratification devenait, en tout état de cause, inéluctable puisque le Parlement européen adopte en janvier 1986 une résolution incitant les États membres à ratifier ledit protocole¹⁴⁷.

64- Malgré cette ratification et un consensus européen sur la question, plusieurs parlementaires français continuent de militer pour le rétablissement de la peine capitale¹⁴⁸. Jacques CHIRAC décide alors de verrouiller juridiquement l'abolition de la peine de mort et signe, le 3 mai 2002, là encore dès le jour de son adoption par le Conseil de l'Europe, le Protocole n°13 à la Convention européenne des droits de l'Homme, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances¹⁴⁹. Réélu, il fait part

¹⁴⁵ Ci-après Conv. EDH.

¹⁴⁶ Conseil de l'Europe, *Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, Strasbourg, 28 avril 1983.

¹⁴⁷ Parlement Européen, Résolution du 17 janvier 1986 *sur l'abolition de la peine de mort et l'adhésion au sixième Protocole de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, JO n° C36/86, p. 214.

¹⁴⁸ En effet, il y a eu 22 propositions de lois en faveur du rétablissement de la peine capitale déposées entre 1984 et 2004.

¹⁴⁹ Conseil de l'Europe, Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, Vilnius, 3 mai 2002. Le protocole n°6 prévoyait en son article 2 la possibilité de déroger à l'abolition de la peine capitale en temps de guerre.

de sa volonté de le ratifier, mais aussi de signer le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, adopté et proclamé par l'Assemblée générale des Nations-Unies en 1989 et entrée en vigueur en 1991¹⁵⁰. Si ce dernier n'a toujours pas été signé par la France, c'est qu'il ne comporte aucune possibilité de dénonciation.

65- Doutant de la constitutionnalité de la ratification du Protocole 13 à la Convention européenne des droits de l'Homme, mais surtout de la signature du Protocole 2 au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Président de la République saisit le Conseil constitutionnel le 22 septembre 2005 afin de savoir si elles nécessitent une révision constitutionnelle. Le 13 octobre 2005, les juges du Palais Royal vont considérer que la ratification du protocole n°13 à la Convention européenne des droits de l'Homme ne pose aucune difficulté, puisque « *s'il exclut toute dérogation ou réserve, [il] peut être dénoncé dans les conditions fixées par l'article 58 de cette Convention* ». En revanche, concernant le protocole n°2 au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, puisque « *cet engagement lierait irrévocablement la France même dans le cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation* », « *il porte dès lors atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »¹⁵¹. Une révision de la Constitution s'avère donc nécessaire, et le Président de la République fait part dès le 2 janvier 2006 à l'occasion de la présentation de ses vœux devant le Conseil constitutionnel de sa volonté d'engager le processus assurant qu' « *une telle révision, en inscrivant solennellement dans notre Constitution que la peine de mort est abolie en toutes circonstances, consacrera l'engagement de la France. Elle témoignera avec force de notre attachement aux valeurs de la dignité*

¹⁵⁰ Assemblée générale des Nations-Unies, *Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, résolution 44/128, 15 décembre 1989.

¹⁵¹ CC, 13 octobre 2005, 2005-524/525 DC, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, JORF du 20 octobre 2005, p. 16609. ; *Dr. Fond.* 2005, p. 1, note C. de ARANJO ; *Europe* 2005, p. 4., note D. SIMON et F. MARIATTE.

humaine ». Un projet de loi est déposé à l'Assemblée nationale le 17 janvier 2007 et adopté deux jours plus tard¹⁵². L'abolition de la peine de mort est inscrite à l'article 66-1 de la Constitution.

66- Avec cet acte plus que symbolique, « *il n'y aura pas de retour en arrière possible, la peine capitale est définitivement morte* »¹⁵³. Comme l'écrit Pierre-Victor TOURNIER « *se pose [alors] nécessairement la question de l'échelle des peines et plus précisément de son dernier échelon* ». Bien qu'il explique qu'il ne s'agit en aucun cas de « *construire un "substitut" ou une "alternative" à la peine capitale* »¹⁵⁴, force est de constater qu'en plaçant la prison au sommet de l'échelle des peines, celle-ci devient dans l'imaginaire collectif la peine par excellence. De ce fait, elle est aujourd'hui trop souvent perçue comme la seule peine suffisamment dure pour punir les délinquants, et le maximum prévu par le législateur est souvent agité comme « *un chiffre fatal* » par les médias, creusant l'incompréhension de l'opinion publique face aux peines prévisibles et prononcées¹⁵⁵. Cette incompréhension, couplée au sentiment d'insécurité qui s'est développé depuis les attentats terroristes du 11 septembre 2001, a fait de la sécurité « *la valeur cardinale de nos sociétés* »¹⁵⁶ et de la peine de prison, le pilier sur lequel « *repose en dernier recours la défense de la société contre les agressions* »¹⁵⁷. Ces questions deviennent alors l'un des enjeux majeurs de la compétition

¹⁵² Loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 *relative à l'interdiction de la peine de mort*, JORF du 24 février 2007, p. 3355.

¹⁵³ J.-Y. LE NAOUR, *Histoire de l'abolition de la peine de mort, Deux cents ans de combats*, op.cit., p. 363.

¹⁵⁴ P.-V. TOURNIER, « *Condamnés à perpétuité : quelle espérance de vie ?* », in : Yannick LECUYER (dir.), *La perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, op. cit., pp. 86-87.

¹⁵⁵ S. GABORIAU, « *Quand la peine est à la peine – Libres propos sur le sens de la peine* », in : *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, op. cit., p. 589.

¹⁵⁶ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, Paris, 2005, p. 61. V. sur ce point : Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – A. La sécurité, une exigence croissante des citoyens (**130**)

¹⁵⁷ D. SALAS, « *Le droit de ne pas mourir en prison* », in : *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, op. cit., p. 786.

politique, et à chaque gouvernement ou à chaque affaire criminelle médiatisée, une nouvelle loi est adoptée, favorisant bien souvent le recours à l'enfermement.

B) La privation de liberté, axe central des politiques pénales sécuritaires

67- De plus en plus, « *l'opinion s'affirme comme le critère et le destinataire du droit de punir* »¹⁵⁸. Pour satisfaire leur électorat, les élus sont donc dans l'obligation de prendre en compte le ressenti de la population en matière de sécurité. Or, fréquemment, le délinquant est perçu par l'opinion publique uniquement comme « *un risque dont il faut se préserver* », un « *lointain* » dont il faut se méfier. Cela conduit les politiques à s'engouffrer, trop souvent, dans la facilité du « *populisme pénal* », promettant à leur électorat des lois nouvelles plus « *punitives et radicales* » à l'encontre des délinquants, sans même être certains de leur réelle efficacité¹⁵⁹. Depuis près de trente ans, les lois pénales se succèdent ainsi pour répondre aux demandes sécuritaires de la société, demandes qui n'ont cessé de croître depuis les années 2000.

68- Toutefois, si ces lois ont, en matière criminelle, pérennisé le caractère systématique de l'enfermement, permis d'allonger la durée des peines et étendu la liste des crimes pouvant être sanctionnés par une peine de réclusion à perpétuité (2), les possibilités de recourir à une peine d'enfermement ont été restreintes pour les autres infractions. Dès la loi réformant le code pénal, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994¹⁶⁰, l'emprisonnement a disparu de la nomenclature des peines contraventionnelles, y compris pour des actes tels que les coups et violences

¹⁵⁸ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, op. cit., p. 44.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 17-97.

¹⁶⁰ Loi n°94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JORF* du 2 février 1994, p. 1803. V. en ce sens art. 131-12 du code pénal (CP).

volontaires, et aucune loi postérieure n'a effectué de retour en arrière. Puis, prenant un nouveau virage après de nombreuses lois consécutives ayant jusqu'alors étendu les possibilités d'emprisonnement en matière correctionnelle notamment en cas de récidive, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009¹⁶¹ et la loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'égalité des sanctions pénales dite TAUBIRA du 15 août 2014¹⁶², ont affirmé que la peine de prison ne devait être prononcée qu'en dernier recours. Celle-ci étant la peine encourue la plus sévère, le législateur a choisi de favoriser des alternatives estimées plus efficaces pour lutter contre la récidive (1).

1. L'emprisonnement, peine correctionnelle de dernier recours

69- En ajoutant à l'article 132-24 du code pénal un alinéa 3 disposant que « en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate [...] », le législateur avait déjà en 2009 resserré les possibilités de recourir à une peine de prison ferme pour les délits. En 2014, un nouveau pas est franchi avec la loi dite TAUBIRA, puisque l'article 132-19-1 relatif aux peines planchers pour les récidivistes est abrogé, et que le principe affirmé à l'article 132-24 est non seulement déplacé à l'article 132-19, mais surtout retouché, le passage consacré au régime spécifique aux récidivistes étant supprimé. Récidivistes et non-récidivistes sont ainsi assimilés, tous ne doivent être condamnés à une peine de prison ferme qu'en dernier recours.

¹⁶¹ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, *JORF* du 25 novembre 2009, p. 20192 ; V. en ce sens ancien art. 132-19 du CP.

¹⁶² Loi n°2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647. V. en ce sens art. 132-24 du CP.

70- La réaffirmation du principe : l'emprisonnement, une peine de dernier recours. Bien que l'article 131-3 du code pénal énumérant les sanctions encourues suite à la suite d'un délit énonce en premier lieu l'emprisonnement, il poursuit ensuite en mentionnant bien d'autres sanctions possibles : contrainte pénale, amende, jour-amende, stage de citoyenneté, travail d'intérêt général, ... Mais surtout, les articles suivants indiquent que de nombreuses sanctions peuvent être prononcées « à la place de l'emprisonnement ». Il en est ainsi de manière explicite pour le stage de citoyenneté¹⁶³, certaines peines privatives ou restrictives de liberté¹⁶⁴, la peine de travail d'intérêt général¹⁶⁵ et la peine de sanction-réparation¹⁶⁶, et de manière implicite pour la contrainte pénale¹⁶⁷. Si l'article 131-4-1 du code pénal relatif à la contrainte pénale n'évoque pas clairement cette peine comme une alternative à l'emprisonnement, il ressort de manière claire de la conférence de consensus ayant travaillé sur le projet de loi¹⁶⁸, de l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)¹⁶⁹ comme des débats ayant eu lieu à l'Assemblée¹⁷⁰, qu'elle a été pensée comme ayant pour objet principal d'éviter l'emprisonnement au délinquant encourant une peine maximum de cinq années de prison, lorsque sa situation sociale et familiale le permet. L'article 132-19 du code pénal entérine cette idée, puisque, comme évoqué ci-dessus, il réaffirme le principe de l'article 132-24 ancien selon lequel la peine d'emprisonnement ne doit être prononcée qu'en dernier recours et à défaut d'alternative possible en raison de la situation particulière du condamné. Par ailleurs, si une telle peine est prononcée, elle doit, dans la mesure du possible, faire l'objet

¹⁶³ Article 131-5-1 du CP.

¹⁶⁴ Article 131-6 du CP.

¹⁶⁵ Article 131-8 du CP.

¹⁶⁶ Article 131-8-1 du CP.

¹⁶⁷ Article 131-4-1 du CP.

¹⁶⁸ *Conférence de consensus : Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Rapport, 20 février 2013, Paris, 40 p.

¹⁶⁹ CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, 27 mars 2014, Paris, 31 p.

¹⁷⁰ V. Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 – A. Le développement des alternatives à la détention (706)

d'aménagements tels que la semi-liberté, le placement à l'extérieur, le placement sous surveillance électronique ou le fractionnement de la peine ; ceux-ci permettant au condamné d'exécuter sa peine soit totalement à l'extérieur d'un établissement pénitentiaire, soit en alternant des phases en extérieur et en établissement pénitentiaire¹⁷¹. Enfin, si le choix d'une peine d'emprisonnement ferme est effectué par le tribunal correctionnel, « il doit spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale »¹⁷². Le code pénal est donc formel : le recours à la peine d'emprisonnement doit être le plus modéré possible, y compris pour les récidivistes et c'est là l'apport majeur de la réforme pénale de 2014.

71- L'assimilation nouvelle des récidivistes aux non-récidivistes. Depuis le code pénal de 1810 existe une véritable conceptualisation de la récidive en matière pénale amenant à augmenter la peine encourue lorsque la personne poursuivie a déjà été condamnée de manière définitive pour une autre infraction particulièrement grave ou de même nature. Cette tendance à la rigueur vis-à-vis des récidivistes, déjà affirmée lors de l'adoption du code pénal de 1994 avec le doublement des peines encourues lorsque la récidive légale est retenue¹⁷³, a été renforcée dans les années 2000, particulièrement avec les lois du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs¹⁷⁴.

72- La première a tout d'abord consacré la notion de réitération en ajoutant un article 136-16-7 au code pénal, inscrivant ainsi explicitement la

¹⁷¹ Articles 132-25 à 132-28 du CP.

¹⁷² Article 132-19 du CP.

¹⁷³ Le code pénal distingue quatre types de récidive suivant la gravité des infractions en cause : la récidive générale et perpétuelle de l'article 132-8, la récidive générale et temporaire de l'article 132-9, la récidive spéciale et temporaire de l'article 132-10 et la récidive contraventionnelle de l'article 132-11 spécifique à certaines contraventions de cinquième classe.

¹⁷⁴ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *JORF* du 11 août 2007, p. 13466.

possibilité de cumuler les peines lors de la commission de nouvelles infractions n'entrant pas dans le champ d'application de la récidive légale. Elle a ensuite étendu conséquemment les cas de récidive légale en allongeant la liste des délits pouvant être assimilés¹⁷⁵, en habilitant la juridiction de jugement à relever d'office l'état de récidive légale lorsqu'il n'est pas mentionné dans l'acte de poursuite¹⁷⁶ et en permettant de prendre en considération les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un État membre de l'Union Européenne pour appliquer les règles propres à la récidive¹⁷⁷. Enfin, elle a complété le deuxième alinéa de l'article 132-19 du code pénal imposant au juge de motiver le choix d'une peine d'emprisonnement, précisant qu'« il n'y a pas lieu à motivation spéciale lorsque la personne est en état de récidive légale », simplifiant ainsi le prononcé d'une telle peine.

73- La seconde est allée encore plus loin en ajoutant un article 132-19-1 instaurant le mécanisme dit des peines-planchers selon lequel, par principe, en matière correctionnelle, s'il y a récidive légale une peine d'emprisonnement doit être prononcée. Les exceptions au principe étant par ailleurs particulièrement réduites, le juge ne pouvant prononcer une peine inférieure aux seuils fixés que par « décision spécialement motivée », et devant obligatoirement prononcer une peine d'emprisonnement pour certains délits concernant des actes de violence. Ce dispositif a en outre été complété par la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure¹⁷⁸ ajoutant un article 132-19-2 instaurant de nouvelles peines planchers ciblant certains délits de violence.

74- La loi pénale de 2014 est donc clairement plus douce que ces précédentes à l'égard des récidivistes puisqu'elle abroge le dispositif des

¹⁷⁵ V. en ce sens les articles 132-16-3 et 132-16-4 du CP.

¹⁷⁶ V. en ce sens l'article 132-16-5 du CP.

¹⁷⁷ V. en ce sens l'article 132-16-6 du CP, postérieurement abrogé par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 *tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale*, *JORF* du 11 mars 2010, p. 4808.

¹⁷⁸ Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, *JORF* du 15 mars 2011, p. 4582.

peines planchers et affirme une nette préférence pour le prononcé de peines alternatives à l'emprisonnement. Elle ne maintient que le doublement possible des peines encourues en cas de récidive légale, et juge suffisant pour être dissuasif l'avertissement pouvant être donné par le président de juridiction du risque engendré par une nouvelle condamnation¹⁷⁹. Elle modifie d'ailleurs également l'article 132-36 du code pénal afin que la révocation du sursis simple ne soit pas automatique en cas de récidive, mais prononcée par une décision spéciale. Le recours à l'enfermement en matière correctionnelle devrait de la sorte devenir exceptionnel. La situation est bien différente en matière criminelle, car même si cette loi supprime également les peines planchers en la matière¹⁸⁰, le prononcé d'une peine de réclusion demeure systématique¹⁸¹.

2. *La réclusion, peine criminelle systématique*

75- À la suite de l'abolition de la peine de mort, les peines antérieurement prononcées ont été commuées en peine de réclusion ou de détention à perpétuité, celles-ci devenant les peines les plus sévères du système pénal français¹⁸². S'il était permis d'espérer que cet acte symbolique mènerait à un adoucissement des peines prononcées en matière criminelle, il n'en est rien. Le législateur, ne souhaitant pas être accusé de laxisme envers les criminels, a entendu poursuivre l'ouvrage débuté en 1978 avec l'instauration des périodes de sûreté, et a ainsi progressivement étendue la durée des peines encourues jusqu'à instaurer une peine perpétuelle incompressible. Il a également augmenté la liste des crimes punis d'une telle peine, puis ajouté

¹⁷⁹ V. article 132-20-1 du CP, auquel toutefois toute référence à la récidive légale est là aussi supprimée par le loi du 15 août 2014.

¹⁸⁰ Mise en place à l'ancien article 131-18-1 du CP par la Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, op. cit.*

¹⁸¹ Une peine de réclusion criminelle peut toutefois être prononcée avec sursis. V. articles 132-29 et s. du CP.

¹⁸² Article 3 de la loi n°81-809 du 9 octobre 1981 *portant abolition de la peine de mort, op. cit.*

un nouveau dispositif pénal permettant de maintenir en rétention un condamné ayant pourtant fini de purger sa peine : la rétention de sûreté. Bien qu'ayant été jugées constitutionnelles et conventionnelles en raison des possibilités de libération prévues, de telles mesures permettant l'effectivité de peines à perpétuité perpétuelles soulèvent des interrogations sur les fonctions même de la peine et de la privation de liberté. Utiliser le concept de dangerosité pour maintenir quelqu'un hors de la société s'oppose au rôle initial de la peine, instaurée pour punir la commission d'un acte contraire aux lois de la société et prévenir tout risque de récidive, et non pour écarter de la société un délinquant potentiel.

76- L'extension progressive des périodes de sûreté. La loi du 22 novembre 1978¹⁸³ a mis en place, avec l'article 720-2 du code de procédure pénale, une nouvelle modalité d'exécution de la peine privative de liberté, la période de sûreté. Le juge peut ainsi, lorsqu'il prononce une peine de réclusion criminelle fixer un laps de temps durant lequel le condamné ne peut bénéficier d'aucune mesure d'aménagement de peine telles la libération conditionnelle ou la semi-liberté. En vertu de cet article, la période de sûreté peut être fixée, par principe, à la moitié de la peine ou à 15 ans en cas de réclusion à perpétuité. Par exception et sur motivation spéciale, elle peut être allongée aux deux tiers de la peine ou à 18 ans en cas de réclusion à perpétuité. Cette modalité n'étant pas anodine, le législateur a tout de même prévu qu'elle ne soit pas applicable aux mineurs¹⁸⁴ et qu'elle puisse, durant l'exécution de la peine, être réduite voire prendre fin sur décision du juge d'application des peines lorsque « *le condamné présente des gages exceptionnels de réadaptation sociale* »¹⁸⁵. Bien que critiquée comme étant contraire au principe d'individualisation des peines, la période de sûreté qualifiée de « *mesure d'administration judiciaire* » par le législateur est

¹⁸³ Loi n°78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté, *JORF* du 23 novembre 1978, p. 3926.

¹⁸⁴ V. ancien article 720-3 du code de procédure pénale abrogé par la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992.

¹⁸⁵ V. article 720-4 du CPP.

jugée conforme à la constitution, puisque n'étant pas une peine, mais une simple mesure d'exécution de celle-ci¹⁸⁶. Elle va ainsi devenir un dispositif pérenne. Dès 1986, le législateur va même étendre les possibilités offertes au juge, puisqu'il pourra allonger à trente ans la période de sûreté lorsqu'une peine de réclusion criminelle à perpétuité aura été prononcée pour certains crimes définis comme le meurtre ou l'assassinat accompagné d'actes de tortures ou de barbarie, ou encore le meurtre ou l'assassinat d'une personne particulièrement vulnérable¹⁸⁷. Six ans plus tard, lors de la refonte du code pénal, le législateur met en place l'article 132-23¹⁸⁸, consacré lui aussi aux périodes de sûreté, et porte à dix-huit ans la durée de principe de la période de sûreté en cas de réclusion criminelle à perpétuité, durée

¹⁸⁶ CC, 22 novembre 1978, 78-98 DC, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, *JORF* du 23 novembre 1978 ; *Pouvoirs* 1979, p. 186, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *RDP* 1979, p. 1686, note L. FAVOREU ; *JCP.G* 1980, p. 19309, note D. NGUYEN QUOC.

¹⁸⁷ Loi n°86-1019 du 9 septembre 1986 *relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, *JORF* du 10 septembre 1986, p. 10954. Particulièrement l'article 10 modifiant l'article 720-2 du CPP et ajoutant la possibilité de prononcer une période de sûreté de trente ans lorsque la réclusion criminelle à perpétuité a été prononcée « *en raison d'un meurtre ou d'un assassinat lorsque l'un ou l'autre de ces crimes a été accompagné d'actes de torture ou de barbarie* », « *en raison d'un meurtre ou d'un assassinat commis sur un mineur de moins de quinze ans, une personne hors d'état de se protéger elle-même en raison de son état physique ou mental, une personne âgée de plus de soixante-dix ans, ou, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, sur un magistrat, un juré ou un agent de la force publique ou de l'administration pénitentiaire* », « *en raison d'un meurtre ou d'un assassinat lorsqu'il a précédé, accompagné ou suivi un autre crime* », « *en raison d'un enlèvement ou d'une séquestration ayant entraîné la mort ou ayant été accompagné d'actes de tortures ou de barbarie* », « *en raison d'un meurtre ou d'un assassinat commis, en état de récidive, par une personne déjà condamnée pour l'un ou l'autre de ces crimes* », « *en raison d'un attentat dont le but aura été de porter le massacre ou la dévastation dans une ou plusieurs communes* », ou « *en raison du détournement, par violence ou menace de violence, d'un aéronef en vol, d'un navire en mer ou tout autre moyen de transport collectif s'il en est résulté la mort d'une ou plusieurs personnes* ».

¹⁸⁸ Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions générales du code pénal*, *JORF* du 23 juillet 1992, p. 9864.

pouvant être portée à vingt-deux ans par décision spéciale¹⁸⁹. Si cet article ne mentionne pas la possibilité d'étendre à trente ans la période de sûreté, il ne s'agit que d'un retour en arrière de courte durée, puisqu'en réaction à l'affaire du récidiviste Patrick TISSIER, la loi du 1^{er} février 1994 inscrit aux articles 221-3 et 221-4 du code pénal la possibilité lors d'assassinat ou de meurtre punis de la réclusion criminelle à perpétuité de « *porter la période de sûreté jusqu'à trente ans* » voire même de « *décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné* » instituant ainsi une véritable peine incompressible¹⁹⁰. Cette faculté doit simplement être mentionnée dans le jugement et ne nécessite aucune motivation spéciale¹⁹¹.

77- Critiquable puisque « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* », cette nouvelle peine incompressible sera pourtant jugée constitutionnelle puisque le législateur a assorti ce dispositif de la possibilité pour « *le juge de l'application des peines, après la période de sûreté de trente ans, [de] déclencher la procédure pouvant mettre fin à ce régime particulier, au regard du comportement du condamné et de l'évolution de sa personnalité* » inscrite à l'article 720-4 du code de procédure pénale¹⁹². Par la suite, le législateur complètera à la fois la liste des crimes punis de la réclusion à

¹⁸⁹ L'article 720-2 du CPP sera d'ailleurs remanié dès la loi n°92-1336 du 16 décembre 1986 pour être simplifié en faisant simplement référence à l'article 132-23 du CP.

¹⁹⁰ Loi n°94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JORF* du 2 février 1994, p. 1803.

¹⁹¹ V. en ce sens : Cass. Crim., 23 octobre 1989, n°88-84-690 *Bull. crim.* n°370 ; Cass. Crim., 22 mai 1990, n°89-86-896, *Bull. crim.*, n°210 ; Cass. Crim., 5 juillet 1993, n°92-86-681, *Bull. Crim.*, n°237 ; Cass. Crim., 29 janvier 1998, n°97-81-573, *Bull. crim.*, n°37.

¹⁹² CC, 20 janvier 1994, 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, *JORF* du 26 janvier 1994, p. 1380. V. plus particulièrement considérants 7 à 13 ; *RFDC* 1994, p. 353, note T. RENOUX ; *Pouvoirs* 1994, p. 184, note P. AVRIL ; *Précit.* p. 204, note J. GICQUEL ; *D.* 1995, p. 340, note T. RENOUX.

perpétuité, mais aussi celle de ceux entraînant de manière dérogatoire une peine incompressible.

78- L'allongement de la liste des crimes sanctionnés d'une peine de réclusion à perpétuité. Loi après loi, le législateur a modifié les articles 221-3 et 221-4 du code pénal gonflant la liste initialement restreinte des crimes punis de la réclusion à perpétuité. En 2011, l'article 221-3 punissant de la réclusion à perpétuité l'assassinat a vu sa définition élargie ; l'assassinat n'est plus seulement un « *meurtre commis avec préméditation* », mais aussi un « *meurtre commis avec [...] guet-apens* »¹⁹³. Puis, les cas d'assassinats pouvant entraîner une peine incompressible ont également été étendus pour comprendre non seulement l'assassinat d'« *un mineur de quinze ans [lorsqu'il] est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie* », mais aussi les assassinats commis « *sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions* »¹⁹⁴.

79- Concernant l'article 221-4, il a été onze fois modifié depuis 1994¹⁹⁵ transformant la liste initiale des circonstances aggravantes permettant de

¹⁹³ Loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF* du 18 mai 2011, p. 8537.

¹⁹⁴ Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *op. cit.*

¹⁹⁵ V. notamment : Loi n°96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *JORF* du 23 juillet 1996, p. 11104 ; Loi n°2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe, *JORF* du 4 février 2003, p. 2104 ; Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* du 19 mars 2003, p. 4761 ; Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* du 10 mars 2004, p. 4567 ; Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* du 5 avril 2006, p. 5097 ; Loi n°2010-201 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des

condamner un meurtrier à la peine de réclusion à perpétuité en un véritable catalogue. L'article initial comportait cinq circonstances aggravantes¹⁹⁶, il en comporte aujourd'hui 12. Le législateur a progressivement complété la liste des personnes dépositaires de l'autorité publique visées¹⁹⁷ et ajouté des circonstances aggravantes concernant les actes discriminatoires, les actes commis en groupe, ou dans le cadre du couple. Par ailleurs, tout comme pour l'article 221-3, en 2011, il a modifié le deuxième alinéa de cet article pour permettre le prononcé d'une peine incompressible non seulement lorsque la « *la victime est un mineur de quinze ans et que le meurtre est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie* », mais aussi « *lorsque le meurtre a été commis en bande organisée sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions* »¹⁹⁸. Parallèlement, et dans le cadre de cette poussée sécuritaire, il a instauré en 2008 un dispositif nouveau permettant de maintenir enfermée une personne ayant purgé sa peine, lorsque celle-ci était prononcée à temps.

80- La mise en place de la rétention de sûreté. Créée par la loi du 25 février 2008, la rétention de sûreté est régie par les articles 706-53-13 et

personnes chargées d'une mission de service public, JORF du 3 mars 2010, p. 4305 ; Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JORF du 10 juillet 2010, p. 12762, Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, op. cit.

¹⁹⁶ Le meurtre commis sur un mineur de quinze ans ; sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ; sur une personne particulièrement vulnérable; sur une personne dépositaire de l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions ; sur un témoin, une victime ou une partie civile pour l'empêcher d'intervenir en justice.

¹⁹⁷ Par exemple, il traite spécifiquement des sapeurs-pompiers, des agents de gardiennage ou de surveillance, des enseignants et des personnels des établissements d'enseignement scolaire, des agents SNCF...

¹⁹⁸ V. Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, op. cit.

suiuants du code de procédure pénale¹⁹⁹. Elle consiste dans le placement en centre médico-socio-judiciaire de sûreté des « *personnes condamnées pour des crimes très graves*²⁰⁰ à une peine égale ou supérieure à quinze ans de réclusion criminelle, dont il est établi qu'elles présentent, à la fin de l'exécution de leur peine, une particulière dangerosité », et a donc un impact conséquent sur le devenir du condamné qui peut, à l'issue de sa peine, se voir encore privé de sa liberté²⁰¹. C'est d'ailleurs « *eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limites et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction* », que le Conseil constitutionnel s'est opposé à tout caractère rétroactif de cette mesure, bien que refusant de l'assimiler à une peine²⁰². Elle ne peut donc être prononcée que « *si la cour d'assises a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté* »²⁰³. Seule limite au prononcé de la rétention de sûreté, elle reste une mesure emblématique du tournant sécuritaire de la politique pénale, car si elle ne peut être prononcée que pour un an, elle est renouvelable sans limite tant que les critères initiaux

¹⁹⁹ Loi n°2008-174 du 25 février 2008 *relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental*, JORF du 26 février 2008, p. 3266.

²⁰⁰ La liste de ces crimes figurant à l'article 706-53-13 du CPP a été complétée en 2010, le critère de récidive devenant une circonstance aggravante permettant, dans des cas définis, l'application de la rétention de sûreté au condamné. V. Loi n°2010-242 du 10 mars 2010 *tendant à amoindrir le risque de récidive et portant diverses dispositions de procédure pénale*, JORF du 11 mars 2010, p. 4808.

²⁰¹ Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 6 février 2014 *relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté*, JORF du 25 février 2014.

²⁰² CC, 21 février 2008, 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, JORF du 26 février 2008, p. 3272, considérants 9 et 10 ; JCP.G 2008, p. 4, note B. MATHIEU ; *Précit.* p. 38, note J.-P. FELDMAN ; AJDA 2008, p. 714, note P. JAN ; *Esprit* 2008, p. 188, note P. CASSIA ; D. 2008, p. 1359, note Y. MAYAUD ; CCC 2008, p. 19 ; RDP 2008, p. 1381, note C. GHICA-LEMARCHAND ; RFDC 2008, p. 846, note W. BENESSIANO et L. GAY ; *Rev. Adm.* 2009, p. 36, note F. MALHIÈRE ; RRJ 2008, p. 2151, note I. MBOUP ; RSC 2009, p. 166, note B. de LAMY.

²⁰³ Article 706-53-13 alinéa 3 du CPP.

ayant permis le prononcé de la mesure initiale sont toujours remplis²⁰⁴. En outre, si la rétention de sûreté n'est pas prolongée ou qu'il y est mis fin, la juridiction de la rétention de sûreté peut placer l'ancien détenu sous surveillance de sûreté, pendant une durée de deux ans renouvelable²⁰⁵.

81- Certains auteurs estiment que « *sous l'apparence d'une prise en charge médicale, psychologique et sociale, les centres de sûreté sont en réalité calqués sur les établissements pénitentiaires, la logique sécuritaire permettant de recourir à des mesures restrictives des droits des retenus* »²⁰⁶ ; cette mesure ne serait qu'une manière nouvelle de maintenir hors de la société des personnes estimées dangereuses. Ce dispositif a donc permis, sans que cela soit expressément inscrit dans le texte, de mettre à la disposition du juge un nouvel outil permettant de rendre la peine perpétuelle, alors même qu'une telle peine est un non-sens au regard des fonctions allouées à la peine.

82- Peines perpétuelles et sens de la peine. Comme évoqué ci-dessus, le Conseil constitutionnel a jugé en 1994 que la peine perpétuelle instaurée par le nouveau code pénal est conforme à la Constitution puisqu'existe une procédure permettant la libération du condamné ayant accompli « *des efforts sérieux de réadaptation sociale* »²⁰⁷. Cette question tranchée, une seconde s'est posée : la conformité d'une telle peine à la Convention européenne des droits de l'Homme.

83- Dès 2004, avec l'arrêt *Einhorn c. France*, la Cour Européenne des Droits de l'Homme²⁰⁸ indique qu'elle « *n'exclut pas que la condamnation d'une personne à une peine perpétuelle incompressible puisse poser une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention* », article consacré à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou

²⁰⁴ Article 706-53-16 du CPP.

²⁰⁵ Article 706-53-19 CPP.

²⁰⁶ V. notamment : P. HENNIION-JACQUET, « Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux et si la justice s'arrêterait aux portes des prisons ? », *RDSS*, 2009, p. 509.

²⁰⁷ Article 720-4 du CPP.

²⁰⁸ Ci-après Cour. EDH.

dégradants²⁰⁹. Cet arrêt concluant à l'irrecevabilité de la requête, il faut attendre les arrêts *Kafkaris c. Chypre* de 2008²¹⁰ et surtout *Vinter et a. c. Royaume-Uni* de 2013²¹¹ pour avoir une réponse, ou tout du moins une ébauche de réponse. La Cour, bien que laissant aux États membres « une marge d'appréciation pour déterminer la durée adéquate des peines d'emprisonnement pour les différentes infractions »²¹² et la possibilité « d'infliger des peines perpétuelles aux adultes auteurs d'infractions particulièrement graves »²¹³, affirme que « pour demeurer compatible avec l'article 3, une peine perpétuelle doit offrir à la fois une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen »²¹⁴. Elle précise ensuite que le condamné a le « droit de connaître le moment où le réexamen de sa peine aura lieu ou pourra être sollicité » afin qu'il « œuvre à sa propre réinsertion »²¹⁵. Enfin, elle souligne qu'il se dégage en Europe « une nette tendance en faveur de l'instauration d'un mécanisme spécial garantissant un premier examen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle, puis des réexamens périodiques par la suite »²¹⁶. L'article 720-4 du code de procédure pénale instaure certes une possibilité de réexamen de la situation du condamné, mais dispose que celle-ci ne peut être accordée « que si le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à trente ans ». Un doute existait donc sur la conventionnalité du système français, qui a néanmoins rapidement été levé par la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans un arrêt *Bodein c. France* du 13 novembre 2004, elle juge que le délai de trente ans établi par

²⁰⁹ CEDH, 3^e section, 16 octobre 2004, req. n°71555/01, *Einhorn c. France*.

²¹⁰ CEDH, Grande chambre, 12 février 2008, req. 21906/04, *Kafkaris c. Chypre*, Recueil des arrêts et décisions 2008.

²¹¹ CEDH, Grande chambre, 9 juillet 2013, req. n°66069/09, *Vinter et a. c. Royaume-Uni*, Recueil des arrêts et décisions 2013 ; D. 2013. 1748, obs. M. LENA. V. également : N. HERVIEU, « Les peines perpétuelles au prisme européen de la dignité et de la réinsertion sociale des détenus », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 juillet 2013.

²¹² *Ibid.*, § 105.

²¹³ *Ibid.*, § 106.

²¹⁴ *Ibid.*, § 110.

²¹⁵ *Ibid.*, § 122.

²¹⁶ *Ibid.*, § 120.

l'article 720-4 du code de procédure pénale prenant en compte le temps passé en détention provisoire, même s'il se situe au-delà de la tendance européenne n'est pas incompatible avec l'article 3 de la Convention²¹⁷.

84- Juridiquement, il est ainsi établi que les dispositions législatives instaurant la peine perpétuelle sont conformes aux normes supérieures. Pourtant, le Conseil constitutionnel rappelle dans sa décision de 1994 que la peine doit permettre au condamné de « *préparer son éventuelle réinsertion* »²¹⁸ et la Cour européenne des droits de l'Homme que « *l'impératif [...] de réinsertion [figure] au nombre des motifs propres à justifier une détention* »²¹⁹. En validant une peine perpétuelle hypothétiquement compressible et en tolérant la pratique d'une peine de réclusion à vie lorsque le condamné « *constitue toujours un danger pour la société* »²²⁰ ou ne manifeste pas « *des gages sérieux de réadaptation sociale* »²²¹ difficilement démontrables durant l'exécution de la peine privative de liberté, elles n'affirment que l'existence d'un « *droit à l'espoir* »²²² pour le condamné. D'autant que les seules autres possibilités de

²¹⁷ CEDH, 5^e section, 13 novembre 2014, req. n°40014/10, *Bodein c. France* ; JCP.G 2014, p. 1223, Veille L. MILANO ; *Dr. Pén.*, 2015, comm. 15, E. BONIS-GARÇON. V. aussi : D. ROETS, « La "perpétuité réelle" française : une peine compatible avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC*, 2015, p. 158.

²¹⁸ CC, 20 janvier 1994, *op. cit.*, considérant 12.

²¹⁹ CEDH, Grande chambre, 9 juillet 2013, *op. cit.*, § 111.

²²⁰ *Ibid.*, § 107.

²²¹ Article 720-4 du CPP.

²²² Expression utilisée par la juge Power Forde dans son opinion concordante sous l'arrêt *Vinter et a. c. Royaume-Uni*.

L'arrêt *Hutchinson c. Royaume-Uni* rendu par la Cour. EDH le 3 février 2015 vient confirmer les dires de la juge Power-Forde. La Cour a conclu que la peine de perpétuité réelle britannique fait l'objet d'un contrôle en droit national et est compatible avec l'article 3 de la convention en raison de l'obligation faite au Ministre de la justice de libérer tout détenu condamné à la perpétuité réelle dont il peut être établi que des motifs exceptionnels justifient la libération, pouvoir placé sous le contrôle des juridictions nationales. Or, si ce principe a effectivement été rappelé par la cour d'appel britannique dans les décisions *R. v. Newell* et *R. v. McLoughlin* du 18 février 2014, il avait déjà été affirmé en 2009 dans la décision *R. v. Bieber*. V. CEDH, 3 février 2015, req. n°57592/08, *Hutchinson c. Royaume-Uni*.

libération à disposition du condamné sont la grâce présidentielle de l'article 133-7 du code pénal et la suspension de peine pour raison médicale de l'article 720-1-1 du code de procédure pénale. La première, issue de l'article 17 de la Constitution, n'est pas exercée envers les condamnés à perpétuité en raison de l'impopularité d'une telle mesure²²³. La seconde est difficile à obtenir n'étant ouverte qu'aux détenus atteints de « *pathologies engageant le pronostic vital* » ou avec un « *état de santé physique ou mental durablement incompatible avec le maintien en détention* », et nécessitant une expertise médicale et l'absence de « *risque grave de renouvellement de l'infraction* »²²⁴. Par ailleurs, comme le signale très justement Jean DANET, la suspension médicale annonce soit « *la mort à brève échéance* », soit « *une hospitalisation dans des conditions exclusives de tout état véritable de liberté* », le détenu « *sort de prison pour que sa vie s'épuise [...], ce n'est pas là ce que, sauf cynisme de mauvais goût, on peut appeler une chance d'être libéré* »²²⁵.

85- La prison à perpétuité qualifiée parfois de “peine de vie” repose donc sur le même postulat que la peine de mort, « *exclure définitivement* »²²⁶, « *elle est un renoncement à la foi que l'on doit avoir dans l'homme* »²²⁷. En outre, elle est basée sur un concept pernicieux, la dangerosité, qui nie tout libre arbitre à l'être humain et toute faculté d'évolution, et ne « *caractérise pas [...] une réalité stable, mais exprime bien plutôt des préoccupations sociales très précisément datées et localisées qui sont appelées à changer*

²²³ C. MARIE, « Constats et réflexions autour de la notion de peine perpétuelle », in : Yannick LECUYER (dir.), *La perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, op. cit., p. 22.

²²⁴ Article 720-1-1 du CPP. Le mécanisme a pourtant été allégé par la loi du 15 août 2014 ; antérieurement deux expertises médicales concordantes étaient nécessaires et la possibilité de tenir compte de l'état mental du détenu n'était pas mentionnée de manière expresse.

²²⁵ J. DANET, « La peine perpétuelle comme horizon ? », in : *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, op. cit., p. 564.

²²⁶ D. SALAS, « Le droit de ne pas mourir en prison », in : *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, op. cit., p. 789.

²²⁷ J.-P. CHANTECAILLE, « La réclusion criminelle à perpétuité : le désespoir programmé », in : Y. LECUYER (dir.), *La perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, op. cit., p. 168.

selon l'évolution des valeurs sociales »²²⁸. Une telle sanction ne répond donc pas aux fonctions normalement allouées à la peine. Il en est pareillement pour les longues réclusions à temps qui, certes, ont un terme, mais qui en raison de leur durée entraînent « *un processus de désocialisation accéléré [...] aux dépens de tout projet de réinsertion* »²²⁹. D'autant que comme toute peine privative de liberté, bien que légitime en application des règles du contrat social, le consentement du condamné reste fictif.

²²⁸ T. FERRY, *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hyper surveillance*, *op. cit.*, p. 194.

²²⁹ P. RICOEUR, *Le juste*, *op. cit.*, p. 204.

Section 2 : Le détenu, « usager-involontaire » du service public pénitentiaire

86- Au nom de la volonté générale, « le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui, et même à celles qui le punissent quand il ose en violer quelqu'une »²³⁰. Néanmoins, lorsque l'on s'intéresse à l'intérêt particulier de chaque citoyen, les choses sont bien différentes. Quoique légitime et nécessaire, le système répressif est loin d'emporter l'adhésion de chacun des citoyens. Lorsqu'un individu enfreint la loi, son objectif est, non pas d'être puni par la société au nom de l'intérêt général, mais bien d'obtenir un avantage tiré du crime. Pour que cet avantage soit le plus grand possible, il espère également échapper à toute sanction. En conséquence, le consentement du criminel au système répressif relève uniquement de la fiction, même si celle-ci est nécessaire à la cohérence de l'ordre juridique instauré (**paragraphe 1**), et l'entrée en relation du détenu avec le service public pénitentiaire suite à une condamnation pénale ne peut être qu'involontaire (**paragraphe 2**).

§1 : Le caractère fictif du consentement au système répressif

87- Défini traditionnellement comme le « *concours des volontés des contractants* » ou comme « *la volonté individuelle de chacune des parties au contrat* »²³¹, le consentement n'est jamais dénué de lien avec le concept de liberté. Contracter serait toujours, au moins en théorie, un acte de volition par lequel un individu s'engage librement. Mais, en théorie seulement. D'ailleurs comme l'a signalé Emmanuel GOUNOT « *la volonté n'est ni la cause efficiente, ni la cause finale du droit ; elle n'en est que la cause instrumentale* »²³². Mythifiée, elle a été détournée pour permettre la

²³⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 143.

²³¹ B. PETIT, S. ROUXEL, « Contrats et Obligations – Consentement », *JurisClasseur*, 2015, p. 3.

²³² E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, Thèse, Dijon, 1912, p. 451.

cohérence de l'ordre juridique. Lorsqu'elle fait défaut et qu'elle apparaît nécessaire à la construction logique du système juridique, le juriste fait en sorte de travestir la réalité. Ainsi, bien qu'il sache que la réalité matérielle est tout autre, il admet que chacun des administrés a consenti librement à l'ensemble des règles juridiques (A) ainsi qu'aux sanctions existant en cas de non-respect de celles-ci (B).

A) Le consentement de l'administré au Contrat social, entre mythe et fiction

88- Qu'il s'agisse de philosophie politique ou de philosophie juridique, le Contrat social apparaît toujours comme une étape nécessaire à la construction d'une société organisée puis un élément majeur du maintien de la cohésion sociale nouvellement instaurée. La réalité de la conclusion d'un tel contrat par chaque individu demeure pourtant contestée puisque contestable. Déjà, Jean-Jacques ROUSSEAU, théoricien du Contrat social, n'affirmait pas la véracité d'une telle théorie, mais ne l'utilisait que comme hypothèse de départ à une réflexion plus générale sur la construction de l'État en tant qu'entité légitime et respectée. Le Contrat social est toutefois devenu un mythe politique fondateur des théories de l'État de droit (1) et une fiction juridique indispensable pour justifier l'instauration d'un ordre normatif accepté par la population et dont l'État peut légitimement assurer le respect par le biais du système répressif (2).

1. Un mythe politique nécessaire à la construction de l'État de droit

89- La théorie du Contrat social expliquant l'acceptation par la population de la soumission aux règles instaurées par la société et par l'État repose sur la nécessité pour l'individu de sortir de l'état de nature dans lequel il se trouve. Pour autant, cet état de nature, préexistant à l'état civil régi par le Contrat social, n'a jamais été établi comme une vérité matérielle et reste un

postulat indémontrable, bien qu'utile en tant que symbole de la liberté de l'individu.

90- L'état de nature, postulat non vérifiable. Bien que l'état de nature soit utilisé par de nombreux auteurs pour justifier la création de l'État, sa réalité demeure difficilement prouvable et incertaine. Ainsi Jean-Jacques ROUSSEAU admet que « *l'état de nature [...] n'a peut-être jamais existé et ne reviendra sans doute jamais* »²³³. Thomas HOBBS et Jeremy BENTHAM s'accordent sur l'« *idée que les gouvernements naissent d'une réalité et non du contrat social* », le pacte originaire, n'étant qu'« *une fiction établie par l'auteur du Léviathan en tant que telle pour expliquer une hypothèse de réflexion afin de déterminer comment agiraient les hommes sans modérateur pour arbitrer leurs litiges* »²³⁴. Fiction confirmée par l'abstraction évidente selon laquelle l'individu acceptant le Contrat social s'est « *perpétré des débuts de l'histoire jusqu'à la société contemporaine* »²³⁵²³⁶, elle reste cependant nécessaire à la théorisation de l'État telle que nous la connaissons, c'est-à-dire basée sur la liberté individuelle et la volonté générale.

91- L'acceptation du Contrat social par le peuple, symbole de la liberté individuelle. Philippe WOODLAND souligne pertinemment que, selon la théorie du Contrat social, « *les inconvénients de l'anarchie auraient conduit à l'aliénation de [la liberté originelle de l'individu] en contrepartie de la garantie "contractuelle" que la volonté de l'individu pourrait continuer à*

²³³ Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, Thèse, Paris II, 1981, pp. 353-354.

²³⁴ E. GILARDEAU, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, *op. cit.*, p. 108.

²³⁵ Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, *op. cit.*, p. 355.

²³⁶ En effet, même si comme le rappelle Nicolas GRAS « *le contrat est une chose vivante, susceptible d'évoluer suite aux changements de circonstances, à l'extension ou au remaniement des projets économiques qu'il sous-tend* », cela ne peut que justifier a maxima l'évolution du contenu du Contrat social depuis sa création, mais ne permet pas de répondre à l'abstraction que représente l'évolution continue des personnes concernées, qui aurait chacune à leur tour accepté ledit contrat et les obligations afférentes à celui-ci. V. N. Gras, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Clermont-Ferrand, 2014, p. 10.

s'exprimer au travers de la volonté générale »²³⁷. Elle permet donc d'affirmer que la base de la construction sociale repose sur la liberté de l'individu qui a consenti, pour assurer sa sécurité et son bonheur, à se regrouper sous forme de société et à s'exprimer par le biais de la volonté générale, volonté à laquelle il accepte de se soumettre. Cette hypothèse justifie ainsi l'assujettissement de l'individu au droit étatique tout en affirmant la suprématie de l'individu²³⁸. Elle légitime la construction de l'ordre juridique en la fondant sur le "mythe volontariste", et en plaçant « *l'individu fondamentalement libre* » « *sur un piédestal commode* »²³⁹. Tout se passe alors « *comme si un contrat avait été passé entre les membres de la société humaine* »²⁴⁰ autorisant l'État à agir par la représentation. La volonté générale assimilée à la somme des volontés individuelles étant admise comme fondement du contrat, permet à ce dernier de s'inscrire dans la théorie civiliste selon laquelle « *la volonté requise pour la réalisation d'un acte juridique n'est pas nécessairement celle de la partie à l'acte, elle est la volonté du titulaire des prérogatives relatives au droit dont l'exercice est à l'origine de l'acte* »²⁴¹. Cet axiome de la construction politique devient indispensable à la construction de l'ordre juridique positiviste où « *les règles constitutionnelles ne peuvent que reposer sur la volonté populaire* »²⁴² étant placées au sommet de la hiérarchie des normes et systématisant les valeurs sous-jacentes à l'ordre instauré ; il est le postulat originel de la création de l'État²⁴³.

²³⁷ Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, op. cit., p. 353.

²³⁸ *Ibid.*, p. 351.

²³⁹ *Ibid.*, p. 355.

²⁴⁰ *Ibid.*, pp. 354-355.

²⁴¹ G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 78.

²⁴² Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, op. cit., p. 22

²⁴³ V. notamment D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 2000, 614 p. p. 77. S'inspirant du théorème mathématique de Kurt Gödel, elle affirme qu'« *à l'origine de tout système axiomatique existe un postulat qui ne peut être démontré à partir d'une proposition interne au système* » et que « *la complétude et la cohérence du système ne peuvent être démontrées qu'en rapport avec une proposition extérieure au système* ». Le Contrat social situé à l'extérieur de l'ordre juridique, tout

92- S'il s'agit bel et bien d'un mythe politique, ancré dans la mentalité collective, il s'agit alors aussi d'une véritable fiction juridique nécessaire à l'existence même de l'ordre juridique, et pouvant à ce titre être qualifiée de « *fondamentale* »²⁴⁴. Dès lors que la volonté instaurant le contrat « *est objectivée au point de ne plus présenter aucune réalité* »²⁴⁵, que le postulat utilisé sort du domaine de l'inconscient collectif caractéristique du mythe²⁴⁶ pour devenir « *une formulation explicite* » permettant de remédier à « *une faille dans le raisonnement* »²⁴⁷, elle devient une véritable fiction juridique. Ce procédé permet selon Chaïm PERELMAN de surmonter les difficultés conceptuelles et pratiques que rencontre chaque ontologie juridique pour assurer la logique du système instauré²⁴⁸.

2. Une fiction juridique nécessaire au fonctionnement de l'État

93- La doctrine civiliste s'accorde à voir, en application du principe de l'autonomie de la volonté, le consentement comme l'élément premier du contrat. Bien que qualifié comme tel, le Contrat social ne remplirait alors pas les critères nécessaires pour entrer dans cette catégorie juridique. En effet, il n'est pas possible de démontrer l'existence d'un consentement de chaque individu audit contrat. Mais, servant de socle à l'acceptation des lois par les individus, l'ordre juridique n'a pu se construire autrement qu'en

comme la Grundnorm dans la théorie de Hans Kelsen, serait alors, selon nous le postulat originel de tout le système juridique positiviste, permettant la cohérence du système juridique et plus particulièrement la complétude du système répressif.

²⁴⁴ J. RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », in : Ch. PERELMAN, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 111.

²⁴⁵ G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., p. 79.

²⁴⁶ F. ROUVIERE, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in : Anne-Blandine Caire (dir.), *Les fictions en droit – Les artifices du droit : les fictions*, Acte du colloque du 20 mai 2014, L.G.D.J., Centre Michel de l'Hospital, Clermont-Ferrand, 2015, p. 98

²⁴⁷ Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, op. cit., pp. 139-140.

²⁴⁸ Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 1976, p. 5.

faisant comme si le Contrat social était un contrat classique entraînant des obligations pour l'administré, ce dernier pouvant être sanctionné en cas de non-respect des clauses contractuelles engageant sa responsabilité.

94- Le consentement, condition essentielle à la formation d'un contrat²⁴⁹. Défini par Jacques GHESTIN comme « *un accord de volontés qui sont exprimées en vue de produire des effets de droits et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets* »²⁵⁰, le contrat suppose à la fois une volonté interne, c'est-à-dire un fait psychologique, et une volonté déclarée, c'est-à-dire une manifestation extérieure. En premier lieu, le contractant doit donc être conscient de s'engager juridiquement et de ce à quoi il s'engage. En second lieu, il doit exprimer de manière compréhensible l'acceptation de l'offre qui lui est soumise.

95- Concernant le Contrat social, il est tout d'abord difficile d'établir que l'administré comprend de manière complète le sens de son engagement. Or, pour fonder un contrat valable, le consentement exprimé doit être libre et éclairé. Dans le cas étudié, tout se passe comme s'il était question d'un contrat d'adhésion, l'administré n'a pas d'autre choix que d'accepter l'intégralité des normes déjà valablement édictées ou de s'exclure de la société. Étant irréaliste de supposer que lors de sa naissance un individu puisse avoir connaissance de toutes les lois de la cité, il n'a d'autre choix que d'accepter un contrat qu'il ne comprend pas pleinement²⁵¹. Ajoutons que, pour être valide, l'offre proposée au contrat doit se montrer précise et complète, et donc comporter tous les éléments essentiels du contrat. Une fois encore, la liste exhaustive des normes prescrites par la société étant difficile à établir, ce critère semble faire défaut.

²⁴⁹ B. PETIT, S. ROUXEL, « Contrats et Obligations – Consentement », *op. cit.*, 52 p.

²⁵⁰ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.*, 1990, p. 147.

²⁵¹ Comme l'explique Emmanuel GOUNOT, lors d'un contrat d'adhésion, « *c'est à prendre ou à laisser. Et si on ne "laisse", pas, si pour une raison ou une autre, peut-être parce qu'on ne peut pas faire autrement, on "prend", alors on est censé tout prendre* ». V. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, *op. cit.*, p. 16.

96- Ensuite, le contractant doit exprimer clairement sa volonté de s'engager. Bien qu'il puisse le faire de manière expresse comme de manière tacite, il ne semble pas évident de trouver une trace effective du consentement de chaque individu au Contrat social. L'acceptation tacite pouvant s'exprimer, selon les juges judiciaires, par les comportements les plus divers, nous pourrions éventuellement admettre que la simple participation à la vie en société, l'utilisation des services publics, pourrait s'interpréter comme une manifestation extérieure de volonté. Nous pourrions même aller jusqu'à admettre que l'administré s'éloignant des règles sociétales établies serait inconscient des risques pris, et pourrait être l'objet d'une convention d'assistance²⁵², permettant de passer outre l'expression de sa volonté. Mais même de telles explications ne sont pas suffisantes pour établir l'existence d'un contrat au sens civiliste du terme remplissant toutes les conditions exigées.

97- Par ailleurs, en principe, le contractant doit pouvoir se prévaloir de la discordance entre la volonté exprimée et sa volonté interne, cette dernière primant sur la première en droit français. Or, la charge de la preuve incombant à celui qui se prévaut de cette discordance, surgit une nouvelle difficulté. Comment un individu pourrait se prévaloir de la méconnaissance des règles auxquelles il a souscrit alors qu'il est admis de manière irréfragable que « *nul n'est censé ignorer la loi* » ?²⁵³ Le Contrat social ne prévoyant pas non plus de faculté de rétractation permettant à l'individu de renoncer unilatéralement au contrat, il se retrouve lié par celui-ci de manière définitive, alors même qu'il n'était pas consentant.

98- Pour pallier cette difficulté, une autre solution peut être envisagée. Il est possible d'estimer que le Contrat social a été passé par les représentants des citoyens exprimant la Volonté générale. De prime abord, cette explication

²⁵² Selon la Cour de cassation, une convention d'assistance peut être conclue par une personne inconsciente. V. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 1969 ; *JCP G* 1970, II, 16445, note J.-L. AUBERT.

²⁵³ Nous reviendrons plus tard sur la qualification juridique de cet adage. V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 1 – B – 2. La création d'une fiction juridique pour préserver l'ordre social (105)

permet de faire abstraction du défaut de volonté interne de l'individu. Le consentement ne serait plus, l' « *expression d'une volonté, manifestation d'une subjectivité, émanation de la personne humaine* », mais seulement « *l'expression des intérêts d'une personne juridique, celle-ci étant elle aussi entendue dans un sens strictement technique, et dépouillée de toute valeur métaphysique* »²⁵⁴. Chaque personne juridique aurait alors couplé son intérêt particulier à celui de toutes les autres pour construire l'intérêt général s'incarnant dans l'adoption du Contrat social. Mais une fois encore, cette théorie ne manque pas d'écueils. Comme le démontre Jean RIVERO, la volonté générale n'est, elle aussi, qu'une fiction²⁵⁵. Elle ne peut donc pas expliquer l'existence matérielle du Contrat social qui ne serait « *qu'une vue de l'esprit des juristes prisonniers du préjugé volontariste* », donc « *il y aurait fiction dans la mesure où la convention n'existerait pas* »²⁵⁶.

99- Pour autant, loin d'être inutile, cette fiction s'avère primordiale et constitue d'ailleurs l'un des « *piliers de l'édifice juridique tout entier* »²⁵⁷. Elle fait partie de ces fictions qui permettent « *d'éliminer, ou d'atténuer, des réalités dont le droit [...] ne pourrait s'accommoder* »²⁵⁸, « *de préserver la cohérence du système juridique en vigueur* » et « *de défendre une certaine conception du droit* »²⁵⁹. Explication de l'acceptation des lois par les administrés, le consentement de chacun au Contrat social est ainsi une

²⁵⁴V. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Thèse, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 264, Paris, 1997, pp. 240-241.

²⁵⁵ Selon cet auteur, « *ce qu'a voulu mon élu peut peut-être (mais dans quelle mesure ?) tenir compte de l'idée qu'il se fait de ce que je souhaite, mais c'est lui qui veut, et non moi. L'expérience, en France du moins, le confirme : le citoyen, même électeur de la majorité, ne reconnaît pas, dans la loi, l'expression de sa volonté. Si même il s'estime lié par elle, ce n'est pas parce qu'il y voit l'effet d'une autolimitation qu'il s'impose librement, mais parce qu'il respecte l'autorité dont elle émane directement, ou parce qu'il appréhende la sanction* ». V. J. RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », in : Ch. PERELMAN, *Les présomptions et les fictions en droit*, op. cit., p. 104.

²⁵⁶ Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, op. cit., p. 310.

²⁵⁷ J. RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », in : Ch. PERELMAN, *Les présomptions et les fictions en droit*, op. cit., p. 111

²⁵⁸*Ibid.*, p. 112

²⁵⁹ Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, op. cit., p. 105.

fiction juridique inévitable pour assurer la cohérence et la complétude du système juridique.

100- L'exigence d'une fiction juridique pour la cohérence et la complétude du système juridique. « *Les notions apparemment limpides sont parfois les plus obscures et les plus méconnues. À force d'évidence, elles sombrent dans l'opacité* »²⁶⁰. Les propos d'Anne-Blandine CAIRE sur les présomptions trouvent un écho particulier lorsque nous parlons de la fiction juridique qu'est le Contrat social²⁶¹. Malgré de nombreux travaux consacrés à la notion de fiction²⁶² et l'utilisation quasi quotidienne de celle-ci, la définir continue d'être ardu. Chaque auteur utilisant un angle d'analyse différent a proposé une définition propre à ses travaux et jamais complètement similaire aux définitions précédentes. Néanmoins, des critères de définition s'avèrent acceptés par tous. La fiction est « *un refus délibéré de la réalité. Elle met consciemment à la base de la démarche du juriste, une affirmation dont il sait qu'elle ne correspond pas à la réalité* »²⁶³. Elle « *traduit un jugement porté non sur la règle elle-même, mais sur les*

²⁶⁰ A.-B. CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Thèse, Limoges, 2010, p. 14.

²⁶¹ Elle ajoute d'ailleurs, quelques années plus tard, en évoquant les fictions, qu' « *il est des notions que le juriste a tellement l'habitude d'utiliser qu'elles constituent pour lui des points de repère, sans qu'il puisse vraiment expliquer pourquoi* ». V. Anne-Blandine CAIRE (dir.), *Les fictions en droit – Les artifices du droit : les fictions*, op. cit., p. 13.

²⁶² V. notamment : Ch. PERLEMAN, *Les présomptions et les fictions en droit*, op. cit. ; Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, op. cit. ; A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, Thèse, Paris-II, 1995, 619p ; G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit. ; D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit. ; A.-B. CAIRE (dir.), *Les fictions en droit – Les artifices du droit : les fictions*, op. cit.

²⁶³ J. RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », in : Ch. PERELMAN, *Les présomptions et les fictions en droit*, op. cit., p. 102, V. aussi en ce sens: G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., p. 14. Il rappelle que la fiction juridique est « *définie comme une altération conceptuelle* » qui « *manifeste une insuffisance de la construction juridique élaborée à partir d'un ensemble de concepts dont elle compromet la cohérence logique* ». ; Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, op. cit., p. 597. Il mentionne « *le caractère anormal, contraire à la nature, attribué à la règle ou à l'institution en cause* ».

rappports qu'elle entretient avec l'ensemble des autres règles. Il s'agit d'apprécier, non sa conformité à la réalité naturelle, mais sa compatibilité avec la réalité juridique »²⁶⁴. Si sa non-conformité à la réalité naturelle est acceptée et comblée par le procédé juridique, c'est selon Delphine COSTA, car la fiction juridique a pour particularité d'être légitime. Elle « *traduit l'attachement d'une collectivité à un ensemble de valeurs dominantes que, par convention, elle charge [le système juridique] de défendre* »²⁶⁵. Mais surtout, elle permet d'assurer la cohérence du système juridique et maintenir l'ordre social instauré²⁶⁶.

101- Tout comme la *Grundnorm* de Hans Kelsen est un postulat indémontrable nécessaire à la cohérence de la théorie positiviste²⁶⁷, la Volonté générale une construction de la pensée nécessaire à la théorie de la représentation, le Contrat social est une fiction juridique nécessaire pour expliquer le consentement des administrés aux règles établies par l'État et maintenir la cohésion sociale instaurée. Cependant, comme l'explique Philippe WOODLAND, « *parler de fiction de volonté ne signifie pas la remise en cause de la règle ainsi qualifiée au regard du droit positif* », mais

²⁶⁴ G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., p. 11. V. aussi en ce sens: D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit., p. 115. Elle souligne que la fiction est « *un procédé qui révèle et résout une inadéquation entre deux éléments, dont l'un au moins relève de la réalité juridique* » ; Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, op. cit., p. 597. Il évoque « *un procédé qui consiste à écarter sous prétexte de fiction l'obstacle qui résulte d'une contradiction entre le droit positif et le fondement qui lui est assigné* ».

²⁶⁵ D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit., p. 54. Elle ajoute d'ailleurs que « *la fiction juridique intervient alors dans le cadre de la défense de ces valeurs dominantes : sa fausseté est conventionnellement admise parce que la fiction juridique exprime, en même temps, une vérité juridique conforme à ces valeurs* ».

²⁶⁶ François ROUVIERE a ainsi écrit que « *les fictions seraient utiles pour préserver l'ordre social* » et Delphine COSTA qu' « *en leur qualité de procédés de technique juridique, les fictions permettent l'adaptation des catégories, la révélation des antinomies et le comblement des lacunes juridiques* ». V. F. ROUVIERE, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in : Anne-Blandine Caire (dir.), *Les fictions en droit – Les artifices du droit : les fictions*, op. cit., p. 83 ; D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit., p. 18.

²⁶⁷V. en ce sens D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit., pp. 76-77.

simplement que « *cette règle ne s'insère pas "naturellement" c'est-à-dire selon les habitudes de pensée admises, dans la représentation du droit que retiennent les juristes pour eux-mêmes* »²⁶⁸. En conséquence, bien que controuvé, le consentement de chaque individu au Contrat social est intégré à la réalité juridique obligeant chacun à respecter les prescriptions étatiques sous peine d'être puni. D'après Michel FOUCAULT, « *le criminel apparaît alors comme un être juridiquement paradoxal. Il a rompu le pacte, il est donc l'ennemi de la société tout entière, mais il participe à la punition qui s'exerce sur lui. Le moindre crime attaque toute la société, et toute la société - y compris le criminel - est présente dans la moindre punition* »²⁶⁹. Ayant consenti au Contrat social, le criminel consentirait alors à la peine prononcée à son encontre suite à un acte infractionnel.

B) Le consentement du criminel à la peine : une utopie

102- Alors qu' « en droit civil, la responsabilité se définit par l'obligation de réparer le dommage que l'on a causé par sa faute et dans certains cas déterminés par la loi ; en droit pénal, [elle se traduit par] l'obligation de supporter le châtement »²⁷⁰. S'il est utopique de croire que le criminel en tant qu'être psychologique consent à la peine prononcée par l'État lorsqu'il viole le Contrat social (1), il est admis dans la réalité juridique, pour ne pas porter atteinte à la liberté de l'individu, qu'il consent, au nom de l'intérêt général et pour préserver l'ordre social, à être condamné comme toute personne qui violerait les règles de la cité (2).

²⁶⁸ Ph. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, op. cit., p. 376.

²⁶⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., pp. 106-107.

²⁷⁰ P. RICOEUR, *Le juste*, op. cit., p. 58.

1. *Le caractère invraisemblable du consentement du criminel à la peine*

103- Le crime est « *un fait humain, un acte commis par une personne qui, pour certaines raisons, a choisi de commettre une infraction, sans être arrêté par la menace de la sanction* »²⁷¹. Bien loin d'être un acte automatique empreint de fatalité, même s'il peut être influencé par un contexte social, familial ou médical, il est donc « *un fait humain où liberté et volonté ont aussi leur part* »²⁷². Partant, si un individu choisit de commettre un crime, c'est qu'il espère en obtenir un bénéfice, en retirer un avantage, mais aussi qu'il espère échapper à la sanction. Tout se résume, comme l'ont démontré Cesare BECCARIA et Jérémy BENTHAM, à un calcul, parfois inconscient, des peines et des plaisirs²⁷³. *L'homo criminalis* agit en prenant en compte la recherche de son bonheur ; s'il commet un crime c'est donc pour obtenir un plaisir et non pour s'infliger une peine. De ce fait, seule la certitude d'une peine supérieure au plaisir attendu peut conduire l'individu à renoncer au crime. Le système pénal tel qu'il est construit tient compte de cet équilibre entre peine et plaisir, c'est donc l'espoir d'échapper à la sanction qui mènera à la réalisation de l'acte infractionnel²⁷⁴.

²⁷¹ P. CONTE, P. MAITRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 3.

²⁷² J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^{ème} éd., op. cit., p. 43.

²⁷³ Cesare BECCARIA affirme ainsi que « *le plaisir et la douleur sont les mobiles des êtres sensibles, et, parmi les motifs qui poussent parfois les hommes aux actions les plus sublimes, le législateur invisible a fixé la récompense et le châtement* ». V. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., pp. 74-75. ; Et, selon Jérémy BENTHAM, « *tout individu se gouverne, même à son insu, d'après un calcul bien ou mal fait de peines et de plaisirs. Préjuge-t-il que la peine sera la conséquence d'un acte qui lui plaît ? Cette idée agit avec une certaine force pour l'en détourner. La valeur totale de la peine lui paraît-elle plus grande que la valeur totale du plaisir ? La force répulsive sera la force majeure, l'acte n'aura pas lieu* ». V. J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, Tome 2, op. cit.

²⁷⁴ Thomas HOBBS explique que « *parmi les passions qui inclinent le plus fortement au crime, se trouvent la colère, l'avidité et tous les autres désirs empreints de quelques véhémences, mais jamais en l'absence d'espoir. Personne en effet ne commettrait un crime pour quelque bien que ce soit qu'il n'aurait aucun espoir d'obtenir* ». V. T. HOBBS, *Léviathan*, Folio, Essais, Gallimard, Paris, 2000, 1024p.

104- Il est manifeste que la réalité matérielle est bien éloignée de la réalité juridique construite sur l'idée selon laquelle tout être social consent à être puni s'il porte une atteinte aux règles de la cité créées pour lui assurer sécurité et bonheur. D'ailleurs, lors du procès, le consentement du condamné à la peine n'est que peu sollicité. Si, certaines fois, il peut refuser les réquisitions de la juridiction de jugement telles que la libération conditionnelle²⁷⁵ ou le suivi d'un traitement médical²⁷⁶, souvent, la personne condamnée est absente au procès et les juges ne consacrent que peu de temps au prononcé de la peine et à sa motivation²⁷⁷. Néanmoins, la volonté individuelle étant l'un des socles de l'ordre juridique, il est indispensable d'agir comme si le criminel acceptait sa peine.

2. La création d'une fiction juridique pour préserver l'ordre social

105- L'expérience démontre que, lorsqu'une personne est condamnée à la suite d'une infraction, elle ne consent pas toujours à la peine. Pour légitimer la sanction, la réalité juridique a donc usé de subterfuges. Tout d'abord, a été instaurée l'adage "*nemo censetur ignorare legem*", selon lequel chaque administré est censé connaître les règles juridiques auxquelles il doit se conformer. Ainsi, toute violation de la loi ne peut être présumée que délibérée et consciente. Si « *les adages ne sont souvent considérés que comme l'expression du bon sens ou de la vertu, des préceptes issus de la pratique, élevée au rang de coutume* », qu'ils « *ne sont pas en tant que tels du droit positif* »²⁷⁸, ils ont parfois inspiré la règle de droit. L'adage est alors

²⁷⁵ Article D. 531 du CPP.

²⁷⁶ Article D. 364 du CPP traitant plus spécifiquement des cas de grève de la faim en détention.

²⁷⁷ S. GABORIAU, « Quand la peine est à la peine – Libres propos sur le sens de la peine », in : *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges, op. cit.*, p. 589.

²⁷⁸ P. FRYDMAN, « Les adages en droit public », *RFDA*, 2014, p. 1. Pascal DEUMIER et Xavier MAGNON expriment cette même idée en expliquant que si « *l'adage extrait la règle de contingence liée à son inscription dans un système déterminé pour se parer des traits de*

« l'une des clés, qui permet d'accéder aux normes, un chemin intellectuel exprimant, entre autres, des règles, non pour les appliquer à partir de leur énoncé comme norme régissant le litige, mais dessinant les voies par lesquelles construire la solution que le juge veut et doit donner »²⁷⁹. Il peut être « [un support] à l'application effective des règles de droit » et trouver « à s'appliquer lorsque le droit au repos, le droit immobile formulé de manière abstraite et générale, se transforme en droit en action tel qu'il est mis en œuvre par celui qui est chargé d'en assurer l'application »²⁸⁰. Comme l'explique Charles-André DUBREUIL, c'est le cas de l'adage "*nemo censetur ignorare legem*" qui « exclut que la méconnaissance d'une règle puisse excuser son non-respect » et s'appliquant « dans la mesure où tout est fait pour que "*personne ne puisse ignorer la loi*" »²⁸¹. Indispensable au fonctionnement d'un système juridique opérationnel, cet adage s'est progressivement transformé en véritable présomption. Cette requalification « repose sur une nécessité pratique »²⁸². Comme l'observe Anne-Blandine CAIRE, « si chacun pouvait invoquer son ignorance de la loi pour échapper à son application, il n'y aurait plus ni réparation, ni sanction possibles ; le droit perdrait sa force obligatoire et n'aurait qu'une portée morale »²⁸³. Une présomption simple se révélant insuffisante, cette règle a alors été qualifiée de présomption irréfragable ; elle n'admet pas la preuve contraire et s'applique en toutes circonstances. Certains auteurs l'ont même assimilée

l'immuable », il n'est « pas source du droit en tant que tel », mais « n'est doté d'une force juridique que lorsqu'il emprunte aux autres sources du droit ». V. P. DEUMIER et X. MAGNON, « Les adages en droit public – Propos introductifs », *RFDA*, 2014, p. 3.

Pour en savoir plus sur les adages, V. : Colloque organisé le 11 octobre 2013, à la cour administrative d'appel de Paris, par H.HOEPPFNER, L.JANICOT, A.ROBLOT-TROIZIER, *RFDA*, 2014, pp. 1-35, 201-223.

²⁷⁹ T. TUOT, « L'adage dans la jurisprudence : norme ou outil ? », *RFDA*, 2014, p. 11.

²⁸⁰ C.-A. DUBREUIL, « Les adages et la rigueur du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 23.

²⁸¹ *Ibidem.*

²⁸² J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, Thémis, Paris, 1955, p. 85.

²⁸³ A.-B. CAIRE, « Fictions et présomptions », in A.-B. CAIRE (dir.), *Les fictions en droit – Les artifices du droit : les fictions*, *op. cit.*, p. 128.

à une véritable fiction juridique²⁸⁴, la frontière entre les deux étant poreuse. Alors que la présomption est « *une supposition fondée sur des lignes de vraisemblance ou encore sur une anticipation de ce qui n'est pas prouvé* »²⁸⁵, donc « *fondée sur la probabilité de certains faits* »²⁸⁶, la fiction porte « *sur un fait dont la fausseté est certaine et ne peut être contrariée* »²⁸⁷. Néanmoins, l'une comme l'autre ont les mêmes conséquences juridiques, elles sont tenues pour vraies²⁸⁸. Dans notre cas, la règle est à la lisière des deux notions. Déjà, en 1974, Jean RIVERO remarque qu'en raison du nombre de lois adoptées « *la présomption, ici, a si peu de chances de rejoindre la vérité, qu'elle se situe à la limite de la fiction* »²⁸⁹. Avec l'inflation législative des dernières décennies, ceci est plus vrai encore. Si le principe établi a pu être originellement une présomption, il ne peut qu'être, aujourd'hui une « *transprésomption* » ou une « *métaprésomption* »,

²⁸⁴ V. sur ce point : S. GOLTZBERG, « De quoi la fiction indique-t-elle l'absence ? », in A.-B. CAIRE (dir.), *Les fictions en droit – Les artifices du droit : les fictions*, *Précit.*, p. 113-115. Il critique d'ailleurs la ligne de partage entre présomption et fiction, estimant celle-ci certes pédagogique, mais parfois peu utile.

²⁸⁵ A.-B. CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 9.

²⁸⁶ G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁷ D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 43-44.

²⁸⁸ V. en ce sens : D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p. 48 : « *L'identité entre la fiction juridique et la présomption irréfragable tient à ce que l'une et l'autre sont tenues pour la vérité juridique. Malgré des opinions divergentes, le rapprochement peut être opéré entre ces deux procédés, sachant que fiction juridique comme présomption irréfragable sont des règles de fond et non des règles de forme* ». V. aussi : G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 12 : « *En matière de présomptions irréfragables, la notion ne joue plus le rôle d'un instrument de preuve, mais dégénère en règle de fonctionnement. Et parce que cette règle exclut la preuve contraire de l'existence du fait inconnu inféré du fait connu, elle conduit à attacher l'effet produit au seul fait connu. Autrement dit, la présomption irréfragable réalise une réduction du nombre de conditions déterminant l'application d'une solution donnée, ce qui implique qu'elle donne naissance à une fiction* ».

²⁸⁹ J. RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », in : Ch. PERELMAN, *Les présomptions et les fictions en droit*, *op. cit.*, p. 103.

c'est-à-dire une « *présomption ayant dépassé [son] statut initial de vérité présomptive pour atteindre celui de vérité fictive* »²⁹⁰.

106- Ensuite, cette règle a été utilisée pour justifier le consentement à la peine du criminel. Par le biais des techniques juridiques analysées précédemment, il est admis que, comme chaque individu, le criminel a accepté le Contrat social et donc de respecter les lois adoptées pour maintenir l'ordre public. Aussi, il consent à être poursuivi pour toute violation de ces règles et sanctionné si cela s'avère justifié et nécessaire. Par ailleurs, en application de l'adage susmentionné, il ne peut utiliser sa méconnaissance des règles pour justifier sa conduite, puisqu'il est établi qu'il est censé connaître toutes les règles qu'il doit respecter. Bien qu'espérant obtenir un bénéfice du crime et échapper à la sanction, le criminel ne peut alors, que consentir à la peine. Si ce consentement s'avère utopique dans la réalité pratique, il devient alors logique dans la réalité juridique. Il s'agit une nouvelle fois d'une fiction juridique, permettant de légitimer le pouvoir de contrainte de l'État, et de rendre cohérente l'organisation du système répressif. Toutefois, des lacunes dans l'articulation du système pénal semblent subsister. Tandis que la fiction du consentement est utilisée pour légitimer le prononcé de la peine privative de liberté, lorsque l'on se place sous l'angle de son exécution, celle-ci disparaît. Le détenu est assimilé à un assujetti au service public, entré en relation avec le service public pénitentiaire uniquement par le biais de la contrainte et à l'encontre de sa volonté.

§2 : Le caractère contraint de la relation détenu – service public pénitentiaire

107- À l'instar de nombreux auteurs, Seydou TRAORE explique que « *la seule existence d'une activité de service public, bien que nécessaire, ne [peut] suffire à octroyer ipso facto la qualité d'usager dudit service* », ce

²⁹⁰ A.-B. CAIRE, « Fictions et présomptions », in A.-B. CAIRE (dir.), *Les fictions en droit – Les artifices du droit : les fictions, op. cit.*, p. 133.

n'est que « *“l'entrée en relation juridique” (ou “l'entrée en rapport”, “l'entrée en contact”, “relation de service” selon les formulations privilégiées par les auteurs), [qui] déclenche le processus de reconnaissance de l'existence de la qualité d'usager* ». Il ajoute que ce processus de mise en relation nécessite « *une démarche de l'administré concerné, l'entrée en contact avec le service et la fourniture d'une prestation* »²⁹¹. Pourtant libre sur la forme²⁹², cette démarche initiale est souvent jugée inexistante de la part du détenu entrant en relation avec le service public pénitentiaire. N'étant que rarement volontaire à l'exécution de la peine privative de liberté prononcée à son encontre, il a donc souvent été qualifié d'assujetti au service public plutôt que d'usager du service public²⁹³. Toutefois, pour le qualifier ainsi, les auteurs soutenant cette théorie ont insisté également sur la soumission du détenu au service public pénitentiaire et le caractère principalement prescriptif de la relation engendrée. L'ajout de ces éléments est loin d'être inutile, puisqu'il est rapidement apparu que le caractère forcé de l'entrée en relation entre le détenu et le service public pénitentiaire (A) ne suffit pas pour refuser à celui-ci la qualité d'usager du service public (B).

A) L'entrée en contact forcée avec le service public pénitentiaire

108- Selon le ministère de la Culture et de la Communication, « *matériellement, l'écrou est le procès-verbal consigné sur un registre constatant qu'un individu a été placé en détention dans un établissement pénitentiaire* ». Dressé dès l'arrivée du détenu à l'établissement pénitentiaire, il est ainsi « *l'acte constitutif de l'incarcération* »²⁹⁴,

²⁹¹ S. TRAORE, *L'usager du service public*, L.G.D.J., Paris, 2012, p. 31.

²⁹² Gilles J. GUGLIELMI et Geneviève Koubi rappellent que cette démarche peut être constituée par “un fait” ou “un acte d'investiture”. V. G. J. GUGLIELMI, G. Koubi, *Droit du service public*, 2ème éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 691.

²⁹³ V. notamment J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, Thèse, Bordeaux, 1967, 351 p.

²⁹⁴ Circulaire DGP/SIAF/SDAACR/2012/014 du 8 juin 2012, *Archives de l'administration pénitentiaire : communicabilité des registres d'écrou, des fiches pénales et des fiches*

consacrant le transfert du détenu du service public de la justice au service public pénitentiaire. En outre, comme le signale l'administration pénitentiaire, cet acte « *légalise* » l'incarcération²⁹⁵. Conséquence du principe de la légalité des peines, posé par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'acte d'écrou permet de s'assurer que les personnes privées de liberté ne sont pas incarcérées arbitrairement²⁹⁶. Il garantit qu'elles font bien l'objet « *d'un arrêt ou jugement de condamnation, d'un mandat de dépôt ou d'arrêt, d'un mandat d'amener lorsque ce mandat doit être suivi d'incarcération provisoire ou d'un ordre d'arrestation établi conformément à la loi* »²⁹⁷.

109- Quoique protecteur du détenu, l'acte d'écrou n'en est pas moins la traduction juridique de l'obligation de celui-ci de se soumettre à la peine d'emprisonnement prononcée à son encontre et de ce fait au service public pénitentiaire (1). Caractérisant l'entrée en contact avec le service public pénitentiaire, bien que celle-ci soit forcée, il conditionnera alors l'application d'un statut particulier à la personne détenue (2).

1. L'écrou, acte de soumission du détenu au service public pénitentiaire

110- Les informations contenues dans l'acte d'écrou, mais surtout la manière dont elles sont utilisées, tendent à démontrer le caractère involontaire de la relation née entre le détenu et le service public pénitentiaire, voire même la suspicion existant de la part de ce dernier à

d'écrou. V. notamment l'annexe à cette circulaire. V. également en ce sens l'article 724 alinéa 2 du CPP : « *Un acte d'écrou est dressé pour toute personne qui est conduite dans un établissement pénitentiaire ou qui s'y présente librement* ».

²⁹⁵ Direction de l'administration pénitentiaire, *Droits et devoirs de la personne détenue*, Ministère de la justice, Paris, 2009, p. 4.

²⁹⁶ Précisons qu'en application des articles 432-6 du CP et 725 du CPP, la responsabilité personnelle des agents de l'administration pénitentiaire peut être engagée en cas de détention arbitraire.

²⁹⁷ Article 725 du CPP. V. également en ce sens Article D. 148 du CPP.

l'égard de la personne incarcérée. Ainsi, l'acte d'écrou comporte non seulement « *les écritures exigées pour l'incarcération et la libération* », mais également de nombreuses indications « *pour prévenir les fraudes, fixer l'identité du détenu et faire connaître les modifications subies par la situation pénale ou administrative de ceux-ci pendant leur détention ou au moment de leur mise en liberté* »²⁹⁸. L'administration vérifie de cette façon non seulement l'authenticité et la légalité de l'acte juridique ordonnant la détention, le caractère exécutoire de la peine, mais aussi l'identité de la personne²⁹⁹.

111- C'est d'ailleurs lors du contrôle de l'identité de la personne déférée qu'apparaît de manière évidente la soumission du détenu au service public et la méfiance qui existe à son égard. En effet, lors de l'entrée en détention, « *le greffe des établissements pénitentiaires recommande par exemple aux personnels des greffes de rechercher systématiquement s'il existe dans l'établissement un homonyme* » et, « *en pareil cas, il prescrit de le mentionner sur la fiche pénale ainsi que sur tous les documents adressés au service de la détention* ». De même, il prescrit de rechercher si le détenu possède un ou plusieurs alias et d'ajouter sur l'acte d'écrou la mention « *se disant X* »³⁰⁰. Le but est de prévenir tout risque de confusion pouvant être utilisé par les détenus notamment à fin d'évasion ou pour obtenir des avantages, ce qui démontre de manière évidente le caractère forcé de la relation instaurée, et la méfiance de l'administration à l'égard des détenus. Cette suspicion se rencontre également lorsque la peine est exécutée de manière volontaire, c'est-à-dire lorsque la personne condamnée se rend d'elle-même dans l'établissement pour être incarcérée. L'identité de la personne est d'ailleurs contrôlée plus méticuleusement, l'administration

²⁹⁸ Article D. 150 du CPP. L'annexe à la circulaire DGP/SIAF/SDAACR/2012/014 du 8 juin 2012 susmentionnée précise par ailleurs que la fiche d'écrou contient des renseignements relatifs à la catégorie pénale et au titre de détention, ainsi qu'à l'écrou, mais aussi des informations sur la personne détenue. Il s'agit non seulement d'informations relatives à l'identité de la personne détenue, mais aussi son signalement avec des mentions telles que la taille, la corpulence, la race ou encore l'existence de signes particuliers.

²⁹⁹ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 238.

³⁰⁰ *Ibid.*

cherchant si un tiers ne cherche pas à subir la peine prononcée à la place d'un autre, notamment un proche auquel il voudrait éviter l'incarcération comme cela a déjà pu se produire par le passé³⁰¹.

112- Tous ces éléments invitent donc à penser la relation détenu - service public pénitentiaire comme une relation d'assujettissement basée sur une obligation de se soumettre au service public et non sur une volonté d'y participer. L'acte d'écrou serait alors l'image de cette subordination. Pourtant, il embrasse des fonctions bien plus vastes et importantes en conditionnant l'obtention d'un statut spécifique aux personnes privées de liberté basé non plus uniquement sur l'entrée en relation avec le service public, mais sur la relation instaurée durant toute la période de détention.

2. L'écrou, acte conditionnant le statut de détenu

113- Attestant du transfert de la personne condamnée à une peine privative de liberté du service public de la justice au service public pénitentiaire, l'acte d'écrou a suscité nombre de difficultés quant à sa classification juridique. Certes, le juge et l'Administration se sont prononcés sur le caractère administratif et non juridictionnel de cet acte, mais une classification plus précise demeure délicate en raison notamment des divisions de la doctrine sur cette question. Elle est pourtant nécessaire puisqu'elle montre le rôle majeur joué par l'acte d'écrou dans l'institution de la relation entre le détenu et le service public pénitentiaire.

114- Les documents relatifs aux affaires portées devant les juridictions ne sont pas soumis aux mêmes règles d'accès et aux mêmes règles contentieuses que les documents ou les actes administratifs. Interrogés de manière récurrente par les services d'archives publics sur le délai de communicabilité applicable aux registres d'écrou versés par les établissements pénitentiaires, les Archives publiques ont réalisé une étude approfondie de la question, dont les conclusions font l'objet d'une circulaire

³⁰¹*Ibidem.*

en date du 8 juin 2012³⁰². Rappelant notamment que le Conseil d'État a jugé que la fiche pénale, document aux caractéristiques proches de l'acte d'écrou, est un acte détachable des procédures juridictionnelles auxquelles la personne détenue est partie et présente par conséquent le caractère d'un document administratif³⁰³, elles estiment qu'« *il convient donc de considérer que les registres d'écrou, ainsi que les actuelles fiches d'écrou et les fiches pénales qui les remplacent, se rattachent à la catégorie des "documents administratifs qui contiennent des informations mettant en cause la vie privée"* ». Dès lors, la nature administrative de l'acte d'écrou a été tranchée et, il semblerait que cet acte soit un document administratif au sens de la loi du 17 juillet 1978³⁰⁴. Cependant, à notre sens, des questions persistent sur son identification, la frontière entre acte administratif et document administratif n'étant pas toujours claire. Certains actes, à l'image des circulaires et des directives, bien que qualifiés expressément de documents administratifs par la loi, sont également qualifiés d'actes administratifs par la doctrine, même si elle évoque alors une catégorie

³⁰² Circulaire DGP/SIAF/SDAACR/2012/014 du 8 juin 2012, *Archives de l'administration pénitentiaire : communicabilité des registres d'écrou, des fiches pénales et des fiches d'écrou*.

³⁰³ CE, 20 avril 2005, req. n°265326, *Garde des sceaux, Ministre de la justice c/ M. X* ; *Recueil des décisions du Conseil d'État - Lebon* 2005 ; CE, 28 décembre 2017, n°394746 ; *AJ Pénal* 2018, p. 325, note M. HERZOG-EVANS.

³⁰⁴ Selon l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978, modifié par la loi du 12 avril 2000, « *sont considérés comme documents administratifs, au sens du présent titre, tous dossiers, rapports, études, comptes-rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, prévisions et décisions, qui émanent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes de droit public ou privé chargés de la gestion d'un service public. Ces documents peuvent revêtir la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de documents existant sur support informatique ou pouvant être obtenus par un traitement automatisé d'usage courant.* ». V. Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JORF* du 18 juillet 1978, p. 2851 ; Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* du 13 avril 2000, p. 5646.

particulière d'actes administratifs, les actes administratifs non décisives, catégorie qui n'emporte pas l'adhésion de tous les auteurs.

115- Par exemple, Gilles LEBRETON estime que « *l'acte administratif unilatéral est nécessairement une décision* » et que « *la notion d'acte administratif unilatéral non décisive n'a pas de sens* »³⁰⁵, et René CHAPUS que des mesures « *déclarant ce qu'est l'état du droit ou ce qu'est une situation de fait* » ne seraient pas des décisions puisqu'« *elles n'édicte aucune norme* »³⁰⁶. Selon cette vision de l'acte administratif unilatéral, pour être qualifié comme tel, un acte doit donc affecter significativement l'ordonnement juridique. L'acte d'écrou ne pourrait alors être qualifié d'acte administratif. Mais, très réductrice, une telle définition ne correspond qu'à la vision contentieuse de l'acte administratif unilatéral, qui serait alors « *l'acte d'une autorité administrative qui peut être attaqué, en excès de pouvoir notamment, devant le juge administratif* »³⁰⁷. Pourtant, le refus du juge administratif de connaître de certains actes peut reposer sur « *de pures considérations contentieuses* » sans exclure tout caractère normateur à l'acte contesté³⁰⁸. Bertrand SEILLER établit en ce sens que si l'acte récognitif n'est pas aisément qualifiable de norme, souvent non contestable devant le juge administratif, il est pourtant bel et bien un acte administratif unilatéral normateur impactant sur l'ordonnement juridique. Selon lui, « *l'émission d'un tel acte [...] permet d'attester l'existence [d'un fait ou d'une situation] afin que puissent être tirées les conséquences juridiques qui y sont attachées* ». Si cet acte se borne « *à entériner quelque chose qui préexiste* » et « *semble relever de la description et de la prescription* », il a ainsi tout de même un rôle juridique essentiel. En effet, « *en adoptant un tel acte, l'autorité administrative manifeste sa volonté que des effets de droit soient attachés à la situation considérée. Tant que l'acte récognitif n'a pas été*

³⁰⁵ G. LEBRETON, *Droit administratif général*, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017, p. 221.

³⁰⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général, Tome 1*, 15^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2001, p. 503.

³⁰⁷ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, 12^{ème} édition, L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 311.

³⁰⁸ B. SEILLER, « Acte administratif – Identification », *Dalloz, Répertoire de contentieux administratif*, octobre 2015, p. 8

émis, il est interdit de tirer les conséquences qu'attache l'ordonnement juridique à la reconnaissance du fait ou de la situation en cause. Et, inversement, une telle reconnaissance impose de tirer les conséquences que lui attache le droit en vigueur »³⁰⁹. Cette définition de l'acte réognitif fait écho à la classification proposée par Léon DUGUIT entre les actes-règles et les actes-conditions. Si l'acte-règle est réalisé « *avec l'intention qu'il se produise une modification dans les règles de droit* », l'acte-condition a pour objet de rendre applicable à un individu une norme juridique qui ne lui était pas antérieurement applicable. À la suite de cet acte, « *naît pour un individu un statut qu'il n'avait pas auparavant* »³¹⁰.

116- En raison de ces caractéristiques, l'acte d'écrou est sans aucun doute un acte administratif unilatéral et peut être qualifié d'acte réognitif ou d'acte-condition. Obligatoire pour le greffe pénitentiaire, il transpose uniquement des informations sur l'identité d'un individu et les actes juridictionnels ayant conduit à l'emprisonnement de ce dernier. Pourtant, loin d'être seulement informatif, il entraîne l'application de règles spécifiques à la personne nouvellement incarcérée, telles que certains articles du code de procédure pénale, le règlement de l'établissement pénitentiaire, etc. L'acte d'écrou engendre donc un nouveau statut pour la personne détenue, statut qui s'impose à elle, sa volonté n'étant pas requise lors de l'incarcération³¹¹. Par conséquent, le caractère volontaire ou involontaire de la relation nouvellement insaturée ne change rien aux règles applicables à la suite de la rédaction de l'acte d'écrou. Pourtant, de nombreux auteurs ont utilisé ce critère pour refuser que ce nouveau statut

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 2-3.

³¹⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Tome premier, La règle de droit – Le problème de l'État*, 2^{ème} édition, Librairie Fontemoing et Cie, Paris, 1921, pp. 221-222.

³¹¹ Même si, pour sa part, Éric PECHILLON estime qu'un contrôle approfondi de la légalité de l'acte d'écrou doit être opéré en cas de litige, il arrive à une conclusion similaire : l'acte d'écrou n'est pas « *une formalité neutre* », « *elle influence directement la situation juridique du détenu* » ; « *cet acte de transmission entre autorités transforme le droit du détenu et le fait passer du statut normal de citoyen libre, à celui beaucoup plus restrictif, d'usager incarcéré* ». V. E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J., 1998, pp. 182-183, p. 282.

soit celui d'un usager du service public. Mais, la volonté se montrant nullement indispensable à la reconnaissance du statut d'usager du service public, se fonder sur le caractère involontaire de la relation instaurée entre détenu et service public pénitentiaire se révèle inopérant.

B) L'absence de volonté, un critère inopérant pour refuser la qualité d'usager du service public

117- Alors que plusieurs auteurs utilisent le caractère volontaire de la démarche conduisant l'administré à entrer en relation avec le service public pour le qualifier d'usager, il convient de s'intéresser à la notion complexe qu'est la volonté. Omniprésente dans la relation entre le détenu et le système punitif étatique, elle n'est pas toujours utilisée aux mêmes fins. Elle est recherchée lors de l'examen du crime³¹², utilisée et considérée comme acquise lors du prononcé de la peine³¹³, mais déniée lors de l'entrée en relation avec le service public pénitentiaire. Cette absence de volonté de la part du détenu lors de son incarcération a été utilisée par la doctrine pour le qualifier d'assujetti au service public plutôt que d'usager du service public. Une telle qualification ne peut toutefois pas reposer sur ce seul fait, la volonté n'étant qu'une simple modalité d'utilisation du service public (1) et son absence n'empêchant pas à elle seule, la qualification d'usager du service public (2).

³¹² Michel FOUCAULT écrit sur ce point qu'« *on ne punit pas des agressions, mais à travers elles des agressivités, des viols, mais en même temps des perversions ; des meurtres qui sont aussi des pulsions et des désirs. On dira : ce ne sont pas eux qui sont jugés ; si on les invoque, c'est pour expliquer les faits à juger, et pour déterminer à quel point était impliquée dans le crime la volonté du sujet* ». V. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 25. Par ailleurs, la volonté est utilisée dans la qualification de certains crimes, tout comme la préméditation, pour aggraver les peines encourues.

³¹³V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 1 – B – 2. La création d'une fiction juridique pour préserver l'ordre social (105)

1. *La volonté, une simple modalité d'utilisation du service public*

118- La volonté est communément admise comme le fait pour un sujet d'exprimer un choix ; ainsi, comme l'écrit Léon DUGUIT, « *pour qu'il y ait volonté, il faut que le sujet ait conscience qu'il peut choisir, faire une de ces choses ou ne point la faire* ». Dès lors, cela suppose que « *l'acte volontaire est précédé de sa propre représentation* »³¹⁴. Mais, plus qu'une image, l'acte pour se concrétiser nécessite une décision. Ce qui implique, selon Paul RICOEUR « *que le projet de l'action soit accompagné du pouvoir ou de la capacité de mouvement qui réalise ce projet* ». Cette décision permet alors de distinguer « *les intentions volontaires de celles qui ne le sont pas* »³¹⁵.

119- Par ailleurs, tout acte volontaire aura deux objets, un premier qui caractérise le choix opéré, et un second qui découlera de l'impact de ce choix. Léon DUGUIT distingue de cette manière « *l'objet immédiat, mouvement corporel directement voulu, et l'objet médiat, modification dans le monde extérieur, qui n'est point un produit de la volonté du sujet* »³¹⁶. Ceci lui permet de rappeler avec justesse que « *tout délit pénal ou civil ne saurait être qualifié d'acte juridique* », puisque « *bien qu'il soit un acte volontaire, il n'a pas été accompli avec l'intention qu'il se produise un effet juridique* ». Or, « *est un acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification de l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit* »³¹⁷. Sera donc considéré comme volontaire uniquement l'objet médiat de l'acte réalisé. De ce fait, le délinquant a bien violé la loi de manière volontaire, mais n'a pas souhaité être par la suite condamné et entrer en relation avec le service public pénitentiaire. Si une fiction vient combler la lacune naissant du caractère involontaire de la soumission à la peine, la construction d'une telle

³¹⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Tome premier, La règle de droit – Le problème de l'État, op. cit.*, pp. 211-212.

³¹⁵ P. RICOEUR, *Philosophie de la volonté, 1. Le Volontaire et l'Involontaire*, Points, Essais, Paris, 2009, p. 62.

³¹⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Tome premier, La règle de droit – Le problème de l'État, op. cit.*, p. 212.

³¹⁷ *Ibid*, pp. 219-220.

fiction n'est pas apparue nécessaire pour redessiner la relation instaurée entre le détenu et le service public pénitentiaire. Il est alors possible d'en déduire qu'une relation personnelle entre un sujet et un service public peut être imposée ou subie sans que cela n'affecte la construction de l'ordre juridique et, donc, *de facto*, que toute démarche engendrant une relation personnelle avec le service public n'est pas nécessairement volontaire.

120- Pourtant, la volonté a pu être admise par certains comme un critère déterminant la qualité d'usager et utilisée pour qualifier la démarche de l'administré envers le service public. Elle lui permettrait d'acquérir le statut particulier d'usager. Jean DU BOIS DE GAUDUSSON rappelait déjà que « *l'administré n'est pas ipso facto usager d'un service public déterminé* », estimant que « *l'administré n'est utilisateur du service public que s'il entre en relation avec l'administration afin de recevoir les prestations prévues par les textes* », laissant sous-entendre l'expression d'une volonté de la part de l'administré³¹⁸. Plus récemment, Seydou TRAORE reprend cette idée en considérant que « *pour user du service public, le particulier est tenu d'engager une démarche volontaire* » et, que « *cette exigence explique l'absence de toute automaticité de l'acquisition de la qualité d'usager* »³¹⁹.

121- Cependant, si le caractère volontaire de la démarche entreprise par l'administré peut être utilisé en faveur de la reconnaissance du statut d'usager, après un examen approfondi, ce critère s'avère facultatif voire même emprunté. C'est pourquoi la doctrine affirme aujourd'hui que « *pour devenir un usager effectif du service, l'administré doit avoir accepté une démarche spécifique, volontaire ou involontaire* »³²⁰, ou encore que « *désormais, que l'usage apparaisse normal ou anormal, licite ou illicite, gratuit ou payant, habituel ou occasionnel, volontaire ou involontaire, la qualité d'usager n'est pas déniée* »³²¹. Mais, déjà, Jean DU BOIS DE GAUDUSSON avait nuancé ses propos, en écrivant que « *ce qui importe ce*

³¹⁸ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., pp. 11-12.

³¹⁹ S. TRAORE, *L'usager du service public*, op. cit., p. 80.

³²⁰ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, op. cit., p. 691.

³²¹ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, Thèse, Lille II, 1997, p. 20.

n'est, effectivement, pas tant le caractère volontaire ou non du rapport spécial existant entre l'administré et l'administration, mais l'existence ou non d'un rapport d'utilisation ». Il en conclut que « *le caractère volontaire ou non de l'utilisation du service public apparaît beaucoup plus comme l'une des modalités de l'utilisation que comme un élément permettant de le définir [l'utilisateur]* »³²². C'est à une conclusion similaire que parvient Yann DURMARQUE, vingt ans plus tard. Accordant à l'usage le caractère de « *pierre angulaire de la notion d'utilisateur* », il ajoute « *qu'il apparaît comme tel, quelles que puissent être ses modalités* »³²³.

122- S'intéressant plus particulièrement au service public pénitentiaire, Éric MASSAT et Éric PECHILLON abondent dans le même sens. Élargissant le propos à la construction même de l'État, le premier souligne qu'« *il est illusoire de croire que l'intégration à la multitude des institutions s'interposant entre l'individu et la structure administrative est toujours volontaire* » et qu'« *en ce sens, la distinction doctrinale traditionnelle entre usager volontaire et usager contraint est artificielle* »³²⁴. De manière complémentaire, selon le second, « *l'important n'est pas de savoir comment l'individu est entré en relation avec le service public, mais quelle est la nature de la relation administré-utilisateur* »³²⁵. Ces propos ont été confirmés par la reconnaissance progressive du statut d'utilisateurs du service public à certains utilisateurs involontaires.

³²² J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'utilisateur du service public administratif*, op. cit., p. 20.

³²³ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'utilisateur en droit administratif français*, op. cit., p. 20.

³²⁴ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des utilisateurs aux services publics*, Thèse, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2006, p. 109.

³²⁵ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., pp. 280-281.

2. *La reconnaissance du statut d'usager du service public à certains « usagers involontaires »*

123- Le caractère non volontaire de la démarche de l'administré entrant en relation avec le service public a souvent été utilisé pour requalifier ces administrés en « *assujettis au service public* », car l'absence de volonté symboliserait des « *rapports de dépendance et de subordination* », « *des relations de contrainte qu'ils [les assujettis] sont obligés d'entretenir avec l'administration* »³²⁶. Cette distinction conduit régulièrement à qualifier les détenus, mais aussi les écoliers, les personnes vaccinées ou encore les contribuables d'assujettis au service public. Leur assujettissement serait tiré du caractère involontaire de leur soumission au pouvoir disciplinaire de l'administration, pouvoir relativement développé dans les exemples cités. D'ailleurs, Éric MASSAT observe que « *l'association de l'usager au pouvoir disciplinaire administratif concerne uniquement des catégories d'usagers jugées spéciales, à l'image des contribuables et des détenus, du reste classés volontiers au rang d'assujettis plus que d'usagers* ». Or, il ajoute que si ces catégories particulières sont mises en avant « *ce n'est pas qu'elles sont les seules visées, mais parce que ces catégories constituent simplement une loupe, un effet grossissant du sort que connaît l'ensemble des usagers* »³²⁷. Les détenus font donc partie des exemples topiques de soumission au pouvoir disciplinaire administratif, mais ce pouvoir disciplinaire ne serait qu'« *un analogon de tout service* »³²⁸, « *le plus petit commun dénominateur des multiples usagers* »³²⁹. En effet, le pouvoir disciplinaire est nécessaire à tout service public étant « *une force, un moyen de coercition nécessaire à la vie de tout groupe* », mais aussi « *un*

³²⁶ S. TRAORE, *L'usager du service public*, op. cit., p. 41.

³²⁷ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit., p. 65.

³²⁸ *Ibid.*, p. 66.

³²⁹ *Ibid.*, p. 286.

instrument de formation, une puissance constructive, afin que ce collectif fonctionne efficacement »³³⁰.

124- De ce fait, tout rapport usager – service public, au nom de l'intérêt général défendu par l'administration, est toujours un rapport déséquilibré en faveur de cette dernière. Elle dispose d'ailleurs la plupart du temps de prérogatives de puissance publique lui permettant d'imposer ses décisions³³¹. C'est ce même intérêt général qui conduit à soumettre certains individus au service public alors qu'ils ne seraient pas consentants. Si les écoliers doivent aller à l'école au moins jusqu'à seize ans, si certains vaccins et les impôts sont obligatoires, si les criminels doivent répondre de leurs actes et accepter leur peine sans opposer de résistance, c'est au nom d'un objectif supérieur, permettre le bonheur du plus grand nombre et la stabilité de la société³³². Ce caractère "non volontaire" voire "contraint" de la relation instaurée entre l'individu et le service public n'empêche pas la poursuite d'un but similaire et ne devrait donc pas empêcher l'accès à la qualité d'usager, plus protectrice, de l'individu entrant de cette manière en

³³⁰*Ibid.*, p. 39.

³³¹ En l'absence de qualification textuelle, comme l'affirme le Conseil d'État dans sa jurisprudence *Narcy* en 1963, trois critères sont utilisés pour qualifier une activité de service public : la présence d'une mission d'intérêt général, la tutelle de l'administration et la possession de prérogatives de puissance publique. Celles-ci ne sont toutefois plus obligatoires depuis la jurisprudence APREI selon laquelle, « *même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public, lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* ». V. CE, Sect., 28 juin 1963, req. n°43834, *Sieur Narcy*, *Rec. Lebon*, p. 401 ; CE, 22 février 2007, req. n°264541, *APREI*, *Rec. Lebon*.

³³² Dans la lignée de Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, Jacques CHEVALLIER explique que l'État « *est censé réaliser la synthèse des volontés individuelles et incarner l'intérêt général, surmontant et dépassant les égoïsmes catégoriels* », puisque « *l'intérêt collectif de la société entrerait inévitablement en conflit avec les intérêts particuliers des membres contre lesquels il devrait être protégé et imposé* ». V. J. CHEVALLIER, « *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?* », *op. cit.*, pp. 84-85 ; G. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Flammarion, Paris, 1999, 444 p.

relation avec le service public. D'autant que l'individu fait partie de la société protégée par ces mêmes services publics et son intérêt est inclus dans celui de la société dans son ensemble. C'est ce que rappelle Sandra ROUGE à propos du contribuable lorsqu'elle explique que « *l'impôt confronte l'individu au fait qu'il n'est pas une entité anthropocentrée. Il est une entité qui participe de et à la vie de la cité. Il ne saurait donc poursuivre un but exclusivement autotélique* ». Le parallèle entre le contribuable et le détenu ne s'arrête pas là. L'impôt est une « *contribution volontaire* », « *son caractère essentiel est d'être consenti par le contribuable ou ses représentants* ». Ce principe de consentement à l'impôt bien que fictif est nécessaire. Il « *permet d'éviter de se confronter à la contradiction essentielle de l'impôt dans un régime démocratique, à savoir consentir librement à un prélèvement forcé, en évitant de solliciter un consentement individuel* » et « *répond à la question de la légitimité du pouvoir en ce que celui-ci suppose les moyens financiers de l'exercer* »³³³. De même, le consentement à la peine repose sur une fiction juridique nécessaire à l'instauration d'un système pénal efficace garant de la stabilité de l'État, et devrait entraîner la reconnaissance d'une relation consentie entre le détenu et le service public pénitentiaire. Le contribuable étant aujourd'hui qualifié d'usager du service public fiscal possédant, outre ses devoirs, des droits devant être respectés par l'administration³³⁴, refuser une telle qualité au détenu uniquement sur le caractère contraint de sa relation avec le service public pénitentiaire ne s'avère pas justifié. Leur relation doit être étudiée plus en détails pour rechercher si le statut d'assujetti au service public qui lui est affecté reste légitime.

³³³ S. ROUGE, « Impôt et Révolution », contribution au Puy de la Recherche, L'individu dans les révolutions, 10 et 11 juin 2015, à paraître.

³³⁴ Ministère du budget des comptes publics et de la fonction publique, *La Charte du contribuable*, septembre 2005, 32 p. ; Cour des comptes, *Les relations de l'administration fiscale avec les particuliers et les entreprises*, Rapport public thématique, février 2012, 214 p. Par exemple, dans ces documents, le contribuable est plusieurs fois qualifié d'« usager ».

Conclusion du Chapitre 1

125- Paul RICŒUR écrit que « *consentir, c'est prendre sur soi, assumer, faire sien* », mais ajoute aussi que « *la nécessité est une situation toute faite dans laquelle je me découvre impliqué* » et que « *le consentement est un impératif qui se résout à conspirer avec le sentiment* »³³⁵. Comme démontré précédemment, le Contrat social duquel découle le système pénal est un impératif d'une société stable. Dès lors qu'une communauté choisit de vivre ensemble, chacun doit consentir, pour vivre en sécurité et être protégé, à être condamné s'il viole la loi. Bien que ce consentement partagé soit fictif, il s'impose pour que l'ordre juridique fonctionne et pour justifier le droit de punir étatique, seul garant de cette sécurité. Il rend alors légitime toute sanction prononcée par un tribunal - légalement institué et respectant les règles du procès équitable - suite à un acte infractionnel.

126- Toutefois, s'il est juridiquement établi que le condamné consent à sa peine, l'état du droit révèle qu'il est admis aussi que le détenu subit son enfermement et l'entrée en relation avec le service public pénitentiaire. Cette absence de volonté crée alors une relation personnelle détenu – service public pénitentiaire différente de celle existant dans la plupart des services publics. Exemple de soumission au service public, le détenu est régulièrement qualifié d'assujetti au service public pénitentiaire, subissant sa peine. Mais cela ne peut pourtant pas être dû à la seule absence de volonté. Ce statut particulier découle plutôt de l'analyse des règles qui lui sont applicables. Marquées fortement par la discipline, elles mettent en place, au moins en apparence, plus de prescriptions que de prestations ; or ce sont celles-ci qui permettront à un administré d'être qualifié d'usager du service public. Le détenu se révèle donc, dans un premier temps, être un véritable objet du service public.

³³⁵ P. RICŒUR, *Philosophie de la volonté, 1. Le Volontaire et l'Involontaire, op. cit.*, pp. 341-342.

Chapitre 2 – Le détenu, objet du service public pénitentiaire

127- Participant à l'exécution des décisions pénales, le service public pénitentiaire « contribue à l'insertion ou à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues »³³⁶. Il a donc notamment pour mission de protéger l'ordre public et de maintenir la paix sociale en écartant de la société ceux qui ont enfreint les règles instaurées par la collectivité pour le bien commun. Pour cela, il doit permettre à la peine de remplir les fonctions qui lui sont assignées, à savoir punir, mais aussi favoriser l'amendement et la réinsertion du condamné³³⁷. Or, la prise en compte croissante des droits des victimes et la revendication grandissante d'un droit à la sécurité par les citoyens ont conduit l'État à faire prévaloir l'ostracisation du délinquant sur tout objectif de réinsertion, même si cela implique un déséquilibre des fonctions de la peine. Les citoyens sont prêts à accepter la réduction de leurs libertés au nom de la sécurité, le développement d'outils de contrôle, de surveillance et de détection en amont de toute infraction pénale³³⁸. Ils estiment que le détenu, assimilable à une menace pour la sécurité, doit être l'objet d'une surveillance continue par l'administration pénitentiaire, afin qu'il ne puisse pas s'évader et/ou qu'il ne commette plus d'infractions, même si les contrôles réalisés réduisent toujours plus ses droits. Les condamnés doivent être enfermés et surveillés, mais aussi normalisés puisque l'enfermement n'est que provisoire, aucune peine à perpétuité réelle ne pouvant être prononcée par les juridictions

³³⁶ Art 1 de Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, JORF du 25 novembre 2009, p. 20192.

³³⁷ V. en ce sens Art. 130-1 du CP. Selon cet article : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. ».

³³⁸ V. en ce sens : V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté, Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *AJ Pénal*, 2009, p. 53.

françaises en application du droit tant national qu'euro péen. Loin d'avoir pour but principal la satisfaction des intérêts des détenus, le service public pénitentiaire fonctionne donc au bénéfice premier des administrés en assurant leur sécurité (**Section 1**). Au nom de cette mission, le détenu devient, quant à lui, un véritable objet du service public pénitentiaire, soumis à de nombreuses prescriptions (**Section 2**).

Section 1 – L’administré, premier bénéficiaire du service public pénitentiaire

128- Pour la plupart des services publics, « *la recherche de l’intérêt général passe par la prise en compte des besoins des usagers* »³³⁹. Dans le cadre particulier du service public pénitentiaire, il est difficile de savoir qui est réellement l’usager du service public et donc de prendre en compte les besoins de celui-ci pour définir ce qu’est son rôle. Toutefois, le but du service public pénitentiaire est rappelé par la loi, il s’agit de « *contribue[r] à l’insertion ou à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l’autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues* »³⁴⁰. Mais, si la peine privative de liberté a plusieurs fonctions, comme le regrette le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, en matière pénitentiaire, « *le curseur penche trop souvent vers l’impératif de sécurité au détriment du respect des droits fondamentaux* »³⁴¹. Ainsi, en pratique, la sécurité de la population comme le bon ordre au sein de la détention se révèlent être la première mission assurée par le service public pénitentiaire, quitte à mettre de côté la mission de réinsertion. Répondant, en outre, aux exigences des citoyens, cette « *prédominance de la mission de sécurité met en évidence le rôle de gardien de l’ordre public confié à l’institution* »³⁴² (**Paragraphe 1**). La sécurité devient alors une prestation délivrée aux administrés, premiers bénéficiaires du service public pénitentiaire (**Paragraphe 2**).

³³⁹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 278.

³⁴⁰ Article 2 de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, *op. cit.*

³⁴¹ CGLPL, *Rapport d’activité 2015*, Dalloz, Paris, 2016, p. 1.

³⁴² E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*

§1 : La sécurité, rôle endossé par le service public pénitentiaire

129- Toute peine a pour objectif de prévenir, punir et réinsérer le condamné. Si la peine privative de liberté a été choisie par le législateur pour être la peine principale par excellence, c'est justement, car elle permet, en principe, d'assurer un équilibre entre ces différents objectifs. Or, l'opinion publique s'étant progressivement affirmée « *comme le critère et le destinataire du droit de punir* »³⁴³, le législateur n'a eu d'autres choix que de prendre en compte les revendications sécuritaires des individus lors de l'adoption des lois pénales (A). Ce faisant, il a renversé l'équilibre précaire qu'il avait instauré et la neutralisation du condamné est devenue la fonction prédominante de la peine de prison, au détriment de la réinsertion (B).

A) La sécurité, une exigence croissante des citoyens

130- Lors de la construction de la société, la première revendication des individus était la sécurité. Ils souhaitent que l'État les protège afin qu'ils puissent vivre ensemble et en paix. Ce n'est qu'à ce titre qu'ils ont accepté de déléguer une part de leur liberté et que l'État est devenu le détenteur du droit de punir. En conséquence, lors de la Révolution française, mettant fin à l'ordre naturel et désireux de rompre avec l'arbitraire des régimes précédents, les gouvernants ont souhaité justifier leurs choix politiques, notamment lorsqu'ils entraînaient la réduction ou la perte de libertés accordées aux citoyens. Ils ont alors non seulement mis en place le droit à la sûreté, protégeant les individus contre les éventuels abus étatiques, mais également utilisé le concept d'intérêt général, défini comme un intérêt supérieur commun à tous les individus. Mais, peu à peu, ce concept a évolué pour devenir aujourd'hui la somme des intérêts particuliers (1). Une évolution qui, couplée à la médiatisation des faits divers et à la montée du terrorisme, a impulsé la reconnaissance d'un nouveau droit pour les individus venu

³⁴³ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, Paris, 2005, p. 44.

compléter le droit à la sûreté, un droit protégeant les individus non plus seulement de l'État, mais imposant à l'État de les protéger de toute violence, le droit à la sécurité (2).

1. *Les intérêts individuels, nouveau critère de définition de l'intérêt général en matière de politique pénale*

131- Conçu depuis la Révolution comme un outil de légitimation de l'action publique, l'intérêt général est devenu un concept clé du droit administratif. Nécessaire pour justifier la création d'un service public³⁴⁴, il n'est pourtant pas « *une donnée de l'évidence* »³⁴⁵ puisque difficile à définir. Du fait de l'inconstance et de l'inconsistance de sa définition, il n'a eu de cesse d'évoluer depuis la Révolution. S'il était admis initialement comme l'intérêt supérieur de la collectivité, il prend aujourd'hui en compte les intérêts individuels, obligeant le législateur à justifier différemment ses choix politiques, y compris en matière pénale.

132- L'intérêt général, outil révolutionnaire de légitimation de l'action publique. À compter de la Révolution française, mettant fin à un ordre politique défini comme « *naturel* », et donc « *tourné par essence vers le "Bien commun"* », notion à forte connotation morale et religieuse³⁴⁶, les nouveaux gouvernants souhaitent justifier leurs choix politiques de manière rationnelle, lutter contre le sentiment d'arbitraire et obtenir l'assentiment du peuple. Si l'ordre naturel jouissait du « *privilège de la transcendance* », l'ordre révolutionnaire doit rationaliser ses pouvoirs pour s'imposer. Il « *doit s'assurer de l'adhésion des assujettis, en établissant*

³⁴⁴ V. en ce sens : CE, 6 février 1903, *Terrier* ; TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, *Rec.* 1955 p. 614 ; CE, 13 janvier 1961, *Magnier* ; *RDP* 1961, p. 155, concl. Fournier ; CE, 28 juin 1963, *Narcy*, *Rec.* 1963, p. 694.

³⁴⁵ D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *Droit du service public*, 2^{ème} éd., Lexis Nexis, Paris, 2014, p. 9.

³⁴⁶ J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in : *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET, L'intérêt général*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 83-84.

«rationnellement» sa nécessité et son bien-fondé », c'est-à-dire expliquer que ses choix sont raisonnés et prennent en compte les besoins de la collectivité. L'intérêt général devient ainsi « l'idéologie matricielle » de cette rationalité ; « il s'agit de montrer que ceux qui détiennent le pouvoir ne l'exercent pas en leur nom propre, mais au nom de l'institution dont ils sont les représentants et pour le plus grand bien des personnes du groupe »³⁴⁷. Couplé au concept de volonté générale, l'intérêt général devient alors le moyen pour les révolutionnaires d'empêcher que le nouveau régime, à l'instar de l'ancien, soit placé sous le signe de l'arbitraire. L'État est « porteur d'un intérêt qui dépasse et transcende les intérêts particuliers des membres »³⁴⁸ et assure la cohésion sociale.

133- La loi, expression de cette volonté générale, est l'instrument étatique de définition de l'intérêt général et donc des besoins de la société. Ce rôle n'a pas évolué depuis la Révolution, puisque si le Conseil constitutionnel qualifie l'intérêt général d'objectif à valeur constitutionnelle³⁴⁹, il rappelle que sa définition relève de l'unique compétence du législateur. Il juge ainsi qu'« il ne dispose pas d'un pouvoir identique à celui du législateur » et refuse « de soumettre au contrôle constitutionnel les choix mêmes du Parlement ». La définition de l'intérêt général relève donc « pleinement de la seule opportunité politique, du choix d'une nation souveraine, et d'un législateur doté d'un très large pouvoir discrétionnaire échappant à tout

³⁴⁷ *Ibidem*. V. aussi : B. PLESSIX, « Intérêt général et souveraineté », in : *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET*, *op. cit.*, p. 520. D'une manière similaire, il estime que « l'intérêt général sert à renforcer la légitimité de l'action du pouvoir politique, dans la mesure où il revêt de la noble et généreuse qualité de poursuivre en tout temps et en tout lieu la satisfaction d'un intérêt qui le dépasse ».

³⁴⁸ J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in : *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET*, *L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 83.

³⁴⁹ V. en ce sens, CC, 14 décembre 2006, n°2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, *JORF* du 22 décembre 2006, p. 19356 ; P. LUPPI, « Note sous décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006 », *RFDC*, 2007, n° 72, p. 749-766 ; B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel renforce les exigences relatives à la qualité du travail législatif et à la sécurité juridique », *JCP G.*, 2007, n° 1-2, p. 3-5

contrôle juridictionnel, même de niveau constitutionnel »³⁵⁰. Évolutive et non contrôlée, la notion d'intérêt général donne un pouvoir incommensurable au Parlement. Elle lui permet d'adapter le droit et les missions de l'administration aux transformations de la société. Mais, en réalité, ce pouvoir s'avère limité. Si le législateur ne doit pas justifier ses choix au juge constitutionnel, en raison de la désacralisation progressive de l'État, il doit de plus en plus les justifier aux citoyens. Pour s'assurer de leur

³⁵⁰ B. PLESSIX, « Intérêt général et souveraineté », in : *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET*, op. cit., p. 524. Dans sa décision du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel affirme ainsi « que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen » et dans sa décision du 3 avril 2003, il ajoute qu' « il ne lui revient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi ». V. CC, 15 janvier 1975, n°74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, JORF du 16 janvier 1975, p. 671, cons. 1 ; G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°7, pp. 93-100 ; B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°7, pp. 101-108 ; L. HAMON, « Note sous décision n°74-54 DC », *D.* 1975, p. 529 ; Y. MADIOT, « Du Conseil constitutionnel à la Convention européenne : vers un renforcement des libertés publiques ? », *D.*, 1975, p. 6 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Interruption volontaire de grossesse. Conformité de la loi aux traités internationaux (non) et au Préambule de la Constitution de 1946. Droit à la vie », in : *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 1975, pp. 357-378 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Interruption volontaire de grossesse I et II », in : *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 247-273 ; CC, 3 avril 2003, n°2003-468 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, JORF du 12 avril 2003, p. 6493, cons. 42, R. GHEVONTIAN, « Note sous décision n°2003-468 DC », *RFDC*, 2003, pp. 573-579 ; M.-T. VIEL, « Le refus d'ériger le Conseil d'État en coauteur des projets de loi », *AJDA*, 2003, pp. 1625-1630 ; G. DRAGO, « Fonction consultative du Conseil d'État et fonction du Gouvernement : de la consultation à la codécision », *AJDA*, 2003, pp. 948-953. Pour une analyse plus approfondie : G. BERGOUGNOUS, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, janvier 2013.

adhésion, il est aujourd'hui contraint de faire évoluer la définition classique de l'intérêt général et de prendre en compte leurs intérêts particuliers.

134- La prise en compte progressive des intérêts individuels dans la définition de l'intérêt général. L'intérêt général est décrit comme « *une boussole essentielle de l'administration, du législateur et des juges administratifs et constitutionnels* »³⁵¹, « *un principe axiologique qui domine la sphère publique et fonde sa spécificité* »³⁵² ou encore « *la finalité ultime de l'action publique* »³⁵³. Si sa fonction importante ne fait aucun doute, sa définition reste floue et varie au fil des lois en fonction d'éléments politiques, administratifs ou sociaux, laissant une marge d'action conséquente au législateur. Les besoins de la population évoluent, la majorité politique change et l'intérêt général avec eux. Ainsi, c'est avec justesse que plusieurs auteurs s'interrogent sur la manière d'« *enfermer dans une définition simple une notion en perpétuelle évolution, largement tributaire des circonstances de temps, de lieu, de mœurs, de l'orientation de la majorité politique à un moment donné* »³⁵⁴. Par souci de simplification, cette notion au contenu mouvant a donc souvent été introduite comme une représentation des intérêts communs, transcendant les intérêts particuliers, et ce afin de justifier l'action de l'État. Pourtant, au début du XX^{ème} siècle, Roger BONNARD remarquait déjà que « *l'intérêt général n'est pas un prétendu intérêt collectif qui serait distinct des intérêts des individus. Un tel*

³⁵¹ S. CALMES-BRUNET, « De la protection constitutionnelle de l'intérêt public général à celle des attentes légitimes des personnes ? », in : *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET, L'intérêt général, op. cit.*, p. 53.

³⁵² J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in : *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET, L'intérêt général, op. cit.*, p. 84.

³⁵³ CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, 1999.

³⁵⁴ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., Lexis Nexis, Paris, 2015, pp. 28-29. V. dans le même sens : CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'intérêt général, op. cit.* Soulignant l'impossible définition de l'intérêt général, il montre l'intérêt du caractère évolutif de celle-ci : « *La vitalité de cette notion vient précisément de ce que l'on ne peut lui conférer une définition rigide et préétablie. La plasticité est consubstantielle à l'idée de l'intérêt général, qui peut ainsi évoluer en fonction des besoins sociaux à satisfaire et des nouveaux enjeux auxquels est confrontée la société* ».

intérêt est inconcevable, faute d'un titulaire précis. L'intérêt général n'est qu'une somme d'intérêts individuels. Mais ce sont des intérêts individuels anonymes : les intérêts d'individus qu'on ne connaît pas et qu'on ne veut pas connaître individuellement »³⁵⁵. Le clivage actuel existant entre la conception volontariste de l'intérêt général qui exige le dépassement des intérêts particuliers, et la conception utilitariste de l'intérêt général selon laquelle il n'est que la somme des intérêts particuliers, est donc ancien. Il met l'accent sur le clivage séparant deux idées de la démocratie. L'une « *proche de la tradition révolutionnaire française, qui fait appel à la capacité des individus à transcender leurs appartenances et leurs intérêts pour exercer la suprême liberté de former ensemble une société politique* », l'autre plus individualiste « *qui tend à réduire l'espace public à la garantie de la coexistence entre les intérêts distincts, et parfois conflictuels, des diverses composantes de la société* »³⁵⁶. La société actuelle témoignant d'« *une valorisation des comportements individuels, qui induisent [...] un repli des individus sur leurs intérêts propres et une désaffection profonde pour la défense des idéaux collectifs* »³⁵⁷ contraint le Parlement à opter pour une vision utilitariste de l'intérêt général. Celui-ci doit être une émanation des besoins exprimés par les citoyens. Si la référence à l'intérêt général demeure le seul moyen de « *légitimer, aux yeux des citoyens, l'utilisation par l'appareil de l'État des moyens dérogatoires au droit commun, en vue de faire prévaloir cet intérêt commun sur les intérêts particuliers* »³⁵⁸, les individus, de plus en plus égotistes et contestataires envers les choix politiques, imposent la prise en considération de leurs intérêts individuels avant de donner leur assentiment. L'État doit donc faire évoluer les rapports qu'il entretient avec la société civile pour qu'elle puisse s'exprimer et prendre part aux choix politiques³⁵⁹. Il doit remplacer les « *procédures de*

³⁵⁵ R. BONNARD, cité par Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, Thèse, Lille II, 1997, p. 238.

³⁵⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'intérêt général*, op. cit.

³⁵⁷ *Ibidem.*

³⁵⁸ *Ibidem.*

³⁵⁹ Jacques CHEVALLIER explique que : « *l'État n'est plus considéré comme disposant d'un monopole sur la définition de l'intérêt général : celui-ci ne saurait résulter seulement de*

contrainte par des procédures de conviction »³⁶⁰³⁶¹, ce qui se révèle particulièrement délicat en matière pénale.

*processus internes à la sphère publique ; les acteurs sociaux sont appelés à prendre part eux aussi à l'élaboration des choix et à contribuer à la gestion des services d'intérêts collectifs. La participation devient ainsi le seul moyen de surmonter la crise de l'intérêt général par une ouverture en direction de la société ». V. J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in : *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET, L'intérêt général, op. cit.*, p. 92.*

³⁶⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'intérêt général, op. cit.*

³⁶¹ Plusieurs mécanismes ont progressivement été mis en place à cette fin – référendums locaux, états généraux, conférences de citoyens ou encore conférences de consensus-, et, même s'ils sont perfectibles, ils permettent d'entendre les revendications des différents acteurs de la société ou des citoyens eux-mêmes.

Les référendums locaux sont prévus aux articles L. 1112-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales et permettent aux électeurs, sous certaines conditions, de décider par leur vote de la mise en œuvre ou non d'un projet qui relève de la compétence de la collectivité. Sur le mécanisme, V. notamment : M. VERPEAUX, « Référendum local, consultation locale et Constitution », *AJDA*, 2003, p. 540 ; P. DELVOLLE, « Le référendum local », *RFDA*, 2004, p. 7.

Les États généraux sont un mécanisme de consultation des citoyens dans la perspective de la révision d'une loi. Ils ont notamment été utilisés en 2009 pour la révision des lois de bioéthique de 2004. Pour aller plus loin sur le mécanisme utilisé et son bilan, V. notamment : C. BERGOIGNAN ESPER, « Les états généraux de la bioéthique, un tournant dans la réflexion », *D.*, 2009, p. 1837 ; X. BIOY, « Le processus de révision des lois "bioéthique" », *Constitutions*, 2010, p. 132 ; J. BONNARD, « La révision des lois de bioéthique », *D.*, 2010, p. 846.

Les conférences de citoyens sont un mécanisme inspiré de celui des états généraux de la bioéthique. Il a été utilisé fin 2013 pour la révision de la loi Léonetti de 2005 sur la fin de vie. Pour une critique V. notamment : F. VIALLA, « Fin de vie : ouverture d'une consultation citoyenne virtuelle », *D.*, 2015, p. 326.

Enfin, la conférence de consensus est le mécanisme utilisé dans la préparation de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Elle laisse une place à la société civile, mais par le biais d'institutions et d'associations. Sur la difficulté d'obtenir un réel consensus, V. notamment : M. HERZOG-EVANS, « Conférence de consensus : trop de droit, pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D.*, 2013, p. 720 ; S. RAOULT, « Récidive : trois ans après la conférence, pourquoi il n'y a toujours pas de consensus », *AJ Pénal*, 2016, p. 25

135- La prise en compte délicate des intérêts individuels en matière pénale. Jean-Daniel LEVY met en évidence qu'en matière pénale il existe « *peu d'enquêtes d'opinions "publiques" approfondies ou "dépassionnées"* ». Il est de ce fait difficile de connaître avec certitude la position de la société sur ces questions. Les enquêtes, pour la plupart, « *réagissent exclusivement à l'actualité* », « *font écho à un fait divers ou à une loi, celle-ci faisant elle-même souvent suite à une affaire ayant défrayé la chronique ou ému l'opinion* ». Il faut donc s'armer de prudence lors de l'interprétation des résultants émanant de ces sondages, variables selon la temporalité de l'enquête³⁶². Toutefois, deux constats peuvent être opérés en raison du large consensus observé. Tout d'abord, selon une enquête menée par le Conseil de la Magistrature en mai 2008, 91% de la population estiment que les décisions du juge devraient davantage tenir compte du dommage subi par la victime³⁶³. Ensuite, selon une enquête menée en 2009 par le Ministère de la justice sur les connaissances et représentations de la prison, les citoyens pensent qu'elle a pour fonction de protéger la société (82%), de punir (80%), avant de réinsérer (73%)³⁶⁴.

136- Malgré l'absence de consultation directe des citoyens concernant les lois adoptées ces vingt dernières années, leur examen montre une prise en compte réelle de leurs revendications. La loi du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne³⁶⁵ en est le parfait exemple puisqu'elle vient parachever l'évolution commencée avec la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes³⁶⁶. Elle institutionnalise le place des victimes dans le procès pénal en ajoutant au titre préliminaire du code de procédure pénale

³⁶² J.-D. LEVY, « Les français et la prévention de la récidive », Note, Conférence de consensus sur la prévention de la récidive. [http://conference-consensus.justice.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/01/contrib_jd_levy.pdf]

³⁶³ Sondage IFOP réalisé le 30 mai 2008 pour le Conseil supérieure de la Magistrature

³⁶⁴ J.-D. LEVY, « Les français et la prévention de la récidive », *op. cit.*

³⁶⁵ Loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne, *JORF* du 18 août 2015, p. 14331.

³⁶⁶ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* du 16 juin 2000, p. 9038.

un troisième sous-titre relatif aux droits des victimes, synthétisant les droits qui leurs sont reconnus. Les victimes doivent être informées quant à leurs droits au cours du procès pénal, notamment le droit « à obtenir la réparation de leur préjudice », « à se constituer partie civile », ou « d'être informées sur les mesures de protection dont elles peuvent bénéficier »³⁶⁷
368.

137- De même, une évolution est apparue quant au droit au recours de la victime durant le procès pénal. Il est établi que « l'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction »³⁶⁹, et que la victime ayant personnellement souffert de l'infraction peut mettre en mouvement l'action publique³⁷⁰. De plus, que ce soit en cas de contravention³⁷¹, de délit³⁷² ou de crime³⁷³, la partie civile peut former appel de la décision rendue en première instance « quant à ses intérêts civils ». Enfin, la partie civile peut former un pourvoi en cassation contre les arrêts de la chambre d'instruction et les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police³⁷⁴. Ce recours lui offre par exemple la possibilité de contester une décision ayant annulé une mise en examen³⁷⁵. Néanmoins, en application de l'article 575

³⁶⁷ Art. 10-2 et s. du CPP.

³⁶⁸ Cette réforme reste toutefois imprécise sur le bénéficiaire de ces droits, puisque la victime n'est pas clairement définie. V. en ce sens : G. BEAUSSONIE, « L'installation de la victime dans le procès pénal », *AJ Pénal*, 2015, p. 526. En outre, l'article 2 du CPP se limite à une définition floue des personnes autorisées à exercer une action civile en réparation du dommage causé par une infraction : « L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

³⁶⁹ Art. 3 du CPP.

³⁷⁰ Cass., Ass. Plèn., 9 mai 2008, Bull. crim n°1, D. 2008, AJ p. 1415, note LENA ; D. 2008, Pan. p. 2759 obs. PRADEL ; *AJ Pénal* 2008 p. 366 note SAAS ; *Dr. Pénal* 2008, Etude 12 note SANCHEZ, *Dr. Pénal* 2008, chron. 1, obs GUERIO.

³⁷¹ Art. 546 du CPP.

³⁷² Art. 497 du CPP.

³⁷³ Art. 380-2 du CPP.

³⁷⁴ Art. 567 du CPP.

³⁷⁵ Cass. crim., 26 juin 2012, *Bull. Cass. Crim.* 158.

du code de procédure pénale, la victime ne pouvait, sauf cas particuliers prévus par ce même article, se pourvoir en cassation contre les arrêts de la chambre de l'instruction que s'il y avait pourvoi du Ministère public. Jugeant que cette restriction privait la partie civile d'une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le Code de procédure pénale devant la juridiction d'instruction, lors d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a abrogé cet article³⁷⁶. Il a ainsi élargi ses possibilités de recours de la partie civile.

138- En outre, la victime a de plus en plus de poids en matière d'exécution des peines³⁷⁷. Par exemple, lorsqu'une peine d'emprisonnement est assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve, la juridiction de jugement ou le juge de l'application des peines peut imposer au condamné de « *réparer en tout ou partie, en fonction de ses facultés contributives, les dommages causés par l'infraction, même en l'absence de décision sur l'action civile* »³⁷⁸. Selon des modalités identiques, en matière correctionnelle et contraventionnelle, « *la juridiction peut ajourner le prononcé de la peine [...] en plaçant l'intéressé sous le régime de la mise à l'épreuve* »³⁷⁹. Cette prise en compte touche également les mesures d'individualisation de la peine privative de liberté. Les mesures de réduction de peine supplémentaire³⁸⁰, de libération conditionnelle³⁸¹ ou les mesures d'élargissement – placement à l'extérieur, semi-liberté, réduction ordinaire de peine ou réduction du temps d'épreuve, fractionnement de la peine, autorisation de sortie sous escorte, permission de sortir, placement sous surveillance électronique – peuvent être prononcées en tenant compte des efforts fournis par les détenus afin d'indemniser leurs victimes.

³⁷⁶ CC, 23 juillet 2010, 2010-15/23 QPC, *Région Languedoc-Roussillon et autres [Article 575 du code de procédure pénale]*, JORF du 24 juillet 2010, p. 13727 ; D. 2010 pan. p. 2259, note PRADEL ; D. 2010, p. 2686, note LACROIX ; RSC 2011 chron. P. 188, obs. DE LAMY.

³⁷⁷ R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », D. 2003, p. 145.

³⁷⁸ Art. 132-45 du CP.

³⁷⁹ Art. 132-63 du CP.

³⁸⁰ Art. 721-1 du CPP.

³⁸¹ Art. 729 du CPP.

139- Enfin, les attentes des victimes ont pu amener le législateur à allonger le délai de prescription de l'action publique comme ce fut le cas pour les mineurs victimes de violences sexuelles³⁸². Le délai de prescription a été porté à vingt ans à compter de la majorité de la victime ; « *on voit bien que ce qui compte alors ce n'est pas la personne qui est jugée, qui forcément n'est plus la même [...], on ne juge plus utilement une personne pour lui infliger une peine correspondant à un acte qui a été commis, et par rapport à une personnalité qui a commis un acte* ». Ce qui importe c'est « *l'atteinte de la victime qui [...] va éprouver le besoin d'un jugement* »³⁸³.

140- Par conséquent, même si le Conseil d'État refuse de reconnaître un droit propre au procès pénal à la victime et affirme que « *si le procès pénal peut avoir pour effet de répondre aux attentes des victimes, il a pour objet de permettre à l'État, par la manifestation de la vérité et le prononcé d'une peine, d'assurer la rétribution de la faute commise par l'auteur de l'infraction et le rétablissement de la paix sociale* »³⁸⁴, il est évident que « *le centre de gravité du droit pénal* » s'est déplacé vers la victime³⁸⁵. Comme le relèvent Robert CARIO et Jean PINATEL, « *le carcan dirigiste dans lequel l'État avait enfermé la victime durant de longs siècles, pour donner libre cours à son jaloux monopole de répression puis de réhabilitation de l'infracteur, commence à se fissurer sous la pression des revendications*

³⁸² Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* du 10 mars 2004, p. 4567. Elle a modifié l'article 7 du CPP.

³⁸³ D. SALAS, « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJ Pénal*, 2004, p. 430.

³⁸⁴ CE, 19 juillet 2011, req. n°335625 ; *JCP G* 2011, n°46. 1248, G. BEAUSSONIE ; *JCP A* 2011, n°35 act. 567 ; *RFDA* 2012, p. 119, conclusions M. GUYOMAR. Il rappelle d'ailleurs également « *que si le législateur a renforcé, au cours de l'instruction et dans le déroulement du procès pénal, la place et les droits des victimes, les prérogatives dont celles-ci disposent ainsi ne leur sont reconnues que pour concourir à la recherche et à la manifestation de la vérité, indépendamment de la réparation du dommage causé par l'infraction à laquelle tend l'action civile ; que l'action publique qui peut être mise en mouvement par une partie lésée, dès lors qu'elle peut se prévaloir de l'existence d'un intérêt personnel et direct à cette action, ne peut être exercée que par les seules autorités publiques, au nom et pour le compte de la société* ».

³⁸⁵ D. SALAS, « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *op. cit.*

victimologiques »³⁸⁶. Surtout, au-delà de l'attention portée à la « *victime singulière* » qui souhaite obtenir réparation, le législateur s'intéresse à la « *victime invoquée* », celle qui a peur d'être, un jour, peut-être, la victime d'un acte infractionnel³⁸⁷. Or, s'« *il ne faut pas l'opposer [l'intérêt général] systématiquement aux intérêts privés* »³⁸⁸, prendre en compte l'opinion publique, souvent influencée par les médias relatant majoritairement les affaires pénales les plus graves et les erreurs de l'administration ou du juge, s'avère dangereux. Se baser sur les peurs de la société pour construire le droit conduit la loi pénale vers plus de sévérité. En effet, « *on voudra toujours plus de sécurité* » et « *les victimes réelles, potentielles ou invoquées donneront toujours les meilleurs justifications de pénalités fortes* ». Loin de temporiser cette demande en invoquant l'intérêt général, le législateur a imprégné le droit pénal de cette « *attente fictive ou réelle de sécurité de la part de l'opinion publique* »³⁸⁹. Il a même consacré un nouveau droit de l'individu : le droit à la sécurité.

2. *La sécurité, nouveau droit fondamental reconnu au profit des administrés*

141- Si le droit à la sécurité s'impose aujourd'hui comme un droit de l'individu, cela est relativement récent. Historiquement, les textes protecteurs des droits de l'Homme ne consacraient que le droit à la sûreté, compris comme une composante de la liberté individuelle et une protection contre l'État. Le Conseil constitutionnel avait tenté d'élargir ce droit en retenant une interprétation extensive de la liberté individuelle, intégrant à celle-ci la protection de nombreux autres droits et libertés. Mais, entraînant des difficultés pratiques, cette spécificité française a été rapidement

³⁸⁶ R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », *op. cit.*

³⁸⁷ D. SALAS, « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *op. cit.*

³⁸⁸ D. TRUCHET, « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », in. *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Le droit administratif : Permanences et convergences*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 1039-1052.

³⁸⁹ *Ibidem.*

abandonnée au profit d'une interprétation plus restrictive de la liberté individuelle, plus proche de celle existant en droit international. Pliant néanmoins devant la demande pressante de la société, le législateur a fait expressément du droit à la sécurité, droit consistant en la protection de l'individu par l'État et contre la société, un droit fondamental au profit de l'individu.

142- Du droit à la sûreté au droit à la sécurité. Bien que les termes de sûreté et de sécurité soient souvent considérés comme des synonymes dans la langue française, juridiquement, leur sens n'est pas le même. Or, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou encore la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, ne consacrent expressément que le droit à la sûreté comme droit à protéger³⁹⁰. Ceci s'explique par l'histoire du droit à la sûreté. Lorsque les révolutionnaires ont inscrit le droit à la sûreté en tant que « *droit naturel et imprescriptible* », ils souhaitaient protéger l'individu contre l'État et mettre fin à la pratique arbitraire des lettres de cachet de l'Ancien Régime. Ils s'inspirèrent alors de la procédure anglaise de l'*Habeas corpus*. Adopté par le Parlement anglais en 1679 en réponse aux détentions arbitraires et déportations de la Couronne, ce texte assure encore aujourd'hui au juge un moyen d'action contre le pouvoir. En effet, il « *permet à toute personne qui s'estime irrégulièrement détenue de saisir un juge afin qu'il statue sur la régularité de la détention et ordonne, le cas échéant, la libération immédiate* »³⁹¹. Tout comme les anglais, les

³⁹⁰ L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit ainsi que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». De manière identique, les articles 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et 6 de la Charte des droits fondamentaux exposent que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* ». Il n'apparaît pas ici utile de multiplier plus encore les exemples, mais le principe est le même dans tous les textes protecteurs des droits de l'homme.

³⁹¹ D. THOMAS, « Le droit à la sûreté », in : R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. RIVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 16^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 385.

révolutionnaires français souhaitèrent consacrer « *une protection de l'individu par la société, contre le pouvoir* »³⁹². Ils l'affirmèrent d'ailleurs de manière claire dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1793 annexée à la Constitution du 22 frimaire an VIII, puisque l'article 8 prévoyait que « *la sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés* ». Rattachée à la liberté individuelle, elle en était donc « *le noyau essentiel* »³⁹³, permettant de sanctionner toute détention arbitraire ainsi que toute intervention pénale ne répondant pas aux exigences inscrites dans la Constitution.

143- Cette notion de liberté individuelle, inscrite à l'article 66 de la Constitution française de 1958 et utilisée pour garantir le droit à la sûreté, n'existe qu'en droit français. Ce terme ne s'emploie pas à l'étranger ou dans les textes européens ou internationaux qui n'invoquent que le droit à la sûreté, compris comme le droit de ne pas être arrêté ni détenu arbitrairement. Aujourd'hui ces deux termes sont synonymes, mais, initialement, le Conseil constitutionnel semblait avoir une conception extensive de la liberté individuelle. Il avait consacré la liberté individuelle comme un Principe fondamental reconnu par les lois de la République rappelé à l'article 66 de la Constitution³⁹⁴. Puis, il avait regroupé toutes les libertés de l'individu « *sous la coupe de la liberté individuelle explicitement ou implicitement fondée sur l'article 66 de la Constitution* » : la liberté

³⁹² S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 1^{ère} éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 355. V. en ce sens également : J. RIVERO, *Libertés publiques*, 5^{ème} éd., Tome 1, p. 32. Jean RIVERO souligne que « *l'objet de la sûreté est la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir. Par-là, elle constitue la protection avancée de toutes les autres libertés. Elle est la liberté fondamentale qui garantit les autres* ».

³⁹³ J. FIALAIRE, E. MONDIELLI, A. GRABOY-GROBESCO, *Libertés et droits fondamentaux*, 2^{ème} éd., Ellipses, Paris, 2012, p. 178.

³⁹⁴ CC, 12 janvier 1977, 76-75 DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, *JORF* du 13 janvier 1976, p. 344 ; L. HAMON, « Note sous décision n°76-72 DC », *D.*, 1989, p. 181 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, « Note sous décision n°76-72 DC », *Pouvoirs*, 1977, p. 215 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Note sous décision n°76-72DC », *RDP*, 1977, J.-P. LEBRETON, « Note sous décision n°76-72 DC », *AJDA*, 1977.

d'aller et de venir³⁹⁵, l'inviolabilité du domicile³⁹⁶, la liberté de mariage³⁹⁷, la vie privée³⁹⁸, la sûreté³⁹⁹⁴⁰⁰. Cette interprétation extensive de la liberté

³⁹⁵ CC, 9 janvier 1980, 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, *JORF* du 11 janvier 1980, p. 84 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, « Note sous décision n°79-109 DC », *Pouvoirs*, 1980, p. 203 ; J.-B. AUBY, *D.*, 1980, p. 249 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1980 ; C. FRANCK, *AJDA*, 1980, L. HAMON, *La Gaz. Pal.*, 1980, p. 4 ; D. TURPIN, *RDIP*, 1980, p. 31.

³⁹⁶ CC, 29 décembre 1983, 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, *JORF* du 30 décembre 1983, p. 3871 ; C. FRANCK, *JCPG*, 1985 ; O. FOUQUET, « Droit de visite et de saisie de l'administration fiscale », *LPA*, 7 décembre 1984, p. 8 ; M. AMADIO, A. VIALA, *La Gaz. Pal.*, 1984, p. 97 ; R. DRAGO, A. DECOCQ, *JCPG*, 1984 ; L. PHILIP, *AJDA*, 1984.

³⁹⁷ CC, 13 août 1993, 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *JORF* du 18 août 1993, p. 11722 ; V. FABRE-ALIBERT, « Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France », *RTDH*, 1994, pp. 519-555 ; D. ALLAND, « Droit constitutionnel et droit international, droit d'asile », *RDIP*, 1994, pp. 205-234 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, *Pouvoirs*, 1994, pp. 166-167, p. 172 ; L. BURGOGUE-LARSEN, « La politique de l'asile au service de la réglementation des flux migratoires », *La Gaz. Pal.*, 1994 ; N. GUIMEZANES, « Commentaire de la loi n°93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *JCPG*, 1994 ; F. LUCHAIRE, « Le droit d'asile et la révision de la Constitution », *RDP*, 1994, pp. 5-43 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Les étrangers en France : de la décision du Conseil constitutionnel au droit d'asile », *LPA*, 1994 ; C. TEITGEN-COLLY, « Le droit d'asile : la fin des illusions », *AJDA*, 1994 ; D. TURPIN, « La réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et par le loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 », *Revue critique de droit international privé*, 1994, pp. 1-61 ; L. FAVOREU, *RFDC*, 1993, pp. 583-600 ; B. GENEVOIS, « Le statut constitutionnel des étrangers », *RFDA*, 1993.

³⁹⁸ CC, 18 janvier 1995, 95-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *JORF* du 21 janvier 1995, p. 1154 ; J. TREMEAU, « Conditions de constitutionnalité des systèmes de vidéosurveillance et de l'assimilation à des armes des projectiles par destination », *D.*, 1997, pp. 121-122 ; F. LUCHAIRE, « La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1995, pp. 575-602 ; C. JAMIN, *RTD CIV.*, 1995, pp. 448-449 ; F. BARLOY, « Le Conseil constitutionnel, la liberté individuelle et l'ordre public », *Revue administrative*, 1995, pp. 483-492 ; L. FAVOREU, *RFDA*, 1995, p. 1246 ; L. FAVOREU, *RFDC*, 1995, pp. 362-372 ; F. LAFAY, « Nécessaire conciliation par le législateur de la prévention des atteintes à l'ordre public et des libertés constitutionnellement garantis », *JCPG*, 1995 ; B. MATHIEU, *LPA*, 1995.

individuelle entraînait des difficultés de concordance avec le droit européen, mais surtout des conflits de compétence entre le juge judiciaire et le juge administratif. En effet, si toutes ces libertés sont admises comme relevant de la liberté individuelle, en application de l'article 66 de la Constitution, seul le juge judiciaire devrait être, en théorie du moins, compétent pour contrôler les actes leur portant atteinte. Or, ceci est difficilement conciliable avec les règles applicables au contentieux des mesures de police administrative, mesures pouvant porter atteinte à de telles libertés, mais relevant de la compétence du juge administratif⁴⁰¹. Le Conseil constitutionnel n'a donc eu d'autre solution que de « *revenir à une conception restrictive de la liberté individuelle et particulièrement de redonner à l'article 66 son champ de prédilection, celui que définit son premier alinéa : la sûreté* »⁴⁰². Progressivement, il a alors exclu de la liberté individuelle la liberté d'aller et

³⁹⁹ CC, 9 janvier 1980, 79-109 DC, *op. cit.*

⁴⁰⁰ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, Paris, 2013, pp. 448-449.

⁴⁰¹ CC, 23 janvier 1987, 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *JORF* du 25 janvier 1987, p. 924 ; J. ARRIGHI DE CASANOVA, « La réception par le Tribunal des conflits de la jurisprudence Conseil de la concurrence », *AJDA*, 2017, pp. 95-100 ; F. MELLERAY, « En relisant la décision Conseil de la concurrence », *AJDA*, 2017, pp. 91-94 ; G. EVEILLARD, « Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », *AJDA*, pp. 101-111 ; J.-L. MESTRE, « À propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative », *RFDA*, 2012, pp. 339-341 ; D. TRUCHET, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », *Justices : revue générale de droit processuel*, 1996, pp. 53-63 ; S. VELLE, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, pp. 767-783 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1989, p. 482 ; F. LUCHAIRE, *D.*, 1988, p. 117 ; J.-M. SOREL, « De l'administratif au judiciaire », *Revue administrative*, 1988, p. 29 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, *Pouvoirs*, 1987, pp. 170-171, pp. 179-181 ; Y. GAUDEMET, *RDP*, 1987, p. 1341 ; J. CHEVALLIER, *AJDA*, 1987 ; L. FAVOREU, « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *RFDA*, 1987, p. 301 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA*, 1987, p. 287 ; C. LEPAGE-JESSUA, « Un nouveau défenseur des droits des administrés : le Conseil constitutionnel », *La Gaz. Pal.*, 1987 ; J.-F. SESTIER, *JCPG*, 1987.

⁴⁰² X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 449.

de venir⁴⁰³, la liberté personnelle⁴⁰⁴ ou encore le droit à la vie privée⁴⁰⁵. Aujourd'hui, la liberté individuelle n'est plus que le droit à la sûreté personnelle, la protection de l'individu contre une détention arbitraire prononcée par l'État. Mais ce droit n'apparaît alors pas suffisant aux

⁴⁰³ CC, 16 juin 1999, 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, *JORF* du 19 juin 1999, p. 9018 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *JCPG*, 2000 ; J. BUISSON, « Les présomptions de culpabilité », *Procédures*, 1999, pp. 12-18 ; B. MATHIEU, *LPA*, 1999, pp. 12-18 ; B. MATHIEU, « La sécurité routière fait progresser le droit constitutionnel pénal », *D.*, 1999, pp. 1-2 ; Y. MAYAUD, « Circulation routière. Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel », *D.*, 1999, pp. 589-596 ; S. SCIORTINO-BAYART, *RFDC*, 1999, pp. 587-594.

⁴⁰⁴ CC, 13 mars 2003, 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, *JORF* du 19 mars 2003, p. 4789 ; S. NICOT, « Constitutionnalité de la loi pour la sécurité intérieure », *D.*, 2004, pp. 1273-1274 ; D. ROUSSEAU, C. LAZERGES, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *RDP*, 2003, pp. 1147-1162 ; E. AUBIN, « La loi sur la liberté intérieure, la liberté d'aller et venir et les limites du contrôle de constitutionnalité », *RDP*, 2003, pp. 375-378 ; « Loi relative à la sécurité intérieure : réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel », *JCPG*, 2003, p. 601 ; R. GHEVONTIAN, *RFDC*, 2003, pp. 573-579 ; O. LECUCQ, *RFDC*, 2003, pp. 760-764 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Loi pour la sécurité intérieure », *LPA*, 2003, pp. 6-13 ; J.-E. SCHOETTL, « La loi pour la sécurité intérieure devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 2003, pp. 4-26 ; V. TCHEN, « La loi sur la sécurité intérieure : aspects de droit administratif », *Droit administratif*, 2003, pp. 10-19 ; V. TCHEN, « Validation constitutionnelle de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2003, pp. 825-826.

⁴⁰⁵ CC, 2 mars 2004, 2004-492, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, *JORF* du 10 mars 2004, p. 4637 ; D. CHAGNOLLAUD, « La dernière enquête : Sherlock Holmes contre Jack l'Éventreur », *LPA*, 11-14 novembre 2005, pp. 5-19 ; R. PIASTRA, « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *LPA*, 11-14 novembre 2005, pp. 8-12 ; M. DOBKINE, « La constitutionnalité de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* ; 2004, pp. 956-958 ; E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile privé dans la décision n°2004-492DC du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la théorie des sphères », *Cahiers de droit européen*, 2004, pp. 157-195 ; S. NICOT, *RFDC*, 2004, pp. 347-363 ; J.-E. SCHOETTL, « La loi Perben II devant le Conseil constitutionnel », *La Gaz. Pal.*, 2004, pp. 3-26 ; J.-C. ZARKA, « Loi Perben II : le Conseil constitutionnel a prononcé deux censures et émis diverses réserves d'interprétation », *JCPG*, 2004, pp. 619-625.

citoyens. MONTESQUIEU soulignait déjà que « *la liberté politique d'un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté ; et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le Gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse craindre un autre citoyen* »⁴⁰⁶. Le droit à la sûreté interprété de manière *stricto-sensu* ne peut donc être suffisant pour assurer la paix sociale. Il faut certes protéger l'individu contre l'arbitraire de l'État, mais il faut aussi protéger la société contre l'individu. C'est à ce titre que va émerger en parallèle un droit à la sécurité « *pensé comme une créance de l'individu envers l'État* »⁴⁰⁷.

144- L'affirmation progressive du droit à la sécurité. Bien que la sûreté personnelle soit garantie, la demande sociétale de protection est devenue de plus en plus pressante. Cela s'explique par l'obligation de faire face à « *un environnement social déstabilisé* », à la délinquance, l'insécurité et le terrorisme⁴⁰⁸. Comme l'écrit Jean DANET, « *nous sommes aujourd'hui dans une société d'individus qui ne trouvent ni en eux-mêmes, ni dans leur entourage immédiat la capacité d'assurer les protections civiles et sociales* », c'est pourquoi « *se construit un sentiment d'insécurité* »⁴⁰⁹. Ce sentiment d'insécurité est en outre exacerbé par l'ouverture des frontières et la globalisation de la menace⁴¹⁰. Émerge donc la revendication d'un droit à

⁴⁰⁶ MONTESQUIEU, *Esprit des lois, Tome 1*, Flammarion, Paris, 1993, 486 p ; *Tome 2*, Flammarion, Paris, 1999, 638 p.

⁴⁰⁷ J. FIALAIRE, E. MONDIELLI, A. GRABOY-GROBESCO, *Libertés et droits fondamentaux, 2^{ème} éd*, *op. cit.*, p. 419.

⁴⁰⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales, 1^{ère} éd.*, *op. cit.*, p. 366.

⁴⁰⁹ J. DANET, « Liberté, sécurité, sûreté : de nouveaux combats pour un nouvel équilibre », *Rapport au Congrès du SAF*, Nantes, 2004. Cité par : J. FIALAIRE, E. MONDIELLI, A. GRABOY-GROBESCO, *Libertés et droits fondamentaux, 2^{ème} éd*, *op. cit.*, p. 419.

⁴¹⁰ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal, op. cit.*, p. 49. Il explique : « *Plus le monde est liquide et sans frontières, plus s'accroît la demande de sécurité. L'hyperfluidité de la communication exaspère l'urgence de cette demande. Nos villes semblent abriter des suspects capables de propager à l'intérieur le chaos jusque-là situé à ses confins. Nul ne peut s'abriter seul dans son espace protégé tant l'interdépendance des stratégies est nécessaire face à une menace globale. Les frontières ne nous protègent plus, les lois sont contournées et les appareils étatiques semblent impuissants face à la contagion*

la sécurité, revendication qui n'a cessé de se développer depuis lors. Pour construire ce droit, le juge constitutionnel et le législateur sont allés chercher son origine dans ce que les révolutionnaires ont appelé « *la sécurité intérieure de l'État* », la « *sécurité publique* » ou encore « *l'ordre public* »⁴¹¹. La sécurité n'était alors présente que « *comme une obligation régaliennne des pouvoirs publics en charge de la mission de maintien de l'ordre public dont la sécurité est une composante* »⁴¹². Elle était uniquement un moyen de préserver la stabilité publique en vue de garantir la cohésion sociale⁴¹³, et avait pour seul but de permettre des restrictions aux droits s'avérant nécessaires pour préserver cet objectif supérieur. S'inscrivant dans cette lignée, le Conseil constitutionnel, s'il qualifie aujourd'hui la sécurité de principe à valeur constitutionnelle ne fait d'ailleurs aucunement référence à un quelconque droit à la sécurité⁴¹⁴. Mais, cette vision réductrice de la sécurité a rapidement montré ses limites, la notion de sécurité ayant de nos jours « *une finalité plus complexe* », indépendante de la notion plus globale d'ordre public⁴¹⁵. Devenue « *la norme de référence des politiques pénales* »⁴¹⁶, qualifiée dès 1980 de « *première des libertés* » par Alain PEYREFITTE au soutien de la loi *Sécurité et liberté*, en 1995, le législateur la transforme en un « *droit fondamental* »

des risques. L'ouverture du marché et la libre circulation des personnes apportent avec elle une criminalité transnationale inédites ».

⁴¹¹ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 mentionne ainsi en son article 10 l' « *ordre public* », la Constitution de l'an VIII en son article 47 prévoit que « *le gouvernement pourvoit à la sécurité intérieure et à la défense extérieure de l'État* », et la Convention européenne des droits de l'Homme mentionne à plusieurs reprises les termes de « *sûreté publique* », « *ordre public* » ou encore « *sécurité nationale* ».

⁴¹² S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 1^{ère} éd., op. cit., pp. 370-371.

⁴¹³ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., pp. 60-61.

⁴¹⁴ CC, 22 juillet 1980, 80-117 DC, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, *JORF* du 24 juillet 1980, p. 1867, cons. 4 ; ou plus récemment CC, 2010-25 QPC, *JORF* du 16 septembre 2010, p. 16847, cons. 11 ; D. 1981 p. 359, note L. HAMON ; Pouvoirs 1980 p. 163, note P. AVRIL, J. GICQUEL ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 371.

⁴¹⁵ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 61.

⁴¹⁶ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, op. cit., p. 48.

en expliquant qu'il s'agit de « *l'une des conditions de l'existence des libertés individuelles et collectives* ». Il précise en outre que « *l'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public, à la protection des personnes et des biens* »⁴¹⁷. Cette préoccupation, loin de disparaître, sera confirmée par les lois pénales suivantes dites sécuritaires ; elle en fixe le cap⁴¹⁸. Elle sert de fondement aux outils répressifs, « *ce sont des centaines d'articles du code pénal, du code de procédure pénale ou de lois diverses qui ont été modifiés, pratiquement toujours dans un sens de sévérité accrue de la sanction pénale et de restriction des règles protectrices de la sûreté personnelle* »⁴¹⁹.

145- Assurément, le droit à la sécurité a justifié depuis sa reconnaissance en 1995 de nombreuses mesures attentatoires aux libertés, telles que la mise en place de vidéosurveillances dans les lieux publics⁴²⁰, le développement du

⁴¹⁷ V. Article 1 de la Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 *d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *JORF* du 24 janvier 1995, p. 1249. Si l'expression de « *droit fondamental* » disparaît dans la Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 *relative à la sécurité quotidienne*, *JORF* du 16 novembre 2001, p. 18215, cet article 1 est repris à l'identique dans la Loi n°2003-238 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure*, *JORF* du 19 mars 2003, p. 4761.

⁴¹⁸ V. en ce sens l'analyse proposée en Partie 1 – Titre 1 - Chapitre 1 - Section 1 - §2 – B. La privation de liberté, axe central des politiques pénales sécuritaires (**67**)

⁴¹⁹ H. LECLERC, « De la sûreté personnelle au droit à la sécurité », *Journal du droit des jeunes*, 2006, p. 710.

⁴²⁰ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 *d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *JORF* du 24 janvier 1995, p. 1249 ; Décret n° 96-926 du 17 octobre 1996 *relatif à la vidéoprotection pris pour l'application des articles 10 et 10-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *JORF* du 20 octobre 1996, p. 15432. Modifiés par : Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 *relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, *JORF* du 24 janvier 2006, p. 1129 ; Décret n° 2006-929 du 28 juillet 2006 *relatif à la vidéosurveillance et modifiant le décret n° 96-926 du 17 octobre 1996*, *JORF* du 29 juillet 2006, p. 11298.

fichage⁴²¹ ou l'extension progressive des possibilités de réaliser des rétentions administratives⁴²². Exemple le plus marquant de cette peur croissante de l'autre et de cette demande de sécurité, le régime de l'état d'urgence. « Régime d'exception qui fait provisoirement prévaloir l'exigence de rétablir la sécurité gravement menacée, sur le régime de droit commun des libertés »⁴²³, il a été prévu dès 1955 par le législateur⁴²⁴. Il autorise la mise en place d'un ensemble de mesures permettant aux autorités administratives de restreindre les libertés traditionnellement protégées en vue de garantir et protéger la sécurité et l'ordre publics. Ce régime est selon Roland DRAGO, abstraction faite des régimes autoritaires, « le plus sévère que la France ait jamais connu ». Sévérité qui s'explique par le fait « que

⁴²¹ Selon Delphine BATHO et Jacques-Alain BENISTI, députés, il est possible de dénombrer en 2009 58 types de fichiers différents allant du fichier relatif à la carte nationale d'identité, au passeport ou aux plaques d'immatriculation, jusqu'au fichier relatif aux auteurs d'infractions sexuelles ou celui listant les personnes incarcérées, en passant par des fichiers comme celui concernant les personnes faisant l'objet d'une rétention administrative. V. D. BATHO, J.-A. BENISTI, *Rapport d'information par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les fichiers de police*, 24 mars 2009.

Le décret du 6 mai 2019 a franchi une nouvelle étape encore en permettant de coupler le fichier de suivi des personnes en soins psychiatriques sans consentement et celui relatif aux signalements pour la prévention de la radicalisation à caractère terroriste. V. Décret n°2019-412 du 6 mai 2019 *modifiant le décret n°2018-383 du 23 mai 2018 autorisant les traitements de données à caractère personnel relatifs au suivi des personnes en soins psychiatriques sans consentement*, JORF du 7 mai 2019.

⁴²² Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, JORF du 17 juin 2011, p. 10290. Celle loi étend la durée maximale de rétention administrative de 32 à 45 jours. V. aussi : Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 *relative au droit des étrangers en France*, JORF du 8 mars 2016. Si cette loi permet un recours plus rapide aux juges des libertés et de la détention, elle durcit les mesures d'éloignement des étrangers, permettant une interdiction de retour sur le territoire français jusqu'à trois ans, et punissant de trois à cinq ans d'emprisonnement un étranger qui se soustrait aux mesures d'éloignement ou qui pénètre sur le territoire alors qu'il fait l'objet d'une interdiction de retour ou de circulation.

⁴²³ A. ROBLOT-TROIZIER, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p. 424.

⁴²⁴ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 *instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie*, JORF du 7 avril 1955, p. 3479.

les textes d'exception sont rarement votés, en France, dans le calme d'une période de stabilité politique, en prévision d'une période de crise », « c'est fréquemment sous la pression des circonstances que les législateurs délibèrent et leurs actes portent ainsi la marque de leur époque et des besoins auxquels ils ont voulu parer »⁴²⁵. Décrété en Conseil des ministres suite aux attentats du 13 novembre 2015⁴²⁶, il n'a cessé d'être prorogé depuis notamment suite aux attentats de Nice en date du 14 juillet 2016⁴²⁷. Cet exemple montre à quel point les libertés peuvent être réduites, au nom de la sécurité, et avec l'approbation des citoyens, voire à leur demande. La loi du 20 novembre 2015 prorogeant l'état d'urgence, tout comme par la suite la loi du 21 juillet 2016, a également modifié la loi de 1955 pour adapter le régime de l'état d'urgence à la menace terroriste actuelle. Ces deux lois ont ainsi élargi les possibilités de recourir à l'état d'urgence, mais surtout la liste des mesures attentatoires aux libertés pouvant être prises par l'autorité administrative. Justifiées par leur caractère exceptionnel et la nécessité de restaurer la sécurité et l'ordre publics, le Conseil constitutionnel, examinant au fond le régime de l'état d'urgence pour la première fois⁴²⁸, a jugé que, malgré les restrictions aux libertés prévues, les

⁴²⁵ R. DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 670.

⁴²⁶ Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *JORF* du 14 novembre 2015, p. 21297.

⁴²⁷ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, *JORF* du 21 novembre 2015, p. 21665 ; Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* du 20 février 2016 ; Loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* du 21 mai 2016 ; Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, *JORF* du 22 juillet 2016 ; Loi n°2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* du 20 décembre 2016 ; Loi n°2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* du 12 juillet 2017.

⁴²⁸ Le Conseil constitutionnel ne s'était prononcé que sur le principe même d'une loi mettant en place le régime de l'état d'urgence et avait jugé que « si la constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité

dispositions contrôlées sont conformes à la Constitution, à l'exception, presque anecdotique, des dispositions relatives aux saisies des données informatiques⁴²⁹. Ces mesures restent toutefois contrôlées par le juge

pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier [...] les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ». CC, 25 janvier 1985, n°85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, JORF du 26 janvier 1985, p. 1137 ; Ch.-E. SENAC, « Le renouveau de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *RDP*, 2013, pp. 1453-1487 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1986, p. 395 ; C. FRANCK, *JCPG*, 1985 ; B. GENEVOIS, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, pp. 400-402 ; F. LUCHAIRE, *D.*, 1985, p. 361 ; M. DE VILLIERS, *Revue administrative*, 1985, p. 355 ; P. WACHSMANN, *AJDA*, 1985 ; O. BEAUD, « Une seconde particularité : le rétablissement de l'état d'urgence par la loi du 25 janvier 1985 », *L'état d'urgence*, *L.G.D.J.*, 2016, pp. 92-102.

⁴²⁹ CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, JORF du 26 décembre 2015, p. 24084 ; A. ROUX, « État d'urgence et Constitution », *RFDC*, 2016, pp. 688-700 ; F. SAVONITTO, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 17 mai 2016, 12 p. ; G. EVEILLARD, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et la Conseil constitutionnel », *Droit administratif*, Avril 2016, pp. 46-53 ; M. VERPEAUX, « La première QPC relative à l'état d'urgence », *JCP Adm. et Collectivités territoriales*, 15 février 2016, pp. 37-40 ; L. DOMINGO, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, janvier-mars 2016, pp. 100-105 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Note sous Conseil d'État, Section, 11 décembre 2015, M. C. Domenjoud, n°395009 et Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, M. Cédric D., n°2015-527 QPC », *RFDA*, janvier-février 2016, pp. 123-135 ; S. DEGIRMENCI, « Une validation sinieuse de l'assignation à résidence en état d'urgence doublée d'un appel renforcé au contrôle du juge administratif », *LADL du CREDOF*, 31 décembre 2015, 15 p ; CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, JORF du 21 février 2016 ; A. ROUX, « État d'urgence et Constitution », *Précit.* ; M. VERPEAUX, « État d'urgence, revers limité pour la loi », *JCP Adm. et collectivité territoriales*, 30 mai 2016, pp. 41-44 ; F. SAVONITTO, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité », *Précit.* ; C. RIBEYRE, « Perquisitionner, mais pas copier ! », *JCPG*, 2016, pp. 810-812 ; O. CAHN, « Un État de droit, apparemment », *AJ Pénal*, 2016, pp. 201-204 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, « Inconstitutionnalité partielle des perquisitions administratives en état d'urgence », *Procédures*, avril 2016, pp. 27-29 ; L. DOMINGO, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel », *Précit.* ; CC, 19 février 2016, n° 2016-535 QPC, *Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]*, JORF du 21 février 2016 ; A. ROUX, « État d'urgence et Constitution », *Précit.* ; M. VERPEAUX, « État d'urgence, revers limité pour la

administratif⁴³⁰, qui a d'ailleurs accru l'intensité de son contrôle passant d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation à un véritable contrôle de proportionnalité, contrôle classique des mesures de police en temps ordinaire. Néanmoins, son contrôle s'avère beaucoup moins protecteur que celui qu'aurait pu exercer le juge judiciaire sur des mesures pénales et « *prive les requérants des garanties de la procédure judiciaire que sont le contradictoire et la présomption d'innocence* »⁴³¹. Plus encore, puisqu'en procédure administrative la charge de la preuve incombe au demandeur, c'est à l'administré qui conteste une mesure de police de prouver que celle-ci est infondée. Une démonstration qui s'avère particulièrement difficile voire impossible lorsque les mesures prononcées ont été fondées sur des "notes blanches", c'est-à-dire « *des documents sans en-tête, ni date, qui mentionnent les faits susceptibles de caractériser des raisons sérieuses de penser que le comportement de la personne constitue une menace, sans que l'origine de l'établissement de ces faits ne soit mentionnée, pour des raisons de défense nationale et de protection des sources* »⁴³². Cela empêche le

loi », *Précit.* ; F. SAVONITTO, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité », *Précit.* ; L. DOMINGO, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel », *Précit.* ; S. DEYGAS, « Police des réunions et lieux publics : conformité constitutionnelle des dispositions relatives à l'état d'urgence », *Procédures*, avril 2016, pp. 32-33 ; V. en particulier : L. DOMINGO, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel », *Précit.*, p. 100. Concernant les saisies de données informatiques, le Conseil d'État estime qu'il résulte des dispositions de la loi du 21 juillet 2016 que l'autorité administrative peut procéder à des saisies informatiques et qu'« *il appartient au juge des référés, statuant en urgence dans un délai de 48 heures à compter de sa saisine, pour accorder ou non l'autorisation sollicitée, de se prononcer en vérifiant, au vu des éléments révélés par la perquisition, d'une part, la régularité de la procédure de saisie et d'autre part, si les éléments en cause sont relatifs à la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée* ». V. CE, ord., 5 août 2016, *Ministère de l'intérieur*, req. n°402139.

⁴³⁰ La liberté d'aller et de venir tout comme le droit à la vie privée ne faisant plus partie de la liberté individuelle, le juge administratif est compétent pour contrôler des mesures d'assignation à résidence, d'assignation à domicile ou des mesures de perquisitions.

⁴³¹ E. DAOUD, A. JACQUIN, « État d'urgence et contrôle du juge administratif : la grande illusion », *Rue89*, 3 février 2016.

⁴³² P. ALONZO, « Notes blanches : les corbeaux de la Place Beauvau », *Libération*, 15 février 2016.

justiciable d'accéder à l'intégralité des éléments l'incriminant et donc de préparer efficacement sa requête. En outre, le contrôle du juge administratif ne peut porter que sur la légalité de la mesure en elle-même, puisqu'aucun lien entre la mesure prononcée et les raisons ayant conduit au prononcé de l'état d'urgence n'est nécessaire, et le juge admet certaines restrictions aux libertés, celles-ci étant limitées dans le temps et dans l'espace et s'expliquant par la nécessité de rétablir la sécurité et de l'ordre publics⁴³³. L'état d'urgence demeure donc un risque pour les libertés, malgré le contrôle du juge administratif. Au surplus, il légalise, au nom de la sécurité, des mesures portant atteinte au droit à la sûreté individuelle.

146- Et, même si, comme le disait déjà Montesquieu, « *il y a des cas où il faut savoir mettre, pour un moment, un voile sur la liberté* »⁴³⁴, et que la menace terroriste actuelle est d'une particulière gravité, l'état d'urgence est censé être limité dans le temps et dans l'espace. En tant que régime d'exception, « *il n'a pas vocation à régir une situation pérenne, aussi grave soit-elle* », or, « *il faut bien admettre que [la menace terroriste] est devenue malheureusement pérenne : anormale et grave bien sûr, mais ordinaire* ». Le législateur ne devrait donc pas banaliser l'état d'urgence, mais « *mettre en place un régime juridique suffisamment efficace pour lutter contre la menace terroriste, tout en protégeant les droits et libertés dans le respect de la Constitution* »⁴³⁵. N'ayant trouvé d'autres solutions et souhaitant répondre aux exigences des citoyens, il a pourtant choisi, après avoir prorogé l'état d'urgence pour une durée inédite et développé les outils de neutralisation à sa disposition, de pérenniser leur utilisation en les transposant dans le droit commun par la loi du 30 octobre 2017 renforçant la

⁴³³ CE, 11 décembre 2015, req. n° 394989, *M. J. Domenjoud*, AJDA 2015. 240 M. L. GAUTHIER ; req. n° 394990, *M. C. Verrier* ; req. n° 394991, *M. P. Boilleau* ; req. n° 394992 ; req. n° 394993, *Mme M. Saïter* ; req. n° 395002, *Mme S. Crochet*, et req. n° 395009, *M. C. Domenjoud, Lebon* ; AJDA 2016. 247, chron. L. DUTHELLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *ibid.* 2015. 2404 ; RFDA 2016, p. 105, concl. X. DOMINO.

⁴³⁴ MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Livre XII, Chapitre XIX.

⁴³⁵ A. ROBLOT-TROIZIER, « État d'urgence et protection des libertés », *op. cit.*

sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme⁴³⁶. Instaurant une véritable « *politique criminelle de l'ennemi* »⁴³⁷, cette loi « *marque l'avènement de ce que certains ont qualifié de phénomène juridique sui generis, au carrefour des procédures administratives et pénales* » et la « *pérennisation d'une loi des suspects permettant la restriction des libertés d'un individu, en dehors de toute procédure pénale et de fait infractionnel initial, sur le seul fondement des soupçons que l'individu suscite chez l'administration* »⁴³⁸. Elle marque « *la dissémination de la notion de dangerosité dans notre système juridique* »⁴³⁹, « *on entre dans une logique d'anticipation qui, par définition, n'a pas de limites* »⁴⁴⁰ faisant de la neutralisation la fonction prédominante de la peine.

B) La neutralisation, fonction prédominante de la peine privative de liberté

147- La peine, en tant que sanction de la violation des règles instaurées par l'État, remplit un triple objectif. Elle doit tout d'abord punir, car il convient de sanctionner la violation et d'affirmer le pouvoir coercitif de l'État. Elle doit aussi dissuader les autres membres de la société de commettre la même infraction, car la preuve de l'existence de la sanction a un rôle préventif. Enfin, elle doit permettre de réinsérer l'individu, à terme, dans la société. Pour assurer une protection efficace de la société, prestation au bénéfice de tous les citoyens, la peine doit donc punir et réinsérer l'auteur de

⁴³⁶ Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, *JORF* du 31 octobre 2017.

⁴³⁷ C. LAZERGUES, H. HENNION-STOFFEL, « État Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016, p. 649.

⁴³⁸ E. DAOUD, A. JACQUIN, « La loi renforçant la sécurité intérieure ou la pérennisation de la défense empêchée », *AJ Pénal*, 2017, p. 482.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ M. DELMAS MARTY, « Loi antiterroriste – Nous sommes passés de l'État de droit à l'État de surveillance », propos recueillis par A. CHENUN et J.-B. JACQUIN, *Le Monde Idées*, 11 octobre 2017.

l'infraction. Tous ces objectifs sont liés entre eux, comme le rappelle l'article 130-1 du code pénal. L'enfermement, première peine criminelle comme correctionnelle⁴⁴¹, a longtemps été pensé comme la solution permettant de remplir tous ces objectifs. En mettant à l'écart de la société, il punit, mais en normalisant l'individu, il le réadapte à la vie en société. Toutefois, cet équilibre précaire entre punition et réinsertion permis par la peine privative de liberté ne semble pas avoir résisté aux revendications sociétales (1). Afin de calmer les peurs de l'opinion publique, au nom du droit à la sécurité nouvellement consacré, la peine privative de liberté s'est transformée en un véritable outil de neutralisation des condamnés, un moyen de les écarter de la société pour la prévenir de tout risque éventuel (2).

1. La rupture de l'équilibre précaire entre les différentes fonctions de la peine

148- L'individu, prêt à sacrifier une part de ses libertés en échange d'une protection assurée par l'État, estime que celui-ci devrait prévenir tout risque d'infraction. Par conséquent, il devrait *a minima*, en cas d'échec dans cette mission première, punir suffisamment l'infracteur pour qu'il ne puisse pas récidiver. Or, selon l'opinion publique, la justice actuelle ne permettrait pas de remplir un tel objectif. En effet, même si les sondages doivent être interprétés avec réserve⁴⁴², ils montrent que 72 % de la population pensent que la justice fonctionne mal⁴⁴³, en majeure partie car ils estiment qu'elle n'est pas suffisamment sévère. Alors qu'ils considèrent que la peine doit prioritairement permettre de protéger la société et de punir, et que les peines prononcées actuellement ne sont pas assez dures pour être dissuasives,

⁴⁴¹ Les articles 131-1 et 131-3 du CP listant les peines possibles en matière criminelle et correctionnelle mentionnent en premier la peine d'enfermement. Il s'agit d'ailleurs de la peine principale la plus souvent prononcée.

⁴⁴² V. en ce sens : J.-D. LEVY, « Les français et la prévention de la récidive », *op. cit.*

⁴⁴³ IFOP, *Les français et la justice*, Février 2011.

notamment à l'encontre des récidivistes⁴⁴⁴, les personnes interrogées réclament plus de fermeté. À titre d'exemples, 84 % des individus sont favorables à la perpétuité réelle pour les criminels sexuels les plus dangereux⁴⁴⁵, et 52 % sont favorables au rétablissement de la peine de mort⁴⁴⁶. Bien que souvent réalisés suite à des affaires médiatiques, et que « *sous le coup de l'émotion, les citoyens privilégient les options répressives* »⁴⁴⁷, ces chiffres ne laissent que peu de doutes sur leur volonté. D'autant que loin d'avoir disparu, le sentiment d'insécurité ne cesse de s'accroître. En réponse aux récents actes de terrorisme, les individus réclament une justice intransigeante et espèrent, bien que cela soit utopiste, une société sûre, une société du risque zéro⁴⁴⁸. Ils souhaitent que les personnes suspectées d'être dangereuses, avec toute la subjectivité que peut contenir cette notion, soient mises au ban de la société. Le législateur a pris acte de ces requêtes et y a répondu favorablement. Rompant l'équilibre précaire qui existait entre les différentes fonctions de la peine, il a accepté de faire prévaloir la protection de la société et la fonction punitive de la peine. Au nom du droit à la sécurité, il a développé les mécanismes de surveillance préventifs⁴⁴⁹, puis les mécanismes permettant d'écarter les condamnés de la société, quitte à mettre de côté la fonction d'amendement et de réinsertion assignée à la peine.

⁴⁴⁴ Selon le CSA, 70 % de la population pensent que la justice est trop indulgente à l'égard des récidivistes, taux qui s'élève à 85% selon l'IFOP. Comme évoqué, les résultats des sondages varient selon leur temporalité, mais cela démontre tout de même qu'une majorité de la population souhaite des peines plus sévères. V. IFOP, *Les français et la justice*, op. cit. ; CSA, *La lutte contre la récidive*, mai 2011.

⁴⁴⁵ CSA, *Ibid.*

⁴⁴⁶ IPSOS, *Fractures françaises*, avril 2015.

⁴⁴⁷ J.-D. LEVY, « Les français et la prévention de la récidive », op. cit.

⁴⁴⁸ Émile DURKHEIM écrit « *qu'il ne peut y avoir de société où les individus ne divergent plus ou moins du type collectif et que, parmi ces divergences, il y en a non moins nécessairement qui présentent un caractère criminel* ». V. E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, coll. « Quadrige Grands textes », Paris, 2007, p. 49 et s.

⁴⁴⁹ À l'image des systèmes de vidéosurveillances et des nombreux systèmes de fichage évoqués précédemment, ou encore des assignations à résidence qui seront évoquées ultérieurement.

2. La sécurité, un droit justifiant l'ostracisation du délinquant

149- Le droit à la sécurité est rapidement devenu l'assise des politiques pénales et a fait de la prison un outil indispensable au maintien de la cohésion sociale. Ce rôle, attribué à tout service public⁴⁵⁰, prend donc un sens tout particulier lorsqu'il est question du service public pénitentiaire. Souvent traité « *comme un microcosme particulier* », sa construction a toujours pris plus en considération les questions de sécurité que les grands principes communs à tous les services publics. Il est un moyen pour l'État de « *mettre à l'écart* », de « *s'assurer que le détenu [et donc l'infracteur] ne pourrait plus troubler l'ordre public*⁴⁵¹. Par conséquent, « *la prison concentre la fonction sécuritaire de l'État. Elle est une forteresse cernée de barbelés, tout son dispositif révèle la guerre latente contre un ennemi intérieur* »⁴⁵². Le législateur lui-même a rappelé à plusieurs reprises que la peine privative de liberté a pour mission d'assurer la protection de la société⁴⁵³ et que le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions pénales et au maintien de la sécurité publique⁴⁵⁴. Le droit de punir est ainsi une véritable « *partie prenante d'un dispositif de sécurité* »⁴⁵⁵, et le service public pénitentiaire son mode d'action privilégié. De ce fait, il hérite

⁴⁵⁰ P. ESPUGLAS, *Le service public*, Dalloz, Paris, 2012, p. 3.

⁴⁵¹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, pp. 270-271.

⁴⁵² D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, *op. cit.*, p. 215.

⁴⁵³ Déjà affirmé dans l'article 1 de la loi pénitentiaire de 2009, ce rôle a été affirmé de manière expresse dans la loi d'août 2014 ajoutant un article 130-1 au Code pénal consacré aux rôles et fonctions de la peine. V. Article 1 de la Loi n°2009-1436 du 29 novembre 2009 *pénitentiaire*, *JORF* du 25 novembre 2009, p. 20192 ; Article 1 de la Loi n°2014-896 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647.

⁴⁵⁴ V. Article 1 de la Loi n°87-432 du 22 juin 1987 *relative au service public pénitentiaire*, *JORF* du 23 juin 1987, p. 6775 ; Article 2 de la Loi n°2009-1436 du 29 novembre 2009 *pénitentiaire*, *op. cit.*

⁴⁵⁵ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, *op. cit.*, p. 40.

d'une lourde mission, « *garantir la paix civile en tenant enfermés ceux qui ont été jugés par les tribunaux pénaux* »⁴⁵⁶.

150- Mais, en raison d'une revendication généralisée d'un droit à la sécurité, le service public pénitentiaire a vu sa mission évoluer. Non seulement il est tenu d'assurer la surveillance des personnes condamnées en raison des actes infractionnels commis, mais il doit aussi surveiller les personnes jugées dangereuses pour la société, y compris en l'absence d'actes entraînant une quelconque condamnation pénale. Ce, depuis que le concept de dangerosité a fait son entrée dans le droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 créant la rétention de sûreté⁴⁵⁷. Cette loi permet de placer en rétention de sûreté les personnes condamnées pour des crimes très graves à une peine égale ou supérieure à quinze ans de réclusion criminelle, dont il est établi qu'elles présentent, à la fin de l'exécution de leur peine, une particulière dangerosité. Cette mesure est applicable « *aux personnes dangereuses dont il faut protéger la société* »⁴⁵⁸. Or, comme l'a constaté en 2014 et rappelé en 2015 le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, l'appréciation de la dangerosité présumée des personnes retenues est fondée « *sur la seule inobservation des obligations imposées dans le cadre d'une surveillance de sûreté* ». Ceci est contestable puisque cette mesure « *peut entraîner un enfermement pour une durée indéterminée, sans qu'aucune nouvelle infraction pénale n'ait été commise* »⁴⁵⁹. Ce concept subjectif, dénué de fondement scientifique, vient bouleverser la conception traditionnelle française du droit de la peine. Définie à l'article 705-53-13 du code de procédure pénale comme « *une probabilité très élevée de récidive* » engendrée par « *un trouble grave de la personnalité* », la particulière dangerosité « *supprime le lien objectif entre culpabilité et responsabilité,*

⁴⁵⁶ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 526.

⁴⁵⁷ Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, *JORF* du 26 février 2008, p. 3266.

⁴⁵⁸ CGLPL, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, *JORF* du 25 février 2014.

⁴⁵⁹ CGLPL, Avis du 5 octobre 2015 relatif à la rétention de sûreté, *JORF* du 5 novembre 2015.

entre infraction et sanction »⁴⁶⁰. Elle s'avère contraire aux principes du droit pénal tels que la légalité des délits et des peines ou encore la proportionnalité de la réponse pénale. De ce fait, « *l'équilibre entre les nécessaires restrictions de liberté et le respect des droits fondamentaux des personnes privées de libertés n'est pas respecté* », tout comme l'équilibre entre les différentes fonctions de la peine. Le Contrôleur général le rappelle, « *si la sanction est l'un des objectifs de l'incarcération, elle ne doit jamais en être le but exclusif* »⁴⁶¹. Le Gouvernement a pourtant refusé de supprimer ce dispositif et a, au contraire, réutilisé le concept de dangerosité pour durcir la répression pénale.

151- La notion de dangerosité se retrouve sous des formes différentes dans la législation. Ainsi, la loi du 20 novembre 2015 prorogeant l'état d'urgence a élargi les possibilités d'assignation à résidence à toute personne pour laquelle « *il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* »⁴⁶². Elle est également reprise, sous le même vocable, par la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale⁴⁶³ puis par la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme⁴⁶⁴. Lors de l'exécution d'une peine d'enfermement, celle-ci prévoit des restrictions aux possibilités de réduction de la période de sûreté, à la libération conditionnelle ou aux aménagements

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ CGLPL, *Rapport d'activité 2015*, Dalloz, Paris, 2016, 189 p.

⁴⁶² Article 6 de la Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, *op. cit.*

⁴⁶³ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *JORF* du 4 juin 2016.

⁴⁶⁴ Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*

de peine basées sur l'évaluation de la dangerosité du condamné par un collège d'experts⁴⁶⁵.

152- De même, la notion de sécurité a été utilisée par la loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence et renforçant les mesures de lutte contre le terrorisme afin de compléter l'arrêté du Garde des sceaux en date du 9 juin 2016 relatif à la vidéosurveillance en prison⁴⁶⁶. Elle permet, comme l'a confirmé le Conseil d'État en référé le 28 juillet 2016⁴⁶⁷, d'installer une vidéosurveillance continue d'un détenu dans le cas où le suicide ou l'évasion d'un détenu pourraient avoir une incidence importante sur l'ordre public, compte tenu des circonstances particulières à l'origine de l'incarcération et de leur impact sur l'opinion publique. Utilisée à l'encontre d'une personne incarcérée pour des actes terroristes, elle a été jugée légale et justifiée.

153- Actes horribles générant la peur des citoyens, les actes terroristes conduisent le législateur à durcir la répression pénale. Or, lorsque la brèche est ouverte, elle ne cesse de s'élargir, et les mesures initialement prévues pour des cas spécifiques sont étendues progressivement par le législateur jusqu'à devenir le droit commun. La création des unités dédiées à la déradicalisation en est un exemple. Mesure phare du plan de lutte contre le terrorisme, ces unités ont pour objectif de permettre une prise en charge adaptée des personnes détenues radicalisées ou en voie de radicalisation. Si *« l'argument de la lutte contre le prosélytisme et de la volonté de protéger l'ensemble des personnes détenues de l'influence de personnes incarcérées pour des faits de terrorisme lié à l'islam radical n'est mis en avant dans aucun des établissements concernés pour justifier la mise à l'écart et le regroupement de ces personnes »*, comme cela avait pu être le cas lors de la création de la première unité de ce type à Fresnes en 2014, la population des cinq unités dédiées ne comptait en 2016 que *« des personnes écrouées en*

⁴⁶⁵ V. en ce sens : Art. 720-5 et 730-2-1 du CPP.

⁴⁶⁶ Arrêté du 9 juin 2016 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention, *JORF* du 12 juin 2016.

⁴⁶⁷ CE, ord., 28 juillet 2016, req. n°401800, *M. B.* ; *AJ Pénal* 2016, p. 502.

lien avec une entreprise terroriste » dont la majorité « pour des faits de terrorisme lié à l'islam radical »⁴⁶⁸. Ces unités dédiées, n'étant pourtant pas assimilées à un régime différencié de détention, entraînaient un régime de détention *sui generis*, séparant les détenus concernés autant que possible des autres et ne permettant pas le développement d'activités préparant à la réinsertion comme le travail ou la formation professionnelle. Si l'affectation en unité dédiée était qualifiée initialement de mesure d'ordre intérieur, en raison de ses effets, la loi du 3 juin 2016 ouvrait d'ailleurs les voies de recours à l'encontre d'un tel acte. Critiquées, car elles permettaient « de nouer des solidarités, de reconstituer des réseaux » et « de renforcer les liens entre les personnes détenues partageant les mêmes convictions » et entraînaient un sentiment de discrimination⁴⁶⁹, s'éloignant alors de leur objectif initial, si elles sont supprimées en 2016 suite à l'agression de deux surveillants pénitentiaires à Osny, ce n'est que pour être réaménagées. Les personnes radicalisées sont dorénavant envoyées dans des quartiers dédiés et dans des établissements devant respecter « le cadre commun de gestion des personnes repérées comme radicalisées »⁴⁷⁰. Après une affectation en quartier d'évaluation de la radicalisation (QER), elles sont transférées dans un quartier pour détenus violents (QDV) devenus aujourd'hui quartier de prise en charge de la radicalisation (QDR) ou alors mises à l'isolement⁴⁷¹. Leur mise à l'écart de la détention n'est donc pas remise en question, mais structurée. En outre, suite aux revendications sécuritaires des personnels pénitentiaires lors des grèves de début 2018, le Premier Ministre a annoncé,

⁴⁶⁸ CGLPL, *Radicalisation islamiste en milieu carcéral, 2016 : L'ouverture des unités dédiées*, 7 juin 2016, pp. 48-49. V. aussi : CGLPL, *Avis du 11 juin 2015 sur la prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral*, *JORF* du 30 juin 2015.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, pp. 52-54.

⁴⁷⁰ DAP, *Note de service relative à la gestion et prise en charge des personnes détenues repérées comme radicalisées ou en voie de radicalisation dans les établissements pénitentiaires*, 2 août 2016.

⁴⁷¹ F. HABOUZIT, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes radicalisées ? », *RSC*, 2018, p. 541.

dès le 23 février 2018, un nouveau “plan national de la radicalisation”⁴⁷² et l’ouverture de 1500 places supplémentaires dans les quartiers de prise en charge de la radicalisation, qui n’en comptaient que 150 jusqu’à présent⁴⁷³. Loin d’être une mesure exceptionnelle, le placement en quartier de prise en charge de la radicalisation deviendrait donc systématique puisque, selon le Comité interministériel de prévention de la délinquance et de la radicalisation les prisons comptent actuellement 1627 personnes radicalisées⁴⁷⁴. Cette politique cristallise ainsi « *la crainte, ancienne, de la contagion du reste de la population carcérale* »⁴⁷⁵ et la fonction resocialisatrice de la peine est une nouvelle fois délaissée au nom de la sécurité.

154- Le service public pénitentiaire, sous l’influence de l’opinion publique, a donc vu son rôle changé au nom de l’impératif sécuritaire. Au regard des lois récentes, « *c’est le difficile équilibre entre les droits fondamentaux et la sécurité qui s’est trouvé interrogé, chaque fois avec acuité* »⁴⁷⁶. Droit à la vie privée, droit à l’autonomie personnelle, liberté d’opinion, liberté de culte peuvent désormais être réduits au nom de la sécurité, apparaissant comme un impératif supérieur. C’est au nom de cet impératif que la peine apparaît aujourd’hui comme un outil de neutralisation des personnes jugées dangereuses pour la société. Leur ostracisation a pour but d’assurer la sécurité de tous. Le service public pénitentiaire est responsable des détenus dont il a la charge, il doit « *assurer la sécurité des tiers contre les éventuels dommages causés par les détenus, même si ceux-ci sont en permission de*

⁴⁷² Comité interministériel de prévention de la délinquance et de la radicalisation, *Prévenir pour protéger – Plan national de prévention de la radicalisation*, 2018, 31 p.

⁴⁷³ OIP, *Blocage des prisons : l’illusion sécuritaire l’emporte*, Communiqué de presse, 26 janvier 2018.

⁴⁷⁴ Comité interministériel de prévention de la délinquance et de la radicalisation, *Prévenir pour protéger – Plan national de prévention de la radicalisation*, *op. cit.*

⁴⁷⁵ C. SAAS, « Radicalisation : répression et sécurisation », *AJ Pénal*, 2018, p. 116.

⁴⁷⁶ CGLPL, *Rapport d’activité 2015*, *op. cit.*

sortir »⁴⁷⁷. Il devient un véritable gardien des personnes condamnées à une peine privative de liberté.

§2 : La sécurité, prestation à destination des administrés

155- Au nom de la sécurité publique, le service public pénitentiaire a actuellement pour principal objectif de mettre les individus ayant commis des infractions à l'écart de la société afin de protéger les citoyens. Ainsi, durant l'exécution de la peine privative de liberté, il a pour rôle de surveiller les détenus afin d'empêcher toute tentative d'évasion ; il en assure la garde **(A)**. Cette prestation sécuritaire fournie par le service public pénitentiaire n'est évidemment pas à destination des détenus, mais à destination des administrés, ce qui permet de les qualifier de véritables bénéficiaires dudit service public, bien qu'ils n'en soient pas usagers au sens strict du terme **(B)**.

A) La garde des détenus, mission assumée du service public pénitentiaire

156- Selon la Direction de l'information légale et administrative « *la mission de sécurité de l'administration pénitentiaire consiste à assurer une sécurité optimale au sein des établissements pénitentiaires en prévenant les évasions, les mutineries, les agressions envers le personnel, mais aussi les suicides et les violences carcérales* »⁴⁷⁸. Malgré une précision sur la protection des détenus eux-mêmes, il ressort de cette formulation une volonté première d'assurer la sécurité des administrés et des agents de l'administration veillant à cette sécurité. Ce rôle est suffisamment important pour que l'administration pénitentiaire ait vu son régime de responsabilité progressivement étendu en cas d'actes infractionnels commis à la suite d'

⁴⁷⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 526.

⁴⁷⁸ www.vie-publique.fr/politiques-publiques/politique-penitentiaire/mission-garde/

une évasion ou lors de l'exécution d'une mesure d'aménagement de peine (1). L'analyse de l'évolution du régime de responsabilité de l'administration démontre, en outre, une possibilité d'étendre la théorie de la responsabilité de plein droit du fait de la garde d'autrui au détenu. Si la jurisprudence préfère utiliser la théorie du risque à son égard, celui-ci peut pourtant être assimilé à un véritable "objet" dont l'administration pénitentiaire a la garde (2).

1. *L'administration pénitentiaire responsable de la surveillance des détenus*

157- Alors qu'en principe toute faute de service est de nature à engager la responsabilité de l'administration, pour certaines activités particulièrement difficiles, à l'image de la mission de surveillance du service public pénitentiaire, le juge administratif a exigé la présence d'une faute lourde. Pure création jurisprudentielle, cette faute lourde n'est jamais qu'« *une faute qui est plus grave qu'une faute simple, définition qui, pour exacte qu'elle est, n'apporte rien* »⁴⁷⁹. Ainsi, elle subordonne l'engagement de la responsabilité de l'administration à une faute manifeste d'une particulière gravité. « Réaliste », elle a pour principal intérêt de « *tenir compte de la difficulté de la tâche de l'administration pour ne la condamner qu'en cas d'une faute d'une gravité certaine* »⁴⁸⁰ ; elle laisse « *une marge d'action libre, en franchise de responsabilité* » à l'administration pour qu'elle puisse réagir rapidement⁴⁸¹. Classiquement utilisée en matière pénitentiaire⁴⁸²,

⁴⁷⁹ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2018, p. 556.

⁴⁸⁰ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 3^{ème} éd., PUF, Paris, 2010, p. 382.

⁴⁸¹ R. CHAPUS, *Droit administratif généra*, Tome 1, 13^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1999, p. 1252.

⁴⁸² Pour la faute manifeste et d'une particulière gravité, V. CE, 4 janvier 1918, *Mineurs Zulémaro*, Rec. p. 9 ; CE, 4 janvier 1918, *Duchesne*, Rec. p. 10. Pour la faute lourde, V. : CE, 3 octobre 1958, *Rakotoarinovy*, Rec., p. 470. Précisons que le passage à l'exigence d'une faute lourde est le symbole d'un régime de responsabilité plus facile à engager que l'exigence antérieure d'une faute manifeste et d'une particulière gravité.

« devant la préoccupation de protéger le plus pleinement possible les intérêts des administrés »⁴⁸³, elle a partiellement disparu au profit de la faute simple⁴⁸⁴. Cela s'explique en partie par le développement du droit à la sécurité reconnu au profit de ceux-ci. Même si ce droit n'est pas « un droit subjectif à proprement parler » et ne fait naître à l'égard de l'État, pour l'instant, qu'une obligation de moyens⁴⁸⁵, la revendication sociétale du risque zéro en matière pénale conduit à un encadrement plus strict de l'activité de l'administration pénitentiaire. En conséquence, même si la responsabilité de l'administration pénitentiaire est toujours engagée pour faute lourde en cas d'évasion du détenu, c'est un régime de responsabilité sans faute, pour risque, qui s'applique lorsqu'un détenu bénéficie d'une mesure d'aménagement de peine.

158- La responsabilité pour faute en cas d'évasion⁴⁸⁶. « L'administration pénitentiaire doit chercher à rendre impossible, sinon extrêmement difficile,

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ Les juges du fond ont ainsi reconnu une responsabilité pour faute simple en cas d'opération ne comportant pas de difficulté particulière (V. en ce sens, sur le tri du courrier des détenus : TA. Versailles, 10 octobre 1997, *Mouesca c/ Ministre de la justice*, req. n°955528) ou en cas de mauvais fonctionnement de l'établissement pénitentiaire (V. en ce sens, sur la non restitution de ses affaires à un détenu ayant fait l'objet d'un transfert vers une nouvelle maison d'arrêt : CAA Lyon, 3 décembre 1996, req. n°86LY0035, *Theis* 3). Cette évolution a, par la suite, été confirmée par le Conseil d'État (V. en ce sens, sur le suicide des détenus : CE, 23 mai 2003, req. n°244663, *Chabba* ; CE, 9 juillet 2007, req. n°281205, *Delorme c/ Ministre de la justice* ; CE, 28 décembre 2017, req. n°400560 ; *AJ pénal* 2018, p. 163, obs. J.-P. CERE). Pour aller plus loin : Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 – A. L'engagement de la responsabilité de l'administration pénitentiaire facilité (546)

⁴⁸⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 371. V. en ce sens : CE, réf., 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, req. n°236196. Le juge administratif estime que la méconnaissance de l'obligation d'assurer la sécurité publique ne constitue pas en elle-même une atteinte grave à une liberté fondamentale.

⁴⁸⁶ V. sur ce point : P. BEAU, « Evasion », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, octobre 2014 ; J.-P. CERE, « Prison – Organisation générale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, janvier 2016.

toute tentative d'évasion. Car une évasion non seulement peut être dangereuse dans sa réalisation pour ceux qui l'ont fomentée, pour les surveillants et les tiers, mais aussi attentatoire aux décisions de justice et à l'état du droit » souligne Hervé ARBOUSSET⁴⁸⁷. De ce fait, le personnel pénitentiaire peut engager sa responsabilité en cas d'évasion, tout comme le chef d'établissement. Le premier peut être condamné pour avoir « même par abstention volontaire » facilité ou préparé l'évasion d'un détenu⁴⁸⁸, et voir sa responsabilité engagée devant ses supérieurs hiérarchiques s'il n'a pas appliqué le règlement intérieur de manière rigoureuse. En effet, « la sécurité intérieure des établissements pénitentiaires » lui incombe⁴⁸⁹ et, il est « responsable des tâches qui lui sont confiées », s'exposant en cas de faute commise dans l'exercice de ses fonctions à « une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale »⁴⁹⁰. Le second, puisqu'il « doit veiller à une stricte application des instructions relatives au maintien de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement pénitentiaire qu'il dirige [...] est disciplinairement responsable des incidents ou des évasions imputables à sa négligence ou à l'inobservation des règlements, indépendamment des procédures disciplinaires susceptibles d'être engagées contre d'autres membres du personnel »⁴⁹¹. L'objectif principal et commun à tous les membres de l'administration pénitentiaire est donc de lutter contre les éventuelles évasions. Pour réaliser cette tâche, de

⁴⁸⁷ H. ARBOUSSET, « Évasion de détenu(s) et droit administratif », *JCPG*, n°19, 6 mai 2009, doct. 141.

⁴⁸⁸ L'article 434-33 alinéa 1 du Code pénal dispose qu' « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende le fait, par toute personne chargée de sa surveillance, de faciliter ou préparer, même par abstention volontaire, l'évasion d'un détenu ». L'alinéa 3 ajoute que « si le concours apporté consiste en la fourniture ou l'usage d'une arme ou d'une substance explosive, incendiaire ou toxique, l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle et de 225 000 € d'amende ».

⁴⁸⁹ Art. D. 266 du CPP.

⁴⁹⁰ Articles 28 et 29 de Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* du 14 juillet 1983, p. 2174.

⁴⁹¹ Article D.265 du CPP.

nombreux moyens sont mis en œuvre, à l'image des fouilles⁴⁹², des mesures d'isolement⁴⁹³, des rotations de sécurité⁴⁹⁴ ou encore des mesures de sécurité spécifiques instaurées lors de l'extraction des détenus ou de leurs séjours dans des établissements hospitaliers⁴⁹⁵. Malgré cela, il existe des failles dans le système de sécurité et plusieurs évasions ont lieu chaque année⁴⁹⁶. En raison de la difficulté de la mission incombant à l'administration pénitentiaire, le juge administratif estime alors qu'une faute lourde, une défaillance grave dans la surveillance du détenu, ainsi qu'un lien entre cette défaillance du service public pénitentiaire et le dommage subi par le tiers, doivent être démontrés pour que la responsabilité de l'administration soit engagée⁴⁹⁷. Ce régime, plus dur que celui de la faute simple, a toutefois été allégé puisque, jusqu'en 1985, le juge administratif demandait la présence d'« *une faute manifeste et d'une particulière gravité* »⁴⁹⁸. Selon Hervé ARBOUSSET, cet assouplissement pourrait, en raison de « *l'évolution des techniques de surveillance des lieux de détention* », toujours plus pointues, et de « *la nécessité d'assurer la réparation des préjudices causés à des personnes extérieures au monde pénitentiaire et qui se sont trouvées malheureusement sur le chemin des détenus en cavale* », se poursuivre vers la consécration d'un régime de responsabilité pour faute simple voire sans

⁴⁹² Pour les fouilles de cellules, Art. D. 269 et s. du CPP ; pour les fouilles générales ou sectorielles des locaux, Art. D. 276 du CPP ; pour les fouilles corporelles, Art. R. 57-7-79 et s. du CPP.

⁴⁹³ V. Art. 726-1 et R. 57-7-62 du CPP.

⁴⁹⁴ Pour les transferts, Art. 717-1-1 et D. 301 du CPP. En pratique, lorsque certains détenus sont classés DPS, l'administration effectue des transferts réguliers, pratique condamnée par le juge administratif lorsqu'elle est trop fréquente. V. en ce sens : CE, Ass., 14 décembre 2007, req. n°306432, *M. Payet* ; RFDA 2008 p. 104, concl. C. LANDAIS.

⁴⁹⁵ Art. R.57-7-84, D. 57, D. 292 et s., D. 315 et s. du CPP. Pour l'utilisation d'entraves, Art. 803, D. 283 et s. du CPP.

⁴⁹⁶ Il y en a eu 15 en 2017 ainsi que 56 tentatives. V. Direction de l'administration pénitentiaire, *Chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, 1^{er} janvier 2018, 17 p.

⁴⁹⁷ V. en ce sens : CE, 10 mai 1985, req. n°48517, *Mme E. Ramade et autres* ; JCP 1986.II.20603 note GROZALON ; CE, 27 mars 1985, req. n°48517, *Henri* ; JCP 1986.II.20550, note GROZALON.

⁴⁹⁸ CE, 4 janv. 1918, *Duchesne* : Rec. CE 1919, p. 10.

faute⁴⁹⁹. Ceci permettrait de prendre plus en compte les intérêts des administrés, argument qui est à l'origine du passage du régime de la responsabilité pour faute lourde à celui pour faute simple pour de nombreux services publics. D'autant que, cela a été évoqué, ces mêmes administrés revendiquent aujourd'hui un droit à la sécurité et une prise en charge plus sévère des condamnés pour courir le moins de risques possibles. C'est d'ailleurs sur le fondement du risque que le juge administratif a accepté d'appliquer un régime de responsabilité sans faute en cas de dommages causés aux tiers par des détenus non rentrés à la fin de leur permission de sortie, et donc assimilables à des évadés.

159- La responsabilité sans faute en cas de mesures d'aménagement de l'exécution des peines. Alors que la faute de surveillance était exigée pour engager la responsabilité de l'administration du fait des personnes détenues, le juge administratif a opéré un revirement de jurisprudence progressif, commençant par apprécier les dommages causés par les mineurs délinquants placés en établissements d'éducation surveillée. Tirant les conséquences de l'ordonnance de 1945⁵⁰⁰ qui « a entendu mettre en œuvre, en ce domaine, des méthodes nouvelles de rééducation caractérisées par la substitution au régime antérieur d'incarcération d'un système plus libéral d'internat surveillé », il estime qu'un risque spécial est créé pour les tiers, « lesquels ne bénéficient plus des garanties qui résultaient pour eux des règles de discipline anciennement en vigueur ». De ce fait, « la responsabilité du service public en raison des dommages causés aux tiers [...] ne saurait être subordonnée à la preuve d'une faute commise par l'administration, mais découle des conditions mêmes dans lesquelles fonctionne le service »⁵⁰¹. Le risque est ainsi caractérisé par l'octroi d'une certaine liberté à des personnes jugées dangereuses en raison des actes qu'elles ont commis. Il s'agit donc

⁴⁹⁹ H. ARBOUSSET, « Évasion de détenu(s) et droit administratif », *op. cit.*

⁵⁰⁰ Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* du 4 février 1945, p. 530.

⁵⁰¹ CE, Sect., 3 février 1956, *Thouzellier*, *Rec.* p. 49, *D.* 1956 p. 596, note AUBY. Pour la jurisprudence antérieure fondée sur la faute de surveillance V. CE, 19 novembre 1955, *D^{elle} Hoffmann*, *Rec.* p. 554.

d'un « risque-danger », « le danger n'étant pas contenu dans la seule considération du mineur dit dangereux, mais dans le cumul de cette dangerosité avec une méthode particulière de rééducation librement choisie par l'État dans le cadre légal de l'ordonnance du 2 février 1945 »⁵⁰². La Haute juridiction a ensuite étendu cette solution aux actions en responsabilité dirigées contre l'administration à raison des dommages causés aux tiers par des détenus bénéficiaires de mesures d'aménagement de l'exécution de leur peine. Elle explique à l'aide d'un raisonnement similaire, que « les mesures de libération conditionnelle, de permissions de sortir et de semi-liberté constituent des modalités d'exécution des peines qui ont été instituées à des fins d'intérêt général et qui créent, lorsqu'elles sont utilisées, un risque spécial pour les tiers, susceptible d'engager, même en l'absence de faute, la responsabilité de l'État »⁵⁰³. Comme le suggère le commissaire du gouvernement Christian VIGOUROUX, « le juge ou la garde des Sceaux doit tenter d'être la balance de ce risque immédiat et le risque ultérieur à libérer en fin de peine sans aucune surveillance un détenu qui a désappris la liberté ».

160- Ainsi, si ces mesures accordées par le juge d'application des peines doivent être contestées devant le juge judiciaire⁵⁰⁴, les actions en

⁵⁰² B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, Paris, 2014, p. 259.

⁵⁰³ CE, 29 avril 1987, req. n°61015, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Banque populaire de la région économique de Strasbourg*, Rec. p. 58 ; AJDA 1987, p.454, chron. G. AZIBERT et R. DE BOISDEFRE ; D. 1988 p. 60, obs. F. MODERNE et BON ; RFDA 1987 p. 831, concl. C. VIGOUROUX. Étendant la jurisprudence relative aux permissions de sortie : CE, 2 décembre 1981, req. n°25861, *Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/ Mme Henry*. Confirmée notamment par CAA, Nantes, 3^{ème} ch., 10 avril 1997, n°95NT00108, AJDA 1997 p. 911.

⁵⁰⁴ Pour l'affirmation du principe : TC, 22 février 1960, *Fargeau d'Epied*, Rec. p. 855. Pour la réduction de peine : CE, Sect., 9 novembre 1990, req. n°101168, *Theron* ; D. 1991 p. 17 ; *Gaz. Pal.* 22 février 1991 p. 3 ; *Gaz. Pal.* 21 juin 1991 p. 52 ; CE, 18 mars 1998, , req. n°191360 *Druelle* ; D 1998 p. 117 ; CE, 23 novembre 2005, req. n°284912, *Monné*. Pour la libération conditionnelle : CE, Sect., 4 novembre 1944, req. n°157435, *Korber* ; JCP G 1994 p. 341 ; D. 1994 p. 262, *Gaz. Pal.* 28 juillet 1995 pp.209-210. Pour la permission de sortir : CE, 9 février 2001, req. n°215405, *Malbeau*.

responsabilité contre l'État du fait de leur exécution relèvent bien du juge administratif puisqu'elles ne modifient ni la nature, ni les limites de la peine. Elles ne sont que de simples modalités du traitement pénitentiaire⁵⁰⁵. Et, elles relèvent d'un régime de responsabilité sans faute puisqu'elles font courir un risque spécial aux tiers, un risque-danger⁵⁰⁶, « *un risque exceptionnel, créé par l'autorité de la puissance publique* », par « *l'assouplissement des modalités d'exécution des peines qui laisse aux détenus une certaine liberté lui permettant plus facilement, le cas échéant, de commettre certaines méfaits* »⁵⁰⁷. Seul un lien direct entre le fonctionnement du service public c'est-à-dire la mise en œuvre de la mesure d'aménagement de peine et le dommage causé doit donc être prouvé par la victime. Le juge oblige ainsi le législateur à tirer les conséquences des choix opérés en matière d'exécution des sentences pénales, puisque « *le fondement de la responsabilité ne réside pas dans les décisions du juge d'application des peines, mais dans l'existence d'un régime voulu par le législateur dont il est soutenu qu'il peut causer aux tiers un risque spécial* ». Il précise toutefois que ce risque doit demeurer exceptionnel pour pouvoir être qualifié comme tel, ce qui n'est pas le cas pour les mesures de réduction de peine qui « *procèdent du choix délibéré que le temps d'exercice de la peine se réduise au fur et à mesure de son exécution* ». Il distingue donc à nouveau de manière très claire entre les mesures constituant des modalités d'aménagement de l'exécution des peines, « *exception[s] délibérée[s] à la règle* », et les modalités d'aménagement du temps d'exécution de la peine,

⁵⁰⁵ TC, 3 juillet 2000, req. n°3198, *Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/ Consorts Primau et Fosset*.

⁵⁰⁶ Certains auteurs se sont interrogés sur un rattachement possible à un régime de responsabilité du fait des lois, puisque l'engagement de la responsabilité est lié à l'application de l'ordonnance du 2 février 1945. Toutefois, en l'absence de préjudice exceptionnel et s'agissant uniquement d'une indemnisation des effets normaux de la loi, un tel rattachement ne paraît pas adapté. V. en ce sens : B. CAMGUILHEM, *Précit.*, pp. 261-262.

⁵⁰⁷ M. GUYOMAR, « La responsabilité du fait des personnes potentiellement dangereuses, Le cas du bénéficiaire d'une libération anticipée. Conclusions sous CE, 15 février 2006, *Ministre de la Justice c/ Consorts A.* », *RFDA*, 2006, p. 615. V. aussi : D. DEVILLERS, « L'État est responsable des dommages causés par un détenu au cours d'une permission de sortie d'un établissement pénitentiaire », *AJDA*, 1997, p. 837.

telles les réductions de peine, qui relèvent du « *droit commun de l'exécution des peines* »⁵⁰⁸.

161- Le régime de responsabilité instauré pour les mesures d'aménagement de l'exécution des peines est très proche de celui de la responsabilité du fait d'autrui que connaît le code civil à l'article 1242⁵⁰⁹. Si la Cour de cassation s'est inspirée de la théorie du risque du droit administratif, elle s'est surtout fondée sur la surveillance exercée sur la personne commettant l'acte infractionnel en se détachant de l'analyse du comportement de la personne jugée responsable⁵¹⁰. Cette notion de garde nouvellement théorisée par le juge judiciaire a été reprise par le juge administratif dans un second temps et, s'il refuse pour l'instant de l'utiliser pour fonder une responsabilité de plein droit de l'administration pénitentiaire du fait des détenus, une telle évolution est envisageable en raison de l'importante sujétion dont il est l'objet.

2. Le détenu, un "objet" sous la garde du service public pénitentiaire

162- En droit civil, l'article 1242 du code civil reconnaît explicitement la possibilité de mettre en place une responsabilité du fait d'autrui. Si elle était initialement fondée sur la solidarité entre les membres d'une même communauté, elle traduit aujourd'hui la volonté du législateur de protéger les victimes contre l'insolvabilité de l'auteur du dommage. Pour cela, le droit civil s'est inspiré de la théorie du risque existant en droit administratif. Mais, si le risque peut être, en droit privé, le fait générateur de

⁵⁰⁸ M. GUYOMAR, « La responsabilité du fait des personnes potentiellement dangereuses, Le cas du bénéficiaire d'une libération anticipée. Conclusions sous CE, 15 février 2006, *Ministre de la Justice c/ Consorts A.* », *op. cit.*

⁵⁰⁹ Art. 1242 du Code civil : « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.* » (ancien article 1384 alinéa 1)

⁵¹⁰ J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015.

responsabilité, il ne peut pas être le fondement de la responsabilité, puisqu'il « *oblige à opérer une dissociation entre la personne et le siège du risque* », or « *l'identification d'un lien entre le fait générateur du dommage et le responsable doit permettre de lui imputer la charge de la réparation, telle qu'en somme il soit amené à répondre des conséquences du risque généré* »⁵¹¹. C'est en raison des faiblesses de l'application de la théorie du risque en droit privé que la Cour de cassation a préféré faire peser la présomption de responsabilité non plus sur le risque lié à la particularité des personnes dont l'institution à la charge, mais sur la garde de ces personnes, l'autorité exercée sur celles-ci⁵¹². Cela permet de rétablir un lien entre le fait générateur du dommage et la personne jugée responsable. Ainsi, en 1991, elle a affirmé que si une institution accepte « *la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie* » de personnes dont elle a la garde, elle doit répondre de celles-ci⁵¹³. La responsabilité du fait d'autrui est la contrepartie de l'autorité exercée par l'institution. Jérôme JULIEN démontre alors que « *cette garde d'autrui rappelle inévitablement la garde de la chose et les pouvoirs d'usage et de contrôle* », d'autant qu'« *à l'origine, la responsabilité du fait des choses était limitée aux seules choses dangereuses* » tout comme « *la responsabilité générale du fait d'autrui fut d'abord cantonnée aux hypothèses mettant en scène des personnes potentiellement dangereuses* »⁵¹⁴. Les rares exemples de responsabilité fondée sur la notion de garde en droit administratif illustrent de manière similaire ce propos. Ils concernent un accident survenu à un avion confié à

⁵¹¹ F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Thèse, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 183-184.

⁵¹² *Ibid.*, pp. 195-201.

⁵¹³ C. cass., Ass. Plèn., 29 mars 1991, n°89-15-231, *Association des centres éducatifs du Limousin c/ Blieck*, D. 1991, p. 324, note LARROUMET, JCP 1991, 11, 21673, concl. DONTENVILLE, note GHESTIN ; RFDA 1991, 991, note P. BON, RTD civ. 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN. Arrêt validant : CA Limoges, 23 mars 1989, *Blieck*, RCA 1989, comm. n°301, obs. H. G.

⁵¹⁴ J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*

un service d'essai au vol relevant de l'État⁵¹⁵, des dommages causés à un monument historique par une société à laquelle l'État avait confié le soin d'effectuer les travaux⁵¹⁶ ou encore des dommages causés par un véhicule volé⁵¹⁷. Une extension en matière de responsabilité du fait d'autrui s'est toutefois avérée plus complexe en droit administratif.

163- La notion de garde est perçue par le juge administratif comme une « menace pour l'équilibre des règles de la responsabilité en droit administratif » car « étrangère par nature au droit administratif et affectée d'une teinte civiliste trop marquée »⁵¹⁸. Il est donc réticent à utiliser ce concept et s'il s'impose, c'est uniquement pour des raisons similaires ayant conduit la Cour de cassation à appliquer la théorie du risque aux mineurs délinquants, l'uniformisation des jurisprudences judiciaires et administratives⁵¹⁹. Christophe DEVYS, dans ses conclusions sur l'arrêt *GIE AXA Courtage*, explique d'ailleurs la nécessité de cette évolution en rappelant que, comme l'avait déjà souligné le professeur GHESTIN sur l'arrêt *Consorts Blieck* dans une situation inverse, « le principe de séparation des pouvoirs et la dualité des ordres de juridiction qui en est la conséquence ne peuvent justifier qu'une même situation soumise à la Cour de cassation entraîne une responsabilité sans faute tandis que, soumise au Conseil

⁵¹⁵ CE, 18 avril 1980, *Société nationale industrielle aérospatiale*, Rec. p. 190.

⁵¹⁶ CE, 5 mars 1982, *Guetre et Ministre de la Culture c/ Commune de Ponts de Cé*, Rec. p. 100.

⁵¹⁷ CE, 5 juillet 2000, *Ministre de l'équipement c/ Chevallier*, Rec. p. 294, concl. Arrighi DE CASANOVA, AJDA 2000 p. 800 chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN.

B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, op. cit., p. 274.

⁵¹⁹ Dans l'affaire *Blieck*, l'avocat général avait en effet évoqué la dissymétrie existant entre les régimes de responsabilité applicables aux victimes de dommages causés par un handicapé mental confié à un centre d'aide par le travail. Il s'agissait d'un régime de responsabilité pour faute devant le juge judiciaire, alors qu'un régime de responsabilité de plein droit s'appliquait devant le juge administratif. Il jugeait cela contraire à l'égalité des citoyens devant la loi et difficilement explicable aux victimes. V. en ce sens : Cass. ass. plén. 29 mars 1991, *Association des centres éducatifs du Limousin et autres c/ André Blieck et autres*, Bull. ass. plén., n° 1 ; JCP 1991. II. n° 21673, concl. H. DONTENWILLE.

d'État, cette responsabilité serait subordonnée à l'existence d'une faute »⁵²⁰. La nature privée ou publique d'établissements exerçant leur activité dans les mêmes conditions ne doit donc pas entraîner une solution différente en cas de litige. Puisque la Cour de cassation a jugé, pour les établissements privés s'occupant de mineurs en danger placés sous mesure d'assistance éducative, qu'une responsabilité de plein droit des établissements devait s'appliquer en cas de dommage causé par un de ces mineurs à un tiers puisqu'ils ont accepté d'en assurer la garde et donc d'organiser de et contrôler, à titre permanent leur mode de vie⁵²¹, le juge administratif ne pouvait pas maintenir, lors de situations similaires un régime de responsabilité pour faute. La Cour administrative d'appel de Douai dans un arrêt du 11 juillet 2003⁵²² puis le Conseil d'État dans son célèbre arrêt *GIE AXA Courtage* du 11 février 2005⁵²³ ont alors appliqué une jurisprudence similaire pour les établissements publics en charge de mineurs en danger. Le Conseil d'État affirme ainsi que « *la décision par laquelle le juge des enfants confie la garde d'un mineur, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative [...], transfère à la personne qui en est chargée la*

⁵²⁰ C. DEVYS, « Vers une responsabilité de plein droit du fait des personnes dont on a la charge ? Conclusions sur CE, Sect., 11 février 2005, *GIE AXA Courtage* », *RFDA*, 2005, p. 595.

⁵²¹ Cass. crim., 28 mars 2000, *Bull. Cass. Crim.* n°120.

⁵²² CAA Douai, 8 juillet 2003, req. n° 01DA00529, *Département de la Seine Maritime ; AJDA* 2003. 1880, concl. J. MICHEL. La cour utilise de manière expresse les principes du code civil puisqu'elle décide « *qu'à raison des pouvoirs dont le département est investi en tant que gardien du mineur placé, la responsabilité du département est engagée, en application des principes dont s'inspire l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par ledit mineur* ». Précisons que, au préalable, la cour administrative d'appel de Bordeaux avait déjà essayé d'instaurer un régime de présomption de faute pour les dommages causés aux tiers par les mineurs en danger. V. CAA Bordeaux, 3 février 1997, req. n°95BX00342, *Sakoya*. Pour une analyse plus complète : B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 275-276.

⁵²³ CE, Sect., 11 février 2005, req. n°252169, *GIE AXA Courtage*, *Lebon* 45 ; *RFDA* 2005. 595, concl. C. DEVYS, note P. BON ; *AJDA* 2005. 663, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RCA* juin 2005, p. 21, note C. GUETTIER.

responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie du mineur, qu'en raison des pouvoirs dont l'État se trouve ainsi investi lorsque le mineur a été confié à un service ou un établissement qui relève de son autorité, sa responsabilité est engagée, même sans faute, pour les dommages causés à des tiers par ce mineur ». Cette jurisprudence a, par la suite, été étendue aux dommages causés par les mineurs délinquants⁵²⁴, par les mineurs placés en vertu d'une mesure administrative d'assistance éducative⁵²⁵. Surtout, elle a été étendue aux dommages causés, non plus aux tiers, mais aux usagers du service public de l'assistance éducative⁵²⁶, permettant ainsi de parfaire l'alignement avec la jurisprudence judiciaire qui n'opère aucune distinction entre tiers et usagers.⁵²⁷

164- Malgré cet alignement, la notion de garde telle qu'elle est utilisée par le juge administratif s'avère restrictive. En dehors des cas évoqués où l'utilisation de la garde s'imposait à lui, il préfère utiliser le risque comme fondement de la responsabilité. La garde est utile, car elle « *ne stigmatise aucune dangerosité spécifique des individus à l'origine du dommage et permet [...] de fonder juridiquement un régime de responsabilité de plein droit* », mais le juge ne veut toutefois pas qu'elle puisse « *faire passer sous son empire tous les cas relevant des jurisprudences développées à partir de l'arrêt Thouzellier* »⁵²⁸. Cela engendrerait une extension beaucoup trop importante des cas de responsabilité sans faute en droit administratif et donc

⁵²⁴ CE, Sect., 1^{er} février 2006, req. n°268147, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ MAIF*, Rec. 42, concl. M. GUYOMAR, *RFDA* 2006, 602, concl. M. GUYOMAR, note P. BON, *AJDA* 2006, 586, chron. C. LANDAIS et F. LENICA, D. 2006, 2301, note. F.-X. FORT, *RGCT* 2007 .57, note F. LEMAIRE, *RDP* 2007 .632, comm. C. GUETTIER.

⁵²⁵ CE, 26 mai 2008, *Département des Côtes-d'Armor*, Rec. tab. 907, *AJDA* 2008. 2081, note F.-X. Fort.

⁵²⁶ CE, 13 novembre 2009, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Association tutélaire des inadaptés*, Rec. 461, *JCP* 2010, n°1, p. 41, note A. Van Lang, *JCP A* 2010 .2033, concl. I. De Silva, note N. Albert, *RDSS* 2010 .141, note D. Cristol.

⁵²⁷ B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, op. cit., p. 279.

⁵²⁸ J.-C. BARBATO, « Le renouveau de la garde des personnes en droit administratif », *RFDA*, 2007, p. 780.

des coûts élevés à l'administration, puisqu'à l'indemnisation des tiers s'ajouterait celle des différents utilisateurs. Par conséquent, le juge administratif distingue de manière claire la garde de la simple surveillance d'autrui, c'est-à-dire « *la garde juridique et théorique* » dite encore « *garde intellectuelle* », « *qui accorde à l'administration le pouvoir de prendre les décisions importantes concernant la vie d'autrui* » de la « *garde matérielle* » qui consiste « *en la surveillance de ses activités quotidiennes* ». Seul le « *gardien juridique* » est responsable de plein droit des dommages causés par autrui⁵²⁹. Cette responsabilité de plein droit a été justifiée par le transfert de la responsabilité du fait d'autrui opéré, l'administration se substituant aux parents du mineur. Elle intervient donc « *sans que ce soit au titre du fonctionnement du service public* », ⁵³⁰ mais uniquement pour les personnes jugées non responsables de leurs actes⁵³¹.

165- Selon Pierre BON, cette théorie de la garde ne pourrait alors pas être étendue aux détenus, « *ces derniers continuant en effet d'assumer la responsabilité de leurs actes* »⁵³². Néanmoins, à l'instar du Commissaire du Gouvernement Christophe DEVYS ou de Claire LANDAIS et Frédéric LENICA qui affirment que « *ni le juge civil, ni la doctrine n'opposent la notion de*

⁵²⁹ P. BON, « Où en est la responsabilité de plein droit de l'administration du fait des personnes placées sous sa garde ? », *RFDA*, 2013, p. 127. L'auteur reprend notamment des notions développées par Louis PERDRIX dans sa thèse sur la garde d'autrui. V. L. PERDRIX, *La garde d'autrui*, L.G.D.J., Paris, 2010, pp. 136-137.

⁵³⁰ V. en ce sens : CE 13 novembre 2009, req. n° 306517, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Association tutélaire des inadaptés*, *Lebon* p. 461 ; *AJDA* 2009. 2144 ; *RDSS* 2010. 141, note D. CRISTOL ; *JCP Adm.* 2010, n° 2033, concl. I. DE SILVA et note N. ALBERT ; *JCP G* 2010, n° 32, note A. VAN LANG ; *RLCT* 2010, n° 55, p. 28, note M.-C. ROUAULT.

⁵³¹ Benoît CAMGUILHEM estime d'ailleurs que « *la garde est en effet un mécanisme d'imputation permettant la mise à la charge du gardien de l'obligation de réparation, sans pour autant que sa responsabilité ne soit véritablement engagée* ». Selon lui, « *la garde n'est donc pas un fondement de responsabilité autonome, mais le fondement d'une réparation autonome de la responsabilité* ». V. B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, *op. cit.*, p. 294.

⁵³² P. BON, « Où en est la responsabilité de plein droit de l'administration du fait des personnes placées sous sa garde ? », *op. cit.*

garde à celle de risque »⁵³³, il estime que si la responsabilité du fait d'autrui relève plutôt de la théorie du risque, théorie utilisée à plusieurs reprises en droit administratif, elle peut être plus facilement transposable au cas des détenus. Les dommages ne résuleraient pas uniquement de la garde, mais d'un risque, simplement, il ne s'agit dans ce cas non pas d'un risque exceptionnel présentant une intensité particulière, mais d'un « *risque assumé, inhérent à la notion de garde* »⁵³⁴. Ainsi, « *dans les hypothèses où l'administration ne se limite pas à lui fournir telle ou telle prestation, mais exerce sur elle un pouvoir juridique tel qu'il lui permet d'organiser, de diriger ou de contrôler sa vie, elle accepte d'assumer le risque que cette personne est susceptible de causer* »⁵³⁵. Cette théorie du risque, qualifiée parfois de simple « *habillage publiciste de la notion de garde* »⁵³⁶, ouvre de nombreuses possibilités d'extension du régime de responsabilité de plein droit à la différence de la théorie de la garde *stricto sensu*, même si elle n'engendre pas des conséquences totalement similaires⁵³⁷.

166- De ce fait, même si le juge administratif laisse « *clairement transparaître la ferme volonté de la section de cantonner l'évolution jurisprudentielle au seul cas des dommages causés par des mineurs placés*

⁵³³ C. LANDAIS, F. LENICA, « Une responsabilité sans faute fondée sur la notion de garde », *AJDA*, 2005, p. 663.

⁵³⁴ C. DEVYS, « Vers une responsabilité de plein droit du fait des personnes dont on a la charge ? Conclusions sur CE, Sect., 11 février 2005, *GIE AXA Courtage* », *op. cit.*

⁵³⁵ P. BON, « Où en est la responsabilité de plein droit de l'administration du fait des personnes placées sous sa garde ? », *op. cit.*

⁵³⁶ P. BON, « Note ss. CE, Sect., 11 février 2005, *GIE AXA Courtage* », *RFDA*, 2005, p. 606.

⁵³⁷ Ces deux théories bien que proches seraient alors à distinguer, parler d'une théorie de la responsabilité sans faute du fait du risque fondé sur la garde entraînant une confusion entre les deux régimes différents de responsabilité. V. En ce sens : B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, *op. cit.*, p. 290. « *Si l'exercice par le gardien d'une mission spécifique est effectivement à l'origine de l'obligation de réparation qui pèse sur lui, il est inutile d'y ajouter la notion d'un risque uniquement source de confusion* ». Ajouter la notion de risque suppose donc que la théorie de la responsabilité du fait de la garde n'est pas applicable à elle seule, la notion de garde n'étant pas suffisante pour engendrer un régime de responsabilité sans faute.

dans le cadre de l'assistance éducative »⁵³⁸, un élargissement du régime de responsabilité sans faute pour risque à d'autres personnes dont l'administration a la garde paraît envisageable. Cette possibilité a d'ailleurs été envisagée par le commissaire du Gouvernement Bruno GENEVOIS en 1983 à l'occasion d'un contentieux concernant des dommages causés à un élève par un condisciple pendant une étude placée sous le régime de l'autodiscipline⁵³⁹. Elle a toutefois été refusée pour les mêmes raisons poussant aujourd'hui le juge à opérer une lecture restrictive de la notion de garde : le risque que le régime de la responsabilité sans faute soit étendu à d'autres services publics tels que le service public pénitentiaire⁵⁴⁰. Pour autant, même si le juge administratif s'abrite derrière le transfert de responsabilité des parents à l'administration pour limiter les cas d'application du régime de responsabilité de plein droit, « *il n'en reste pas moins qu'au regard du seul critère de l'organisation et du contrôle de mode de vie la question peut se poser* »⁵⁴¹. Le détenu est sans conteste « *l'objet de la garde exercée par le personnel de surveillance* » de l'administration pénitentiaire⁵⁴², et cette garde n'est pas uniquement matérielle, mais aussi juridique puisque toutes les décisions importantes le concernant – accès au travail ou à une formation, transfert, permission de sortie, etc. – relèvent du pouvoir décisionnaire de l'administration. Ainsi, les détenus ont un statut proche de celui des majeurs protégés, c'est-à-dire des personnes majeures « *représentées* », « *assistées ou contrôlées* » « *d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile* »⁵⁴³. De même, si « *l'obligation de réparation par le gardien des dommages causés par les mineurs placés sous*

⁵³⁸ C. LANDAIS, F. LENICA, « Une responsabilité sans faute fondée sur la notion de garde », *op. cit.*

⁵³⁹ CE, Sect., 27 mai 1983, *Caisse primaire d'assurance maladie des Ardennes et autres*, *Lebon* p. 221

⁵⁴⁰ AJDA 1983, p. 408, chron. B. LASSERRE et J.-M. DELARUE

⁵⁴¹ C. LANDAIS, F. LENICA, « Une responsabilité sans faute fondée sur la notion de garde », *op. cit.*

⁵⁴² E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, pp. 278-279, p. 490.

⁵⁴³ Art. 440 du code civil.

sa garde est juridiquement fondée par l'ordonnance de placement du mineur auprès du gardien »⁵⁴⁴, l'acte d'écrou pourrait fonder l'obligation de réparation par le service public pénitentiaire des dommages causés par le détenu. Tout comme la décision de placement crée un risque en tant qu'elle met en œuvre l'ordonnance du 2 février 1945, l'acte d'écrou crée un risque pour les tiers en permettant à l'avenir la mise en œuvre des mesures de probation, facilitant alors également les possibilités d'évasion, mais également un risque pour les codétenus amenés à vivre à proximité de personnes jugées dangereuses. Un transfert de responsabilité pourrait donc être retenu⁵⁴⁵. En outre, admettre une responsabilité de plein droit pour risque du fait de la garde du détenu s'inscrirait dans l'évolution jurisprudentielle qui a déjà eu lieu, à l'image de celle opérée par le législateur en 2009. Admettant qu' « un risque spécial de dommage est de nature à justifier aussi pleinement que possible que la réalisation du risque engendre une responsabilité sans faute »⁵⁴⁶, et que ce type de responsabilité peut bénéficier aux « personne qui se trouvent placés, en conséquences des obligations qui leurs sont faites, dans une situation dangereuse »⁵⁴⁷, il a instauré un régime de responsabilité sans faute en cas de décès causé par un

⁵⁴⁴ B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, op. cit., p. 302.

⁵⁴⁵ Pour un avis contraire sur l'assimilation possible entre la garde du mineur et la garde du détenu majeur, v. B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, op. cit., p. 314. Il estime que, concernant les détenus majeurs, « il ne s'agit donc pas d'un transfert de garde, mais de la soumission d'un majeur capable à des pouvoirs de garde détenus sur lui par l'État du fait de la condamnation. La garde qu'exerce l'État sur ses détenus est donc d'une nature différente de celle exercée par les gardiens publics sur les mineurs placés. [...] Une éventuelle responsabilité de l'État du fait des dommages causés par ses détenus fondée sur la garde ne pourra donc se contenter d'être un simple calque du régime de la responsabilité des parents du fait des dommages causés par leur enfant mineur ».

⁵⁴⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif, Tome 1, 15^{ème} éd.*, Montchrestien, Paris, 2011, p. 1283.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 1291.

codétenu⁵⁴⁸. Surtout, elle permettrait, en cas d'évasion notamment, d'offrir une meilleure indemnisation des victimes.

167- Pourtant, le juge administratif, bien que reconnaissant la position de dépendance du détenu et le pouvoir d'autorité du service public pénitentiaire, n'admet un régime de responsabilité sans faute, hors cas prévus par le législateur, qu'en cas de mesures d'aménagement de peine. Si ce choix est critiquable, il apparaît toutefois fondé. Tout d'abord, il n'est pas toujours facile d'apporter la preuve d'un défaut de surveillance lorsque les dommages ont lieu en détention, mais surtout, admettre une responsabilité fondée sur la garde et donc de plein droit « *entraînerait une indemnisation automatique dans un très grand nombre de cas et empêcherait de porter toute appréciation sur la conduite de l'administration pénitentiaire* »⁵⁴⁹. Ce régime s'avérerait coûteux pour l'Administration, mais surtout, à terme, coûteux pour le détenu puisqu'il permettrait à l'État d'échapper à l'appréciation du système carcéral par le juge et donc de masquer les dysfonctionnements des prisons françaises empêchant ainsi une connaissance collective des lacunes carcérales. Cela serait d'autant plus profitable à l'État qu'à l'heure actuelle les conditions de détention sont grandement décriées. Par ailleurs, ce choix permet de clarifier les relations qu'entretiennent les administrés avec le service public pénitentiaire. Étant indemnisés en cas de dommages causés par les détenus bénéficiaires d'une permission de sortie en application de la théorie du risque et non en application d'une indemnisation fondée sur les obligations découlant de la garde, ils sont donc assimilés à des tiers vis-à-vis du service public pénitentiaire⁵⁵⁰. S'ils sont assurément les principaux bénéficiaires de la

⁵⁴⁸ Article 44 de la Loi n°2009-1436 du 29 novembre 2009 *pénitentiaire*, *op. cit.*

⁵⁴⁹ B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 314-315.

⁵⁵⁰ V. en ce sens notamment : P. BON, « Note ss. CE, Sect., 11 février 2005, *GIE AXA Courtage* », *op. cit.* Il explique qu'en application de la théorie de la garde un régime de responsabilité sans faute s'applique que la victime du dommage soit un tiers ou un usager, alors qu'en cas du régime de responsabilité sans faute fondé sur le risque seuls les tiers peuvent être indemnisés du dommage subi.

prestation de sécurité délivrée par celui-ci ; en revanche, ils n'en sont pas pour autant les usagers. Ils ne peuvent être qualifiés que de bénéficiaires indirects.

B) La protection de la société, une mission au bénéfice des administrés

168- Le service public étant l'un des moyens d'action privilégiés de l'Administration et l'intérêt général l'élément pris en compte pour justifier son action, il est établi que « *la satisfaction des besoins individuels n'est pas la fin du service public ; la satisfaction des usagers apparaît, à l'heure actuelle, beaucoup moins comme le but du service public que comme le moyen d'atteindre une fin plus élevée* »⁵⁵¹. Cet état de fait est encore exacerbé concernant le service public pénitentiaire. Sa mission première est d'assurer la protection de la société, elle ne s'adresse pas aux personnes dont il a la charge, les détenus, mais bien à la société dans sa globalité. C'est donc cette dernière qui bénéficie de la première prestation délivrée par le service public (1). Néanmoins, même si certains auteurs ont défini l'utilisateur comme « *celui pour qui le service public a été créé et fonctionne* »⁵⁵², l'administré ne peut être qualifié comme tel dans sa relation avec le service public pénitentiaire. Ne bénéficiant d'aucune relation individualisée avec lui, il ne peut être regardé que comme bénéficiaire indirect de ce service public (2).

⁵⁵¹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'utilisateur du service public administratif*, Thèse pour le doctorat en droit, Bordeaux, décembre 1967, p. 16.

⁵⁵² P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels (transports, distributions d'eau, de gaz et d'électricité) en droit français*, Thèse, Sirey, 1933, p. 14. V. aussi : G. JEZE, « De l'exécution des contrats administratifs », *RDP*, 1931, p. 528. Il écrit que « *les usagers sont les véritables intéressés. C'est pour eux que le service public a été organisé. Ils ont intérêts à ce que la prestation soit fournie* ».

1. La délivrance d'une prestation collective indirecte

169- Selon Yann DURMARQUE, « quand la prestation est voulue et recherchée, elle correspond principalement à la réponse à un besoin individuel. À l'inverse, quand la prestation est obligatoirement perçue, elle représente uniquement la satisfaction d'un besoin collectif objectif »⁵⁵³. Maintenir la paix sociale, assurer la cohésion nationale, défendre la stabilité de l'État sont les fins poursuivis par le service public pénitentiaire lorsqu'il réalise sa mission de sécurité. Il garde sous surveillance les personnes condamnées à une peine privative de liberté non pas pour satisfaire une personne en particulier – les condamnés le sont au nom de l'État, pour avoir violé les règles établies par ce dernier, et non pour indemniser les victimes des préjudices subis -, mais pour protéger de manière indifférenciée l'ensemble des personnes présentes sur le territoire. Les administrés bénéficient alors « d'avantages non individualisés qu'ils reçoivent en permanence et collectivement », il n'existe « aucune relation particulière entre le bénéficiaire et l'administration »⁵⁵⁴. Même s'ils jouissent de la prestation première émanant du service public pénitentiaire, la sécurité, ils ne peuvent donc pas être admis comme les participants ou les usagers de ce service public. Ils ne peuvent être qualifiés que de tiers, sujets passifs du service public. Bien qu'ils puissent parfois être victimes de dommages causés par un détenu, ils n'en restent pas moins tiers dans le sens où ils sont extérieurs à la situation juridique née entre le détenu et le service public pénitentiaire⁵⁵⁵. Ce sont plus précisément des « tiers purs » n'entretenant

⁵⁵³ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op. cit., p. 234.

⁵⁵⁴ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., pp. 9-10.

⁵⁵⁵ V. en ce sens la définition donnée par : J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 677. Selon eux, « Par tiers, on entend, dans la terminologie traditionnelle du droit des services publics, toute personne qui entre en contact avec le service public sans avoir la qualité d'usager ou d'agent. Il s'agit, bien sûr, des personnes avec lesquelles le service est amené à contracter, tels les entrepreneurs, les fournisseurs, les prestataires de service. , mais encore également dans cette catégorie, les personnes subissant un dommage du fait du service sans posséder la qualité d'usager ou d'agent ».

aucune relation de proximité par rapport au lien existant entre le détenu et ledit service public. Cela conditionne alors leur accès au prétoire du juge, les administrés ne pouvant pas contester les actes pris à l'encontre ou au bénéfice du détenu – plus particulièrement les actes mettant en place un système de probation⁵⁵⁶, mais pouvant uniquement engager une action en responsabilité contre l'administration en cas de dommage causé par un détenu alors qu'il était sous la garde juridique du service public pénitentiaire⁵⁵⁷. Non-usagers bien que bénéficiaires de la prestation de sécurité émanant du service public pénitentiaire, les administrés peuvent donc seulement être qualifiés de bénéficiaires indirects⁵⁵⁸.

2. *L'administré, bénéficiaire indirect du service public pénitentiaire*

170- La qualité d'administré est reconnue à tout individu qui entretient des relations avec l'administration. Ainsi, « *dans le système juridique et institutionnel français, tous les individus présents sur le territoire de la République sont des administrés* »⁵⁵⁹. Or, selon Roger BONNARD, la qualité

⁵⁵⁶ En outre, nonobstant le développement de la place de la victime dans le procès pénal et lors de l'exécution des peines, celle-ci ne peut pas non plus contester les décisions du juge de l'application de peines ou du tribunal de l'application des peines. Ses intérêts sont toutefois pris en compte par le juge, et elle peut être informée des mesures adoptées. V. en ce sens : Art. 720 du CPP.

⁵⁵⁷ Pour aller plus loin sur la notion de tiers en droit administratif, et sur la distinction entre « *tiers pur* » et « *tiers intéressé* » fondée sur l'absence ou la présence de lien avec le noyau du cercle générateur, V. : E. JURVILLIERS-ZUCCARO, *Le tiers en droit administratif*, Thèse, Nancy, 2010, 601 p. Plus particulièrement, pp. 531-532.

⁵⁵⁸ Certains auteurs affirment que « *les tiers [...] par certains côtés peuvent être considérés comme usagers du service public dans la mesure où ils bénéficient indirectement des prestations du service public* ». V. J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., *op. cit.* Selon nous toutefois, la qualification d'usager comme celle de tiers est exclusive, il s'avère donc impossible d'être au même moment l'un et l'autre. Le tiers, bénéficiaire-indirect du service public, ne peut donc être qualifié aussi d'usager du service public.

⁵⁵⁹ S. TRAORE, *L'usager du service public*, L.G.D.J., Paris, 2012, p. 41.

d'usager du service public doit être réservée aux personnes qui « *reçoivent directement et personnellement des prestations de la part du service et dont le service se propose d'assurer directement et personnellement la satisfaction des intérêts* »⁵⁶⁰. Elle suppose une démarche de la part de l'administré envers le service public et que soit établi « *un lien de droit particularisé qui sert de base à l'attribution de prestations déterminées* »⁵⁶¹. Cette définition est d'ailleurs celle retenue par le Conseil d'État pour qui la prestation doit être « *personnellement fournie* » et profiter à son destinataire de « *façon individualisée* »⁵⁶². À l'inverse, le destinataire anonyme de prestations indifférenciés ne peut donc être qualifié que de « *bénéficiaire indirect* », puisqu'il « *[tire] avantage du fonctionnement du service sans que le service vise à la satisfaction individuelle de [ses] intérêts et sans qu'il vienne [lui] fournir des prestations à cet effet* »⁵⁶³. La qualité de bénéficiaires-indirects des administrés dans leur relation avec le service public pénitentiaire ne peut être contestée ; ce ne sont pas eux les usagers dudit service public. En outre, l'existence d'usagers ne serait pas systématique. Certains auteurs estiment que les « *services ne relevant que d'un usage collectif* » peuvent ne pas avoir d'usagers⁵⁶⁴. La question se pose alors concernant le service public pénitentiaire. Seuls les détenus ont un lien particularisé avec le service, or ils semblent être plus l'objet de prescriptions de la part du service que les bénéficiaires de prestations. Au nom de la mission de sécurité, prestation délivrée aux administrés, ils sont soumis au service public pénitentiaire. Tout comme les administrés, ils se sont alors fréquemment vu refuser le statut d'usager du service public au bénéfice

⁵⁶⁰ R. BONNARD, cité in : J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., p. 11.

⁵⁶¹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., p. 12.

⁵⁶² CE, Ass., 30 juin 1996, *Wajs et Monnier*, Rec. p. 387 ; AJDA 1996 p. 973, RFDA 1997 p. 726, Dr. Adm. 1996 n°557, obs DEVES.

⁵⁶³ R. BONNARD, cité in : J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., pp. 9-10.

⁵⁶⁴ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 3^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2011, p. 683.

cette fois non pas de celui de bénéficiaire-indirect mais de celui d'assujetti au service public.

Section 2 – Le détenu, utilisateur soumis à des prescriptions

171- Le détenu vit dans un « *univers concentrationnaire où les droits, quasi absents, laissent place à un cortège d'obligations et de règles contraignantes* »⁵⁶⁵. Il est totalement disciplinarisé, la peine allant bien au-delà de la simple privation de liberté pour normaliser l'individu. Au nom du principe de sécurité, le détenu est donc l'objet de nombreuses prescriptions et d'une discipline omniprésente, à tel point que le service public pénitentiaire est décrit comme une « *monstration de l'autorité administrative, son archétype disciplinaire, son modèle de discipline, tant dans sa version répressive que normalisante* »⁵⁶⁶ (**Paragraphe 1**). C'est pourquoi le détenu est fréquemment assimilé à un simple assujetti au service public pénitentiaire. Pourtant, la soumission même forte à des prescriptions ne justifie pas, à elle seule, de lui refuser le statut d'utilisateur du service public (**Paragraphe 2**).

§1 : La sécurité, une prescription à destination du détenu

172- Michel FOUCAULT énonce que « *la prison avec toute la technologie corrective dont elle est accompagnée est à replacer là ; au point où se fait la torsion du pouvoir codifié de punir en un pouvoir disciplinaire de surveiller ; au point où les châtiments universels des lois viennent s'appliquer sélectivement à certains individus et toujours les mêmes ; au point où la requalification du sujet de droit par la peine devient un dressage utile du criminel ; au point où le droit s'inverse et passe à l'extérieur de lui-même, et où le contre-droit devient le contenu effectif et institutionnalisé des formes juridiques* »⁵⁶⁷. Effectivement, si la loi encadre de plus en plus les pouvoirs de l'administration pénitentiaire en accordant expressément des

⁵⁶⁵E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2006, p. 107.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 147.

⁵⁶⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2012, Paris, p. 260.

droits aux détenus, celui-ci, en tant qu'objet dont l'administration a la garde, est soumis à une surveillance continue (A) et a pour obligation principale de respecter la discipline pénitentiaire (B). Cette discipline étant par ailleurs nécessaire pour l'apprentissage des règles de la vie en société en vue d'une réintégration future.

A) Le détenu, un objet sous surveillance

173- Quand le Conseil de l'Europe estime que « *pour éviter les troubles dans les prisons, il est essentiel de traiter les détenus avec justice, impartialité et équité* » et que « *le bon ordre dans tous ses aspects a des chances d'être obtenu lorsqu'il existe des voies de communication claires entre les parties* », et se montre ainsi favorable à une approche dynamique de la sécurité⁵⁶⁸, la France continue de favoriser l'approche statique. Elle privilégie une conception défensive et répressive de la sécurité en raison des obligations qui pèsent sur l'administration pénitentiaire en matière de garde des détenus, et renforce sans cesse son dispositif sécuritaire⁵⁶⁹. Par conséquent, les établissements pénitentiaires sont des structures totalitaires permettant une surveillance continue des détenus (1) et conduisant à leur réification (2).

1. Les établissements pénitentiaires, des structures totalitaires

174- Les établissements pénitentiaires sont pensés de manière globale comme un moyen permettant de surveiller les détenus dont ils ont la garde et de lutter contre toute tentative de contestation, de rébellion ou d'évasion.

⁵⁶⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, Commentaire de la règle pénitentiaire européenne 49, 2006.

⁵⁶⁹ La Cour des comptes montre d'ailleurs une augmentation des budgets consacrés à la sécurisation des établissements pénitentiaires de plus de 43% entre 2007 et 2009. V. COUR DES COMPTES, *Le service public pénitentiaire : prévenir la récidive, gérer la vie carcérale*, La documentation française, Paris, 2010.

L'architecture, le personnel et le mode de gestion des établissements doivent donc répondre à cet objectif.

175- Une architecture sécuritaire. La prison est l'objet représentant la prestation de sécurité rendue à l'administré, l'image que celui-ci a d'une surveillance et d'une garde efficaces. Elle se présente donc comme « *une forteresse armée de barbelés* » révélant une « *guerre latente contre un ennemi intérieur* »⁵⁷⁰. Même si cette image sécuritaire est perçue de l'extérieur, l'architecture carcérale a essentiellement été pensée pour assurer à l'intérieur une surveillance efficace des personnes privées de liberté afin d'empêcher toute évasion. Pour ce faire, l'administration a beaucoup emprunté au système panoptique élaboré par Jeremy BENTHAM à la fin du XVIII^{ème} siècle. S'inspirant de la méthode inventée par son frère Samuel pour réduire les coûts de surveillance dans les industries⁵⁷¹, il met en place « *une machine à voir qui cherche à établir l'ordre et le conserver en frappant l'imagination plutôt que les sens* »⁵⁷². Le but initial était de diminuer la charge fiscale en faisant fonctionner les établissements d'une manière plus économique, mais cette architecture se révélera surtout utile pour assurer l'ordre et la discipline. En effet, le panopticon « *constitué de multiples cellules qui convergent comme autant de rayons vers un point central* » où se trouve le surveillant⁵⁷³ rend le pouvoir « *visible et*

⁵⁷⁰ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, op. cit., p. 215.

⁵⁷¹ Pour l'historique : C. BLAMIRE, « Le panoptique n'est pas une prison. Panoptique, économie, utilitarisme », in : M. CICCHINI et M. PORRET (dir.), *Les sphères du pénal avec Michel Foucault*, Éditions Antipodes, Lausanne, 2007, p. 45 et s.

⁵⁷² E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit., p. 124.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 125. V. aussi M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., pp. 233-234. Il explique : « *à la périphérie un bâtiment un anneau ; au centre, une tour ; celle-ci est percée de larges fenêtres qui ouvrent sur la face intérieure de l'anneau ; le bâtiment périphérique est divisé en cellules, dont chacune traverse toute l'épaisseur du bâtiment ; elles ont deux fenêtres, l'une vers l'intérieur, correspondant aux fenêtres de la tour ; l'autre, donnant sur l'extérieur, permet à la lumière de traverser la cellule de part en part. Il suffit alors de placer un surveillant dans la tour centrale, et dans chaque cellule d'enfermer [...] un condamné [...]. Par l'effet du contre-jour, on peut saisir de la tour, se*

invérifiable » puisque « *sans cesse le détenu aura devant les yeux la haute silhouette de la tour centrale d'où il est épié* » sans « *jamais savoir s'il est actuellement regardé* » tout en étant « *sûr qu'il peut toujours l'être* »⁵⁷⁴. Ainsi, « *à l'invisibilité calculée de l'autorité répond la visibilité maximale des corps à surveiller* »⁵⁷⁵. De plus, ce mécanisme permet de rendre la surveillance « *permanente dans ses effets même si elle est discontinuée dans son action* »⁵⁷⁶ et fait naître un « *usager-machine, un automate reconduisant en son for intérieur le principe d'une surveillance permanente puisqu'il ne sait jamais s'il est observé, mais à conscience qu'il l'est potentiellement à tout instant* »⁵⁷⁷. Enfin, il « *automatise et désindividualise le pouvoir* »⁵⁷⁸, la personne exerçant la surveillance ne pouvant être vue, son identité importe peu. La surveillance et le respect ne dépendent pas de relations interpersonnelles, subjectives, faisant entrer en jeu des rapports humains.

176- Cette voie tracée par le panoptique de Jeremy BENTHAM trouve encore un écho dans l'architecture carcérale moderne⁵⁷⁹. Alors que tous les

découpant exactement sur la lumière, les petites silhouettes captives dans les cellules de la périphérie ».

⁵⁷⁴ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., pp. 234-235. L'auteur ajoute : « *Bentham, pour rendre indécidable la présence ou l'absence du surveillant, pour que les prisonniers, de leur cellule, ne puissent pas même apercevoir une ombre ou saisir un contre-jour, a prévu, non seulement des persiennes aux fenêtres de la salle centrale de surveillance, mais, à l'intérieur, des cloisons qui la coupent à angle droit d'un quartier à l'autre, non des portes, mais des chicanes : car le moindre battement, une lumière entrevue, une clarté dans un entrebâillement trahiraient la présence du gardien* ».

⁵⁷⁵ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit., p. 125.

⁵⁷⁶ ⁵⁷⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., pp. 234-235.

⁵⁷⁷ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit., p. 125.

⁵⁷⁸ ⁵⁷⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 235.

⁵⁷⁹ L'article D. 268 du CPP précise que « *Toutes dispositions doivent être prises en vue de prévenir les évasions, notamment en ce qui concerne la disposition des locaux, la fermeture ou l'obturation des portes ou passages, le dégagement des couloirs et des chemins de ronde et leur éclairage. Tout aménagement ou obstruction de nature à amoindrir la sécurité des murs d'enceinte est interdit* ».

établissements ne sont plus construits sur ce schéma architectural, ils comportent pour la plupart des miradors qui permettent la surveillance des cours de promenade et des abords de l'établissement, complétés par des filins anti-hélicoptères et des murs d'enceinte, souvent surélevés de barbelés et entourés de clôtures, voire également des "no man's land", c'est-à-dire des bandes de terrain protégées par des grillages et des systèmes de détection électroniques. Mais surtout, la déshumanisation de la fonction de sécurité s'exprime aujourd'hui avec les dispositifs de vidéosurveillance. Ils permettent, sans monopoliser un nombre conséquent d'agents, de contrôler les déplacements ayant lieu dans l'établissement ainsi que les zones de risque telles que les coursives, les cours de promenade, les terrains de sport. Les détenus savent qu'ils sont observés. Ce procédé se développe puisqu'il a été autorisé explicitement par la loi pénitentiaire de 2009 « *dans les espaces collectifs présentant un risque d'atteinte à l'intégrité physique des personnes* » et rendu obligatoire pour tous les nouveaux établissements⁵⁸⁰. Il sacralise le rapport de pouvoir déshumanisé exercé par l'administration sur le détenu, quitte à réduire ses libertés⁵⁸¹. Cette évolution est renforcée par la mise à disposition croissante d'armes aux personnels pénitentiaires.

177- Un personnel armé. L'article D. 218 du code de procédure pénale pose le principe selon lequel, contrairement aux agents assurant la sécurité à l'extérieur des établissements pénitentiaires, « *dans des locaux de la détention, les agents ne sont porteurs d'aucune arme* », tout en admettant déjà une exception au principe prévue à l'article D. 267 du même code. Cette exception s'avère relativement large puisqu'imprécise : « *les agents en service dans les locaux de détention ne doivent pas être armés, à moins d'ordre exprès donné, dans des circonstances exceptionnelles et pour une intervention strictement définie, par le chef d'établissement* ». Même si

⁵⁸⁰ Article 58 de Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire, op. cit.*

⁵⁸¹ Une vidéosurveillance continue est désormais possible en application de la loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence en cas de risque suicidaire ou d'évasion pouvant avoir une incidence importante sur l'ordre public, compte tenu des circonstances particulières à l'origine de l'incarcération et de leur impact sur l'opinion publique. V. en ce sens : CE, ord., 28 juillet 2016, req. n°401800, *M. B* ; *AJ Pénal* 2016, p. 502.

l'article ajoute qu'*«il ne peut être fait usage des armes que dans les cas déterminés aux articles R. 57-7-83 et R. 57-7-84 »*, ceux-ci ne s'avèrent guère plus explicites. Reprenant l'article 12 de la loi pénitentiaire de 2009, ils prévoient que la force peut être utilisée envers les personnes détenues *« en cas de légitime défense, de tentative d'évasion, de résistance violente ou par inertie physique aux ordres donnés »*⁵⁸², et les armes à feu en cas *« de tentative d'évasion qui ne peut être arrêtée par d'autres moyens », « de mise en péril de l'établissement résultant d'une intrusion, d'une résistance violente de la part de plusieurs personnes détenues ou de leur inertie physique aux ordres donnés », ou « de légitime défense »*⁵⁸³. Ils ajoutent toutefois que tout recours à la force doit être proportionné et nécessaire, et que l'usage d'armes à feu doit être précédé de sommation : le recours à la force doit donc être justifié et non exagéré par rapport à la situation⁵⁸⁴. Malgré ces précisions, le cadre légal du recours à la force demeure imprécis, ne faisant pas de l'usage d'armes à feu *« un moyen de dernier recours »* et *« ne définissant pas de façon précise et limitative les conditions et circonstances particulières dans lesquelles les armes à feu et autres matériels incapacitants peuvent être utilisés »*. Cette imprécision s'avère par ailleurs répondre au souhait du Gouvernement, qui s'était *« opposé à une série d'amendements visant à enfermer l'utilisation de la force dans des conditions limitatives et à en préciser les modalités concrètes »*⁵⁸⁵.

178- Si le principe reste l'absence d'armes dans les locaux de la détention, et donc de privilégier les gestes techniques et si nécessaire les moyens de contrainte, les prisons sont de plus en plus équipées. Elles disposent d'armes non-létales comme les armes longues équipant les miradors, les matraques et bâtons de défense, les flash-balls, les fusils équipés de balles en caoutchouc, les grenades à éclat en caoutchouc, les aérosols ou grenades à gaz incapacitants, d'armes à létalité-réduite, les tasers, ou encore d'armes

⁵⁸² Article R. 57-7-83 du CPP.

⁵⁸³ Article R. 57-7-84 du CPP.

⁵⁸⁴ Note DAP, 27 février 2007, relative à l'usage de la force et les établissements pénitentiaires.

⁵⁸⁵ OIP, *Les conditions de détention en France*, La découverte, Paris, 2012, pp. 100-101.

létales tels les pistolets automatiques ou même des armes de guerre type fusil d'assaut⁵⁸⁶. Ce suréquipement suppose une utilisation plus fréquente que le code le laisse penser. D'ailleurs, les armes les plus lourdes sont confiées à des unités spéciales placées sous l'autorité de la direction interrégionale de l'Administration pénitentiaire, les Équipes régionales d'intervention et de sécurité (ERIS). Créées en 2003, elles ont pour objectif de renforcer la capacité de l'administration pénitentiaire « *en matière de maintien et de rétablissement de l'ordre et de la sécurité* » dans les établissements et d'assurer « *une réaction opérationnelle rapide* » en cas d'incident grave. Unités volantes des personnels de surveillance, entraînées par le Groupe d'intervention de la gendarmerie nationale (GIGN), elles sont équipées en plus de leurs armes de tenues spécifiques les rendant non identifiables – combinaison d'intervention, cagoule⁵⁸⁷, casque, bouclier, gilet pare-coups -. Le tout pour répondre à de larges missions, puisque ces équipes peuvent être sollicitées pour « *participer au rétablissement et au maintien de l'ordre en cas de mouvements collectifs ou individuels de personnes détenues* », « *participer à l'organisation de fouilles générales ou sectorielles en assurant la sécurité globale de l'opération* », « *dissuader et prévenir les mouvements lorsque les détentions sont fragilisées soit par les suites d'un mouvement collectif, soit par l'affaiblissement momentané du dispositif de sécurité réaliser, en renfort d'escorte ou en escorte principale, le transfert administratif de détenus signalés violents ou sensibles* »⁵⁸⁸.

179- Cet investissement sécuritaire a été justifié par son effet dissuasif sur les détenus, mais une étude publiée en 2008 par l'École nationale de

⁵⁸⁶ OIP, *Les conditions de détention en France*, op. cit., pp. 98-99.

⁵⁸⁷ La Cour. EDH observe « *que le CPT est, en principe, opposé au port d'une cagoule par le personnel pénitentiaire en raison de l'impossibilité d'identifier les personnes concernées en cas de mauvais traitement* », et elle se joint à cette critique en jugeant que c'est une pratique « *intimidatoire* », « *qui, sans vouloir humilier, peut créer un sentiment d'angoisse* ». V. CEDH, 20 janvier 2011, req. n°51246/08, *El Shenawy c. France*, §44 ; JCPA n° 6, 7 Février 2011, act. 95

⁵⁸⁸ Arrêté du 24 avril 2012 portant règlement d'emploi des équipes régionales d'intervention et de sécurité de l'administration pénitentiaire, JUSK1240026A, BOMJL n°2012-04 du 30 avril 2012.

l'administration pénitentiaire (ENAP) démontre le contraire. Elle établit que le renforcement des armes risques d'entraîner « *une extension du champ d'application et une intensification de l'usage de la force en favorisant l'utilisation d'armes pour obtenir l'obéissance et non pas simplement pour se protéger* » et donc une augmentation de la violence. En outre, cela déshumanise les rapports détenus / surveillants alors que le surveillant devrait « *savoir désamorcer la colère des détenus et maintenir son autorité sans recourir à la force* ». Mettant en place un rapport dissymétrique, un rapport de force, les surveillants perdent en légitimité et en respect ce qui sur le long terme n'optimise pas leur efficacité⁵⁸⁹. D'autant que si le non-respect des critères de nécessité et de proportionnalité lors d'un recours à la force peut engager la responsabilité pénale de l'agent, les poursuites sont rares dans la pratique, « *la hiérarchie et les magistrats chargés des enquêtes justifient le plus souvent l'usage de la force même excessif par l'attitude du détenu et la difficulté du travail des personnels* »⁵⁹⁰. Ce sont ces mêmes arguments qui sont utilisés pour l'instauration d'un mode de gestion sécuritaire des établissements.

180- Une gestion sécuritaire des établissements. En premier lieu, pour gérer le quotidien des détenus et rappeler les règles auxquelles ils sont soumis, chaque établissement est doté d'un règlement intérieur. Il reprend les grandes lignes fixées par le code de procédure pénale sur la vie en détention, mais également les règles spécifiques à chaque établissement en organisant notamment l'emploi du temps des détenus avec les heures du lever et du coucher, les heures du repas, de la promenade ou encore de l'extinction des lumières. Ce règlement variant beaucoup d'un établissement à un autre, au nom du principe d'égalité, la loi pénitentiaire de 2009 a prévu en son article 86 repris à l'article 728 du code de procédure pénale que « *des règlements intérieurs types, prévus par décret en Conseil d'État, déterminent les dispositions prises pour le fonctionnement de chacune des catégories d'établissements pénitentiaires* », objectif réalisé par un décret

⁵⁸⁹ O. RAZAC, *L'utilisation des armes de neutralisation momentanée en prison. Une enquête auprès des formateurs à l'ENAP*, Dossiers thématiques du CIRAP, juillet 2008.

⁵⁹⁰ OIP, *Le guide du prisonnier*, La découverte, Guides, Paris, 2012, p. 453.

d'application adopté en 2013⁵⁹¹. Toutefois, pour laisser une marge d'action au chef d'établissement, il peut « *adapte[r] le règlement intérieur type applicable à la catégorie dont relève l'établissement qu'il dirige en prenant en compte les modalités spécifiques de fonctionnement de ce dernier* »⁵⁹². En outre, le chef d'établissement peut user de notes. Pratique courante de l'administration pénitentiaire, bien que non prévue par les textes, ces actes sans formalisme particulier permettent aux directeurs de s'adresser aussi bien aux personnels⁵⁹³ qu'aux détenus⁵⁹⁴, et peuvent régir tout aspect de la détention tant qu'elles respectent les normes de valeur supérieure. Ces actes, à l'instar du règlement intérieur⁵⁹⁵, ont d'ailleurs valeur réglementaire et peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. S'ils ont été communiqués aux détenus, ils peuvent même justifier une sanction disciplinaire⁵⁹⁶.

181- À ce moyen global d'organiser la vie du détenu, se sont ajoutées de nombreuses autres modalités visant à assurer la sécurité, rendant le régime de détention encore plus stricte. Déjà, tous les détenus doivent, depuis 2003, être dotés d'une carte d'identité biométrique contenant leur numéro d'écrou, nom de famille, nom d'usage, alias et prénoms, une photo, mais aussi une empreinte palmaire⁵⁹⁷. Cette carte est indispensable lors des déplacements hors cellules et sert de moyens de contrôle lors des entrées et sorties de

⁵⁹¹ Décret n° 2013-368 du 30 avril 2013 *relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires*, *JORF* du 3 mai 2013, p. 7609.

⁵⁹² Article R. 57-6-18 du CPP.

⁵⁹³ Notes de service.

⁵⁹⁴ Notes à l'attention de la population pénale.

⁵⁹⁵ V. en ce sens : CE, 18 mars 1998, *Druelle*, req. n°191360 ; *D.* 1998, p. 197. Le règlement intérieur peut ainsi être invoqué par les détenus dans les procédures disciplinaires comme contentieuses, mais à l'inverse, l'administration pénitentiaire peut l'invoquer à son encontre.

⁵⁹⁶ V. *a contrario* pour la sanction disciplinaire : TA Limoges, 1^{er} décembre 2005, *BAJDP* n°7 mars 2006. V. pour la recevabilité du recours devant le juge administratif : TA, Limoges, 29 décembre 2005, *BADJ* n°7, mars 2006.

⁵⁹⁷ Arrêté du 20 février 2003 *modifiant l'arrêté du 28 octobre 1996 portant création d'un fichier national automatisé des personnes incarcérées*, *JORF* du 4 mars 2003, p. 3783.

l'établissement, ou lors des parloirs. Le but étant d'éviter que le détenu s'évade, laissant sa place à un autre. De plus, ils font l'objet de fouilles de manière régulière, qu'il s'agisse de fouilles générales de l'établissement, de fouilles approfondies et complètes des cellules⁵⁹⁸, ou encore de fouilles corporelles⁵⁹⁹. Pour celles-ci, « *leur nature et leur fréquence sont décidées au vu de la personnalité des personnes intéressées* » et en fonction « *des circonstances* »⁶⁰⁰ ; elles peuvent donc être menées selon des critères subjectifs entraînant un risque de sanction déguisée.

182- Dans la même logique, les détenus sont répartis suivant « *leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale* »⁶⁰¹. Ces régimes différenciés, aujourd'hui appelées « *modalités de prise en charge individualisées* »⁶⁰², permettent un tri des détenus réalisé en prenant en compte les risques que le détenu fait courir au maintien de la sécurité dans l'établissement. La création de ces différents régimes de détention a été justifiée par le Gouvernement par « *la nécessité de diversifier la prise en charge des détenus au regard de la variété de leurs profils et de leurs besoins, et de le faire évoluer en fonction de leurs conduites en détention, de leur volonté de se réinsérer socialement et de leur capacité à évoluer* »⁶⁰³. Mais, les critères d'affectation étant subjectifs – la dangerosité ou la personnalité par exemple –, cette répartition peut être utilisée « *comme outil de gestion de l'ordre des établissements et du comportement des intéressés* »⁶⁰⁴, et devenir une sanction déguisée entre les

⁵⁹⁸ Article D. 269 du CPP : « *Les surveillants procèdent, en l'absence des détenus, à l'inspection fréquente et minutieuse des cellules et locaux divers où les détenus séjournent, travaillent ou ont accès. Les systèmes de fermetures sont périodiquement vérifiés et les barreaux contrôlés quotidiennement* ».

⁵⁹⁹ Articles R. 57-7-79 à 82 du CPP.

⁶⁰⁰ Articles R. 57-7-79 du CPP.

⁶⁰¹ Article 89 de Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, *op. cit.*

⁶⁰² Article D. 92 du CPP.

⁶⁰³ MINISTERE DE LA JUSTICE, *Projet de loi pénitentiaire*, exposé des motifs, 28 juillet 2008.

⁶⁰⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, Dalloz-action, Paris, 2012, 1073 p.

maines de l'administration. Car du régime de détention dépend l'accès aux activités et l'obtention des aménagements de peine⁶⁰⁵.

183- Plus sécuritaires encore, l'administration dispose du répertoire des détenus particulièrement signalés⁶⁰⁶ et du régime spécifique de mise à l'isolement⁶⁰⁷. Le premier « *permet d'appeler l'attention des autorités afin d'assurer une vigilance accrue quant à la surveillance* » de certains détenus⁶⁰⁸. L'inscription audit répertoire concerne principalement les détenus appartenant à « *la criminalité organisée* » ou aux « *mouvances terroristes* », les détenus signalés pour des évasions ou tentatives d'évasion, ceux dont l'évasion pourrait avoir un impact important sur l'ordre public, ou encore ceux jugés « *susceptibles de grande violence ayant commis un ou des meurtres, viols ou actes de barbarie en établissement pénitentiaire* ». Ces détenus, souvent installés dans des « *cellules situées à proximité des postes de surveillance* », sont soumis à des règles particulières, à une

⁶⁰⁵ Les anciens quartiers de haute sécurité (QHS) créés en 1955 avec pour objectif premier de lutter contre les évasions, étaient par ailleurs très critiqués puisqu'ils entraînaient une limitation voire une absence d'activités, et qu'ils conduisaient à rendre les détenus plus violents en raison des conditions de détention sécuritaires. Ils ont, pour toutes ces raisons été abrogés en 1982. V. sur ce point : J.-P. CHOQUET, « La suppression des QHS », *Rev. Pénit.*, 1983, p. 33.

⁶⁰⁶ En raison des conséquences que l'inscription sur le registre des DPS a sur le détenu, le juge administratif a progressivement ouvert les voies de recours à l'encontre d'un tel acte. V. en ce sens : CE, 30 novembre 2009, req. n°318589, *AJ Pénal* 2010, p. 43, obs. E. PECHILLON. Pour une analyse plus approfondie du contrôle opéré par le juge sur l'inscription au répertoire des DPS : V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1. Le contrôle du juge administratif sur les actes de gestion de l'administration pénitentiaire (520)

⁶⁰⁷ Qualifié jusqu'en 2003 de mesure d'ordre intérieur, la mise à l'isolement est aujourd'hui une mesure faisant grief susceptible de recours devant le juge administratif. V. en ce sens : CE, 30 juillet 2003, req. n°252712, *Remli*, D. 2003, jur. 2231, note. M. HERZOG-EVANS ; *AJ Pénal* 2003 p. 74, obs. P. REMILLIEUX ; *AJDA* 2003 p. 2090, note D. COSTA. Pour une analyse plus approfondie du contrôle opéré par le juge sur mes mesures de mise à l'isolement : V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1. Le contrôle du juge administratif sur les actes de gestion de l'administration pénitentiaire (520)

⁶⁰⁸ Circulaire AP du 18 décembre 2007, NOR JUSK0740099C, *BOMJ*, 2008-1, 6-22.

surveillance renforcée lors des différents contacts avec l'extérieur et à des fouilles plus régulières. De ce fait, s'ils sont censés avoir accès aux mêmes activités que tous les détenus, cela s'avère en pratique beaucoup plus complexe. Certains d'entre eux sont même l'objet de transferts fréquents d'un établissement à un autre⁶⁰⁹, malgré l'abrogation des "*rotations de sécurité*"⁶¹⁰, ou de mise à l'isolement. Ce dernier dispositif permet au chef d'établissement « *par mesure de protection et de sécurité* », de placer un détenu, seul en cellule, dans un quartier écarté du reste de la détention⁶¹¹. Ce régime, d'une durée de trois mois renouvelable, bien que n'affectant pas en principe l'exercice des droits du détenu, entraîne une impossibilité de « *participer aux promenades et activités collectives* » sauf « *autorisation, pour une activité spécifique, donnée par le chef d'établissement* »⁶¹². Là encore, si ce régime peut permettre d'assurer la sécurité d'un détenu, notamment à sa demande, il peut être utilisé de manière dérivée en guise de sanction.

184- Toutes ces mesures engendrent une gestion "totalitaire" de la vie du détenu. La prison prend « *en charge tous les aspects de l'individu : son dressage physique, son aptitude au travail, sa conduite quotidienne, son attitude morale, ses dispositions* », elle est « *omni-disciplinaire* ». Surtout, cette prise en charge « *ne s'interrompt pas, sauf sa tâche totalement achevée* »⁶¹³. Par conséquent, elle entraîne « *un processus de*

⁶⁰⁹ Art. D. 290 du CPP.

⁶¹⁰ CE, 29 février 2008, req. n°308145 et n°308147 ; *AJ Pénal* 2008, p. 289, obs. E. PECHILLON. Cet arrêt, abrogeant une note confidentielle de l'administration pénitentiaire relative aux rotations de sécurité, intervient suite à un rapport du Comité de prévention de la torture condamnant cette pratique pour la seconde fois. CPT, *Rapport relatif à la visite faite en France du 27 septembre au 9 octobre 2006*, § 167.

⁶¹¹ Article 726-1 du CPP.

⁶¹² Article R. 57-7-62 du CPP.

⁶¹³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, pp. 273-274.

“carcéralisation” consistant dans l’annulation pure et simple du soi de l’individu », le transformant en objet carcéral⁶¹⁴.

2. La réification progressive du détenu

185- Par la globalité de la prise en charge proposée par les établissements pénitentiaires, le détenu doit « se conformer à ce que le milieu carcéral veut bien retenir de [lui] ». Au fil du temps, « l’institution l’aliène à autre chose, à une machinerie comportant ses règles », il devient « un simple objet d’étude et de surveillance », « banal », « remplaçable, récurrent, commun »⁶¹⁵. L’entrée en détention semble enclencher « le rite de dégradation amorcé dès l’arrestation », obligeant à un dépouillement total et à une mise à nu avant d’obtenir une nouvelle identité le chosifiant : un numéro d’écrou⁶¹⁶. Peu à peu, alors que le détenu est soumis à une surveillance continue et devient « le principe de son propre assujettissement »⁶¹⁷, son corps se dégrade et sa personnalité se dissout. Il devient un « être humain diminué »⁶¹⁸.

⁶¹⁴ T. FERRI, *qu’est-ce que punir ? Du châtement à l’hyper surveillance*, L’Harmattan, Questions contemporaines, Paris, 2012, p. 110.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, *op. cit.*, pp. 214-215. Il ajoute d’ailleurs que si l’entrée en détention est très ritualisée, ce n’est pas le cas de la sortie et de la levée d’écrou, « c’est un peu comme si le condamné, libéré furtivement, souvent à toute heure du jour ou de la nuit, fuyait un mauvais rêve. L’homme libre n’intéresse plus le monde carcéral ».

⁶¹⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 236.

⁶¹⁸ A. JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue », *RFDA*, 2015, p. 1082. V. aussi : T. FERRI, *qu’est-ce que punir ? Du châtement à l’hyper surveillance*, *op. cit.*, p. 103. Selon lui, « il ne serait pas exagérer de dire que le détenu, en raison de son statut de captif légitimé par les discours ambiants de dévalorisation et de disqualification tenant à sa condition d’infracteur, n’a plus, en milieu carcéral, de visage humain, et y perd décisivement son humanité pour n’être plus qu’une chose, pleine et entière, inerte et immobile, sans avenir ni devenir ».

186- La dégradation du corps. Selon Tony FERRI, « *incarcérer un corps consiste à prendre un corps et à lui ôter ses fonctions tant vitales qu'humaines* », le détenu est « *réduit à un corps captif* »⁶¹⁹. Il devient docile, son corps « *peut être soumis* », « *utilisé* », « *transformé et perfectionné* »⁶²⁰. Mis à l'écart de la société, vivant seul, sans rapport à l'autre, le détenu porte les stigmates de l'enfermement. En « *l'absence de miroir intégral* », en raison de « *l'impossibilité [et] l'inutilité de chercher à entreprendre un jeu de séduction* », à cause de « *la défamiliarisation d'avec le sourire* », il s'enlaidit. Puis, ce corps qui « *s'enfonce dans l'inactivité, l'ennui, le vide, l'oisiveté, le sentiment d'inutilité, l'impression d'être traité comme un déchet, le désespoir voire la désespérance* » se dégrade⁶²¹. Réduit à ce corps emprisonné, le détenu perd ensuite « *ce qui fait de lui une personne humaine, c'est-à-dire sa faculté de désirer ou de déterminer, sa personnalité, sa citoyenneté* »⁶²².

187- La dissolution de la personnalité. En raison de son caractère enveloppant, la prison fait de l'individu un automate, répétant chaque jour les mêmes gestes aux mêmes heures et aux mêmes endroits. Alors que la prison exige « *que le détenu apprenne à devenir autonome* », elle « *lui interdit dans un même temps toute possibilité de le devenir* »⁶²³. Or, « *en perdant cette faculté d'auto-détermination, l'individu se voit ôter non seulement sa dimension fondamentale de liberté, mais aussi sa capacité de vitalité et d'animation, il n'est plus que l'ombre de lui-même* », il perd toute spontanéité⁶²⁴. Le détenu « *ne jouit alors plus de la disposition de lui-même, il n'a plus, en raison du caractère captif de son corps, la capacité d'agir en*

⁶¹⁹ T. FERRI, *qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hyper surveillance*, op. cit., pp. 102-103.

⁶²⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 160.

⁶²¹ T. FERRI, *qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hyper surveillance*, op. cit., pp. 108-109.

⁶²² *Ibid.*, pp. 22-23.

⁶²³ M. CABELGUEN, *Dynamique des processus d'adaptation des détenus au milieu carcéral*, Thèse de psychologie, Rennes, 2006, p. 6.

⁶²⁴ T. FERRI, *qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hyper surveillance*, op. cit., pp. 23-24.

tant qu'être libre et autonome », il « *devient un corps assujéti à une altérité répressive, oppressante et contraignante* »⁶²⁵. De plus, en prison, le temps se dilate en raison du manque d'activités et des longues heures de solitude en cellule. Le détenu est alors souvent « *aux prises avec la montée des sentiments d'angoisse et de désespoir* ». N'arrivant plus à visualiser son avenir et à voir au-delà de la détention, il « *se remplit d'une inertie si lourde qu'il se chosifie, se réifie* »⁶²⁶. Perdant tout espoir, « *le détenu est dans l'attente, il attend que l'attente s'achève, il meurt d'attendre* »⁶²⁷. Transformé en objet en raison des impératifs de sécurité, le détenu risque de perdre toute humanité, d'autant que dès qu'il viole l'une des règles imposées par l'administration, il est rappelé à l'ordre par une sanction disciplinaire, de sorte qu'il soit certain qu'il les applique à l'avenir.

B) La discipline, obligation principale du détenu

188- Éric PECHILLON écrit que « *les détenus sont astreints, du fait de leur situation de soumission à l'égard de l'autorité pénitentiaire, à une obligation principale de discipline* »⁶²⁸. En raison des impératifs de sécurité et pour prévenir aussi bien les troubles extérieurs à la prison que ceux pouvant se développer en son sein, la discipline est donc devenue l'outil de gestion de la vie carcérale le plus utilisé car évalué comme le plus efficace (1). Afin que celui-ci le soit réellement, il nécessite de laisser au chef d'établissement des « *moyens adaptés à la logique de maintien de la discipline intérieure* »⁶²⁹, et donc de lui laisser une marge de manœuvre conséquente (2).

⁶²⁵ *Ibid.*, pp. 108-109.

⁶²⁶ *Ibid.*, pp. 102-103.

⁶²⁷ *Ibid.*, pp. 108-109.

⁶²⁸ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 212.

⁶²⁹ J.-P. CERE, « L'évolution de la discipline pénitentiaire », *CRDF n°3*, 2004, p. 43.

1. Un outil de gestion de la vie carcérale

189- La nécessité de la discipline en prison. Bien qu'imposée aux détenus, « la discipline représente plus qu'un droit organisationnel, elle constitue en fait un instrument d'action, réputé accepté par les membres et usagers de l'institution »⁶³⁰. Elle permet un fonctionnement équilibré de l'institution, puisque « grâce à elle les excès de quelques-uns sont sanctionnés pour permettre la préservation de la tranquillité des autres »⁶³¹. Particulièrement forte en prison, car les détenus doivent obéissance aux agents ayant autorité dans l'établissement, la discipline remplit de nombreux objectifs. Elle permet « la sauvegarde de l'ordre pénitentiaire [en] visant plus généralement à garantir l'ordre public », elle est « vitale à ce service public et, par répercussion, à la société qu'il protège »⁶³². Facteur de la cohésion dans la prison, de la paix intérieure, elle sert à maintenir des relations pacifiques entre les détenus, comme entre les détenus et les surveillants. Prévenant les risques de rébellion, d'évasion, elle assure également la garde efficace des personnes écrouées pour protéger la société. En outre, elle oblige à intérioriser les règles de vie en société et donc « [suscite] chez les personnes incarcérées le sens des responsabilités, les amenant à une réflexion sur les comportements et une confrontation aux urgences de la vie en collectivité »⁶³³. Elle prépare leur réintégration future à la société libre en les normalisant. Pour remplir ces fonctions, il est nécessaire que l'administration pénitentiaire « bénéficie d'une sorte de privilège de justice

⁶³⁰ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 328.

⁶³¹ P. BARBELETTE, *La situation du détenu face aux sanctions disciplinaires*, Mémoire de DEA, Université ParisII Panthéon-Assas, dir. J. Morange, 2003, p. 4.

⁶³² E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit., p. 147.

⁶³³ Circulaire GA3du 2 avril 1996 relative au régime disciplinaire des détenus, JUSE9640025C.

avec ses lois propres, ses délits spécifiques, ses formes particulières de sanctions, ses instances de jugement »⁶³⁴.

190- La mise en œuvre de la discipline en prison. Le régime disciplinaire des personnes détenues a beaucoup évolué ces vingt dernières années, modifié successivement par le décret du 2 avril 1996⁶³⁵, la loi du 12 avril 2000⁶³⁶, la loi du 24 novembre 2009⁶³⁷ et le décret du 13 février 2019⁶³⁸. Aujourd'hui, l'article 726 du code de procédure pénale fixe les principes directeurs de la procédure disciplinaire, cadre précisé par un décret en Conseil d'État repris aux articles R. 57-7 et suivants du même code. Depuis 1996, pour éviter tout arbitraire, il existe une liste exhaustive des comportements sanctionnables : « *les fautes disciplinaires sont classées selon leur gravité* »⁶³⁹ à l'aide d'une division tripartite : fautes de premier degré – principalement des actes de violences physiques ou de nature à compromettre la sécurité de l'établissement -⁶⁴⁰, fautes de deuxième degré – surtout des violences verbales et omissions pouvant engendrer des dangers pour la sécurité -⁶⁴¹ et fautes de troisième degré – essentiellement des atteintes au règlement intérieur de l'établissement -⁶⁴². Inspirée du droit

⁶³⁴ M. FOUCAULT, in: E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 328. Il ajoute d'ailleurs que « *les disciplines établissent une infra-pénalité, elles quadrillent un espace que les lois laissent vide, elles qualifient et répriment un ensemble de conduites que leur relative indifférence faisait échapper aux grands systèmes de châtiment* ».

⁶³⁵ Décret n°96-287 du 2 avril 1996 *relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets)*, JORF du 5 avril 1996 p. 5260.

⁶³⁶ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, JORF du 13 avril 2000 p. 5646.

⁶³⁷ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, op. cit.

⁶³⁸ Décret n°2019-98 *modifiant les dispositions réglementaires du code de procédure pénale relatives au régime disciplinaire des personnes détenues*, JORF du 15 février 2019.

⁶³⁹ Article R. 57-7 du CPP.

⁶⁴⁰ Article R. 57-7-1 du CPP.

⁶⁴¹ Article R. 57-7-2 du CPP.

⁶⁴² Article R. 57-7-3 du CPP.

pénal, cette division tripartite n'engendre pourtant pas les mêmes effets puisque les sanctions disciplinaires ne reprennent pas cette classification. Énumérées aux articles R. 57-7-33 et R. 57-7-34 du code de procédure pénale, elles se partagent seulement entre sanctions générales – applicables à toutes les fautes – et sanctions spéciales. La seule différence opérée en application de la division tripartite des fautes s'effectue lors du prononcé de la peine de confinement en cellule ordinaire ou de mise en cellule disciplinaire, où la durée est modulée en fonction de la classification de la faute⁶⁴³. Ceci reprend le principe affirmé à l'article R. 57-7-49 qui dispose que les sanctions doivent être « *proportionnées à la gravité des faits et adaptées à la personnalité de leur auteur* ».

191- De même, contrairement au droit pénal, en cas de cumul de fautes, la commission de discipline peut prononcer une sanction par faute, avec une limite tout de même puisque, si « *les durées des sanctions prononcées se cumulent entre elles* », « *leur durée cumulée ne peut excéder la limite du maximum prévu pour la faute la plus grave* »⁶⁴⁴. En outre, ces sanctions peuvent être cumulées à des sanctions pénales si l'acte litigieux relève aussi des infractions prévues par le code pénal, ainsi qu'avoir un effet sur les décisions du juge de l'application des peines qui peut en tenir compte lors de l'examen du dossier du détenu et rejeter, ajourner ou retirer des mesures d'application de la peine telles une permission de sortir ou une réduction de peine.

192- En cas de faute disciplinaire, une procédure particulière doit être suivie. Dans un premier temps, « *un compte-rendu est établi dans les plus brefs délais par l'agent présent lors de l'incident ou informé de ce dernier* »⁶⁴⁵. Ensuite, un rapport est rédigé comportant « *tout élément d'information utile sur les circonstances des faits reprochés à la personne détenue et sur la personnalité de celle-ci* »⁶⁴⁶, ainsi que la date, l'heure et le

⁶⁴³ Articles R. 57-7-41 et R. 57-7-47 du CPP.

⁶⁴⁴ Article R. 57-7-51 du CPP.

⁶⁴⁵ Article R. 57-7-13 du CPP.

⁶⁴⁶ Article R. 57-7-14 du CPP.

lieu de l'incident ou encore l'existence de témoins éventuels⁶⁴⁷. Sauf s'il ne s'agit manifestement pas d'une faute disciplinaire, ce rapport est suivi d'une enquête permettant notamment de recueillir les observations du détenu et/ou des témoins. Si des poursuites sont engagées, en application du principe du contradictoire affirmé par la loi du 12 avril 2000, le détenu se voit remettre une convocation écrite à l'audience disciplinaire contenant « *la date et l'heure de sa comparution devant la commission de discipline ainsi que le délai dont [il] dispose pour préparer sa défense* », délai ne pouvant être inférieur à 24 heures. Il a accès au dossier de la procédure disciplinaire et « *dispose de la faculté de se faire assister par l'avocat de son choix ou par un avocat désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats et peut bénéficier à cet effet de l'aide juridique* »⁶⁴⁸ sauf « *en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles* »⁶⁴⁹, ainsi que d'un interprète⁶⁵⁰. Le dossier est examiné par la commission de discipline présidée par le chef d'établissement ou son délégué, assisté de deux assesseurs, l'un est membre du personnel de l'administration pénitentiaire, l'autre « *est choisi parmi des personnes extérieures à l'administration pénitentiaire qui manifestent un intérêt pour les questions relatives au fonctionnement des établissements pénitentiaires, habilitées à cette fin par le président du tribunal de grande instance territorialement compétent* »⁶⁵¹. La décision doit être prononcée en présence de la personne détenue et lui être notifiée par écrit sans délai, être motivée et présenter les voies de recours possibles⁶⁵². En apparence, cette procédure respecte toutes les règles d'un procès pénal, mais, en réalité, en raison des impératifs justifiant une forte discipline dans les établissements pénitentiaires, le chef d'établissement

⁶⁴⁷ Circulaire du 9 juin 2011 *relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures*, NOR : JUSK1140024C, BOMJL n° 2011-06 du 30 juin 2011.

⁶⁴⁸ Article R. 57-7-16 du CPP.

⁶⁴⁹ V. article 24 de la loi du 12 avril 2000, *op. cit.*

⁶⁵⁰ Article R. 27-7-25 du CPP.

⁶⁵¹ Article R. 57-7-8 du CPP.

⁶⁵² Article R. 57-7-26 du CPP.

dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur le prononcé et l'exécution des sanctions disciplinaires.

2. Un pouvoir exorbitant aux mains du chef d'établissement

193- Bien que la commission de discipline soit composée du chef d'établissement et de deux assesseurs, ces derniers n'ont qu'une voix consultative, les sanctions sont donc prononcées par le seul chef d'établissement⁶⁵³. En amont, déjà, c'est à lui que revient la charge « *d'apprécie[r] au vu du rapport et après s'être fait communiquer, le cas échéant, tout élément d'information complémentaire, l'opportunité de poursuivre la procédure* »⁶⁵⁴. Il qualifie alors les faits en prévision du passage en commission de discipline. Il peut même les requalifier par la suite tant qu'un délai suffisant est laissé au détenu pour préparer sa défense. Puis, si la liste des fautes disciplinaires est exhaustive comme évoqué précédemment, elle laisse tout de même une large marge d'appréciation au chef d'établissement, de nombreuses dispositions étant rédigées avec des termes flous ou prévoyants expressément une telle latitude⁶⁵⁵. L'exemple le plus frappant est tiré de l'article R. 57-7-3 4° du code de procédure pénale définissant comme faute le fait « *de ne pas respecter les dispositions du règlement intérieur de l'établissement ou les instructions particulières arrêtées par le chef d'établissement* ». Le règlement étant rédigé par le chef d'établissement – même s'il s'inspire aujourd'hui d'un modèle type – et

⁶⁵³ Article R. 57-7-7 du CPP ; CE, 12 décembre 2018, req. n°421294, E. MAUPIN, « Conseiller n'est pas décider », *AJDA*, 2018, p. 2473.

⁶⁵⁴ Article R. 57-7-15 du CPP.

⁶⁵⁵ Ce qui est d'ailleurs contraire au principe légaliste comme le rappelle Martine HERZOG-EVANS. V. en ce sens M. HERZOG-EVANS, « La réforme du régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires, un plagiat incomplet du droit pénal », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1997, p. 9 ; CC, 20 janvier 1981, 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, *JORF* du 22 janvier 1981, p. 308 ; *D.* 1982 p. 441, note A. DEKEUWER ; *D.* 1981, p. 101, J. PRADEL.

celui-ci pouvant ajouter des notes à l'attention de la population pénale pour le compléter, il décide ainsi quels sont les actes qu'il juge incompatibles avec le bon fonctionnement de l'institution et qu'il souhaite sanctionner. De plus, il a ensuite la possibilité de choisir la sanction qu'il estime la plus appropriée puisque les sanctions générales sont communes à toutes les fautes disciplinaires. Il peut même utiliser le passage devant la commission comme une simple mise en garde à l'égard du détenu et ne prononcer aucune sanction. L'autorité disciplinaire « *établit ainsi assez librement que la faute est imputable à l'usager, si son comportement est volontairement incompatible avec les exigences institutionnelles, si son acte s'avère suffisamment répréhensible pour justifier une sanction* »⁶⁵⁶.

194- En outre, le chef d'établissement a la possibilité d'aménager l'exécution de la sanction prononcée. En effet, « *le président de la commission de discipline peut accorder le bénéfice du sursis pour tout ou partie de l'exécution de la sanction disciplinaire soit lors du prononcé de celle-ci, soit au cours de son exécution* »⁶⁵⁷. De même, il peut « *dispenser la personne détenue de tout ou partie de son exécution soit en raison de la bonne conduite de l'intéressé, soit à l'occasion d'une fête légale ou d'un événement national, soit pour suivre une formation ou pour passer un examen, et pour lui permettre de suivre un traitement médical* » ou encore « *en suspendre ou en fractionner l'exécution* »⁶⁵⁸. Il dispose une fois encore d'un large pouvoir d'appréciation et donc d'un moyen de contrainte conséquent sur les détenus.

195- Ce pouvoir s'est longtemps trouvé conforté par l'absence de causes d'irresponsabilité en matière disciplinaire telles que prévues dans le code pénal⁶⁵⁹ et l'absence d'un contrôle juridictionnel adapté. Une évolution est

⁶⁵⁶ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit., p. 68.

⁶⁵⁷ Article R. 57-7-54 du CPP.

⁶⁵⁸ Article R. 57-7-60 du CPP.

⁶⁵⁹ Le Code pénal prévoit aux articles 122-1 et suivants plusieurs causes d'irresponsabilité telles que les troubles psychiques, la contrainte, l'erreur de droit, le commandement de la

toutefois observable puisque le juge semble aujourd'hui reconnaître de plus en plus l'existence de causes d'irresponsabilité même s'il le fait souvent de manière détournée et sans le mentionner de manière expresse⁶⁶⁰. Mais surtout, alors qu'il utilisait de manière fréquente la théorie des mesures d'ordre intérieur lorsqu'il était saisi d'un recours à l'encontre d'une sanction disciplinaire, il accepte aujourd'hui d'en effectuer le contrôle reconnaissant qu'un tel acte fait grief aux détenus⁶⁶¹. Il justifiait cette pratique par « *le souci d'éviter de susciter un contentieux qui risquerait d'entraîner des troubles importants dans les services publics où le maintien de la discipline est particulièrement nécessaire* ». Il mettait ainsi en place un régime d'exception pour « *les établissements communautaires [...] qui ne délivrent leurs prestations qu'à des usagers pris en groupe et pour lesquels l'ordre, la tenue et la discipline ont une place particulière* »⁶⁶².

196- L'évolution mentionnée démontre par conséquent un glissement des régimes applicables dans ces services publics particuliers vers un régime classique de gestion du service public. L'existence de nombreuses prescriptions, comprenant de nombreuses règles de discipline, ne permettrait

loi ou de l'autorité légitime, la permission de la loi, la légitime défense, l'état de nécessité ou encore la minorité.

⁶⁶⁰ V. sur cette question : M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 585 et s.

⁶⁶¹ Il a ainsi accepté un recours à l'encontre de la sanction de placement en cellule disciplinaire, et ce, quelle que soit sa durée (CE, Ass., 17 février 1995, req. n°97754, *Marie*; *JCP G*, 1995, p. 22426, M. LACOMBE, F. BERNARD ; *D.* 1995, p. 74 ; *Gaz. Pal.* , 31 mai 1995 , 151/152 ; *Gaz. Pal.* , 7 juin 1996 , 159/160 , jurisprudence , p. 27 , M. FRYDMAN, S. PETIT ; *Gaz. Pal.* , 30 août 1995 , 242/243 , jurisprudence , p. 10 , OTEKPO ; *Gaz. Pal.* , 29 novembre 1995 , 333/334 , panorama , p. 6 ; *D.* 1995 , p. 74 ; *D.* 1995, p. 381, N. BELLOUBET FRIER.), des sanctions de confinement en cellule ordinaire (CAA, Lyon, 9 octobre 2008, req. n° 06LY00287); de cellule disciplinaire avec sursis (CAA, Marseille, 11 février 2011, req. n° 09MA01739); de déclassement disciplinaire (CAA, Nancy, 18 février 2010, req. n° 09NC01260); ou encore d'un simple avertissement (CE, 21 mai 2014, req. n° 359672). V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2. Le contrôle du juge administratif sur les sanctions disciplinaires (492)

⁶⁶² J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., pp. 266-267.

alors plus à elle seule de refuser la qualité d'usager du service public au détenu entré en relation avec le service public pénitentiaire.

§2 : La prescription, critère insuffisant pour refuser la qualité d'usager du service public

197- Tandis que le législateur et le juge administratif encadrent petit à petit le pouvoir de l'administration pénitentiaire, le détenu s'apparente de plus en plus à un usager du service public. La soumission à la discipline, même si elle s'avère encore particulièrement forte dans le milieu carcéral, ne fait plus du service public pénitentiaire une exception puisque tous les services publics connaissent un système identique pour assurer leur fonctionnement (A). En outre, si la sécurité, génératrice de fortes prescriptions à l'encontre du détenu, a longtemps été le critère de référence pour le qualifier d'assujéti au service public en application de l'adage *accessorium sequitur principale*, cela est aujourd'hui contestable. Le détenu bénéficie aussi de prestations, et faire une hiérarchie entre les prescriptions auxquelles il est assujéti et les prestations dont il bénéficie apparaît difficile (B).

A) La soumission à la discipline, un critère inopérant pour refuser la qualité d'usager du service public

198- Éric MASSAT conclut ses travaux de thèse consacrés aux usagers du service public en affirmant que « *si la discipline ne constitue que le plus petit commun dénominateur des multiples usagers, au moins a-t-elle ce mérite* »⁶⁶³. Effectivement, une étude des services publics, laisse apparaître que chacun d'entre eux instaure un cadre disciplinaire pour fonctionner efficacement (1). Certes, certains d'entre eux, à l'image du service public pénitentiaire, développent un pouvoir disciplinaire plus conséquent, car

⁶⁶³ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit., p. 286.

réglementant la vie quotidienne de leurs utilisateurs⁶⁶⁴ et ayant pour rôle de normaliser l'individu, mais cela n'empêche pas l'instauration d'un rapport d'usage du service public. Pour preuve, il est admis que certains utilisateurs soient reconnus comme des "usagers incorporés" (2).

1. *Le pouvoir disciplinaire, trait commun à tous les services publics*

199- Pour « *maintenir l'ordre et la discipline* », le pouvoir disciplinaire permet de « *contraindre les membres du groupe par des sanctions déterminées à agir conformément au but de la collectivité qu'est la raison d'être de ce groupe* »⁶⁶⁵. Ainsi, « *même en l'absence de textes spécifiques* », les gestionnaires du service public peuvent « *prescrire les mesures exigées par l'intérêt du service* »⁶⁶⁶. Le pouvoir disciplinaire se caractérise alors par sa spécialité, il « *est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de*

⁶⁶⁴ Le terme utilisateur est ici utilisé pour éviter toute confusion avec le terme d'usager ayant un sens particulier en droit administratif. L'utilisateur est ici compris comme celui qui fait usage d'un service public, mais ce terme peut s'appliquer aussi bien aux usagers du service public qu'aux assujettis au service public. Yann DURMARQUE écrit ainsi que si « *en droit privé, l'usager est principalement défini par l'existence d'un droit d'usage, l'absence de droit à cet usage niant la qualification même d'usager* », « *en droit public, l'usager peut certes être titulaire d'un droit d'usage, mais l'existence de ce dernier a été relégué au second plan. Le droit d'usage n'est pas le criterium permettant de qualifier l'usager de droit public* ». Selon Gilles-Jean GUGLIELMI et Geneviève KOUBI, « *il n'y a pas de synonyme entre usager et utilisateur* ». V. Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op. cit., p. 58 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, op. cit., p. 685.

⁶⁶⁵ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., pp. 278-279.

⁶⁶⁶ S. TRAORE, *L'usager du service public*, op. cit., p. 167.

coercition dont elle dispose »⁶⁶⁷. Il est donc propre à chaque institution, et les services publics apparaissent être de véritables « *institutions vivantes* » telles que Maurice HAURIUO les a définies. Ils ont en effet « *une autonomie interne qui leur permet de poursuivre par [eux]-mêmes leur but et de remplir leurs fonctions* ». Chaque service public est « *une organisation sociale, c'est-à-dire une organisation faite d'une collection d'individus* » tout en « *intéressant une collectivité* », cette organisation sociale est « *établie en relation avec l'ordre général des choses* » et sa « *permanence est assurée par un équilibre des forces internes* »⁶⁶⁸. Assurant une mission d'intérêt général, tel qu'il est défini par le législateur et accepté par la population, le service public se retrouve de manière évidente dans cette définition. Comme toute institution, si le service public perdure c'est, car la domination qu'il met en place est acceptée par les "dominés", car nécessaire pour qu'il fonctionne⁶⁶⁹. Un individu n'est sanctionné que s'il est membre de cet ordre juridique particulier et qu'il est entré en relation avec le service public, acceptant de s'assujettir au pouvoir répressif de l'administration⁶⁷⁰. Le fondement de cette soumission se trouve donc dans l'entrée en contact avec l'administration. Toutefois, « *l'origine de cette subordination ne tient pas au caractère volontaire de la participation des usagers à l'activité de l'institution, ni au fait qu'il s'est établi un lien d'utilisation* », mais simplement à l'existence d'une « *relation étroite avec l'administration dispensatrice* ». En conséquence, usager, collaborateur, cocontractant ou assujetti, tous sont soumis au pouvoir disciplinaire du service public avec lequel ils sont entrés en contact puisqu'ils ont établi un lien particulier avec l'institution⁶⁷¹.

200- Ce pouvoir disciplinaire est commun à tous les services publics. Nécessaire, il n'est cependant pas illimité. Les mesures que l'administration

⁶⁶⁷ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif, 1^{ère} éd.*, Larose et Tenin, Paris, 1910, p. 137.

⁶⁶⁸ L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, Paris, 1966, p. 88.

⁶⁶⁹ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif, 1^{ère} éd.*, *op. cit.*, p. 135.

⁶⁷⁰ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif, op. cit.*, p. 279.

⁶⁷¹ *Ibid.*, pp. 259-260.

adopte doivent respecter l'ordonnancement juridique et pouvoir faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif, sauf cas exceptionnels des mesures d'ordre intérieur. Par suite, Jean DU BOIS DE GAUDUSSON affirme que « *le pouvoir sanctionnateur de l'administration s'exerce sur l'usager non seulement parce qu'il a commis tel ou tel fait contraire aux règles du service, mais d'abord parce qu'il est titulaire de la qualité d'usager qui a pour conséquence de lui imposer le respect de l'ordre et de la discipline intérieure* ». Il ajoute rapidement que si « *l'usager est ainsi châtié en tant qu'il est dans un rapport d'utilisation* », un châtement peut être justifié pour d'autres par « *un rapport de collaboration ou d'assujettissement* »⁶⁷². Cet ajout, bien qu'essentiel à sa démonstration puisqu'il établit une différence de statut considérable entre usager du service public et assujetti au service public, est discutable. Alors que l'auteur qualifie le détenu d'assujetti au service public pénitentiaire, tout comme l'usager qu'il définit ici, celui-ci entretient un rapport individualisé avec l'administration et c'est ce rapport qui implique la soumission à la discipline intérieure de l'établissement pénitentiaire. En outre, Jean DU BOIS DE GAUDUSSON précise que le caractère volontaire de l'entrée en contact avec l'administration n'a pas à être pris en compte en matière disciplinaire, « *l'administré-usager [étant] soumis au pouvoir du chef de service uniquement parce qu'il entre en relation étroite avec l'administration dispensatrice* »⁶⁷³. Rien ne justifie de refuser une telle qualité aux détenus. Au demeurant, si ceux-ci sont soumis à une discipline particulièrement forte, c'est essentiellement dû au fait que le code de procédure pénale prévoit peu de droits précis à leur destination, préférant ouvrir des "possibilités" à disposition du chef d'établissement. Comme il sera vu plus loin, une évolution progressive s'observe toutefois en ce domaine entraînant une extension des droits du détenu. Utiliser sa soumission à la discipline pour le qualifier d'assujetti au service public pénitentiaire est donc critiquable, d'autant que certains usagers incorporés ont été qualifiés d'usagers du service public.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 280.

⁶⁷³ *Ibid.*, pp. 259-260.

2. *La reconnaissance du statut d'usagers du service public à certains "usagers incorporés"*

201- Jean DU BOIS DE GAUDUSSON lui-même souligne que « *certain usagers sont entièrement intégrés au service public* » et que « *leur relation avec l'administration est très étroite* », « *leur appartenance à l'entreprise administrative est profonde et englobe certains secteurs de leur vie privée* ». S'ils « *sont soumis à une discipline particulièrement sévère* », du fait qu'ils reçoivent des prestations, même si ce n'est que de manière collective, il les qualifie d'usagers du service public⁶⁷⁴. Il admet de manière certaine que les usagers de services publics communautaires, qu'il nomme "usagers incorporés" peuvent être assimilés à des usagers du service public. De plus, Éric MASSAT démontre que « *si la discipline accrue martelant ces catégories hors normes d'usagers doit être mise en avant, ce n'est point qu'elles sont les seules visées, mais parce que ces catégories constituent simplement une loupe, un effet grossissant du sort que connaît l'ensemble des usagers* »⁶⁷⁵. Cela s'explique par leur rôle. Les services publics communautaires à l'image de l'école ou de la prison ont pour rôle de discipliner afin de permettre à leurs utilisateurs d'avoir un usage normal des règles lors de leur intégration à la société⁶⁷⁶. Cette spécificité ne fait toutefois pas, à elle seule, des écoliers ou des détenus, des utilisateurs particuliers. Selon cet auteur, « *l'usage et la discipline ont partie liée* », « *le premier nécessite foncièrement la présence de la seconde qui, de fait, apparaît comme un analogon de tout service* »⁶⁷⁷. Pour fonctionner, tout service public a besoin de règles et de sanctions lorsqu'elles sont violées, donc d'un pouvoir disciplinaire. Ceci ne peut donc justifier le refus de qualifier le détenu d'usager du service public, alors qu'une telle

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁷⁵ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 66.

⁶⁷⁷ *Ibidem*.

qualification ne pose plus problème pour les écoliers⁶⁷⁸. Seule la soumission à des prescriptions peut encore jouer ce rôle.

B) L'application de l'adage *accessorium sequitur principale*, une méthode contestable de qualification

202- Les établissements pénitentiaires sont de vraies institutions soumettant le détenu à des règles quotidiennes obligatoires à la suite des actes infractionnels qu'il a commis. La peine privative de liberté entraîne donc sa soumission aux nombreuses prescriptions de l'administration pénitentiaire. Pour cette raison, il est fréquemment assimilé à un assujetti au service public (1), même si aujourd'hui cette qualification est contestable (2).

1. La qualification classique du détenu en assujetti au service public

203- Une prestation délivrée par un service public a pour objet la satisfaction d'un besoin individuel, même si la satisfaction des besoins d'intérêt général justifie l'existence de cette prestation. La prescription, elle, ne vise qu'à la satisfaction de l'intérêt général, elle ne procure aucun avantage à l'individu, mais le soumet au service public. Le but final légitimant l'action de l'administration demeure le même, mais la situation dans laquelle se trouve l'individu entré en relation avec elle est différente. Ainsi, « *l'usager ne peut être qualifié comme tel que si le but essentiel du service est de lui délivrer la prestation* ». En outre, même « *si l'individu perçoit une prestation, mais que le but fondamental du service n'est pas de lui délivrer ladite prestation, alors la qualification d'usager ne peut être*

⁶⁷⁸ L'écolier est qualifié d'usager au sein de plusieurs textes qui lui sont applicables. V. par exemple : Art. L. 211-1 du code de l'éducation définissant les missions du service public de l'éducation nationale.

retenue »⁶⁷⁹. Nombre de services publics délivrant à la fois des prestations et des prescriptions, pour établir le statut de l'individu, la doctrine applique l'adage "*accessorium sequitur principale*", à l'instar de Yann DURMARQUE. Cet auteur explique que « *la qualité de l'individu doit toujours être déterminée en fonction du but premier que se propose d'atteindre le service. Si l'objectif primordial du service est de délivrer la prestation, la qualification d'usager pourra être retenue quand bien même des prescriptions seraient par ailleurs imposées audit usager. En effet, dans pareille situation, lesdites prescriptions ne seraient que les accessoires de la prestation, élément principal. À l'inverse, si l'objet fondamental du service n'est pas de délivrer une prestation, mais de soumettre l'individu à une prescription, alors la qualité d'usager ne pourra qu'être déniée. Effectivement, dans cette hypothèse, c'est la prestation qui devient l'accessoire de la prescription, et dès lors, elle n'est plus apte à qualifier l'individu* »⁶⁸⁰. Tout comme Jean DU BOIS DE GAUDUSSON⁶⁸¹, il en conclut que le but premier du service public pénitentiaire consiste à assurer la sécurité de la société et non à « *faire en sorte que l'individu incarcéré bénéficie d'un quelconque avantage* ». Même s'il admet que le détenu bénéficie d'avantages « *par le biais des repas, du logement,...* », il affirme que « *ces prestations ne sont que l'accessoire d'une mesure principale qu'est la détention, laquelle ne peut en aucun cas être assimilée à une prestation* ». La relation principale entre le détenu et le service public pénitentiaire étant une relation de sujétion, il ne peut alors être qu'un assujetti au service public⁶⁸². Mais, simplificatrice, cette application de l'adage *accessorium sequitur principale* ne s'avère pas pleinement convaincante puisqu'elle fait l'impasse sur nombre d'éléments importants à la détermination du statut du détenu.

⁶⁷⁹ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op. cit., p. 255.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, pp. 255-256.

⁶⁸¹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., p. 19.

⁶⁸² Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op. cit., pp. 257-258.

2. *Le caractère critiquable de la qualification du détenu comme assujetti au service public*

204- Tout d'abord, il est parfois difficile de dissocier les prescriptions des prestations. Il arrive « *que certaines prestations [soient] principalement délivrées par le biais de méthode contraignantes* », c'est le cas de la vaccination obligatoire, des soins dispensés sans consentement ou encore de l'enseignement aux écoliers. De plus, certaines activités « *revêtent la double qualification de prescription et de prestation, ce qui ne fait que renforcer le flou entourant la définition de cette dernière* »⁶⁸³. Si Charles EINSEMAN l'explique en indiquant que « *la prescription imposée aux uns peut être en même temps la prestation servie aux autres* »⁶⁸⁴, il arrive aussi qu'un même acte ait ces deux effets à l'égard d'un unique destinataire. Par exemple, si la mission de sécurité de l'administration pénitentiaire est une prestation au bénéfice des administrés et une prescription à l'encontre du détenu, cette prescription recouvre une réalité plus complexe. Elle est également une prestation au bénéfice du détenu, puisque s'il est soumis à l'administration pénitentiaire, il bénéficie de repas, d'activités, c'est-à-dire d'actes indispensables à la vie quotidienne, mais surtout il apprend ou réapprend les règles de vie en société afin de préparer son insertion ou sa réinsertion dans la société. Ce rôle de l'enfermement s'approche alors plus de la notion de prestation que de celle de prescription.

205- Ensuite, comme l'écrit Éric MASSAT, définir l'utilisateur du service public « *sur la base de l'adage *accessorium sequitur principale en soutenant, initialement, que l'indispensable est une prestation avantageuse relève d'un simple postulat* »⁶⁸⁵. Il rejoint ainsi les propos d'Éric PECHILLON qui*

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 231.

⁶⁸⁴ Ch. EINSEMAN, cité par Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'utilisateur en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 250-251.

⁶⁸⁵ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, *op. cit.*, p. 27.

démontre que le critère de définition de l'usager du service public devrait plutôt être celui de l'« usage », et que le détenu « *en position de soumission importante vis-à-vis de l'autorité administrative* », utilise le service public pénitentiaire et devrait donc être qualifié d'usager⁶⁸⁶. Il justifie cette qualification en montrant que « *l'idée de prestations fournies par le service public pénitentiaire ne remet pas en cause l'importance de la mission de sécurité, elle complète simplement le contenu du droit applicable* ». Il ajoute d'ailleurs que « *jamais le droit public n'a permis de développer de façon unidimensionnelle les prérogatives d'une personne chargée de mener à bien une mission d'intérêt général sans prévoir un quelconque cahier des charges* ». S'inscrivant dans cette optique, progressivement, le service public pénitentiaire « *accepte de contrebalancer ses pouvoirs de contrainte par une obligation à l'égard de la population pénale de plus en plus substantielle* »⁶⁸⁷. Le détenu, bien qu'enfermé et discipliné, bénéficie de garanties pour sa vie quotidienne et sa réintégration future dans la société, il connaît alors autant de prestations que de prescriptions, mais en tout état de cause, il "use" du service public pénitentiaire.

206- Enfin, même en admettant l'applicabilité de l'adage *accessorium sequitur principale*, il est difficile de définir avec certitude quel est l'élément principal à retenir pour qualifier la peine privative de liberté. L'article 130-1 du code pénal, reprenant les principes affirmés par les lois de 1987 et de 2009, dispose que la peine a pour mission « *d'assurer la protection de la société* », mais aussi « *de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». Il alloue alors à la peine une double fonction « *sanctionner l'auteur de l'infraction* » et « *favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». Bien que la sanction, assimilable à une prescription, soit mentionnée en premier, le code pénal n'effectue aucune hiérarchisation entre les fonctions de la peine. La réinsertion, assimilable à une prestation, a donc le même poids que la prescription. L'application de l'adage *accessorium sequitur principale* s'avère alors délicate, et refuser au

⁶⁸⁶ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., pp. 227-228.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 502.

détenu la qualité d'usager du service public sur la seule hypothèse de la prévalence de la prescription sur la prestation manquée de pertinence.

Conclusion du Chapitre 2

207- Le service public pénitentiaire a pour mission première de protéger la société. Il sert donc principalement les besoins de la collectivité et non d'individus en particulier. Or, actuellement, pour la population, « *ce qui compte est de suivre à vie ces déviants, les rendre toujours plus visibles, les "marquer" aux yeux de l'opinion pour nous en protéger* »⁶⁸⁸. Cette démarche de stigmatisation passe par la revendication d'un droit à la sécurité, au nom duquel chaque membre de la société devrait être protégé des autres par l'État. Face à cette demande sociale du risque zéro en matière criminelle, l'administration a vu sa responsabilité s'élargir ; la jurisprudence administrative ayant assoupli le régime de responsabilité en la matière. Par conséquent, elle est devenue fébrile face aux aménagements de peine et aux libérations anticipées, puisque si les intervenants en milieu pénitentiaire « *viennent à déclarer qu'un individu ne présente pas de danger et qu'en liberté celui-ci récidive, ils subiront immédiatement les foudres de l'opinion publique, des médias et des responsables politiques* »⁶⁸⁹. En outre, elle a accru la surveillance opérée sur les détenus à la fois pour empêcher toute évasion et pour mieux prévenir tout risque de violence. Elle s'est armée de techniques architecturales, de nouvelles technologies, d'armes et d'agents spécialisés, mais aussi de la discipline pénitentiaire à cette fin. Pouvant cumuler répression pénale et répression disciplinaire, en sachant que cette dernière a également un impact sur les décisions du juge de l'application des peines, la commission de discipline avec à sa tête le chef d'établissement peut volontairement « *"casser" des rebelles, auteurs d'évasions réussies ou supposées, des meneurs de mouvement* »⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, op. cit., p. 199.

⁶⁸⁹ V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté, Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », op. cit.

⁶⁹⁰ M. HERZOG-EVANS, « La réforme du régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires, un plagiat incomplet du droit pénal », op. cit.

208- Cette surenchère sécuritaire, confirmée par le décret du 13 février 2019⁶⁹¹, conduit à une réification du détenu, objet surveillé par l'administration pénitentiaire à tout prix. Mais, même si cette prescription pèse lourdement sur son quotidien, au nom du droit à la sûreté, lui assurant la conservation de ses droits, car la peine d'enfermement ne doit le priver que de la liberté d'aller et de venir, mais aussi du droit à la sécurité, le détenu devant être protégé de ses codétenus, et sous l'impulsion européenne, il s'est aussi vu reconnaître un droit à des prestations de la part du service public pénitentiaire que ce soit pour sa vie quotidienne ou la préparation de sa vie future, à la sortie de la détention. L'existence d'une discipline, même lourde, étant une nécessité au fonctionnement de tout service public, et la présence de prescriptions, entraînant sa soumission au service public pénitentiaire, ne suffisent donc pas à lui refuser le statut d'usager du service public, cela étant contrebalancé par le droit à prestation reconnu progressivement par le législateur, en application de la fonction de réinsertion affectée à la peine de prison.

⁶⁹¹ M. HERZOG-EVANS, « Décret du 13 février 2019 sur la discipline pénitentiaire : un raidissement institutionnel et une occasion manquée », *AJ Pénal*, 2019, p. 139 ; OIP, « Discipline en prison : un décret scélérat », *Communiqué de presse*, 25 février 2019.

Conclusion du Titre 1

209- Comme le suggère Denis SALAS, le pouvoir de punir est devenu « *la ligne de défense qu'une démocratie se donne à elle-même* »⁶⁹², la politique pénale n'a plus pour seul objet « *de normaliser un individu déviant, mais devient partie prenante d'un dispositif de sécurité* »⁶⁹³. Cette redéfinition du droit de punir étatique « *se traduit par la revendication de "plus d'État" et par la mise en place de politiques dites "sécuritaires"* »⁶⁹⁴. La demande sociale de sécurité, couplée aux avancées scientifiques et technologiques, permet la construction d'une société de surveillance et de contrôle, menaçant les droits et libertés. Certains criminologues pensent pouvoir analyser avec certitude la dangerosité et mesurer les risques de survenance du phénomène criminel et la technologie permet de surveiller les individus de manière continue à faible coût où qu'ils soient. Mais ces procédés prédictifs ne sont pas infaillibles et leur accorder trop de crédit expose la société au danger de transformer le principe de prévention caractérisant les politiques publiques en un principe de suspicion généralisée, qui risque ensuite d'exacerber le sentiment d'insécurité⁶⁹⁵.

210- Bien que le service public ait pour objectif de satisfaire l'intérêt général et que celui-ci soit aujourd'hui accepté comme « *la coalition d'intérêts singuliers* », il est impératif de ne pas penser les politiques publiques uniquement sur le court terme. À cet égard, « *la recherche de l'intérêt général implique [...] la capacité par chacun de prendre de la distance avec ses propres intérêts. Or, préoccupés avant tout de leurs intérêts propres, les individus ont trop souvent bien du mal à reconnaître, et à accepter, les finalités communes que recouvre précisément la notion d'intérêt général* ». Dans une société de consommation utilitariste, cette

⁶⁹² D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, op. cit., p. 47.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 40.

⁶⁹⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 366.

⁶⁹⁵ V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté, Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », op. cit.

« crise de l'intérêt général n'est pas étrangère à la crise des valeurs communes d'une société dans laquelle beaucoup ont du mal à se retrouver »⁶⁹⁶. Les gouvernants doivent donc savoir écouter la société, mais aussi prendre du recul pour voir à long terme. L'État doit devenir un médiateur, « seul capable, non seulement de réaliser, lorsque c'est nécessaire, la synthèse entre les intérêts qui s'expriment au sein de la société civile, mais de contribuer à dépasser les égoïsmes catégoriels et à prendre en compte les intérêts des générations futures »⁶⁹⁷. Pour répondre de manière responsable, il doit, comme le préconise Virginie GAUTRON, « rappeler à la population [...] que le risque zéro n'existe pas, qu'une société sans crime est et restera malheureusement un mythe », « que le système pénal ne peut répondre qu'imparfaitement aux attentes de la société civile et qu'il est donc plus que jamais nécessaire d'agir en amont par des politiques de prévention sociale », « que la recherche de sécurité et d'efficacité, bien que légitime et nécessaire ne peut s'affirmer au détriment de la protection des droits fondamentaux »⁶⁹⁸.

211- Les gouvernants semblent avoir choisi cette voie lors de l'adoption de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Ils ont réaffirmé avec force la double mission de la peine : punir et réinsérer. Surtout, les travaux préparatoires montrent un réel souhait de tourner prioritairement la peine vers la réinsertion afin de lutter contre la désocialisation et la récidive. Elle veut faire sortir les condamnés de la spirale de la délinquance. Pour cela, reconnaître que le détenu est plus qu'un simple assujetti au service public pénitentiaire, qu'il en est un usager-bénéficiaire, est une étape importante.

⁶⁹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'intérêt général*, *op. cit.*

⁶⁹⁷ *Ibidem.*

⁶⁹⁸ V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté, Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *op. cit.*

Titre 2 – Le détenu, un usager-bénéficiaire du service public pénitentiaire

212- Lorsqu'il évoque l'ambivalence des sociétés démocratiques vis-à-vis de la prison comme dispositif d'accès à la réinsertion, Philippe COMBESSIE en arrive à la conclusion que la mission sécuritaire de la prison est souvent utilisée pour expliquer sa fonction neutralisatrice, et que la mission de resocialisation est utilisée pour légitimer la peine, justifier l'atteinte aux droits de la personne qui s'est rendue coupable d'une infraction et qui se voit alors privée de sa liberté d'aller et de venir⁶⁹⁹. Effectivement, ces deux fonctions de la peine privative de liberté, bien que contradictoires en apparence, sont en réalité complémentaires. La mission de neutralisation ne doit être utilisée que pour mieux garantir à long terme la sécurité de la population. Puisque la peine de perpétuité réelle n'est pas permise par la loi, cette neutralisation ne peut être que temporaire, elle doit donc permettre au détenu, durant sa mise à l'écart de la société, de préparer son retour à la liberté afin qu'il ne récidive pas. La peine privative de liberté doit donc remplir une fonction resocialisatrice. Or, la réinsertion implique « *la participation active de trois acteurs* » : le condamné, l'institution pénitentiaire et la société. Si le premier « *doit accepter les règles communes indispensables à la vie sociale et comprendre que son intérêt passe par leur respect* », l'institution pénitentiaire doit l'aider en comblant les carences sociales qui ont pu le mener à la délinquance. Puis, la société doit lui « *donner sa place, offrir sa chance* » et admettre qu'une fois la peine achevée, il a payé sa dette⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ P. COMBESSIE, « Ambivalence des sociétés démocratiques vis-à-vis de la prison comme dispositif d'accès à la réinsertion : évolutions récentes (internet, téléphone mobile, radicalisation », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, Toulouse, p. 49.

⁷⁰⁰ J.-P. DINTHILHAC, « Préface », in : J.-H. SYR, *Punir et réhabiliter*, Economica, Paris, 1990, pp. 7-9.

213- La fonction resocialisatrice de la peine privative de liberté impose donc de repenser la relation entre le détenu et le service public pénitentiaire. Jusqu'à présent, le détenu était perçu comme un assujetti au service public pénitentiaire, soumis aux règles de discipline omniprésentes, voire comme un utilisateur du service public pénitentiaire à qui « *il fournit des prestations ponctuelles, stéréotypées, répétitives* »⁷⁰¹. Mais, puisque la « *base fondamentale de tout traitement de réhabilitation est constituée par l'individualisation* »⁷⁰², seule une relation particularisée entre le détenu et le service public pénitentiaire peut lui permettre de remplir la mission qui lui est allouée. La fonction resocialisatrice de la peine privative de liberté implique donc pour le service public pénitentiaire de remplir une véritable fonction dispensatrice envers le détenu ; il doit lui délivrer une prestation de réinsertion (**Chapitre 1**). Le détenu, devenu usager du service public pénitentiaire, « *n'est plus l'objet de l'action administrative, mais un sujet, dont il faut respecter la volonté et assouvir les aspirations* »⁷⁰³ (**Chapitre 2**).

⁷⁰¹ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in : *Psychologie et Science administrative*, PUF, 1985, p. 50.

⁷⁰² J.-H. SYR, *Punir et réhabiliter*, Economica, Paris, 1990, p. 104.

⁷⁰³ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in : *Psychologie et Science administrative*, *op. cit.*, p. 59.

Chapitre 1 – La fonction dispensatrice du service public pénitentiaire

214- Tous s'accordent sur les fondements du droit pénal, et celui-ci consisterait « *d'une part, dans la substitution aux intérêts individuels de valeurs collectives protégées par l'État et, d'autre part, dans la renonciation de chaque membre du corps social à son droit de justice privé au profit d'une entité étatique seule habilitée à sanctionner les atteintes auxdites valeurs* »⁷⁰⁴ ; mais, tous ne s'accordent pas sur le sens à donner à la peine. Définir le sens de la peine est éminemment difficile ; celle-ci recouvrant une réalité bien plus riche qu'il n'y paraît. Malgré une tentative d'objectivisation de la peine rendue au nom de l'État, pour lui donner un sens, le législateur comme le juge se sont toujours intéressés à la personne ayant commis l'acte infractionnel. Comme le démontre Michel FOUCAULT, « *ce sont elles, ces ombres derrière les éléments de la cause, qui sont bel et bien jugées et punies* », afin d'expliquer l'acte et d'adapter la sanction pour transformer l'individu en un citoyen respectueux des lois et donc qui ne les violera plus⁷⁰⁵. Mais aujourd'hui, en plus de s'intéresser à la personne

⁷⁰⁴ O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in : O. CAHN, K. PARROT (dir.), *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, Cergy Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, Cergy, 2013, p. 35.

⁷⁰⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2012, Paris, pp. 25-26. Il ajoute : « *Jugées par le biais de "circonstances atténuantes" qui font entrer dans le verdict non pas seulement des éléments "éléments circonstanciels" de l'acte, mais tout autre chose, qui n'est pas juridiquement codifiable : la connaissance du criminel, l'appréciation qu'on porte sur lui, ce qu'on peut savoir sur les rapports entre lui, son passé et son crime, ce qu'on peut attendre de lui à l'avenir. Jugées elles le sont aussi par le jeu de toutes ces notions qui ont circulé entre médecin et jurisprudence depuis le XIX^{ème} siècle et qui, sous le prétexte d'expliquer un acte, sont des manières de qualifier un individu. Punies, elles le sont par un châtement qui se donne pour fonction de rendre le délinquant "non seulement désireux, mais aussi capable de vivre en respectant la loi et de subvenir à ses propres besoins", elles le sont par l'économie interne d'une peine qui, si elle sanctionne le crime, peut se modifier selon que se transforme le comportement du condamné ; elles le sont encore par le jeu de ces "mesures de sûreté" dont on accompagne la peine et qui ne sont pas destinées à sanctionner l'infraction, mais à contrôler l'individu, à neutraliser son état*

condamnée, de plus en plus, le juge s'intéresse aux victimes, intérêt démultiplié dans une société où les médias prennent une place considérable. Chaque administré pouvant s'identifier à une victime potentielle, l'opinion publique sollicite toujours « *plus de rigueur, voire de sévérité, à la justice et aux forces de l'ordre, alors même que contrairement à une croyance répandue les sanctions pénales, à faits comparables, sont aujourd'hui nettement plus lourdes qu'il y a quelques années* »⁷⁰⁶. Cette demande a produit des effets conséquents sur les politiques mises en œuvre par les gouvernements puisqu'ils ont progressivement augmenté la sévérité de la peine à l'encontre des récidivistes, quitte à mettre de côté la fonction resocialisatrice de la peine. Pourtant, quand bien même « *la réinsertion sociale est un pari sur l'autre, voire même un défi* »⁷⁰⁷, ou encore un risque pour les administrés, elle est la seule à permettre une lutte efficace contre la récidive, toute peine ayant un terme (**Section 1**). Elle doit donc devenir la fonction principale de la peine et plus particulièrement encore de la peine la plus sévère qu'est la peine privative de liberté, prononcée pour les actes infractionnels les plus graves et sanctionnant les comportements les plus éloignés de la norme sociale. Pour se faire, la réinsertion doit devenir la mission principale du service public pénitentiaire afin que la peine privative de liberté, certes mette à l'écart, mais travaille surtout à la réussite du retour prochain du détenu dans la société. Elle doit devenir une véritable prestation de l'administration pénitentiaire au bénéfice du détenu, engendrant alors à son profit la reconnaissance du statut d'usager du service public pénitentiaire (**Section 2**).

dangereux, à modifier ses dispositions criminelles, et à ne cesser qu'une fois ce changement obtenu ».

⁷⁰⁶ CNCDH, *Réflexions sur le sens de la peine*, 24 janvier 2002.

⁷⁰⁷ P. MBANZOULOU, *La réinsertion sociale des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 18.

Section 1 : La réinsertion, seule fonction permettant à la peine privative de liberté d'être efficace

215- Actuellement, « *la question de la sécurité publique est potentiellement de nature à tout à la fois déterminer et déformer l'essentiel du débat public relatif à la manière dont il convient de traiter au mieux le défi de la réinsertion des détenus* »⁷⁰⁸. Souhaitant répondre aux demandes de risque-zéro émanant de la population, pendant près de vingt ans, les politiques ont durci progressivement la répression à l'égard des condamnés jugés les plus dangereux, les récidivistes. Toutefois, si la lutte contre la récidive est nécessaire, l'absence de récidive étant une preuve de l'efficacité de la sanction pénale, le durcissement de la peine pensé comme une prestation due aux administrés a vite montré ses limites. Axée uniquement sur une répression accrue du condamné, la lutte contre la récidive ne faisait alors que reporter le retour à la société du condamné, sans préparer ledit retour (**Paragraphe 1**). Pourtant, comme le rappelle la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, « *en vertu de dispositions que personne ne conteste, aucune peine, même prononcée à titre définitif, ne l'est aujourd'hui en droit français, tout détenu a vocation à sortir un jour de prison... ce qui suppose une gestion de cette perspective de sortie inéluctable dès le début de l'exécution de la peine* »⁷⁰⁹. Il est donc nécessaire d'accorder une place importante à la fonction resocialisatrice de la peine, seule à même de garantir l'absence de récidive et donc l'efficacité de la peine (**Paragraphe 2**).

⁷⁰⁸ J. TRAVIS, « Les sortants de prison et la sécurité publique : Faire face au défi de la réinsertion des détenus », *AJ Pénal*, 2011, p. 388.

⁷⁰⁹ CNCDH, *op. cit.*

§1 : La sévérité de la sanction, outil inopérant de la lutte contre la récidive

216- Il est clair que « *la compréhension qu'a le public du phénomène criminel lié à la libération de détenus est souvent façonnée par des incidents individuels de forte visibilité médiatique* » et qu'« *une unique affaire tenant à la commission d'un crime horrible par une personne récemment libérée de prison peut facilement écarter toute analyse objective fondée sur des recherches rigoureuses* »⁷¹⁰. Dans une société clientéliste où la sécurité est devenue un droit fondamental au profit des administrés, la lutte contre la récidive est rapidement devenue une promesse électorale à leur destination. À chaque fait divers médiatisé et à chaque nouveau gouvernement, la loi pénale a donc été modifiée afin de durcir le régime pénal applicable aux récidivistes, le durcissement de la peine étant le moyen d'intervention le plus visible par les citoyens (A). Ce système a perduré pendant de nombreuses années, assimilé à une preuve de l'interventionnisme étatique, bien qu'il ait été prouvé que la seule sévérité de la peine soit insuffisante pour réduire de manière conséquente les chiffres de la récidive et donc le taux de criminalité. En réalité, « *la "délinquance zéro" relève du fantasme* »⁷¹¹ et il est apparu que les lois sécuritaires adoptées depuis les années 1990 n'avaient eu que peu d'effets sur les chiffres de la délinquance et pouvaient même avoir, au contraire, un effet néfaste sur les condamnés. Écartés trop longtemps de la société libre, ils peuvent éprouver de grandes difficultés à la réintégrer, faisant perdre tout effet resocialisant à la peine prononcée quand bien même cet objectif soit poursuivi par la peine et le seul à la rendre efficace sur le long terme (B).

⁷¹⁰ J. TRAVIS, « Les sortants de prison et la sécurité publique : Faire face au défi de la réinsertion des détenus », *op. cit.*

⁷¹¹ CNCDH, *op. cit.*

A) La sévérité de la sanction, outil classique de la lutte contre la récidive

217- Jeremy TRAVIS explique qu'« *un crime commis par un détenu récemment libéré est différent d'autres crimes ; pas parce que le crime est en soi différent, mais parce que le criminel est différent. Une partie, et sans doute la plupart, des membres du public, pensent qu'un ancien détenu qui est toujours sous le contrôle de l'État est une personne qui devrait être encore en prison, mais ne l'est pas...* »⁷¹². Ne pouvant empêcher l'existence de l'acte criminel, mais souhaitant répondre aux revendications des administrés, le Gouvernement et le Parlement choisissent alors souvent de réagir avec l'adoption d'une nouvelle loi pénale plus dure à l'égard des récidivistes. Cette action donne aux administrés le sentiment d'avoir été entendus et leur laisse croire, qu'à l'avenir, de tels actes ne se reproduiront pas puisque les condamnés seront en détention pour une durée plus longue, mais aussi contrôlés plus longuement et plus efficacement à leur libération (1). Leur mise à l'écart et leur surveillance seront en outre facilitées puisqu'elles ne seront plus basées uniquement sur leur culpabilité, mais parfois simplement sur leur dangerosité (2).

1. Le durcissement de la peine, mécanisme classique de la lutte contre la récidive

218- La récidive, traduisant un ancrage dans la délinquance, est perçue par les administrés et par les gouvernants comme un symbole de l'échec de la sanction pénale. Elle est aussi perçue comme une absence de volonté de la part du condamné de réintégrer la société et a donc mené au développement d'un droit pénal exorbitant de droit commun à destination des récidivistes. Déjà prévenus et ayant montré par le nouvel acte infractionnel leur refus de réintégrer la société libre pour y vivre dans le respect des lois, ils doivent être écartés le plus longtemps possible de celle-ci.

⁷¹² *Ibidem.*

219- La récidive, symbole de l'échec de la sanction pénale. Symbole de l'échec de la sanction pénale dans son caractère dissuasif et préventif, la récidive a toujours occupé une place importante dans la doctrine pénale. Lutter contre la récidive, c'est-à-dire étymologiquement contre la rechute du délinquant ou du criminel, traduit la volonté constante des politiques pénales d'assurer la sécurité de l'État et de ses membres. Entraînant classiquement l'aggravation de la peine, la récidive n'est toutefois pas « *qu'un simple aspect de la prononciation de la peine* », elle « *traduit la mentalité d'une époque, le souci de séparer et de distinguer les consuetudinaires des délinquants primaires qu'on veut neutraliser* ». Elle est une véritable « *préoccupation de politique criminelle* » et dépasse dès lors la simple approche juridique⁷¹³. Elle a conduit à s'éloigner des concepts juridiques purs pour approcher des concepts criminologiques beaucoup plus flous à l'image de la dangerosité. Définie comme « *un phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens* »⁷¹⁴, cette notion s'avère complexe. Plurielle selon certains distinguant entre dangerosité criminologique et dangerosité psychiatrique⁷¹⁵, unique selon d'autres⁷¹⁶, elle est subjective, mais indissociable des questions liées à la récidive.

220- La récidive est comprise comme l'« *obstination de celui qui ne se soumet pas par la peine* ». Elle traduit l'incorrigibilité du délinquant au XVI^{ème} siècle, est assimilée à une circonstance aggravante pour les Constituants ou encore considérée comme « *une perversité endurcie devant*

⁷¹³ M.-H. RENAUT, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *RSC*, 2000, p. 319.

⁷¹⁴ C. DEBUYST, II^{ème} cours international de criminologie de Paris en 1953 ; in : ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, n°1718, 7 juillet 2004 , p. 45.

⁷¹⁵ V. en ce sens : J.-F. BURGELIN, *Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport de la Commission Santé-Justice, , juillet 2005, p. 10.

⁷¹⁶ V. en ce sens : A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005, p. 18.

appeler une aggravation exceptionnelle de pénalité » sous Napoléon III. Elle n'est ainsi que la traduction juridique du concept de dangerosité devenu « *critère d'élimination des consuetudinaires* ». Bien que variable dans sa forme ou dans ses effets, elle conduit toujours au durcissement de la peine et à la neutralisation de l'infracteur que ce soit par la suppression des garanties pénales habituelles, l'aggravation de la peine ou la création de peines d'exclusion à l'image de la relégation, peine complémentaire coloniale perpétuelle mise en place sous NAPOLEON III⁷¹⁷. Mais ce qu'il est essentiel d'observer, c'est que ce n'est plus l'infraction qui justifie alors la peine, mais la dangerosité potentielle de la personne qui l'a commise. Les Révolutionnaires ont souhaité rendre la peine objective pour lutter contre l'arbitraire pourtant, le droit pénal a laissé une place au concept de dangerosité, même si ce n'est que de manière implicite. Il crée d'ailleurs, pour les récidivistes, des règles spéciales, exorbitantes de droit commun applicables aux primodélinquants. Pratique qui n'a cessé d'exister comme le révèle le droit pénal contemporain.

221- L'application d'un droit exorbitant du droit commun aux récidivistes. Dans le droit pénal contemporain, de nombreux outils existent encore pour sanctionner plus durement les récidivistes, à l'exemple de la période de sûreté créée en 1978⁷¹⁸ ou de la réglementation de la récidive mise en place par le nouveau Code pénal de 1994⁷¹⁹.

⁷¹⁷ M.-H. RENAUT, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *op. cit.*

⁷¹⁸ Loi n°78-1097 du 22 novembre 1978 *modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale*, *JORF* du 23 novembre 1978, p. 3926.

⁷¹⁹ Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions générales du code pénal*, *JORF* du 23 juillet 1992, p. 9864 ; Loi n°92-684 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, *JORF* du 23 juillet 1992, p. 9875 ; Loi n°92-685 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens*, *JORF* du 23 juillet 1992, p. 9887 ; Loi n°92-686 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique*, *JORF* du 23 juillet 1992, p. 9893 ; Loi n°94-89 du 1er

222- Concernant la période de sûreté inscrite à l'article 132-23 du code pénal, il s'agit d'une modalité d'exécution des peines privatives de liberté⁷²⁰. Elle permet à la juridiction de jugement lors du prononcé de la décision de condamnation d'exclure pour un laps de temps fixé toute possibilité d'aménagement de la peine⁷²¹. Conditionnée par le type d'infraction et la durée de la peine prononcée, la période de sûreté montre la volonté du législateur de neutraliser les délinquants et les criminels ayant commis des actes particulièrement graves. Durant un laps de temps défini, « la privation de liberté est pleinement exécutée »⁷²². De cette manière, la période de sûreté permet d'« éloigner de la société des individus perçus comme dangereux »⁷²³. Empêchant toute mesure de resocialisation en milieu ouvert, elle protège la société de tout risque de récidive – durant l'exécution de la peine –, même si pour cela elle empêche toute individualisation effective de la peine privative de liberté durant son exécution. De surcroît, la

février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JORF* du 2 février 1994, p. 1803.

⁷²⁰ Le Conseil constitutionnel, interrogé sur la nature de la période de sûreté, a en effet qualifié celle-ci de modalité d'exécution de la peine privative de liberté, excluant alors l'application des règles propres aux peines. V. CC, 22 novembre 1978, n° 78-98 DC, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, *JORF* du 23 novembre 1978, *Recueil*, p. 33 ; D. NGUYEN QUOC, « Note sous décision n°78-98 DC », *JCP G.*, 1980 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, « Note sous décision n°78-98 DC », *Pouvoirs*, avril 1979, p. 186 ; L. FAVOREU, « La réforme du code de procédure pénale : l'aménagement de l'exécution des peines privatives de liberté », *RDP*, janvier-février 1979. Il a toutefois estimé par la suite que cette mesure était soumise à la non-rétroactivité de la loi pénale. V. CC, 3 septembre 1986, n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, *JORF* du 5 septembre 1986, p. 10788 ; F. LOLOUM, P. NGUYEN DUY-TAN, « Le Conseil constitutionnel et les réforme du droit pénal en 1986 », *RSC*, 1987 ; B. GENEVOIS, « Note sous décision n°86-215 DC », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, p. 444 et p. 451 ; L. FAVOREU, « Note sous décision n°86-215 DC », *RDP*, mars-avril 1989, p. 399.

⁷²¹ Il est question de la suspension ou du fractionnement de la peine, du placement à l'extérieur, de la permission de sortir, de la semi-liberté ou encore de la libération conditionnelle.

⁷²² E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, Manuel, Paris, 2010, p. 948.

⁷²³ *Ibid.*, p. 951.

période de sûreté continue à produire des effets même lorsque le délai fixé est expiré. Par exemple, lors du terme d'une sûreté de quinze ans ou plus, ce qui suppose la commission d'un crime particulièrement grave, l'octroi d'une libération conditionnelle est conditionné à une période préalable sous le régime de la semi-liberté ou du placement sous surveillance électronique⁷²⁴. Tout retour dans la société est donc particulièrement encadré.

223- Intervenant au début des années 1990, la refonte du code pénal est marquée par cette même intention de proposer des mesures pour prévenir la récidive des délinquants et des criminels jugés dangereux du fait de la violence des infractions qu'ils ont commises. S'inscrivant dans la tradition pénale, le code pénal de 1994 conserve la récidive comme cause d'aggravation de la peine⁷²⁵. Mais, il ne s'arrête pas là et franchit une nouvelle étape puisqu'il durcit les règles de la récidive. S'il fait disparaître la récidive pour les contraventions des quatre premières classes, pour les délits et les crimes il « *simplifie [...] le mécanisme de la récidive* » et « *aggrave la rigueur du système* »⁷²⁶. Désormais pour déterminer les termes de la récidive, le législateur ne tient plus compte des peines prononcées, mais des peines encourues, et la récidive emporte en plus de l'aggravation des peines privatives de liberté l'aggravation des peines d'amende. En outre, un tragique fait divers conduit le législateur à franchir une étape supplémentaire deux mois avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en prévoyant la possibilité de prononcer une période de sûreté de trente ans, voire perpétuelle, en cas de condamnation à une réclusion criminelle à perpétuité de l'auteur d'un assassinat d'un mineur de quinze ans, précédé ou accompagné de viol, de tortures ou d'actes de barbarie⁷²⁷. C'est la naissance

⁷²⁴ V. en ce sens : Art. 720-5 du CPP.

⁷²⁵ Art.132-8 et s. du CP.

⁷²⁶ M.-H. RENAULT, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *op. cit.*

⁷²⁷ Art. 221-3 et 221-4 du CP.

de la “perpétuité réelle”, mécanisme de neutralisation le plus poussé du droit pénal français⁷²⁸.

224- Poursuivant un objectif similaire, le rapport de la Commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels remis en avril 1994 entérine « *la rupture dans l'économie punitive en remettant en cause les aménagements de peine et la temporalité des peines* »⁷²⁹. Estimant que « *la récidive est à coup sûr l'un des problèmes les plus graves posés aux pouvoirs publics dans un État de droit* » et qu'« *elle révèle l'échec du système pénal dans son ensemble et remet en question les solutions répressives retenues au regard notamment des finalités de la peine* »⁷³⁰, il invite le législateur à combattre « *l'érosion des peines* ». Préconisant la suppression des grâces collectives, la conversion des réductions de peine supplémentaires en réduction du temps d'épreuve nécessaire pour obtenir la libération conditionnelle, la création d'un suivi postpénal pour tous les condamnés sortant en fin de peine ou encore l'observation continue des détenus afin d'évaluer leur état dangereux, il préfigure les mesures qui vont suivre. En effet, validant les propositions du rapport CABANEL de 1995⁷³¹, dès 1997 le législateur crée le placement sous surveillance électronique⁷³².

⁷²⁸ P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, Paris, 2008, p. 96.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 97.

⁷³⁰ M.-E. CARTIER (prés.), *Commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels*, Rapport, avril 1994.

⁷³¹ G.-P. CABANEL (prés.), *Pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport d'orientation remis au premier ministre, Sénat, 1995. Ce sujet avait toutefois déjà été traité dans le rapport de Gilbert BONNEMAISON rendu en 1989 et consacré à la modernisation du service public pénitentiaire. Le placement sous surveillance électronique y est mentionné comme un potentiel substitut à l'emprisonnement et un outil de lutte contre la récidive idées que l'on retrouve dans le rapport Cabanel. V. G. BONNEMAISON, *Assemblée nationale, Rapport*, 1989.

⁷³² Loi n°97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté, *JORF* du 20 décembre 1997, p. 18452.

Si cette mesure, nécessitant le consentement du condamné, peut être prononcée par le juge de l'application des peines afin d'éviter l'incarcération du condamné à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas un an⁷³³, elle peut également être décidée « à titre probatoire de la libération conditionnelle, pour une durée n'excédant pas un an »⁷³⁴. Ceci ouvre une « brèche dans la finitude des peines »⁷³⁵, brèche qui ne cessera d'être exploitée comme l'illustre la création, dès l'année suivante, du suivi-socio judiciaire qui « emporte, pour le condamné, l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive »⁷³⁶. Il doit ainsi avertir le juge de tout changement d'emploi ou de résidence, s'abstenir de paraître en tout lieu ou catégorie de lieux spécialement désignés et respecter l'injonction de soins décidée à son encontre. Le suivi sociojudiciaire peut être prononcé pour toute peine privative de liberté. Si celle-ci ne s'accompagne pas de sursis, il s'appliquera à compter du jour où la privation de liberté prendra fin⁷³⁷. Il peut donc permettre un suivi du condamné après l'exécution de sa peine, parfois sans limitation de durée⁷³⁸, et toute violation des obligations découlant du suivi sociojudiciaire expose le condamné à un nouvel emprisonnement. Cette nouvelle mesure est donc justifiée par « la crainte

⁷³³ Cette durée est de deux ans depuis la Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *JORF* du 25 novembre 2009, p. 20192.

⁷³⁴ Art. 723-7 du CPP tel qu'il est créé par la Loi n°97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté, *JORF* du 20 décembre 1997, p. 18452.

⁷³⁵ P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, op. cit., p. 97

⁷³⁶ Art. 131-36-1 du CP.

⁷³⁷ Art. 131-36-5 du CP.

⁷³⁸ Art. 131-36-1 du CP.

du retour à la vie libre »⁷³⁹, « le temps de ce suivi est un temps que la société se donne pour minimiser les risques de dangerosité »⁷⁴⁰. C'est une peine après la peine, une « extension de l'ombrelle pénale »⁷⁴¹.

225- Cette évolution amorce une nouvelle étape dans la lutte contre la récidive comme l'atteste le dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale d'une proposition de loi tendant à instaurer des peines minimales en matière de récidive en 2004⁷⁴². Proposant notamment l'introduction de "peines-plancher" c'est-à-dire du caractère automatique de l'aggravation de peines encourues pour les récidivistes, d'écarter les récidivistes du bénéfice des aménagements de peine, cette proposition est jugée trop répressive et contraire à la tradition juridique française puisque s'intéressant plus à la personne qui a commis l'infraction qu'à l'infraction elle-même. Néanmoins, elle est annonciatrice des mesures qui vont suivre. Ceci s'observe déjà avec la loi du 9 mars 2004 adoptée en parallèle⁷⁴³. Bien qu'exprimant pour la première fois que « l'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire »⁷⁴⁴, le législateur voit dans la lutte contre les "sorties-sèches" non pas un moyen d'assurer le rôle resocialisateur de la peine, mais plutôt un moyen d'étendre le champ d'application des mesures de contrôle et des obligations prévues aux articles 132-44 et 132-45 du code pénal dans la cadre du sursis mise à l'épreuve aux sortants de prison. Dans ce souci de surveillance des

⁷³⁹ P. COUV RAT, « Le suivi sociojudiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC*, 1999, p. 376.

⁷⁴⁰ D. SALAS, « Le délinquant sexuel », in : A. GARAPON, D. SALAS (dir.), *La justice et le mal*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1997, p. 67.

⁷⁴¹ Cl. JOLIBOIS, Doc. Sénat, 22 octobre 1997, n°49.

⁷⁴² Loi déposée le 4 février 2004 à l'initiative de C. ESTROSI et de G. LEONARD

⁷⁴³ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* du 10 mars 2004, p. 4567. Celle loi est directement issue des travaux de la Commission WARSMANN. V. J.-L. WARSMANN, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines de prison et la préparation des détenus à la sortie de prison*, Ministère de la Justice, Paris, 2003.

⁷⁴⁴ Art. 707 alinéa 3 du CPP.

condamnés, il modifie l'article 131-6-1 du code pénal et allonge la durée du suivi sociojudiciaire à vingt ans pour les délits, et à trente ans voire perpétuité pour les crimes. Suivi sociojudiciaire qu'il rend également plus strict lors de l'exécution d'une peine privative de liberté. Désormais, en cas de refus de sa part de suivre le traitement proposé dans le cadre de ce suivi, le détenu est dans l'impossibilité d'obtenir des réductions de peines supplémentaires, « *accordée aux condamnés qui manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale* »⁷⁴⁵.

226- Si le législateur refuse encore d'instaurer des peines automatiques et de durcir de manière drastique le post-sentenciel, il développe donc progressivement des mécanismes permettant de neutraliser les récidivistes qui visent en particulier « *le délinquant, qui s'étant rendu coupable d'une infraction par le passé, risque très probablement d'en perpétuer un autre* » en s'intéressant à la « *dangerosité post-delictum* ». La notion de dangerosité n'apparaît toutefois que de manière implicite dans la loi. Elle n'est observable qu'à travers le vocabulaire utilisé par le législateur ou les magistrats : « *période de sûreté* », « *mesures de sûreté* », « *prévenir le renouvellement d'infractions* »...⁷⁴⁶ N'étant pas un critère explicite de justification de la peine ou de la mesure de sûreté, ses effets demeurent limités. Ils ne sont pour autant pas insignifiants. Certains auteurs écrivent déjà que « *la notion de dangerosité occupe [...] un rôle prépondérant en matière de justice pénale au point de constituer l'un des critères sur lesquels les magistrats, voire les autorités administratives, fondent leurs décisions portant sur la privation de liberté* »⁷⁴⁷. Ce rôle va se préciser et s'amplifier dès 2005 alors que le ministre de la Justice, Pascal CLEMENT, fait part de son ambition « *de mettre en œuvre un dispositif faisant baisser le taux de*

⁷⁴⁵ Art. 721-1 du CPP.

⁷⁴⁶ A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français*, op. cit., pp. 24-25.

⁷⁴⁷ D. GIOVANNANGELLI, J. CORNET, C. MORMONT, *Etude comparative dans les 15 pays de l'Union européenne : les méthodes et les techniques d'évaluation de la dangerosité et du risque de récidive des personnes présumées ou avérées délinquants sexuels, Programme STOP de la commission européenne*, Université de Liège, septembre 2000.

récidive », et évoque la nécessité « *de prendre en compte la dangerosité de certains profils de délinquants afin de mieux défendre la société* »⁷⁴⁸. Il est écouté par le législateur qui, avec la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales⁷⁴⁹, mentionne désormais expressément la dangerosité dans les critères d'application du droit pénal. Cette évolution « *marque un changement radical de cap en matière de récidive* ». Comme l'écrit Christine LAZERGES, « *débute l'ère d'une politique criminelle gouvernementale et législative de durcissement des peines et de renaissance des mesures de sûreté fondées sur la dangerosité plus que sur la culpabilité* »⁷⁵⁰.

2. *Le durcissement de la peine, mécanisme étendu par l'utilisation explicite du concept de dangerosité*

227- Pascal CLEMENT avait déjà en 2004, lors du rapport d'information à l'Assemblée nationale coécrit avec Gérard LEONARD, affirmé qu'il fallait s'attaquer « *au "noyau dur" de la délinquance* », c'est-à-dire « *aux personnes qui, en dépit de sanctions considérablement renforcées, perdurent dans leurs habitudes criminelles* ». Selon lui, « *parce qu'elle atteste d'un enracinement dans la délinquance, la récidive signale la dangerosité sociale d'un individu et doit conduire au prononcé de sanctions aggravées* »⁷⁵¹. Nommé ministre de la Justice en juin 2005, il reprend ce même discours pour défendre la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales alors à l'examen au Parlement. Nonobstant son opposition aux peines-plancher, il affirme être « *persuadé qu'un récidiviste*

⁷⁴⁸ P. CLEMENT, « Mieux prévenir la récidive », *AJ Pénal*, 2005, p. 345.

⁷⁴⁹ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JORF* du 13 décembre 2005, p. 19152.

⁷⁵⁰ C. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC*, 2012, p. 274.

⁷⁵¹ P. CLEMENT, G. LEONARD (prés.), *La lutte contre la récidive au cœur de la politique pénale*, Assemblée nationale, Rapport d'information n°1718, juillet 2004.

a prouvé par ses actes qu'il était la source d'un trouble grave pour la société » et qu'il faut, pour lutter efficacement contre la récidive « rendre les sanctions plus dissuasives et [...] adresser aux délinquants un signal fort », mais aussi « mieux détecter les délinquants potentiels et [...] mieux suivre les condamnés ayant terminé leur peine »⁷⁵². Cette intention se retrouve dans le rapport de la commission Santé-Justice présidée par Jean-François BURGELIN rendu en juillet 2005⁷⁵³. Cette commission souhaite instaurer de nouvelles mesures de sûreté pour les individus présentant une dangerosité et ayant purgé leur peine. Elle propose à cette fin le développement du placement sous surveillance électronique, du suivi socio-judiciaire mais également la création de « centres fermés de protection sociale ». Ni hôpitaux, ni prisons, ils « consisteraient en des lieux fermés et sécurisés d'hébergement, dotés d'équipes spécialisées dans la prise en charge des individus dangereux » après l'exécution de leur peine⁷⁵⁴. La loi adoptée le 12 décembre 2005⁷⁵⁵ ne reprend qu'une partie de ces propositions, mais donne un support normatif au concept de dangerosité ce qui permettra leur développement progressif. En effet, cette loi n'est que la première d'une longue série ayant pour objectifs d'alourdir la répression de la récidive et de développer les mesures de sûreté en créant des dispositifs de plus en plus contraignants.

228- L'alourdissement de la répression. Si la loi du 12 décembre 2005 refuse le caractère automatique des peines prononcées en cas de récidive et d'imposer au juge un *minima* au-dessous duquel il ne peut descendre, elle durcit tout de même considérablement les règles applicables en cas de nouvelle infraction. Déjà, elle définit pour la première fois le concept de

⁷⁵² P. CLEMENT, « Mieux prévenir la récidive », *op. cit.*

⁷⁵³ Santé, justice et dangerosité : Pour une meilleure prévention de la récidive, Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par M. Jean-François BURGELIN, juillet 2005, 193 p. V. E. NADJAR, P. LEMOUSSU, « Rapport Burgelin : des propositions en vue d'une meilleure prévention de la récidive », *AJ Pénal*, 2005, p. 319.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 77.

⁷⁵⁵ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JORF* du 13 décembre 2005, p. 19152.

réitération afin d'empêcher le bénéficiaire d'une confusion de peines à une personne « ayant déjà été condamnée définitivement pour un crime et un délit » et qui « commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale ». En cas de réitération, « les peines prononcées se cumulent sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente »⁷⁵⁶. Ensuite, elle élargit le nombre de situations relevant des règles de la récidive en instaurant de nouvelles assimilations d'infractions⁷⁵⁷ et en prévoyant que « les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un État membre de l'Union Européenne sont prises en compte au titre de la récidive »⁷⁵⁸. Elle facilite également leur prise en compte par le juge puisque désormais « l'état de récidive légale peut être relevé d'office par la juridiction de jugement même lorsqu'il n'est pas mentionné dans l'acte de poursuites »⁷⁵⁹ et, lors de la commission d'un délit, pour prononcer une peine privative de liberté, « il n'y a pas lieu à motivation spéciale lorsque la personne est en état de récidive légale »⁷⁶⁰. Enfin, cette loi augmente la durée effective des peines prononcées à l'encontre des récidivistes. Le sursis avec mise à l'épreuve pouvant être prononcé pour une période allant de dix-huit mois à trois ans pour les primodélinquants peut l'être pour « cinq ans en cas de récidive légale » et

⁷⁵⁶ Art. 132-16-7 du CP.

⁷⁵⁷ Art. 132-16-3 et 132-16-4 du CP. Sont ainsi assimilés les délits de traite des êtres humains et de proxénétisme, ainsi que les délits de violences volontaires aux personnes et tout délit commis avec la circonstance aggravante de violence.

⁷⁵⁸ Art. 132-16-6 du CP devenu depuis 2010 Art. 132-23-1 du CP.

⁷⁵⁹ Art. 132-16-5 du CP. Cet article ajoute toutefois que cela n'est possible que « dès lors qu'au cours de l'audience la personne poursuivie en a été informée et qu'elle a été mise en mesure d'être assistée d'un avocat et de faire valoir ses observations ». Cette disposition a été beaucoup critiquée, car elle s'est avérée favorable aux prévenus ne venant pas à l'audience.

⁷⁶⁰ Art. 132-19 du CP. Cet article a été modifié par la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité de sanctions pénales faisant de la peine privative de liberté une peine de dernier recours y compris pour les récidivistes.

« sept ans en cas de nouvelle récidive légale »⁷⁶¹. Les peines privatives de liberté sont elles aussi alourdies puisque les crédits de réduction de peine sont réduits en cas de récidive légale⁷⁶², tout comme les possibilités de réduction de peine supplémentaires prenant nouvellement en compte le fait pour le condamné de « suivre une thérapie destinée à limiter les risques de récidive »⁷⁶³. De même, les possibilités d'accès aux mesures de probation sont limitées ; le temps d'épreuve maximal avant d'avoir accès à la libération conditionnelle est augmenté pour les récidivistes⁷⁶⁴ et le législateur conditionne la suspension de peine pour raison médicale à l'absence de « risque grave de renouvellement de l'infraction »⁷⁶⁵.

229- La loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs⁷⁶⁶ vient parachever l'entreprise commencée en 2004 avec la création des "peines-plancher"⁷⁶⁷. Si ce ne sont pas de réelles peines automatiques, elles ont tout de même pour conséquences de restreindre « les

⁷⁶¹ Art. 132-42 du CP.

⁷⁶² Art. 721 du CPP. Alors qu'en principe « chaque condamné bénéficie d'un crédit de réduction de peine calculé sur la durée de la condamnation prononcée à hauteur de trois mois pour la première année, de deux mois pour les années suivantes et, pour une peine de moins d'un an ou pour la partie de peine inférieure à une année pleine, de sept jours par mois », « lorsque le condamné est en état de récidive légale, le crédit de réduction de peine est calculé à hauteur de deux mois la première année, d'un mois pour les années suivantes et, pour une peine de moins d'un an ou pour la partie de peine inférieure à une année pleine, de cinq jours par mois ».

⁷⁶³ Art. 721-1 du CPP. On peut déduire de cet article, qu'*a contrario*, le refus de suivre une telle thérapie conduit au refus par le juge de l'application des peines d'accorder une telle réduction de peine.

⁷⁶⁴ Art. 729 du CPP. Le temps maximal d'épreuve passe de quinze à vingt années pour les récidivistes, et de dix-huit à vingt-deux années pour les récidivistes condamnés à une peine de réclusion à perpétuité.

⁷⁶⁵ Art. 720-1-1 du CPP.

⁷⁶⁶ Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *JORF* du 11 août 2007, p. 13466.

⁷⁶⁷ V. en ce sens P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, op. cit., p. 106.

pouvoirs d'appréciation du juge quant au choix de la peine et à ses modalités, alors que le principe d'individualisation de la peine a depuis longtemps [...] conduit le législateur à renoncer à toute idée de systématisation de la sanction »⁷⁶⁸. Les articles 132-1-1 et 132-19-1 du Code pénal⁷⁶⁹ mettent en place des seuils en dessous desquels la peine ne peut être prononcée lors d'un crime ou d'un délit commis en état de récidive légale. Ces seuils varient en fonction de la peine encourue et donc de la gravité de l'infraction commise pour atteindre en moyenne le tiers de la peine maximale⁷⁷⁰. Il existe toutefois des possibilités de déroger à ces peines minimales en tenant compte « *des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci* »⁷⁷¹, mais ces critères sont difficiles à remplir lorsqu'il s'agit d'actes en récidive, particulièrement pour les gages de réinsertion.

⁷⁶⁸ CNCDH, *Avis sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive*, 20 septembre 2007.

⁷⁶⁹ Ces articles ont été abrogés par la loi du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité de sanctions pénales*.

⁷⁷⁰ Selon l'article 132-18-1 du code pénal, « *pour les crimes commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement, de réclusion ou de détention ne peut être inférieure aux seuils suivants : 1° Cinq ans, si le crime est puni de quinze ans de réclusion ou de détention ; 2° Sept ans, si le crime est puni de vingt ans de réclusion ou de détention ; 3° Dix ans, si le crime est puni de trente ans de réclusion ou de détention ; 4° Quinze ans, si le crime est puni de la réclusion ou de la détention à perpétuité* ». Selon l'article 132-19-1 du code pénal, « *pour les délits commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants : 1° Un an, si le délit est puni de trois ans d'emprisonnement ; 2° Deux ans, si le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement ; 3° Trois ans, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement ; 4° Quatre ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement* ».

⁷⁷¹ Article 132-18-1 et 132-19-1 du CP. L'article 132-19-1 distingue cependant le cas particulier de la nouvelle récidive en limitant les possibilités de déroger au seuil minimal à la présence de « *garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* ».

230- De manière similaire, la loi du 25 février 2008⁷⁷² vient compléter la loi du 12 décembre 2005 en durcissant une fois encore les conditions d'octroi des réductions de peine et des réductions de peine supplémentaires durant l'exécution d'une peine privative de liberté. Elle crée un cas particulier pour les condamnés qu'elle juge particulièrement dangereux, ceux ayant été condamnés « *pour les crimes ou délits, commis sur un mineur, de meurtre ou d'assassinat, torture ou actes de barbarie, viol, agression sexuelle ou atteinte sexuelle* ». Pour eux, le retrait de réduction de peine est possible dès lors qu'il y a un refus pendant l'incarcération de suivre le traitement proposé par le juge d'application des peines, sur avis médical⁷⁷³ et les réductions supplémentaires de peine sont réduites en cas de refus de soins⁷⁷⁴.

231- Ces différents exemples démontrent la volonté du législateur de durcir les sanctions encourues par les récidivistes. Ils s'inscrivent dans la continuité de la réglementation traditionnelle de la récidive, perçue comme une circonstance aggravante lors du prononcé de la peine, mais franchissent une étape supplémentaire en diminuant progressivement la latitude du juge. La dangerosité prime sur l'individualisation lorsqu'il s'agit de choisir la peine à prononcer, la fonction neutralisatrice de la peine prime sur la fonction resocialisatrice. Si le juge s'intéresse au condamné plus qu'à l'infraction, ce n'est que pour le sanctionner plus durement et mieux le contrôler. Le concept de dangerosité n'a d'ailleurs pas été utilisé en premier lieu pour l'instauration de peines plus dures, la réalisation de l'infraction étant un critère suffisant, mais surtout pour permettre le développement de la surveillance des personnes potentiellement dangereuses.

232- Le développement des mesures de sûreté. L'utilisation du concept de dangerosité, de par son caractère subjectif et prédictif, a permis de légitimer

⁷⁷² Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 *relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, JORF du 26 février 2008, p. 3266.

⁷⁷³ Art. 721 du CPP.

⁷⁷⁴ Art. 721-1 du CPP. Elles sont réduites à celle d'un récidiviste de droit commun pour l'un de ces actes commis une première fois, ou à un mois par an ou deux jours par mois, si le condamné a commis l'un de ces actes en état de récidive.

le développement des mesures de sûreté, et plus précisément des mesures de contrôle de l'État sur le condamné une fois sa peine exécutée. Traditionnellement admise comme « *une sanction préventive* » qui « *doit empêcher le délinquant de commettre une nouvelle infraction* », ou encore comme une mesure n'ayant « *pas pour objet de faire souffrir le condamné ou de le priver d'un bien, mais de l'aider à sortir d'un état dangereux pour lui et pour les tiers* »⁷⁷⁵ et donc favorisant la réinsertion, aujourd'hui la mesure de sûreté apparaît surtout comme le moyen offrant la possibilité d'apprécier la dangerosité de l'infracteur plutôt que sa culpabilité et de le surveiller sans limitation de durée⁷⁷⁶. En raison de la conception objective de la peine – elle sanctionne l'acte et non le délinquant – et de la temporalité de la peine – elle a un début et une fin -, la mesure de sûreté avait disparu, au moins de manière expresse, du Code pénal de 1994⁷⁷⁷. Mais la loi du 12 décembre 2005 affiche à nouveau la volonté du législateur de développer des mesures de sûreté puisqu'il qualifie comme tel le placement sous surveillance électronique mobile dans le cadre du suivi sociojudiciaire et la surveillance judiciaire nouvellement créée. Ce retour à la notion de mesure de sûreté est concomitant à l'apparition de la notion de dangerosité dans la loi pénale ce qui n'a rien d'étonnant puisque ces deux notions sont étroitement liées ; la dangerosité est utilisée pour justifier le développement de ces nouvelles mesures.

233- La loi du 12 décembre 2005 autorise « *à titre de mesure de sûreté* », dans le cadre du suivi sociojudiciaire, le placement sous surveillance électronique mobile « *à l'encontre d'une personne majeure condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans et*

⁷⁷⁵ C. LAZERGES, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *RSC*, 2006, p. 183.

⁷⁷⁶ J.-P. CERE, « Peine (Nature et prononcé) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, janvier 2016.

⁷⁷⁷ En réalité, certaines mesures même si elles ne sont pas nommées comme telles sont assimilables à des mesures de sûreté comme le sursis avec mise à l'épreuve, la libération conditionnelle, etc.

dont une expertise médicale a constaté la dangerosité, lorsque cette mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin »⁷⁷⁸. « Alors que le placement sous surveillance électronique permet de savoir qu'une personne est en un lieu donné pendant des périodes prédéterminées, le placement sous surveillance électronique mobile permet de savoir à chaque instant et en tout lieu où elle se trouve », un glissement vers un nouveau type de surveillance est donc légitimé au nom de la dangerosité⁷⁷⁹. C'est en raison de ses conséquences importantes à l'égard du condamné que le placement sous surveillance électronique mobile a fait l'objet de débats houleux à l'Assemblée nationale quant à sa durée, son application dans le cadre du suivi sociojudiciaire et de la libération conditionnelle ou encore quant à son application dans le temps, « le flou entretenu par les parlementaires sur la nature de la sanction "bracelet électronique", [créant] un véritable malaise sur le sujet tout au long des débats »⁷⁸⁰. Alors que le rapport FENECH⁷⁸¹ avait qualifié cette mesure de peine, le législateur choisit d'instaurer une « mesure de sûreté », cette dénomination permettant l'application de cette mesure aux personnes ayant été condamnées avant l'adoption de la loi. Saisi de cette loi par soixante sénateurs, alors qu'il avait affirmé quelques années plus tôt que le principe de non application immédiate des lois pénales de fond plus sévères « ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à la période de sûreté qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de juridiction de

⁷⁷⁸ Art. 131-36-9 et 131-36-10 du CP. L'expertise médicale du condamné mentionnée est réalisée un an au moins avant la date prévue de libération, et l'examen est destiné « à évaluer sa dangerosité et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction ». V. Art. 763-10 du CPP.

⁷⁷⁹ C. LAZERGES, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *op. cit.*

⁷⁸⁰ *Ibidem*. L'auteur revient de manière plus précise sur l'évolution du texte de loi durant la navette parlementaire et les points de divergence entre les deux chambres du Parlement.

⁷⁸¹ G. FENECH, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Rapport au Premier Ministre, Documentation française, 2005.

jugement »⁷⁸², le Conseil constitutionnel effectue un véritable « revirement de jurisprudence »⁷⁸³. Jugeant qu'il ne s'agit que d'une simple « modalité d'exécution de la peine », il estime que le placement sous surveillance électronique mobile peut être appliqué de manière rétroactive⁷⁸⁴. Il déclare par cette même décision le nouveau type de surveillance pénale mis en place conforme aux droits et libertés constitutionnellement protégés. Point confirmé par le Conseil d'État en 2007 qui juge alors cette mesure conventionnelle⁷⁸⁵.

⁷⁸² CC, 3 septembre 1986, n° 86-215 DC, *op. cit.*

⁷⁸³ C. LAZERGES, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *op. cit.*

⁷⁸⁴ CC, 8 décembre 2005, n°2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, *JORF* du 13 décembre 2005, p. 19162 ; F. ROUVILLOIS, « La notion de dangerosité devant le Conseil constitutionnel », *D.*, 2006, pp. 966-970 ; S. NICOT, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (octobre-décembre 2005) », *RFDC*, avril-juin 2006, pp. 348-355 ; J.-F. SEUVIC, « Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive. Placement sous surveillance électronique mobile, suivi sociojudiciaire, "surveillance judiciaire" », *RSC*, 2006, pp. 357-359 ; G. SCHMITTER, « Note sous décision n°2005-527 DC », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2005, pp. 571-573 ; J.-E. SCHOETTL, « La loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales devant le Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 2005, pp. 9-17 ; M. HERZOG-EVANS, « PSEM : après le Conseil constitutionnel, la validation par le Conseil d'État », *AJ Pénal*, 2008, pp. 131-134 ; P.-J. DELAGE, « La constitutionnalité évincée (à propos de la mesure d'éviction du domicile de l'article 41-1 6° du code de procédure pénale) », *Archives de politique criminelle*, 2007, pp. 59-67.

⁷⁸⁵ CE, 12 décembre 2007, req. n°293993, *Section française de l'Observatoire international des prisons* ; M. HERZOG-EVANS, « PSEM : après le Conseil constitutionnel, la validation par le Conseil d'État », *AJ Pénal*, 2008, pp. 131-134. Le Conseil d'État juge « que l'application d'une mesure de placement sous surveillance électronique mobile, qui ne peut intervenir qu'avec le consentement de l'intéressé, est limitée dans le temps et ne peut être ordonnée que par le juge ou le tribunal d'application des peines ; que cette mesure, dont la mise en œuvre ne repose pas sur la culpabilité des condamnés, mais sur leur dangerosité, répond à un objectif de prévention de la récidive commun au placement sous surveillance judiciaire et à la mise en liberté conditionnelle ; que, lorsqu'elle est prononcée dans le cadre de la surveillance judiciaire, elle ne peut se poursuivre au-delà de la durée de la peine initialement prononcée et, dès lors, est constitutive d'une mesure d'exécution de cette peine ; que lorsqu'elle est prononcée dans le cadre d'une libération conditionnelle, elle

234- Des questions similaires se sont posées lors de la création de la surveillance judiciaire aux articles 723-29 et suivants du code de procédure pénale et, cette fois encore, les juges ont validé le dispositif mis en place. Cette nouvelle mesure permet, « *lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à dix ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi sociojudiciaire est encouru* », d'« *ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération et pendant une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine ou aux réductions de peine supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait* ». Le risque de récidive étant « *constaté par une expertise médicale [...] dont la conclusion fait apparaître la dangerosité du condamné* ». Cette mesure a été qualifiée de mesure de sûreté pour permettre son application de manière rétroactive. En effet, elle a été instaurée principalement pour « *être infligée à des délinquants et criminels actuellement emprisonnés, mais auxquels on n'a pas imposé le suivi sociojudiciaire parce qu'ils ont commis leurs infractions avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 1998 qui l'a institué* »⁷⁸⁶. Comme l'explique Emmanuel DREYER, « *parce qu'elle aurait trait à l'état dangereux actuel du condamné, la surveillance judiciaire serait immédiatement applicable*

constitue une modalité d'aménagement de la peine, le refus d'un tel placement ayant pour seule conséquence le refus de la libération conditionnelle sans que soient affectées les réductions de peine dont bénéficie le condamné ; qu'ainsi, dans l'un et l'autre cas, le placement sous surveillance électronique mobile ne constitue par lui-même, ni une peine ou une sanction au sens des stipulations de l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, par suite, la Section française de l'Observatoire international des prisons n'est pas fondée à soutenir que le décret attaqué aurait été pris en méconnaissance du principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions énoncé par cet article ». Il ajoute qu'il s'agit d' « *une mesure qui, dans le cadre de l'exécution ou de l'aménagement d'une peine, permet, de par ses caractéristiques techniques, de concilier un objectif de prévention de la récidive et le droit au respect de la vie privée et familiale du condamné, dans des conditions plus satisfaisantes que ne l'autorise l'incarcération* ».

⁷⁸⁶ J.-H. ROBERT, « Les murailles du silicium », *JCP G.*, 2006, p. 412.

indépendamment du point de savoir quand l'infraction a été commise, c'est-à-dire même si l'infraction a été commise bien avant son entrée en vigueur »⁷⁸⁷. Thèse à laquelle a adhéré le Conseil constitutionnel, car lors de l'examen de la loi il a considéré que la surveillance judiciaire « *repose non sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité ; qu'elle a pour seul but de prévenir la récidive ; qu'ainsi, la surveillance judiciaire ne constitue ni une peine, ni une sanction* ». Puisqu'elle n'est qu'« *une modalité d'exécution de la peine prononcée dans la mesure où sa durée est limitée à celle des réductions de peine dont le condamné a pu bénéficier* », il a donc admis son application rétroactive, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ne s'appliquant qu'« *aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition* »⁷⁸⁸. Thèse à laquelle s'est également ralliée la Cour de cassation puisqu'elle a jugé que les dispositions régissant la surveillance judiciaire sont immédiatement applicables aux condamnés dont le risque de récidive est constaté après la date d'entrée en vigueur de la loi⁷⁸⁹. Décision pourtant « *étonnante* »⁷⁹⁰ et qui a demandé quelques « *contorsions nécessaires pour faire appliquer certaines dispositions à des personnes condamnées qui ne remplissaient pas a priori les conditions de son application* »⁷⁹¹, montrant alors la forte volonté du législateur et des juridictions de renforcer le caractère neutralisant de la peine privative de liberté et la soumission du détenu. Le retour des mesures de sûreté basées sur la notion de dangerosité est enclenché. La loi du 12 décembre 2005 élargit d'ailleurs également les possibilités de prononcer le suivi

⁷⁸⁷ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 788.

⁷⁸⁸ CC, 8 décembre 2005, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, op. cit.

⁷⁸⁹ Cass. crim, 21 janvier 2009, n° 08-83.372 ; 29 avril 2009, n°08-86.690.

⁷⁹⁰ M. LENA, « Placement sous surveillance judiciaire : application de la loi dans le temps. Arrêt rendu par Cour de cassation, crim., 20 janvier 2009, n°08-83.372 », *Dalloz*, 2009, p. 1326.

⁷⁹¹ E. FORTIS, « Le risque de récidive et l'application immédiate du placement sous surveillance judiciaire (Cass. Crim. 29 avril 2009, n°08-86.690) », *RSC*, 2010, p. 127.

sociojudiciaire⁷⁹² et d'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes⁷⁹³.

235- Ce mouvement sera confirmé par les lois du 5 mars⁷⁹⁴ et du 10 août 2007, avec l'instauration de nouvelles possibilités d'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes et du caractère obligatoire, sauf dispositions contraires, de l'injonction de soins lors du prononcé du suivi sociojudiciaire⁷⁹⁵ ou du sursis avec mise à l'épreuve⁷⁹⁶. Mais il trouve son point culminant avec la loi du 25 février 2008 créant la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté, mesures dont le champ d'application est étendu par la loi du 10 mars 2010⁷⁹⁷.

236- La loi du 25 février 2008 ajoute un nouveau chapitre au code de procédure pénale consacré auxdites mesures. Elle crée l'article 706-53-13, selon lequel « *à titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté selon les modalités prévues par le présent chapitre, à la condition qu'elles aient été condamnées à une peine de réclusion criminelle*

⁷⁹² Art. 221-9-1 du CP.

⁷⁹³ Art. 706-53-1 du CPP. Créé par la loi du 9 mars 2004, ce fichier « *constitue une application automatisée d'informations nominatives tenue par le service du casier judiciaire sous l'autorité du ministre de la justice et le contrôle d'un magistrat* » et a pour but « *de prévenir le renouvellement des infractions* » et « *de faciliter l'identification de leurs auteurs* ». Ne concernant initialement que les auteurs d'infractions sexuelles, il traite depuis 2005 également des auteurs d'infractions violentes.

⁷⁹⁴ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 *relative à la prévention de la délinquance*, JORF du 7 mars 2007, p. 4297.

⁷⁹⁵ Art. 131-36-4 du CP.

⁷⁹⁶ Art. 131-35-1.

⁷⁹⁷ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 *tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale*, JORF du 11 mars 2010 p. 4808.

d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes [les plus graves⁷⁹⁸] ». Cette rétention de sûreté n'est possible « *que si la cour d'assises a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté* ». Elle « *consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure* ». Cette mesure ne pourra être prononcée que suite à une évaluation de la dangerosité du condamné au moins un an avant la date prévue de sa libération, évaluation réalisée suite à son placement « *pour une durée d'au moins six semaines, dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts* »⁷⁹⁹. Elle est prononcée par la juridiction régionale de la rétention de sûreté⁸⁰⁰ pour une durée d'un an, indéfiniment renouvelable⁸⁰¹. Cette juridiction peut aussi, suite à une mesure de rétention de sûreté ou si le condamné en fin de peine présente des risques de commettre l'un des crimes particulièrement graves mentionnés à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale, prononcer une mesure de surveillance de sûreté d'une durée d'un an⁸⁰², renouvelable sans limite⁸⁰³. En cas de non-respect des obligations qui découlent de cette mesure – obligations similaires à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire -, la personne ayant alors « *fait apparaître [qu'elle] présente à nouveau une particulière dangerosité* » pourra être placée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté, placement

⁷⁹⁸ La liste de crimes permettant le prononcé d'une mesure de rétention de sûreté a été allongée par la loi du 10 mars 2010.

⁷⁹⁹ Art. 706-53-14 du CPP.

⁸⁰⁰ Cette juridiction est composée d'un président de chambre et de deux conseillers de la cour d'appel, désignés par le président de cette cour pour une durée de trois ans. V. Art. 706-53-15 du CPP.

⁸⁰¹ Art. 706-53-16 du CPP.

⁸⁰² Deux ans depuis la loi du 10 mars 2010.

⁸⁰³ Art. 706-53-19 du CPP.

qui devra être confirmé dans les trois mois après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté⁸⁰⁴.

237- La rétention de sûreté et la surveillance de sûreté sont des mesures particulièrement contraignantes. Comme l'écrit Yves MAYAUD, « *la mesure de sûreté vient de franchir un cap qu'elle n'avait jamais atteinte, elle est désormais compatible avec une privation totale de liberté, ce qui en fait une forme de relégation* »⁸⁰⁵. C'est pourquoi la nature de la rétention de sûreté a fait l'objet de nombreux débats et la loi du 25 février 2008 a entraîné une saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés et par soixante sénateurs, ainsi que de nombreuses critiques de la part de la société civile. Les députés ont estimé que la rétention de sûreté a « *pour objet de renverser l'un des principes les mieux établis de notre droit pénal qui veut que la justice ait le pouvoir d'emprisonner un homme à raison d'une infraction commise ou, pour la détention provisoire, à raison d'une infraction dont il est fortement soupçonné d'être l'auteur* ». Avec cette mesure, « *pour prévenir un crime virtuel, des hommes et des femmes déjà jugés, déjà condamnés et dont la peine aura été purgée, seront détenus au seul motif de leur dangerosité présumée* », ce qui s'avère contraire au « *principe fondamental de notre droit [qui] est celui de l'absence de détention dans le cas où il n'y a pas d'infraction* »⁸⁰⁶. De même, les sénateurs ont considéré que « *sans avoir commis de nouvelles infractions et bien qu'ayant déjà payé sa dette à la société, le condamné sera à nouveau privé de liberté en fonction d'un état présumé de dangerosité* », « *la mesure de rétention de sûreté devient une peine prononcée pour une infraction qui n'a pas été commise, puisque hypothétique, violant ainsi le principe de la légalité des délits et des peines* »⁸⁰⁷. Enfin, la doctrine au soutien de ces saisines du Conseil constitutionnel, a écrit notamment que la rétention de sûreté est

⁸⁰⁴ *Ibidem*.

⁸⁰⁵ Y. MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », *Dalloz*, 2008, p. 1359.

⁸⁰⁶ Cité par C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 731.

⁸⁰⁷ *Ibidem*.

« une sorte de monstre qui inscrirait la France dans un modèle de politique criminelle totalitaire »⁸⁰⁸. Christine LAZERGES relève qu'avec cette mesure « les auteurs de crimes graves, au nom d'une hypothétique société du risque zéro ou de la perversion du principe de précaution, seraient enfermés à leur sortie de prison non pas en vertu d'un jugement sanctionnant une nouvelle infraction, mais en raison d'un état considéré comme potentiellement dangereux ». Il s'agit d'un bouleversement sur le plan éthique, la rétention de sûreté « ouvrant la possibilité d'une relégation éternelle fondée sur un simple pronostic »⁸⁰⁹. Comme le soutient Robert BADINTER, « nous quittons la réalité des faits (le crime commis) pour la plasticité des hypothèses »⁸¹⁰. La saisine du Conseil constitutionnel avait donc pour objet à la fois de contester l'indétermination dans le temps de la rétention de sûreté, mais aussi sa qualification. En raison de ses effets, à savoir une privation de liberté illimitée, il ne peut, selon les auteurs de la saisine, s'agir que d'une peine, soumise aux principes du droit pénal tels que la proportionnalité de la peine et la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères.

238- Ces attentes, nombreuses, n'obtiendront pas de réponses claires de la part du Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 21 février 2008⁸¹¹, il

⁸⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Paris, 1992, 462 p.

⁸⁰⁹ C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

⁸¹⁰ R. BADINTER, « La prison après la peine », *Le Monde*, 27 novembre 2007.

⁸¹¹ CC, 21 février 2008, Décision n°2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, *JORF* du 26 février 2008, p. 3272 ; B. MATHIEU, « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle » *JCP G.*, 2008, pp. 4-6 ; F. CHALTIEL, « La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée », *LPA*, 20 mars 2008, pp. 3-9 ; P. JAN, « Le Président, le Conseil et la Cour, une histoire de Palais de mauvais goût », *AJDA*, 2008, pp. 714-716 ; R. PIASTRA, « De la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Net-iris.fr*, 6 mars 2008 ; J.-P. FELDMAN, « Un minority report à la française ? », *JCP G.*, 2008, pp. 38-41 ; P. CONTE, « Aux fous ? », *Droit pénal*, 2008, pp. 1-2 ; P. CASSIA, « La constitution malmenée », *Esprit*, 2008, pp. 188-190 ; Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, 2008,

juge certes que la rétention de sûreté « repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision », « qu'elle n'est mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine par le condamné » et « qu'elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité », mais ne va pas au bout de ce raisonnement. En effet, s'il estime, à ce titre, que « la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition » et que « la surveillance de

pp. 1359-1366 ; R. BOUSTA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" (à propos de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *LPA*, 17 juin 2008, pp. 7-12 ; P. CASSIA, « La rétention de sûreté : une peine après la prison », *Commentaire*, 2008, pp. 569-573 ; C. GHICA-LEMARCHAND, « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *RDP*, septembre-octobre 2008, pp. 1381-1405 ; L. GAY, W. BENESSIANO, « Mesures de sûreté, conflits de lois dans le temps et droit constitutionnel pénal. À propos, notamment, de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *RFDC*, octobre-décembre 2008, pp. 846-881 ; F. MALHIERE, « Le Conseil constitutionnel et la rétention de sûreté : une décision en demi-teinte Note sous la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 - Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Revue administrative*, 2009, pp. 36-43 ; I. MBOUP, « La rétention de sûreté et l'article 8 de la Déclaration de 1789 », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2008, pp. 2151-2162 ; C. OTERO, « "Adveniente principe, cessat magistratus". À propos de la décision CC n° 562 DC du 21 février 2008. Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Les annales de droit*, 2009, pp. 231-251 ; L. PHILIP, L. FAVOREU, « Contrôle de proportionnalité. Droit constitutionnel pénal. Droit constitutionnel des libertés. Principe de légalité des délits et des peines. Principe de nécessité des peines. Principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Principe de la présomption d'innocence. Liberté individuelle. Contrôle de proportionnalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz*, 2009, pp. 816-827 ; B. DE LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *RSC*, 2009, pp. 166-172 ; M. DISANT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et l'application dans le temps de la loi relative à l'irresponsabilité pénale pour trouble mental : jeu de pistes », *Constitutions*, avril-juin 2010, pp. 235-237.

sûreté ne l'est pas davantage »⁸¹², il ne les qualifie pas expressément de mesures de sûreté. D'autant qu'il ajoute « *que la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limites et au fait qu'elle soit prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement* »⁸¹³ et applique donc le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère à un dispositif auquel il vient lui-même de refuser le qualificatif de peine. Avec cette décision, le Conseil constitutionnel « *laisse le législateur opérer un glissement des concepts : de la responsabilité à la dangerosité, de la peine à la mesure de sûreté, encore que cette notion, dont l'ombre plane sur la décision, ne soit pas expressément utilisée* »⁸¹⁴. En ajoutant que « *toutefois* » cette mesure n'est pas rétroactive, il s'éloigne du régime classique de la mesure de sûreté, « *le dispositif est privé de sa portée la plus opérationnelle, liée à la rétroactivité qui était manifestement recherchée* »⁸¹⁵. Cette décision manque alors clairement de logique, la rétention de sûreté n'est pas une peine, mais ce n'est pas non plus une mesure de sûreté classique, c'est un « *objet juridique sui generis, dérogatoire* », « *une mesure de sûreté à part, au régime juridique particulier* »⁸¹⁶. Or comme se questionne Bertrand DE LAMY, « *à quoi bon refuser la qualification de "peine" si ce n'est pour s'aménager la possibilité de s'éloigner, dans l'avenir, de certaines des garanties qui lui sont*

⁸¹² Cons. 9.

⁸¹³ Cons. 10.

⁸¹⁴ B. DE LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *RSC*, 2009, p. 166.

⁸¹⁵ Y. MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », *op. cit.*

⁸¹⁶ C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

indissociables lorsque la mesure créée est aussi ambiguë »⁸¹⁷. Cette décision laisse perplexe et ouvre la porte à de nouvelles dérogations aux principes fondamentaux du droit pénal au nom de la sécurité par le biais de la lutte contre la récidive et du concept de dangerosité. Bien qu'elle pose des limites à l'acceptable en refusant la rétroactivité de la mesure, il apparaît entre les lignes que « *ce que la culpabilité ne consacre pas, la dangerosité l'admet* »⁸¹⁸. Or, « *les réalités qu'elle tente de saisir [sont] d'une approche autrement difficile et incertaine, malgré les précautions de la loi, ou expertises multiples ou procédures contradictoires* »⁸¹⁹. Le développement des mesures de sûreté basées sur la dangerosité est alors discutable dans son bien-fondé, tout comme l'est le durcissement progressif des peines qui n'a montré aucune diminution sensible des chiffres de la délinquance, objectif qui a pourtant légitimé les mesures adoptées et de faire prévaloir la fonction neutralisante de la peine sur sa fonction resocialisatrice.

B) Le durcissement de la peine, un mécanisme discutable

239- Basée sur le critère de dangerosité, la sévérité de la sanction mise en œuvre dans le cadre de la lutte contre la récidive montre, à l'examen, de nombreuses faiblesses. Le critère de dangerosité « *est loin de relever de l'évidence* ». Difficilement définissable, il s'avère hors de portée du juge qui, « *faute d'avoir les moyens d'intervenir scientifiquement dans les différents domaines ouverts aux investigations* », rendra sa décision « *sous la dictée* » des nombreux experts. De ce fait, alors même que « *ce que la culpabilité ne consacre pas, la dangerosité l'admet* », à l'image de la perpétuité réelle, le juge perd une large part de son pouvoir

⁸¹⁷ B. DE LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *op. cit.*

⁸¹⁸ Y. MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », *op. cit.*

⁸¹⁹ *Ibidem.*

d'individualisation de la peine et préfère sanctionner plus durement que prendre le moindre risque⁸²⁰ (1). La sanction s'éloigne donc des fonctions devant lui être allouées – neutraliser, prévenir et réinsérer -. Elle perd de vue les principes de proportionnalité et d'individualisation de la peine, nécessaires à son efficacité à long terme et permettant la réinsertion du condamné (2).

1. Une réponse "clientéliste" fondée sur un concept obscur

240- De nombreux auteurs ont alerté sur la « malléabilité de la notion » de dangerosité, sur le fait que ce concept est « sans contenu véritable »⁸²¹, mais aussi sur le fait que « la dangerosité d'un individu constitue rarement une donnée constante, tout simplement parce que l'individu en question, avec ses caractéristiques particulières, se retrouve dans des situations diverses qui peuvent plus ou moins activer sa dangerosité »⁸²². Malgré ces avertissements, ce concept s'est progressivement imposé dans la sphère médiatique comme pénale, devenant l'un des critères prépondérant des discours politiques. En effet, « ce néologisme, du fait de sa lourdeur, fait malgré tout savant, ce qui lui donne une certaine légitimité scientifique et un certain poids, dans les médias notamment »⁸²³. Utilisé pour fonder une décision privative de liberté, il s'avère pourtant dangereux puisque l'évaluation de la dangerosité demeure incertaine et imprécise⁸²⁴. Si certains critères, comme le passé pénal, peuvent être utilisés de manière pertinente

⁸²⁰ *Ibidem.*

⁸²¹ F. FIECHTER-BOULVARD, « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ Pénal*, 2012, p. 67.

⁸²² N. PRZYGODSKI-LIONET, « La dangerosité : explications, évaluation, représentations et gestion. De l'intérêt d'une approche psychosociale », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, Paris, 2008, p. 195.

⁸²³ P. CHAMPAGNE, « Les médias, la dangerosité et les risques », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *op. cit.*, p. 221.

⁸²⁴ C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

pour juger de la dangerosité, ils ne sont pas suffisants pour établir celle-ci de manière fiable. Arnaud COCHE rappelle ainsi que, malgré l'existence de tels critères, il est « *nécessaire de se garantir de la croyance en une science omnisciente* », que « *de multiples études démontrent [...] le grand manque de fiabilité des expertises de dangerosité et la difficulté de remédier à leurs insuffisances* » et que « *le principe de l'intime conviction ne constitue pas un rempart suffisant* »⁸²⁵. Il est établi que « *même les présomptions fondées sur un critère de dangerosité pertinent, présumant dangereux une minorité plus ou moins élevée de criminels non dangereux* »⁸²⁶. Or, alors que la mesure prise sur le fondement de la dangerosité « *repose sur une vérité invérifiable a posteriori* », « *que l'erreur indécélable est de fait fatalement irréparable* », au nom de la sécurité et de la lutte contre la récidive, il est admis que le doute ne profite plus au condamné, mais à la société et aux victimes potentielles⁸²⁷. Arnaud COCHE a pourtant expliqué qu'il est « *nécessaire que les délinquants soient recevables à renverser les présomptions de dangerosité et que celles-ci ne privent pas le juge de son pouvoir d'appréciation de l'état dangereux* ». Pour lui, « *les présomptions de dangerosité irréfragables doivent être bannies de l'ordonnancement juridique* »⁸²⁸. Avec justesse, il propose donc que « *le législateur pose une présomption simple d'innocuité des personnes poursuivies ou condamnées* »⁸²⁹. Établir une telle présomption permettrait un renversement

⁸²⁵ A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français, op. cit.*, p. 416. Il a récemment réaffirmé ce propos : « *Les expertises de dangerosité, non seulement ne sont pas fiables, mais elles ne peuvent pas le devenir. Elles créent donc l'illusion, sans cesse déçue, d'une appréciation qui serait scientifique de la dangerosité* ». V. A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC*, 2011, p. 21.

⁸²⁶ A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français, op. cit.*, p. 415.

⁸²⁷ C. SEVELY-FOURNIE, « La rétention de sûreté à l'origine d'un nouveau risque d'erreur judiciaire ? », *AJ Pénal*, 2011, p. 334.

⁸²⁸ A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français, op. cit.*, pp. 415-416.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 422. Il ajoute : « *Cette présomption se justifierait par le fait que les délinquants dangereux sont beaucoup moins nombreux que les autres. Elle s'appliquerait uniquement*

de la charge de la preuve. Ce ne serait plus à la personne poursuivie ou condamnée de prouver son absence de dangerosité, ce qui s'avère difficile lorsqu'il s'agit d'un crime d'une particulière gravité ou lorsqu'une longue période en détention vient de s'écouler, mais au ministère public requérant la mesure de sûreté de démontrer la dangerosité de celle-ci pour qu'elle soit l'objet d'une telle mesure. Mais, il est loisible de constater que « *quand l'unanimité se fait autour des hésitations sur le contenu de la dangerosité, le législateur reste sourd* »⁸³⁰. Il préfère instrumentaliser ce concept pour élaborer des politiques pénales de l'urgence répondant aux demandes de l'opinion publique exacerbées après chaque fait divers dramatique fortement médiatisé.

241- Attendu que la sécurité est un besoin fondamental de l'individu, les citoyens attendent naturellement une réaction de la part de l'État lorsqu'ils ressentent un danger ou un risque de danger⁸³¹. Cette demande s'est intensifiée avec le développement des médias et de leurs poids sur l'opinion publique. Ils n'hésitent pas à parler de dangerosité et utilisent tout un champ sémantique afférent. Le danger et le risque de récidive qui ne sont que potentiels dans le cas de nombre de condamnés deviennent une réalité médiatique. Cela « *conduit à une vision fortement biaisée du fonctionnement*

lorsque les personnes poursuivies ou condamnées se trouvent placées en situation de défendeur face au ministère public requérant que le juge les déclare dangereux. En revanche, une telle présomption ne se justifierait plus lorsque les personnes poursuivies ou condamnées sollicitant une mesure de faveur telle qu'une remise de peine, le relèvement d'une peine d'interdiction, de déchéance ou d'incapacité, le relèvement d'une période de sûreté, une libération conditionnelle ou une réhabilitation judiciaire. Dans ce cas, en effet, la présomption simple d'innocuité entrerait en contradiction avec le principe actori incumbit probatio, principe dont la logique est si évidente qu'elle ne doit pas être contrariée ».

⁸³⁰ F. FIECHTER-BOULVARD, « La dangerosité : encore et toujours... », *op. cit.*

⁸³¹ V. En ce sens : N. PRZYGODSKI-LIONET, « La dangerosité : explications, évaluation, représentations et gestion. De l'intérêt d'une approche psychosociale », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité, op. cit.*

de la justice et de la perception des risques liés à la délinquance »⁸³². Face à de telles informations, l'opinion publique réclame une réaction rapide et ferme de la part des politiques. La peine doit être un « blâme », « un rappel des valeurs fondatrices de notre société »,⁸³³ mais aussi « la réplique de la société offensée »⁸³⁴. La proposition d'un parcours de réinsertion repensé et amélioré pour lutter contre la récidive n'a alors que peu de poids face à des discours sécuritaires prônant un durcissement de la sanction pénale et, sous couvert de prévention, le développement de mesures de neutralisation. Or, le discours sécuritaire est peu respectueux de la protection des libertés des personnes condamnées. Sous couvert de ce nouveau droit fondamental qu'est la sécurité, la population est ainsi prête à accepter le risque d'erreur propre au concept de dangerosité en échange du développement des mesures de sûreté. Car la récidive est un enjeu politique et puisqu'elle est pensée comme un échec du système pénal en place, le législateur n'a pas hésité à s'engouffrer dans la brèche offerte par la notion de dangerosité. Elle est devenue « un support scientifique aux réactions de politique pénale »⁸³⁵. Pour répondre aux demandes pressantes de l'opinion publique, même s'il est conscient de « l'artificialité » de cette opinion publique⁸³⁶ ne percevant les questions de la récidive qu'à travers les médias et la « fait-diversisation »⁸³⁷, le législateur opte pour une réponse en temps réel, adoptant une loi répressive à chaque nouveau fait divers suscitant l'émotion et la réaction de

⁸³² P. CHAMPAGNE, « Les médias, la dangerosité et les risques », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *op. cit.*, pp. 221-222.

⁸³³ J. PRADEL, *Droit pénal général, 19ème éd.*, Éditions Cujas, Préférence, Paris, 2012, p. 809.

⁸³⁴ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, Paris, 2005, p. 245.

⁸³⁵ P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité, op. cit.*, p. 94.

⁸³⁶ S. RAOULT, A. W. MELLON FELLOW, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du "chiffre" », *RSC*, 2014, p. 655.

⁸³⁷ V. TELLIER-CAYROL, « La récidive : de quelques paradoxes et incohérences », *AJ Pénal*, 2012, p. 64.

la population. Cette réponse souffre inmanquablement de faiblesses puisque « *l'émotion n'est pas toujours de bon conseil pour définir les politiques publiques cohérentes* », et agir vite « *ne permet pas de poser sereinement le débat ni d'analyser les conséquences – positives ou négatives – des décisions prises* »⁸³⁸. En outre, l'accumulation de lois empêche le législateur de réaliser une étude d'impact efficiente des dispositions adoptées précédemment⁸³⁹. Surtout, une telle instrumentalisation du concept de dangerosité pour rassurer les citoyens quant à la prévention du risque de récidive a des effets pervers. Comme l'avait déjà suspecté Michel FOUCAULT, le recours au danger « *permet d'alimenter tout un système qui fonctionne en vase clos : la dangerosité renforce le sentiment d'insécurité qui, à son tour, exacerbe la perception du danger* »⁸⁴⁰. Si les mesures de neutralisation, de prime abord, rassurent la population, elles mènent en réalité à l'intolérance sociale, la peur de l'autre. Les politiques laissent croire à la population qu'une société du risque zéro est possible, mais cela engendre « *une prolifération du risque, tout dysfonctionnement, tout aléa devient un risque* »⁸⁴¹. Il faut donc canaliser ces risques quitte à commettre des erreurs. Point « *le spectre d'une surveillance post-carcérale* »⁸⁴². Mais, s'il faut éviter la récidive, si « *la libération d'un criminel dont la particulière dangerosité constitue un risque pour la société et qu'il revient au législateur de décider de quelle manière il doit être supporté* », « *la plus*

⁸³⁸ J. ALVAREZ, « Prison et récidive », *RSC*, 2008, p. 667.

⁸³⁹ Joséfina ALVAREZ écrit en ce sens que : « *Cette politique souffre d'un déficit d'évaluation. Les lois se superposent les uns aux autres sans leur laisser le temps s'agir, et sans que leurs impacts aient été correctement évalués* ». *V. Ibidem*.

⁸⁴⁰ J.-F. BERT, « Evolution et critique du concept de dangerosité dans la criminologie : la mise en perspective foucauldienne », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, *op. cit.*, pp. 162-163.

⁸⁴¹ P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in : P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALAVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, *op. cit.*, p. 109.

⁸⁴² L. DE GRAËVE, « "Big brother" sous le regard du juge administratif : validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'État. Conseil d'État, 12 déc. 2007, Section française de l'Observatoire international des prisons, req. n°293993 », *RFDA*, 2008, p. 999.

grande vigilance s'impose d'autant que la rétention de sûreté trahit les limites de la peine privative de liberté »⁸⁴³. Comme se questionne Catherine SEVELY-FOURNIE, une peine sans limite a-t-elle encore un sens ?⁸⁴⁴ Au-delà même du risque d'erreur inhérent aux mesures fondées sur la dangerosité, la neutralisation à vie ou même le simple prolongement de la durée de détention par les mesures de sûreté peuvent-ils être efficaces pour lutter contre la récidive ? Une telle mesure ne risque-t-elle pas au contraire de prolonger les effets désocialisants de la peine privative de liberté et aller à l'encontre de son objectif initial ? Cette politique pénale est en effet paradoxale puisque comme l'analyse Joséfina ALVAREZ, « *elle permet la satisfaction de la demande publique eu égard à la sévérité des mesures neutralisantes, mais elle engendre [des] effets négatifs [...] : allongement de la durée des peines prononcées et, par conséquent, allongement de la durée d'incarcération, baisse des aménagements de peine et augmentation du risque de récidive* »⁸⁴⁵. Se basant uniquement sur la sévérité de la peine, elle rompt l'équilibre nécessaire entre les différentes fonctions de la peine établi à la suite de l'abolition de la peine de mort afin de rendre celle-ci temporaire, mais efficace. Elle n'atteint donc pas son but initial : protéger la société en évitant la commission de nouvelles infractions.

2. Une réponse inefficace fondée sur la seule sévérité de la peine

242- Il a été développé précédemment que la dangerosité est une « *notion protéiforme dont la constante est de susciter de l'inquiétude voire de la peur*

⁸⁴³ C. SEVELY-FOURNIE, « La rétention de sûreté à l'origine d'un nouveau risque d'erreur judiciaire ? », *op. cit.*

⁸⁴⁴ Elle pose ainsi cette question essentielle : « *Celle-ci [la peine] aura-t-elle vraiment eu un sens pour le condamné qui, après des années d'emprisonnement et alors même qu'il aura été effectivement en mesure de bénéficier pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée à son trouble de la personnalité, présentera encore une dangerosité telle qu'il ne pourra recouvrer sa liberté une fois sa peine exécutée et qu'il ne la recouvrera peut-être jamais ?* ». V. *Ibidem.*

⁸⁴⁵ J. ALVAREZ, « Prison et récidive », *op. cit.*

ou de la haine »⁸⁴⁶. Elle a créé dans l'opinion publique « l'espoir d'un anéantissement complet de la délinquance »⁸⁴⁷ et, cet espoir ne pouvant qu'être déçu, « le triomphe du "populisme pénal" »⁸⁴⁸. Ce nouveau courant de pensée, qu'Audrey DARSONVILLE qualifie d'« obscurantisme sécuritaire » aborde la peine sous un jour nouveau, « il ne s'agit plus d'opter pour une peine proportionnée à la gravité du dommage, mais pour une peine dont la gravité doit dissuader l'auteur des faits de récidiver ». Selon cette nouvelle philosophie de la peine, « l'aggravation de la sanction pénale est le moyen supposé être le plus efficace d'endiguer la criminalité »⁸⁴⁹. Se détachant d'une approche mesurée du droit pénal, le législateur a donc progressivement durci les sanctions pénales tout comme les règles relatives à la récidive. Mais, loin d'avoir permis de réduire les chiffres de la délinquance ou ceux de la récidive, cette frénésie législative s'est avérée n'être que « destiné[e] à distraire l'attention de l'opinion publique de l'inefficacité des réformes opérées en matière pénale »⁸⁵⁰. Si la sévérité rassure les citoyens, elle est pourtant, en effet, loin de s'avérer efficace voire même adaptée.

243- Par exemple, si la sévérité particulière de la peine prononcée lorsque l'infraction est commise en état de récidive repose sur le fait que le délinquant a déjà fait l'objet d'une condamnation par l'État et a donc été

⁸⁴⁶ C. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC*, 2012, p. 274.

⁸⁴⁷ L. DE GRAÈVE, « "Big brother" sous le regard du juge administratif : validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'État. Conseil d'État, 12 déc. 2007, Section française de l'Observatoire international des prisons, req. n°293993 », *op. cit.*

⁸⁴⁸ O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in : O. CAHN, K. PARROT (dir.), *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, Cergy Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, Colletion IEJEP, Cergy, 2013, p. 35.

⁸⁴⁹ A. DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », in O. CAHN, K. PARROT (dir.), *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, *op. cit.*, pp. 98-99.

⁸⁵⁰ O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in : O. CAHN, K. PARROT (dir.), *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, *op. cit.*

prévenu des risques existants en cas de violation de la loi, il n'est pas prévenu systématiquement de manière effective du risque de voir sa sanction alourdie s'il commet une nouvelle infraction. Tout d'abord, tout condamné n'est pas présent à l'audience⁸⁵¹. Ensuite, même s'il assiste à l'audience, il n'est pas certain que le juge lui ait expliqué ou qu'il ait réellement compris ce qu'il risque en cas de renouvellement de l'infraction. Si le législateur a tenté de remédier à cette lacune lors de l'adoption de la loi du 10 août 2007 en encadrant le fait pour le juge d'avertir le condamné des conséquences qu'entraînerait une nouvelle condamnation en état de récidive, cette tentative est un échec. L'article 132-20-1 du code pénal⁸⁵² prévoit bel et bien une information du condamné, mais, les parlementaires ayant jugé inadapté de la rendre obligatoire, elle s'avère facultative. D'une part, l'Assemblée nationale a estimé que cette information pourrait être inopportune face à un primodélinquant dont le risque de récidive est peu probable puisqu'évoquer les règles de durcissement de la sanction en cas de récidive présumerait l'échec de la sanction initiale et une récidive prochaine. Mais aussi, qu'elle pourrait paraître ridicule et inutile face à un multirécidiviste⁸⁵³. D'autre part, « *un avertissement systématique aurait pu laisser croire que si une personne n'a pas été informée, lors de son jugement pour la première infraction commise de la peine qu'elle encourrait en cas de récidive, il en résulterait une nullité de procédure* »⁸⁵⁴. Prévoir un

⁸⁵¹ Il peut être représenté, ne pas s'être présenté à l'audience ou il peut aussi s'agir d'ordonnances pénales ne donnant pas lieu à une audience.

⁸⁵² Cet article dispose que : « *Lorsque les circonstances de l'infraction ou la personnalité de l'auteur le justifient, le président de la juridiction avertit, lors du prononcé de la peine, le condamné des conséquences qu'entraînerait une condamnation pour une nouvelle infraction.* »

⁸⁵³ V. TELLIER-CAYROL, « La récidive : de quelques paradoxes et incohérences », *op. cit.* ; G. GEOFFROY et C. CARESCHE (*prés.*), Commission des lois, Assemblée nationale, *Application de la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, Un premier bilan plutôt contrasté*, Rapport d'information n°1310, , décembre 2008, p. 16.

⁸⁵⁴ G. GEOFFROY et C. CARESCHE (*prés.*), Commission des lois, Assemblée nationale, *Application de la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, Un premier bilan plutôt contrasté*, *op. cit.*, p. 16.

tel avertissement et le rendre facultatif n'a alors que peu d'impact ; d'autant qu'en appliquant la logique des parlementaires, il ne reste que peu de cas dans lesquels il s'avère indiqué. Le caractère dissuasif du durcissement de la sanction encourue en cas de récidive n'est donc pas réellement exploité, et la sévérité de la peine ne peut que jouer un rôle minime dans la lutte contre la récidive.

244- Par ailleurs, il apparaît que certains dispositifs mis en place par le législateur pour lutter contre la récidive en rendant les peines plus dures sont inadaptés. Ceci a été le cas des peines planchers jusqu'à leur abrogation par la loi du 15 août 2014. Ce dispositif avait un taux d'application de 49 % et, alors qu'*« il avait été conçu pour lutter contre la récidive d'actes graves, notamment de violences faites aux personnes »*, il concernait en pratique *« principalement les “petites” infractions »* et non *« les actes les plus insupportables pour la société »*⁸⁵⁵. Inadapté à la plupart des situations, les magistrats ont usé de tous les moyens à leur disposition, allant parfois jusqu'à détourner la loi, pour ne pas l'appliquer de manière stricte⁸⁵⁶. Lorsqu'ils ne pouvaient pas déroger à la peine jugée excessive, ils ont effectué un *« recours massif au sursis avec mise à l'épreuve qui dénatur[ait] totalement cette mesure et fai[sait] peser sur le système carcéral un risque d'embolie »*. Cela ne démontre toutefois pas *« une pratique laxiste de la sanction par la justice »* puisque *« dans la quasi-totalité des cas, même*

⁸⁵⁵ *Ibid.*, 13-14.

⁸⁵⁶ La Commission des lois explique que *« lors de son audition, Mme Emmanuelle Perreux, présidente du Syndicat de la Magistrature, a justifié les dérogations aux peines planchers, dénonçant le décalage existant bien souvent entre la gravité du dernier acte commis et la peine minimale encourue, qui plus est le plus souvent pour atteinte aux biens. Une telle situation conduit les magistrats à “tirer” les critères de la loi pour ne pas appliquer la peine minimale »*. La Commission ajoute que *« les peines planchers ne paraissent pas adaptées à la plupart des situations auxquelles sont confrontés les magistrats. Soit ils peuvent déroger à la peine qu'ils jugent excessive, soit ils ne peuvent pas, et ils appliquent le plus souvent la peine plancher assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve pour atténuer la peine. Ils peuvent également être amenés à prononcer une peine plus faible sans la motiver, pratique certes contestable, mais qui témoigne pour votre corapporteur de leur malaise dans l'application de la loi »*. V. *Ibid.*, pp. 19-21.

*lorsqu'ils décid[aient] d'écart[er] l'application de la peine minimale, les magistrats pronon[çaient] des peines fermes à l'encontre des récidivistes »*⁸⁵⁷. Simplement, la sévérité de la peine n'étant pas nécessaire et adaptée, les juges préféraient prononcer une peine moins lourde, mais peut-être plus efficace. Les peines longues s'avérant trop souvent désocialisantes.

245- La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, dans un avis sur la prévention de la récidive rendu en 2013, fait d'ailleurs part du vœu « *que le Gouvernement s'éloigne du postulat selon lequel la récidive est le résultat d'une réponse laxiste de la justice aux actes de la délinquance, et en conséquences qu'il convient de durcir cette réponse* »⁸⁵⁸. La rapidité avec laquelle les lois successives durcissant la sanction pénale ont été adoptées n'a pas permis de réaliser une étude préalable du phénomène de la récidive. Or, « *une connaissance scientifique quantitative et qualitative de ce phénomène et de ses causes est nécessaire pour concevoir au mieux les réponses à celui-ci* »⁸⁵⁹. Les lois adoptées prônant la sévérité accrue de la répression n'ont par ailleurs pas démontré leur efficacité puisque l'annuaire statistique de la justice pénale ne montre qu'une baisse relative de la criminalité entre 2006 et 2010⁸⁶⁰. Le système de lutte contre la récidive est donc à repenser d'autant que ces mêmes lois, fondées sur une vision sécuritaire de la peine, ont amené le législateur à s'éloigner des principes fondamentaux du droit de la peine.

246- Quand bien même, « *le droit pénal, dans son principe, est contraignant* », « *la question est de savoir jusqu'où peuvent aller ces contraintes, la difficulté étant d'en préciser les limites, de se situer par rapport à l'acceptable* »⁸⁶¹. Avec les lois adoptées entre 1995 et 2010,

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 41.

⁸⁵⁸ CNCDH, *Avis sur la prévention de la récidive*, 21 février 2013.

⁸⁵⁹ *Ibidem*.

⁸⁶⁰ Annuaire statistique de la justice, édition 2011-2012, Paris, p. 149 et s. [http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_annuaire_2011-2012.pdf]

⁸⁶¹ Y. MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », *op. cit.*

l'acceptable semble parfois avoir été franchi puisque le législateur a, pas à pas, après avoir pourtant aboli la peine de mort et rendu les peines privatives de liberté uniquement temporaires, mis en place, à nouveau, une peine à perpétuité perpétuelle, fondée non plus sur la culpabilité, mais sur la dangerosité. Or, comme l'explique Audrey DARSONVILLE, « *il incombe d'abord au législateur, lorsqu'il crée une nouvelle peine, de s'assurer de son absolue nécessité. La sanction pénale, parce qu'elle est une atteinte aux libertés et aux droits de la personne reconnue coupable, ne doit être retenue qu'avec d'infinies précautions* »⁸⁶². Proclamé à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le principe de la stricte nécessité et de la proportionnalité des peines a pourtant souvent été mis de côté au bénéfice de la prévention de risques supposés, tout comme l'individualisation de la peine et les aménagements de peine qui contribuent pourtant à diminuer les risques de récidive⁸⁶³ l'ont été au profit de l'automaticité et de la sévérité de la sanction. Les mesures récentes, liberticides parfois, ne sont qu'une fuite en avant qui repose sur les mirages de l'évaluation de la dangerosité et du risque zéro⁸⁶⁴. Si cette vision sécuritaire rassure l'opinion publique, elle n'a pas tenu ses promesses en termes d'efficacité. La sévérité de la peine, son

⁸⁶² A. DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », in O. CAHN, K. PARROT (dir.), *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, op. cit.

⁸⁶³ Joséfina ALVAREZ écrit que « *l'étude (réalisée sur la population carcérale) met en évidence, à partir de l'observation suivie de cohortes, que les aménagements de peines contribuent à une moindre récidive* ». Or, toute condamnation pour récidive rend difficile voire impossible l'octroi d'aménagement de peine ». V. J. ALVAREZ, « Prison et récidive », op. cit.

⁸⁶⁴ Christine LAZERGES écrit : « *La fuite en avant dans la lutte contre la récidive, dans l'oubli très grave des facteurs d'insertion ou de réinsertion, c'est bien à la fois la course au durcissement de la répression et le mirage de l'évaluation de la dangerosité, de toutes les dangerosités des plus insaisissables aux plus saisissables. Le second mirage est celui du risque zéro, peut-être forme de perversion du principe de précaution. Ne sommes-nous pas en train de bâtir sur le sable une société de la peur ou l'égale dignité de chaque être humain est en danger sans que pour autant des gages nouveaux de sécurité accrue et de protection publique soient donnés ?* ». V. C. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », op. cit.

caractère dissuasif, ne suffisent pas à la prévention de la récidive. Alors qu'il y a plusieurs siècles « *les Lumières suggéraient d'opter pour une peine modérée, certaine et prompte* »⁸⁶⁵, un retour à de tels principes paraît indispensable pour que la peine soit comprise par le condamné et donc efficace. De même, il est important d'identifier les risques de récidive⁸⁶⁶ pour les prévenir et mettre en place les outils nécessaires à une réinsertion réussie, seule à même d'assurer la sécurité de la société à long terme. Ce n'est donc pas à la fonction neutralisante de la peine que la priorité doit être donnée, mais bien à sa fonction resocialisatrice.

§2 : La réinsertion, seul outil efficace de lutte contre la récidive

247- La fonction neutralisatrice de la peine n'est pas suffisante pour assurer la sécurité de la société à long terme, celle-ci n'étant assurée que durant l'exécution de celle-ci. Seule la fonction resocialisatrice de la peine va permettre d'assurer un tel rôle, mais également de restaurer le lien social au fondement du vivre-ensemble. En effet, si « *punir c'est affliger les coupables d'un châtiment et ainsi purifier la communauté de la souillure du crime* », si « *le mal infligé doit supprimer le mal subi* »⁸⁶⁷, le caractère infamant de la peine doit cesser avec la réparation de la faute et le condamné doit pouvoir réintégrer la société et retrouver sa place (A). Cette fonction resocialisatrice de la peine se révèle plus essentielle encore lorsqu'une peine privative de liberté a été prononcée. En effet, cette peine

⁸⁶⁵ A. DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », in O. CAHN, K. PARROT (dir.), *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, op. cit.

⁸⁶⁶ Martine HERZOG-EVANS souligne : « *La prévention de la récidive passe par un traitement adapté, lequel doit être mis en œuvre au bon moment. Elle requiert de complexes cocktails de politiques d'aménagement du territoire, économiques, sociales, criminelles. Elle suppose surtout de pouvoir identifier les risques, puis de les prévenir. Elle nécessite des personnes formés, policiers, éducateurs, magistrats, psychiatres, une augmentation radicale du nombre de ces trois derniers étant indispensable* ». V. M. HERZOG-EVANS, « Récidive : surveiller et punir plutôt que prévenir et guérir », *AJ Pénal*, 2005, p. 305.

⁸⁶⁷ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, op. cit., pp. 187-188.

suppose la commission d'une infraction marquée par sa gravité, mais également une mise à l'écart de la société libre entraînant en elle-même des effets désocialisants rendant plus complexe encore la restauration du lien social (B).

A) L'affirmation de l'importance de la fonction resocialisatrice de la peine

248- « *La vie sociale suppose que les être du groupe social sachent vivre en harmonie* » et la loi conçue comme une « *prothèse des consciences* » doit permettre de réguler les comportements individuels afin de permettre d'établir puis de maintenir une telle harmonie⁸⁶⁸. Si, en tant qu'atteinte à cette harmonie, la violation de la loi doit être sanctionnée et ce d'autant plus si elle est récurrente, il faut surtout permettre au corps social de retrouver cette harmonie, et c'est là l'un des rôles essentiels de la sanction pénale (1). Bien qu'il soit indispensable que la peine sanctionne l'individu, elle doit donc « *également œuvrer pour que celui qui a payé sa dette à la société puisse tirer profit de l'exécution de sa peine* »⁸⁶⁹. Le condamné doit se voir offrir les moyens de se réinsérer, une assistance de la part de l'État en échange de l'acceptation de la peine⁸⁷⁰, et c'est l'idée que développera notamment la doctrine de la défense sociale nouvelle durant la deuxième moitié du XX^{ème} siècle (2).

⁸⁶⁸ D. DELAMOTTE, T. TOURNEBISE, *Face à la délinquance. Un regard novateur sur la prévention de la récidive*, L'Harmattan, Paris, 2012, p. 87.

⁸⁶⁹ P. MBANZOULOU, *La réinsertion sociale des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 48.

⁸⁷⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 755-756.

1. *La nécessité de maintenir la cohésion sociale*

249- L'échec des politiques pénales sécuritaires en matière de lutte contre la récidive a démontré un « *décalage entre la perception de données essentielles et la réalité des faits* » et a rendu « *nécessaire une interrogation à la fois lucide et dépassionnée sur la signification de la sanction pénale et sur les conditions à la fois de son efficacité (réelle) et de son acceptabilité (symbolique)* »⁸⁷¹. La peine doit sanctionner pour montrer la désapprobation de la société face à l'acte infractionnel et satisfaire la demande de l'opinion publique, mais elle doit aussi permettre de prévenir une nouvelle violation. Ainsi, « *le processus répressif suppose pour ce faire que se succèdent deux temps : celui de la séparation [...], puis celui de la réinsertion, de la réintégration du condamné par la prise de conscience de son acte qui lui permet d'assumer sa responsabilité pénale, par l'effectuation de la peine qui n'a d'intérêt social que si elle le renvoie dans le champ du "normal" et assure le dépassement de la situation initiale de mise à l'écart* »⁸⁷². Il faut punir en cas d'acte infractionnel au nom du droit à la sécurité dont bénéficient les administrés, mais il faut, surtout, pour maintenir la cohésion sociale, prévoir la réinsertion du condamné momentanément écarté de la société libre.

250- La réinsertion est apparue essentielle à une sanction pénale efficace. Définie comme un « *processus conduisant le prévenu à réintégrer la société d'une manière positive et bien menée* », elle se rapporte donc à la fois à un choix de la peine adapté et à un suivi individualisé jusqu'à la désistance de l'auteur de l'infraction, c'est-à-dire au moment où il « *met un terme à ses activités délinquantes et mène une vie respectant la loi par le développement de son capital humain (par exemple ses capacités individuelles et ses connaissances) et son capital social (par exemple l'emploi, la création*

⁸⁷¹ CNCDH, *Réflexions sur le sens de la peine*, 24 janvier 2002.

⁸⁷² *Ibidem*.

d'une famille, les relations et les liens sociaux, et l'engagement dans la société civile) »⁸⁷³.

251- En effet, toute peine ayant une fin, une réflexion générale sur la peine comme moyen de réinsertion s'impose puisque, pour être efficace, le retour à la société doit être pensé dès le prononcé de la peine et tout au long de son exécution. Déjà, la sanction pénale doit être comprise par le condamné. Pour cela, la peine doit être adaptée à l'infraction commise. Comme l'analyse Paul RICOEUR, l'idée régulatrice de la condamnation repose sur l'acceptation de la sanction par le condamné. Car « *tant que la sanction n'a pas été reconnue elle-même pour raisonnable par le condamné, elle n'a pas atteint ce dernier comme être raisonnable* », elle n'a donc pas rempli sa finalité, car elle ne peut pas être acceptée⁸⁷⁴. La sanction doit alors être pédagogique, il est nécessaire de « *rechercher la plus étroite corrélation entre l'infraction et la sanction afin de bien faire prendre conscience au délinquant qu'il a transgressé une règle de la société et que toute transgression de cette nature appelle une réponse sociale* »⁸⁷⁵. Ensuite, assurément, une « *exécution des peines en temps réel* » favorise la démarche de réinsertion du condamné. La condamnation doit intervenir rapidement après les faits et doit être mise à exécution tout aussi rapidement. Il faut privilégier « *une intervention rapide sans rupture dans le processus de la prise en charge judiciaire* », car « *attendre quelques mois, voire quelques années, pour la rendre effective [la peine] risque d'entraver une démarche de réinsertion* »⁸⁷⁶. Partant, ce n'est que si la sanction est adaptée et effective sans délai qu'elle pourra être comprise et acceptée par le condamné. Or, cette acceptation est indispensable pour que débute toute démarche de réinsertion en vue de la réintégration future dans la société. Une resocialisation réussie suppose que

⁸⁷³ Recommandation Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux États membres *sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation*, 20 janvier 2010.

⁸⁷⁴ P. RICOEUR, *Le juste*, Esprit, Le Seuil, Paris, 1995, pp. 200-201.

⁸⁷⁵ G.-P. CABANEL, *Pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport au Premier Ministre, Collection des rapports officiels, La Documentation française, Paris, 1996, p. 92.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, pp. 95-96.

le condamné ait la volonté de ne pas réitérer l'acte infractionnel et, pour ce faire, il doit être à même de mener une vie normale.

252- Si la réinsertion du condamné semble alors essentielle au maintien de la cohésion sociale, indispensable au vivre-ensemble et à la sécurité de la société, il faut pourtant attendre la fin de la seconde guerre mondiale pour que ces idées, affirmées par la doctrine de la défense sociale nouvelle, fassent évoluer les politiques criminelles.

2. Le développement de la doctrine de la défense sociale nouvelle

253- S'opposant au néo-classicisme et au néo-positivisme⁸⁷⁷, la doctrine de la défense sociale nouvelle souhaite que d'autres moyens que la dissuasion et la rétribution soient utilisés pour lutter contre le crime, comme le développement des différents mécanismes de prévention et d'aide à la réinsertion. Mettant l'accent sur l'importance du travail et de la formation, pensée commune avec les idées marxistes qui ont un poids particulier dans le contexte de l'après-guerre, s'opposant aux excès du totalitarisme et aux dérives que pourraient provoquer des mécanismes de neutralisation définitive et alors qu'il vient d'être admis qu'il n'est pas suffisant de travailler sur l'âme du délinquant, mais qu'il faut s'intéresser également à son environnement⁸⁷⁸, cette nouvelle doctrine acquiert suffisamment de poids pour influencer les politiques pénales. Pour le mouvement de la défense sociale nouvelle, porté notamment par Marc ANCEL, il ne s'agit pas de remplacer le système ancien dans sa globalité – idée défendue par la

⁸⁷⁷ « Au néo-classicisme, elle reproche de reposer sur une métaphysique tendant à l'absolu, sur un dogmatisme abstrait et sur des fictions juridiques, alors que le crime doit être envisagé comme un phénomène humain et social et combattu de manière concrète, la justice pénale ne pouvant jamais être que relative et devant s'assigner une véritable action sociale. Du néo-positivisme, elle conteste la base déterministe et la tendance à une politique de neutralisation indiscriminée du délinquant ». V. : « Défense sociale », Encyclopédie universelle, 2012.

⁸⁷⁸ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire, Dalloz-Action*, 2012-2013, Paris, p. 18.

doctrine classique de la défense sociale et fort critiquée – mais de le transformer en utilisant à cette fin d'autres sciences de l'homme. En analysant la personnalité de l'infracteur, son comportement social, et en individualisant la sanction, il entend favoriser la réinsertion du condamné. La peine ne doit plus être seulement le châtement d'un acte passé, elle doit aussi être un outil pour préparer un avenir individuel ne comportant plus le recours au crime. Il ne s'agit plus seulement de punir, mais aussi avec le développement des mesures préventives, éducatives et curatives, de socialiser⁸⁷⁹. Alors que la tradition chrétienne avait déjà permis d'attribuer à la peine un rôle d'amendement, la doctrine de la défense sociale nouvelle va plus loin en évoquant la resocialisation. Si ces termes sont liés, que « *la réintégration du condamné dans la société suppose qu'il reconnaisse la gravité de son acte et souhaite ne plus recommencer* », et que la resocialisation nécessite donc au préalable l'amendement du condamné, cela n'est pas suffisant. Il doit également « *se voir offrir les moyens de mener à nouveau une vie normale* »⁸⁸⁰. La resocialisation va donc plus loin que le simple amendement, elle « *est à la fois un traitement et un objectif* », c'est un « *traitement dans le but d'assister et de pousser un condamné à reprendre dans la société une place de citoyen honorable* »⁸⁸¹. En outre, pour la défense sociale nouvelle, « *la protection sociale par la réadaptation du condamné constitue pour la société un véritable devoir [car] elle seule peut éviter que le délinquant ne retombe perpétuellement à la charge de la collectivité, sans cesse plus dangereux et moins amendable* »⁸⁸².

254- Cette idée, si elle a mis du temps à s'affirmer est toujours vivement défendue à l'heure actuelle, d'autant que des études scientifiques en ont démontré le bien fondé⁸⁸³. En effet, alors que la peine privative de liberté

⁸⁷⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 24-26.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 755.

⁸⁸¹ M. HERZOG-EVANS, « Récidive : surveiller et punir plutôt que prévenir et guérir », op. cit.

⁸⁸² B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, 4^{ème} éd., Dalloz, Précis, Paris, 2011, p. 22.

⁸⁸³ V. notamment : A. KENSEY, *La population des condamnés à de longues peines : apports de la sociodémographie pénale à la controverse sur le rôle des aménagements de peine*

reste la peine de référence du système pénal français, elle s'avère, seule, inefficace à prévenir les risques de récidive. Les sorties sèches, c'est-à-dire sans aucune mesure d'aménagement de peine permettant de maintenir ou d'établir un lien entre le condamné et la société durant sa détention et/ou de mettre en place un suivi post-peine, favoriseraient la récidive, alors que les aménagements de peine contribueraient à réduire les risques de commission d'un nouvel acte infractionnel⁸⁸⁴. La Commission nationale consultative des droits de l'homme a démontré ainsi que « *l'une des priorités de la prévention de la récidive réside moins dans un recours accru à l'emprisonnement que dans un renforcement des moyens qui permettraient l'accompagnement socio-éducatif en milieu ouvert, notamment par les services pénitentiaires d'insertion et de probation* », et que « *les alternatives à la détention obtiennent ainsi de meilleurs résultats que la prison en termes de lutte contre la récidive et représentent un moindre coût pour la collectivité* », tout comme la libération conditionnelle⁸⁸⁵. Il faut ajouter à cela que « *la bonne conduite en prison n'est nullement synonyme de réinsertion sociale* »⁸⁸⁶, ce qui confirme la nécessité d'assurer une continuité dans la prise en charge des personnes condamnées à une peine privative de liberté pour lesquelles la fonction resocialisatrice de la peine prend une ampleur particulière.

dans la lutte contre la récidive, Thèse, Lille, 2005, 528p. ; A. KENSEY, *Prisons et récidive, Des peines de plus en plus longues : la société est-elle vraiment mieux protégée ?*, Armand Colin, Paris, 2007, 249 p. ; A. KENSEY, *La récidive des sortants de prison, éléments statistiques*, Cahiers de la sécurité, INHESJ, n°12, 2010 ; A. KENSEY, A. BENAOUA, *Les risques de récidive des sortants de prisons, Une nouvelle évaluation*, Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques, 2011 ; P. MBANZOULOU, M. HERZOG-EVANS, S. COURTINE, *Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice, Savoirs et pratiques*, L'harmattan, 2012, 253 p.

⁸⁸⁴ J. ALVAREZ, « Prison et récidive », *op. cit.* .

⁸⁸⁵ CNCDH, *Avis sur le projet de la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, 20 septembre 2007.

⁸⁸⁶ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC*, 1996, p. 155.

B) L'importance particulière de la fonction resocialisatrice de la peine privative de liberté

255- Alors que la prison comporte en elle-même des effets désocialisants sur le détenu (1) et que toute peine privative de liberté a en principe une fin, les peines à perpétuité réelle sans examen possible en vue d'une libération étant inconventionnelles (2), il s'avère indispensable de développer la fonction de resocialisation qui lui est confiée.

1. Les effets désocialisants de la peine privative de liberté

256- Bernard BOULOC écrit que « *le caractère infamant de la peine doit [...] être ramené à des proportions plus modestes* » et qu'« *il est exagéré lorsqu'il fait obstacle au reclassement de l'individu après l'exécution de la sentence* »⁸⁸⁷. Si cette affirmation peut sembler être un lieu commun, l'étude des conditions de détention démontrent au contraire l'impact négatif de celles-ci sur la fonction resocialisatrice de la peine.

257- Tout d'abord, de nombreux rapports attestent de la dégradation des établissements pénitentiaires et de l'indignité des conditions de détention⁸⁸⁸. Cette situation est aggravée par la surpopulation carcérale provoquant promiscuité et insalubrité⁸⁸⁹. Elle entraîne une perte d'intimité, à l'origine de frustrations, mais également une oisiveté généralisée, génératrice de

⁸⁸⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 22^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011, p. 419.

⁸⁸⁸ V. en ce sens notamment : SENAT, *Rapport de la commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France créé en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 février 2000*, n°449, *JORF* du 29 juin 2000 ; ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises*, n°2521, 18 juin 2000 ; OIP, *Les conditions de détention en France*, La Découverte, Paris, 2011, 336 p., CGLPL, *Rapport d'activité 2018*, Dalloz, Paris, 2019, 358 p.

⁸⁸⁹ J.-P. MICHEL (prés.), *Projet de loi tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales*, *op. cit.* ; J.-P. MICHEL (prés.), *Projet de loi tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales*, *op. cit.*

tensions, faute d'activités suffisantes et donc de la violence carcérale. Ensuite, la notion de resocialisation est trop souvent détournée au profit de celle de "bonne conduite". Le détenu est soumis à une discipline imposante⁸⁹⁰. Il est modelé, « *adapté aux contraintes de l'univers carcéral* », mais, complètement réifié et sans cesse surveillé⁸⁹¹, il devient « *totalelement dénué d'autonomie, et partant, en inadéquation avec le monde extérieur* »⁸⁹².

258- Loin de permettre une préparation à la sortie, la prison s'avère alors souvent désocialisante puisqu'« *au moment de leur libération, beaucoup de personnes se trouvent dans une situation identique à celle dans laquelle elles se trouvaient à leur entrée en prison* »⁸⁹³ à laquelle s'est ajoutée au surplus la perte de liens sociaux notamment avec l'altérité, les rapports avec les proches étant particulièrement encadrés durant la détention⁸⁹⁴. Comme le raconte Laurent JACQUA, ancien détenu, c'est « *après avoir passé des mois, ou des années, à se faire humilier, mépriser, rabaisser, avilir, dénigrer, opprimer, déconsidérer, écraser dans les honteuses prisons de la République* » que les détenus sortent de prison⁸⁹⁵. Il en conclut d'ailleurs que « *la prison, de par sa nature profondément criminogène, est nuisible et dangereuse pour la société tout entière, car elle engendre et relâche hommes et femmes dont le traumatisme est si grand que leur métamorphose empêche tout retour à la vie sociale dite "normale"* », évoquant des détenus

⁸⁹⁰ V. Partie 1 – Titre 1 - Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1 – B. La discipline, obligation principale du détenu (**188**)

⁸⁹¹ V. Partie 1 – Titre 1 -Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1 – A. Le détenu, un objet sous surveillance (**173**)

⁸⁹² A. MEYER, *La réinsertion en prison*, Mémoire, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 34.

⁸⁹³ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, Rapport d'information n°652, 23 janvier 2013, 199 p.

⁸⁹⁴ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2 : La continuité des liens avec la société libre (**334**)

⁸⁹⁵ L. JACQUA, *J'ai mis le feu à la prison*, Jean Claude Gawsewitch, Paris, 2010, p. 17. Il ajoute d'ailleurs non sans humour que c'est « *un vrai cocktail de bonheur qui facilite le retour à la vie sociale et à la réinsertion* ».

ayant pour bagages « *violences, récidives, dépressions, suicides, toxicomanies, alcoolisme, inadaptation, dangerosité, troubles psychiatriques...* »⁸⁹⁶. Pourtant, chaque jour, des prisonniers sortent de prison puisque la peine privative de liberté n'est que temporaire.

2. *Le caractère temporaire de la peine privative de liberté*

259- Médias et politiques ont souvent laissé entendre que l'enfermement serait le seul moyen d'empêcher la récidive, inspirant les lois pénales sécuritaires adoptées entre 1995 et 2012. Pourtant, comme le souligne Denis SALAS, « *pris à la lettre, un tel discours impliquerait pour tous les récidivistes la prison perpétuelle. Or toute peine a une fin. Plus encore, seule l'existence d'un terme lui donne une finalité* »⁸⁹⁷. En effet, ce n'est que la temporalité de la peine privative de liberté qui peut lui donner un sens. Si le détenu n'a aucun avenir à l'extérieur, il n'a plus de raison de se projeter hors les murs, plus aucun espoir quant à sa vie future et perd toute raison d'être. Situation alors complexe à gérer pour le personnel pénitentiaire puisque, face à quelqu'un qui n'espère plus, il s'avère difficile d'imposer le respect des règles, celles-ci perdant tout sens. Mais situation surtout cruelle pour la personne privée de liberté. Alors que le législateur a aboli la peine de mort en arguant, notamment, de la capacité de changement et d'évolution de l'être humain, prononcer des peines perpétuelles cristalliserait un recul de l'évolution amorcée depuis 1981. La Cour EDH vient d'ailleurs de reconnaître implicitement dans l'affaire *Vinter et a. c/ Royaume-Uni*⁸⁹⁸ que « *l'espoir est un aspect important et constitutif de la personne humaine* ». Ainsi, « *même ceux qui commettent les actes les plus odieux et les plus extrêmes et infligent à autrui des souffrances indescriptibles conservent*

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 261.

⁸⁹⁷ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, Littératures, Paris, 2005, pp. 239-240.

⁸⁹⁸ CEDH, Grande chambre, 9 juillet 2013, req. n°66069/09, *Vinter et a. c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions 2013, op. cit.*

néanmoins leur humanité fondamentale et portent en eux la capacité de changer », ils ne doivent donc pas être privés de tout espoir de retour à la liberté. Comme l'écrit avec justesse Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, « *les empêcher de nourrir cet espoir reviendrait à nier un aspect fondamental de leur humanité et, ainsi, serait dégradant* »⁸⁹⁹. La loi française, bien que prévoyant la possibilité de condamnation à perpétuité, et depuis peu des mesures de sûreté privatives de liberté sans limitation de durée, prévoit des dispositifs d'examen de la situation individuelle permettant, en principe, un espoir de retour à la liberté. Si cela a permis de juger conventionnel le droit français en la matière⁹⁰⁰, cela implique qu'en France, le condamné devrait retrouver sa liberté à l'issue de sa peine ou des mesures de sûreté prononcées à son encontre. Or, comme le rappelle régulièrement le Comité National Consultatif des Droits de l'Homme, « *autant la prison est reconnue comme efficace pour mettre à l'écart et neutraliser, autant elle s'avère le plus souvent contre-productive en termes de réinsertion et de prévention de la récidive* »⁹⁰¹. Il est donc nécessaire de préparer et encadrer la sortie de prison puisque seule la réinsertion peut lutter efficacement contre la récidive⁹⁰². Pour cela, elle doit être pensée non seulement comme un

⁸⁹⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « "Punir dans une société démocratique" ou le devoir d'espérance de l'État », in : *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014, p. 193.

⁹⁰⁰ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 1 – Paragraphe 2 – A – 2. L'abolition de la peine de mort : la prison au sommet de l'échelle des peines (57)

⁹⁰¹ CNCDH, Avis sur les « Alternatives à la détention », 14 décembre 2006. Le comité a réaffirmé son point de vue dans les avis suivants relatifs à la lutte contre la récidive ou les aménagements de peine.

⁹⁰² M. JANAS, « Le JAP : un acteur essentiel pour lutter contre la récidive », *AJ Pénal*, 2005, p. 347. Cet auteur se questionne : « *Aussi sévère soit-elle, il faut bien garder à l'esprit que cette peine aura néanmoins une fin et que le condamné recouvrera à un moment ou un autre sa liberté. Le détenu qui sortira de prison ne sera-t-il pas d'autant plus tenté de commettre à nouveau un crime ou un délit s'il est laissé face à lui-même ? À l'inverse s'il est encadré, aidé et astreint à des obligations sous menace d'une réincarcération immédiate (suivre des soins, indemniser les victimes, ne pourra-t-il pas plus facilement se réinsérer ?* ». Si toutes les obligations de suivi ne semblent pas toujours adaptées et nécessaires, il nous semble en effet qu'une préparation au retour à la société et la possibilité d'être suivi et aidé permet une meilleure prévention de la récidive.

objectif garant de l'efficacité de la peine privative de liberté, mais aussi comme une prestation de l'administration pénitentiaire à destination du détenu, faisant de lui non plus un simple assujetti au service public pénitentiaire, mais un véritable usager du service public pénitentiaire.

Section 2 – Le détenu, bénéficiaire d’une prestation de réinsertion

260- L'étude du droit pénitentiaire permet de constater que longtemps l'idée de puissance publique a prévalu et que, de ce fait, « *la prise en charge des détenus n'a pas véritablement eu, dans l'esprit du législateur, de finalité basée sur la fourniture d'une prestation* »⁹⁰³. Elle était alors pensée uniquement en prenant en considération les questions de sécurité. Or, dès lors qu'il a été établi que le durcissement de la peine n'est pas efficace à lui seul pour lutter contre la récidive et que seule la réintégration réussie des condamnés dans la société peut y parvenir, le législateur a dû se demander si la peine privative de liberté relève principalement d'une « *élimination* » du condamné ou de la « *préparation à un nouveau départ dans le monde libre* », quand bien même jusqu'à présent « *l'une des deux se trouve souvent masquée par les discours servant à justifier l'autre* »⁹⁰⁴. Il a alors progressivement admis que l'efficacité de la peine est conditionnée par la réussite de la réinsertion des condamnés. Il a donc affirmé que la réinsertion doit être la fonction principale de la peine privative de liberté et subséquemment la mission principale du service public pénitentiaire (**Paragraphe 1**). Par conséquent, les relations entre le détenu et l'administration pénitentiaire ont évolué. Elles ne sont plus basées uniquement sur une soumission du détenu aux impératifs sécuritaires, il devient destinataire d'une prestation de réinsertion de la part du service public pénitentiaire ce qui fait de lui un véritable usager du service public (**Paragraphe 2**).

⁹⁰³ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 276.

⁹⁰⁴ P. COMBESSIE, « Ambivalence des sociétés démocratiques vis-à-vis de la prison comme dispositif d'accès à la réinsertion : évolutions récentes (internet, téléphone mobile, radicalisation », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, Toulouse, p. 49.

§1 : La réinsertion, mission principale du service public pénitentiaire

261- Reconnue depuis de nombreuses années comme l'une des fonctions de la peine, la réinsertion peinera toutefois à être affirmée en tant que telle dans les textes de loi. Il faudra attendre les lois du 21 novembre 2009 et du 15 août 2014 pour qu'elle apparaisse, au même titre que la sécurité, comme l'une des fonctions principales de la sanction pénale, et en particulier de la peine privative de liberté (**A**). Cette reconnaissance marque néanmoins une étape importante puisqu'elle impose alors de repenser la peine privative de liberté pour qu'elle permette de rendre effectif le rôle resocialisateur de la peine et participe donc activement à la préparation du détenu à son retour dans la société libre (**B**).

A) L'affirmation de la fonction resocialisatrice de la peine privative de liberté

262- Affirmé dès 1945, sous l'impulsion de la doctrine de la défense sociale nouvelle, l'objectif de réinsertion de la peine et plus particulièrement de la peine privative de liberté, ne prendra une place effective dans le système pénal français qu'au fur et à mesure de l'adoption de textes législatifs comme réglementaires consacrés notamment aux personnels de l'administration pénitentiaires et aux mesures permettant au condamné d'exécuter sa peine en milieu ouvert. Il faut attendre la fin des années 1990 pour une consécration textuelle de la fonction de réinsertion de la sanction pénale, et même 2014 pour qu'il soit écrit dans le code pénal que la peine a pour fonction de favoriser l'amendement, l'insertion ou la réinsertion du condamné et qu'il s'agit là de sa fonction principale (**1**). Cette affirmation, confortée par le droit européen, impose de redéfinir les missions du service public pénitentiaire. S'il continue d'exercer sa mission sécuritaire de mise à l'écart et de garde des détenus, sa mission principale devient de les aider à préparer leur retour dans la société à l'issue de leur peine (**2**).

1. *La réinsertion, rôle majeur de la peine privative de liberté*

263- Si dès la fin du XIX^{ème} siècle René BERENGER affirmait que « *la peine n'est qu'une satisfaction temporaire donnée à l'opinion et un avertissement pour le coupable, il n'y a de garantie véritable pour l'ordre social que dans le relèvement du condamné* » et que la libération conditionnelle a été mise en place dès 1885⁹⁰⁵, ce n'est qu'en 1945 sous l'impulsion de la doctrine de la défense sociale et avec la réforme AMOR que la probation apparaît véritablement dans les textes. Les quatorze principes de la réforme AMOR ont pour fondement la primauté de l'amendement et du reclassement social du condamné, la nécessité de l'humanisation des prisons, la progressivité de l'exécution des peines avec le régime progressif, etc. S'il n'est pas encore question de "réinsertion", cette réforme pose les premiers jalons de la reconnaissance d'un tel objectif à la peine. Alors qu'il est établi que les conditions de détention et les courtes peines peuvent être criminogènes, « *l'abandon du tout carcéral se fait de façon continue* »⁹⁰⁶. Plusieurs corps de métiers ainsi que de nouvelles mesures tournées vers la réinsertion sont ainsi progressivement mis en place et, il est loisible d'observer, à chaque évolution, un glissement progressif vers l'emploi du terme même de réinsertion.

264- Concernant les personnels, dès 1949, un décret institue les premiers éducateurs intervenant uniquement en prison ; ils sont chargés de « *l'observation et de la rééducation en vue du reclassement social des détenus* »⁹⁰⁷. Leur statut va évoluer à de nombreuses reprises, et en 1966

⁹⁰⁵ Loi sur les moyens de prévenir la récidive (libération conditionnelle, patronage, réhabilitation), 14 août 1885.

⁹⁰⁶ Y. PERRIER, *La probation de 1885 à 2005 – Sanctions et mesures dans la communauté*, Dalloz, Paris, 2013, p. 125.

⁹⁰⁷ Décret n°49-917 du 21 juillet 1949 portant règlement d'administration publique relatif au statut particulier des éducateurs des services extérieurs pénitentiaires, JO du 22 juillet 1949, p. 7186.

l'objectif d'amendement est ajouté à leurs missions⁹⁰⁸, puis en 1977 il est enfin question de réinsertion sociale⁹⁰⁹. Dès 1984, une structure est mise en place pour coordonner leurs actions avec les assistantes sociales qui travaillent en prison et partagent des objectifs similaires, il s'agit des services sociaux éducatifs de la prison (SSE). En parallèle, dès 1958, sont créés les comités de probation et d'assistance aux libérés (CPAL) qui regroupent également des éducateurs de l'administration pénitentiaire et des assistantes sociales, agissant cette fois non plus en prison, mais en milieu ouvert. Si l'existence de telles structures permet un suivi du condamné durant sa détention puis à sa sortie, la dichotomie entre le milieu ouvert et le milieu fermé qui en résulte rend parfois difficile un suivi efficace d'un condamné durant tout son parcours pénal. Le changement d'interlocuteurs peut nuire à la réintégration dans la société du condamné faisant l'objet d'une mesure de probation, comme de celui venant d'achever sa peine. Une réflexion s'est donc ouverte durant les années 1990 pour décloisonner le milieu ouvert et le milieu fermé en créant des équipes unifiées. Dès 1993, un décret traduit cette volonté d'évolution en créant un nouveau corps de métier : les conseillers d'insertion et de probation (CIP), chargés de « *l'aide à l'insertion sociale, de la prévention des effets désocialisants de l'emprisonnement, du maintien des liens familiaux et sociaux* » ainsi que du suivi et du contrôle des décisions de justice⁹¹⁰. Un décret de 1999 achève cette évolution en prévoyant la fusion des SSE et des CPAL en une nouvelle

⁹⁰⁸ Décret n°66-874 du 21 novembre 1966 *portant règlement d'administration publique relatif au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire*, JO du 29 novembre 1966, p. 10408.

⁹⁰⁹ Décret n° 77-904 du 8 août 1977 *modifiant le décret n° 66-874 du 21 novembre 1966 relatif au statut spécial des fonctionnaires des services extérieurs de l'administration pénitentiaire*, JO du 10 août 1977, p. 4142.

⁹¹⁰ Décret n°93-1114 du 21 septembre 1993 *relatif au statut particulier du personnel d'insertion et de probation de l'administration pénitentiaire*, JO du 23 septembre 1993, p. 13226. Ils deviendront en 2010 les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation (CPIP) et leur rôle bien que toujours axé sur la réinsertion des détenus se voit accompli dans une démarche ciblée : la prévention de la récidive. Décret n°2010-1639 du 23 décembre 2010 *portant statut particulier des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation*, JO du 28 décembre 2010.

structure globale dans laquelle travailleront les CIP puis les CPIP : les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP)⁹¹¹. Ayant des compétences élargies, ils ont pour mission l'évaluation, le suivi et le contrôle des personnes, l'aide à la décision judiciaire dans un souci d'individualisation, et l'insertion des personnes placées sous-main de justice⁹¹². En outre, en 1958 a été créé un magistrat spécialisé, le juge de l'application des peines (JAP), chargé du suivi des condamnés à l'intérieur comme à l'extérieur de la prison⁹¹³. Ayant vu progressivement ses missions élargies, il peut prononcer des réductions de peines, des aménagements de peine ou suivre l'exécution des peines réalisées en milieu ouvert⁹¹⁴.

265- Concernant les mesures permettant au condamné d'exécuter sa peine ou la fin de sa peine en milieu ouvert, plusieurs sont venues s'ajouter à la libération conditionnelle. Dès 1958, simultanément à la création des CPAL et des JAP, est instauré le sursis avec mise à l'épreuve (SME)⁹¹⁵. Puis, progressivement, sont mis en place le travail d'intérêt général (TIG)⁹¹⁶, le placement sous surveillance électronique (PSE)⁹¹⁷, le suivi

⁹¹¹ Décret n°99-276 du 13 avril 1999 *modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation*, *JORF* du 14 avril 1999, p. 5478.

⁹¹² V. Articles D. 573 et D. 574 du CPP.

⁹¹³ Ordonnance n°58-1296 du 23 décembre 1958 *modifiant et complétant le code de procédure pénale*, *JORF* du 24 décembre 1958 page 11711

⁹¹⁴ Art. 712-1 et s. du CPP.

⁹¹⁵ Ordonnance n°58-1296 du 23 décembre 1958 *modifiant et complétant le code de procédure pénale*, *op. cit.* V. Articles 738 et s. de l'ordonnance. V. Actuellement : Art. 132.40 et s. du CP.

⁹¹⁶ Loi n°83-466 du 10 juin 1983 *portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi 8182 du 02-02-1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale*, *JORF* du 11 juin 1983 page 1755. V. actuellement : Art. 131-8 du CP.

⁹¹⁷ Loi n°97-1159 du 19 décembre 1997 *consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté*, *JORF* du 20 décembre 1997 p. 18452. V. actuellement : Art. 723-7 et s. du CPP.

sociojudiciaire⁹¹⁸, puis le placement sous surveillance électronique mobile (PSEM)⁹¹⁹ et la surveillance judiciaire⁹²⁰. En outre, des outils ont également vu le jour pour permettre une meilleure individualisation de la peine et un meilleur suivi du condamné, à l'image des enquêtes sociales rapides⁹²¹ ou des projets d'exécution de peine⁹²² qui visent à « *donner plus de sens à la peine privative de liberté en impliquant davantage le condamné dans l'évolution de celle-ci durant toute la durée de son exécution* », mais aussi à « *définir des modalités de prise en charge et d'observation permettant une meilleure connaissance du détenu ; améliorer dès lors l'efficacité des actions visant à sa réinsertion et accroître la sécurité des établissements* ».

266- Ces mesures, nombreuses, ont permis le développement en France de la probation. Mais, si elles peuvent être utilisées en faveur de la réinsertion du condamné en permettant de limiter le recours à l'emprisonnement pouvant avoir des effets criminogènes et désocialisants sur le condamné et d'instaurer un retour progressif de celui-ci à la liberté, le législateur ne semble pas les avoir créées uniquement à cette fin. En effet, les obligations imposées par nombre de ces mesures à l'image du SME, du suivi sociojudiciaire, du PSEM ou encore de la surveillance judiciaire, laissent planer un doute sur leur objectif premier : permettre une réinsertion efficace des condamnés ou mieux les surveiller lorsque leur peine arrive à terme. Dans les faits, ayant été instaurées simultanément aux demandes sécuritaires, elles sont souvent perçues d'abord comme un moyen de mieux suivre le condamné ayant purgé sa peine, de mieux le contrôler afin de se

⁹¹⁸ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 *relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, JORF du 18 juin 1998 page 9255. V. actuellement : Art. 131-36-1 et s. du CP ; Art. 763-1 et s. du CPP.

⁹¹⁹ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 *relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, JORF du 13 décembre 2005 page 19152. V. actuellement : Art. 131-36-9 du CP.

⁹²⁰ *Ibidem*. V. actuellement : Art. 723.29 du CPP.

⁹²¹ Loi n° 81-82 du 2 février 1981 *renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, JORF du 3 février 1981 page 415. V. actuellement : Art. 41 du CPP.

⁹²² Circulaire, *Généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peine*, AP 2000-08 DIR/21-07-2000, NOR : JUSE0040058C

prémunir de tout risque de récidive et d'assurer la sécurité des citoyens. Ceci est conforté par le sens donné à la peine et plus particulièrement à la peine privative de liberté par le législateur.

267- Effectivement, si l'année 1958 a marqué un réel tournant de la politique pénale avec la création de mesures phares pour la réinsertion des condamnés, de nombreuses évasions au début des années 1960 sont venues contrebalancer cette volonté d'ouvrir les portes de la prison. Jean FOYER, alors garde des Sceaux, exprime sa volonté de voir adopter, non plus des mesures probatoires, mais des mesures sécuritaires supplémentaires. Cette volonté est partagée avec le président de la République, Charles DE GAULLE qui tiendra d'ailleurs à rappeler, en 1964, lors d'un discours devant les directeurs régionaux des services pénitentiaires que « *par-dessus tout, chaque agent de l'administration pénitentiaire doit se souvenir à tout instant que la mission primordiale de son administration est d'assurer la garde des détenus qui lui sont confiés par décision de justice* » et que « *l'évasion est la plus grave faute du service pénitentiaire* »⁹²³. Cette volonté sera continue puisque le sentiment d'insécurité va s'amplifier par le biais des médias. Le syndicat de la Magistrature expliquera quelques années plus tard, en 1981, que « *la campagne d'opinion sur la sécurité des français procède d'un enrichissement respectif des discours des médias et des discours politiques* », qu'« *elle a trouvé un terrain favorable dans l'augmentation effective de la petite et moyenne délinquance* » et qu'« *elle a empêché toute réflexion sur la réponse sociale à apporter à ce phénomène* ». Ainsi, selon lui, si « *personne ne croit plus qu'un accroissement de la répression puisse apporter une solution réelle aux problèmes de la violence ou de la délinquance, tout le monde feint de le croire* », et que de ce fait il en est « *fini [des] discours libéraux et sociaux sur la réinsertion* », « *l'heure est à l'élimination* »⁹²⁴.

⁹²³ « 30 ans de politique pénitentiaire », *Justice*, 1974, n°33, p. 3.

⁹²⁴ Syndicat de la Magistrature, *Justice sous influence*, Cahiers libres, 363 par François Maspero, 1981.

268- Alors que certains, à l'image de Robert BADINTER et Jean-Denis BREDIN, inquiets du faible budget de la justice et du fait que la justice soit de plus en plus répressive, avaient déjà analysé que « *ce visage contradictoire qu'offre à la France sa justice n'est sans doute que l'image même de la société française se disant libérale, mais en réalité indifférente ou hostile aux libertés vécues, s'affirmant démocratique, mais soumise aux privilégiés et toujours dure aux faibles, cruelle enfin à l'homme* »⁹²⁵, le législateur va prendre parti en faveur de la sécurité quand bien même il affirme l'ambivalence de la peine privative de liberté dans la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire⁹²⁶. En prévoyant que « *le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions et sentences pénales et au maintien de la sécurité publique* », mais aussi qu'« *il favorise la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire* », il ne cache pas le rôle prioritaire alloué à la fonction sécuritaire de la peine. D'une part, il évoque la sécurité avant la réinsertion. D'autre part, il utilise le verbe "participer" pour la sécurité impliquant un rôle actif du service public pénitentiaire, mais le verbe "favoriser" pour la réinsertion, celle-ci ne nécessitant alors qu'un traitement bienveillant de la part du service public pénitentiaire. Ce parti pris sera conforté par les lois sécuritaires adoptées entre 1995 et 2010.

269- Pourtant, durant la même période, se développent de nombreux textes supranationaux affirmant que la resocialisation doit être l'objectif poursuivi lors de la détention et incitant les États à développer les alternatives à l'incarcération et les mesures en milieu ouvert. Ainsi, les règles pénitentiaires européennes mises à jour en 1987⁹²⁷ rappellent dès la règle numéro 3 que « *les buts du traitement des détenus doivent être de préserver leur santé et de sauvegarder leur dignité et, dans la mesure où la durée de*

⁹²⁵ R. BADINTER et J.-D. BREDIN, « La justice en questions », *Le Monde*, 31 octobre, 1^{er} et 2-3 novembre 1969.

⁹²⁶ Loi n°87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JORF* du 23 juin 1987, p. 6775

⁹²⁷ Recommandation Rec (87) 3 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes, 12 février 1987.

la peine le permet, de développer leur sens des responsabilités et de les doter de compétences qui les aideront à se réintégrer dans la société, à vivre dans la légalité et à subvenir à leurs propres besoins après leur sortie de prison ». Ainsi, elles prévoient, par exemple, que les établissements pénitentiaires doivent « *offrir aux détenus la possibilité d'améliorer leurs connaissances et leurs compétences et d'accroître ainsi leur chance de réinsertion dans la société après leur libération* »⁹²⁸ et que « *tous les détenus devraient bénéficier de dispositions visant à les aider, lors de leur retour dans la société, à renouer avec leur vie familiale et à trouver un emploi après leur sortie de prison* »⁹²⁹. Afin de faciliter cette réintégration à la société, ces règles prévoient aussi, concernant les détenus condamnés à de longues peines, qu'« *il convient de leur assurer un retour progressif à la vie en société* », notamment « *grâce à un programme de préparation à la libération* » ou « *grâce à une libération conditionnelle* »⁹³⁰. Remaniées en 2006⁹³¹, elles affirment à nouveau ces mêmes principes comme le montrent la règle numéro 6 qui dispose que « *chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre* » ou encore la règle numéro 107.1 selon laquelle « *les détenus condamnés doivent être aidés, au moment opportun et avant leur libération par des procédures et des programmes spécialement conçus pour leur permettre de faire la transition entre la vie carcérale et une vie respectueuse du droit interne au sein de la collectivité* »⁹³².

⁹²⁸ Règle n° 65 d).

⁹²⁹ Règle n°87.

⁹³⁰ Règle n°88. Pour cela, il est ajouté à la règle suivante que « *les administrations pénitentiaires devraient travailler en étroite collaboration avec les services sociaux et les organismes qui aident les détenus libérés à retrouver une place dans la société, en particulier à reprendre la vie familiale et à retrouver un emploi* ».

⁹³¹ Recommandation Rec (2006)2 du Comité des Ministres aux États membres *sur les règles pénitentiaires européennes*, 11 janvier 2006.

⁹³² Les règles 107.2 et 107.3 reprennent ensuite les points relatifs au « *retour progressif à la vie en milieu libre* » et à « *la libération conditionnelle* ».

270- Ces textes bien que pour la plupart n'étant pas contraignants vont impulser une évolution de la législation française. Si la réinsertion reste secondaire face à l'impératif de sécurité, dès 2005, dans une loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; le législateur inscrit pour la première fois à l'article 132-24 du code pénal que « *la nature et le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la sécurité, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* »⁹³³. Puis, la loi pénitentiaire de 2009⁹³⁴ marque une nouvelle évolution. Si l'article premier maintient cet ordre de préférence en disposant que « *le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions* », l'article 2 instaure un nouvel équilibre. Affirmant que « *le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions pénales* », qu' « *il contribue à l'insertion ou à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des personnes détenues* » et qu' « *il est organisé de manière à assurer l'individualisation et l'aménagement des peines des personnes condamnées* », le législateur modifie sensiblement la loi de 1987. Il mentionne l'insertion et la réinsertion des condamnés avant la sécurité publique, faisant de cette mission la mission première du service public pénitentiaire.

⁹³³ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 *relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, JORF du 13 décembre 2005, p. 19152, art. 4.

⁹³⁴ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, *op. cit.*

2. *La réinsertion, mission majeure du service public pénitentiaire*

271- C'est sous l'impulsion des règles pénitentiaires européennes que le législateur français fait évoluer le droit pénitentiaire et adopte en 2009 une loi dans laquelle il consacre la mission de réinsertion confiée au service public pénitentiaire. Si les règles pénitentiaires européennes relèvent de la *soft law*, c'est-à-dire d'« *une catégorie regroupant des normes de conduite qui, en principe, n'ont pas d'effets juridiques contraignant mais qui peuvent toutefois avoir une portée normative* »⁹³⁵, elles semblent donc être « *utilisées comme des arguments d'autorité* »⁹³⁶ permettant d'orienter le législateur lors des débats parlementaires.

272- Mises en place depuis 1973⁹³⁷ par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, elles sont inspirées des règles pour le traitement *minima* des détenus édictées en 1957 par l'ONU⁹³⁸. Elles ont pour objectif « *de proposer aux États européens membres du Conseil de l'Europe un certain nombre de principes directeurs, mais aussi de règles plus précises, de nature à favoriser l'amélioration continue du droit pénitentiaire et du traitement des détenus* »⁹³⁹. Elles « *reflètent le consensus politique des États sur la prise en charge des détenus, la gestion des établissements pénitentiaires, le personnel et l'exécution des peines* »⁹⁴⁰. Modifiées en

⁹³⁵ S. DE LA ROSA, « La part du droit européen dans la reconnaissance des droits des détenus – Retour sur une influence à plusieurs visages », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Dalloz, Paris, 2013, p. 61.

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 63.

⁹³⁷ COMITE DES MINISTRES, Rec. (73) 5 *sur les Règles pénitentiaires européennes*, 19 janvier 1973.

⁹³⁸ CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, Résolution 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957, *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*.

⁹³⁹ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁴⁰ S. DE LA ROSA, « La part du droit européen dans la reconnaissance des droits des détenus – Retour sur une influence à plusieurs visages », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, *op. cit.*, p. 62.

1987⁹⁴¹ puis en 2006⁹⁴², elles ont progressivement élevé les standards devant s'imposer aux États du Conseil de l'Europe, d'autant qu'elles sont utilisées par la Cour européenne des droits de l'Homme « *comme paramètre d'interprétation pour apprécier la portée des obligations qui pèsent sur les États* »⁹⁴³. « *Dotées d'une force morale toute particulière* »⁹⁴⁴, elles ont alors naturellement contraint la France à s'aligner sur les exigences européennes dans de nombreux domaines du droit pénitentiaire qu'il s'agisse du droit disciplinaire avec le décret de 1996, de l'accès aux soins avec la loi de 1994, de la création des unités de vie familiale en 2003 ou encore de la création des unités hospitalières sécurisées interrégionales en 2004. Néanmoins, et malgré des demandes en ce sens de la part des États généraux de la condition pénitentiaire comme de la commission nationale consultative des droits de l'homme⁹⁴⁵, la transcription des règles pénitentiaires n'a pas été opérée dans la loi pénitentiaire. Ainsi, si elles influent sur le droit pénitentiaire national, et ce de manière plus que conséquente, elles n'imposent pour autant aucune obligation au service public pénitentiaire dont pourrait se prévaloir le détenu. Et, quand bien même une procédure de labellisation règles pénitentiaires européennes des établissements pénitentiaires ait été mise en place, cette « *opération labellisation* » n'est qu'un « *trompe-l'œil destiné à montrer que l'administration pénitentiaire [cherche] à améliorer sensiblement le sort des détenus et le fonctionnement des établissements pénitentiaires* »⁹⁴⁶. En effet, elle ne concerne que les règles pénitentiaires européennes relatives à l'accueil des détenus arrivants

⁹⁴¹ COMITE DES MINISTRES, Rec. (87) 3 *sur les Règles pénitentiaires européennes*, 12 février 1987.

⁹⁴² COMITE DES MINISTRES, Rec. (2006) 2 *sur les Règles pénitentiaires européennes*, 11 janvier 2006.

⁹⁴³ S. DE LA ROSA, « La part du droit européen dans la reconnaissance des droits des détenus – Retour sur une influence à plusieurs visages », in : S. BOUSSARD (*dir.*), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, *op. cit.*

⁹⁴⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, *op. cit.*

⁹⁴⁵ CNCDDH, *Avis sur le projet de loi pénitentiaire*, 6 novembre 2008.

⁹⁴⁶ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 90.

et le label est accordé par des sociétés privées⁹⁴⁷ qui certes utilisent un référentiel, mais pour lesquelles « *leur compétence pour comprendre les subtilités de la vie pénitentiaire et réaliser la vérification de l'observation des normes dans un terrain aussi complexe interroge à tout le moins* »⁹⁴⁸.

273- Pour autant, ayant servi de référence dans l'écriture de la loi pénitentiaire de 2009 et servant de référentiel à la Cour européenne des droits de l'homme, elles ont poussé le législateur à faire de la mission de réinsertion une mission essentielle du service public pénitentiaire. La réinsertion n'est plus une simple faculté accessoire à la mission sécuritaire remplie par ce service public, mais un véritable objectif devant guider l'action du personnel pénitentiaire lors de l'exécution de la peine privative de liberté. Cet objectif a en outre été confirmé par la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales⁹⁴⁹ puisqu'elle ajoute au code pénal un article 130-1 selon lequel : « *Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». La peine privative de liberté et le service public pénitentiaire ont alors la même fonction, réinsérer le condamné. Cette mission va reconditionner la manière de fonctionner du service public pénitentiaire.

⁹⁴⁷ AFNOR et VERITAS

⁹⁴⁸ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire, op. cit.*, p. 91.

⁹⁴⁹ Loi n°2014-896 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647.

B) L'aspiration à rendre effectif l'objectif de réinsertion de la peine privative de liberté

274- Si certains condamnés doivent être écartés de la société durant un laps de temps défini par le juge, la peine privative de liberté doit alors leur permettre de préparer leur retour dans la société afin de rendre effectif l'objectif de réinsertion de la peine. Conscient des lacunes du système pénal sur ce point⁹⁵⁰, durant les travaux préparatoires de la loi du 15 août 2014, le jury de la Conférence de consensus a recommandé « *une réforme profonde des conditions d'exécution de la peine privative de liberté pour atteindre l'objectif d'insertion et de réinsertion de la personne détenue, condition sine qua non de la prévention de la récidive* »⁹⁵¹. Pour être efficace, il faut donc améliorer de manière significative les conditions de détention des condamnés et mieux les préparer à leur sortie de prison. Pour cela le législateur a entrepris de lutter contre les effets désocialisants de la prison (1) et de développer les aménagements de peine (2).

1. La volonté de limiter les effets désocialisants de la prison

275- L'enfermement est en lui-même un facteur de désocialisation puisqu'il crée une rupture avec la société, mais également eu égard aux conditions de détention actuelles souvent qualifiées d'indignes en raison de la vétusté et

⁹⁵⁰ Lacunes notamment rappelées par la commission des lois de l'Assemblée nationale lors de son rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale où elle observe, qu'au-delà de réduire le recours à l'emprisonnement, « *il est évident que la réinsertion des personnes condamnées ainsi que la prévention de la récidive supposent également une amélioration des conditions de détention lorsque l'incarcération n'a pas pu être évité, ainsi qu'un retour à la liberté plus souvent précédé d'un aménagement de peine, afin d'éviter au maximum les "sorties-sèches"* » V D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, op. cit., p. 99.

⁹⁵¹ Conférence de consensus : *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, op. cit., p. 23.

de l'insalubrité des établissements pénitentiaires, une problématique aggravée par la surpopulation carcérale induisant une usure plus rapide des installations et une proximité empêchant toute intimité.

276- Concernant les conditions de détention en elles-mêmes, le Gouvernement a entendu lutter contre la surpopulation carcérale pour les améliorer. Il n'a toutefois pas pris de mesures permettant, de manière immédiate et drastique, de limiter la surpopulation carcérale, à l'image des *numerus clausus* proposés par la Commission des lois de l'Assemblée nationale⁹⁵² ou encore la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁹⁵³. Il a préféré augmenter le nombre de places de prison disponibles - bien que cette pratique ait rapidement montré ses limites⁹⁵⁴ - et agir sur le nombre de sanctions exécutées en détention et la durée de celles-ci. Il a ainsi souhaité développer les sanctions exécutées en milieu ouvert⁹⁵⁵, mais également les aménagements de peine pour une fois encore améliorer le retour dans la société des détenus libérés. À cette fin, la loi du 15 août 2014 a d'ailleurs réaffirmé l'accès des condamnés aux droits et dispositifs de droits commun de nature à faciliter leur insertion ou leur réinsertion⁹⁵⁶. Une mesure qui vient en complément des mesures mises en place dès 2009 pour permettre une individualisation de l'exécution de la peine et une meilleure préparation à la sortie.

⁹⁵² *Ibidem*.

⁹⁵³ CNCDH, *Avis sur la prévention de la récidive*, 21 février 2013.

⁹⁵⁴ V. Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 2 – A – 2. Une situation pérenne difficile à résorber (**630**)

⁹⁵⁵ V. Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 – A. Le développement des alternatives à la détention (**706**)

⁹⁵⁶ Article 30 de la loi. Nous pouvons tout de même regretter que cette confirmation devienne probablement symbolique en l'absence de précisions quant aux dispositifs concernés comme d'énumération des droits des détenus. Elle devait pourtant permettre une meilleure transition lors du passage des détenus du milieu fermé vers le milieu ouvert, une meilleure coordination entre les différents acteurs chargés d'accompagner et de suivre les personnes condamnées encore trop souvent défectueuse, et favoriser le prononcé d'aménagements de peine, qui restent trop rares malgré leur rôle essentiel dans la lutte contre la récidive.

277- Jean-René LECERF, rapporteur du projet de loi avait constaté que « *le temps de l'incarcération, qui devrait être un temps utile, reste, en fait, un temps mort* », la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a mis en place, en sus du développement des mécanismes permettant le maintien des liens avec l'extérieur⁹⁵⁷, deux mesures phares : le parcours d'exécution de la peine individualisé lors de l'entrée en détention puis régulièrement actualisé pour mieux préparer la sortie et l'obligation d'activité qui a pour but de lutter contre l'oisiveté du détenu et la raréfaction de ses rapports avec l'altérité durant la détention.

278- L'article 717-1 du code de procédure pénale prévoit l'individualisation de l'exécution de la peine pour justement lui donner du contenu. Disposant que « *dès leur accueil dans l'établissement pénitentiaire et à l'issue d'une période d'observation pluridisciplinaire, les personnes détenues font l'objet d'un bilan de personnalité* » et qu' « *un parcours d'exécution de la peine est élaboré par le chef d'établissement et le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation pour les condamnés, en concertation avec ces derniers, dès que leur condamnation est devenue définitive* », cet article montre la volonté du législateur d'instaurer un véritable suivi et accompagnement du condamné. D'autant que ce parcours d'exécution de la peine est réexaminé au moins une fois par an et dès que le détenu en formalise la demande. Pour ce faire, l'article R. 57-9-1 du code de procédure pénale instaure une obligation d'activité. Selon celui-ci, « *la personne détenue condamnée remplit [l'obligation d'activité qui lui incombe] lorsqu'elle exerce au moins l'une des activités relevant de l'un des domaines suivants : travail, formation professionnelle insertion par l'activité économique, enseignement, activités éducatives, culturelles, socioculturelles, sportives et physiques* ». S'il est regrettable que le travail soit au rang des activités au même titre que la culture ou le sport et qu'une place particulière ne lui ait pas été réservée par le législateur⁹⁵⁸, cet article

⁹⁵⁷ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2 . La continuité des liens avec la société libre (334)

⁹⁵⁸ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – B – 2. L'accès au travail, un « profond désert juridique » (327)

est tout de même une avancée quant à la conception de la détention. Elle ne doit plus seulement mettre à l'écart, mais permettre au détenu de se construire ou de se reconstruire en s'ouvrant sur différentes activités, même si cela relève d'une obligation, n'engendrant pas toujours une adhésion des détenus, ni même des personnels pénitentiaires qui n'ont pas toujours les moyens de proposer assez d'activités en détention.

279- Malheureusement, en pratique, bien que le service pénitentiaire d'insertion et de probation, en liaison avec le chef d'établissement, ait l'obligation de mettre en place un programme culturel⁹⁵⁹, qu'une médiathèque ou une bibliothèque doit être accessible⁹⁶⁰, qu'une programmation d'activités sportives soit imposée⁹⁶¹ ou encore que l'accès à l'enseignement⁹⁶² et à la formation⁹⁶³ doit être permis, les activités demeurent trop souvent occupationnelles et dénuées d'intérêt en terme de préparation à la sortie. En effet, faute d'offres suffisantes et en raison des contraintes organisationnelles et sécuritaires des établissements pénitentiaires, les détenus ne bénéficient que de quelques heures d'activités par jour en semaine – toutes activités confondues, travail compris – et celles-ci disparaissent comme peau de chagrin le weekend. L'obligation d'activité ne permet alors malheureusement pas de remplir le rôle de resocialisation qui lui a été confié, « *la peine de prison reste sans contenu* »⁹⁶⁴. En outre, si l'adhésion des détenus aux activités est évidemment préférable, le code de procédure pénale ne prévoit aucune sanction en cas d'absence d'activité, bien qu'il s'agisse d'une "obligation",

⁹⁵⁹ Art. D. 441 du CPP

⁹⁶⁰ Art. R. 57-6-20 du CPP

⁹⁶¹ Art. D. 549-1 du CPP. Ajoutons en outre que l'autorisation de participation des détenus, si elle est nécessaire, est quasi-systématique. Seules des raisons médicales ou des raisons sécuritaires particulières peuvent entraîner un refus. V. R. 57-7-20 du CPP.

⁹⁶² Art. D. 436 du CPP

⁹⁶³ Art. D. 438 du CPP

⁹⁶⁴ OIP, « Activités en prison : le désœuvrement », 21 mai 2016 ; V. aussi : OIP, Entretien avec Yasmine BOUAGGA et Corinne ROSTAING, « Les activités en prison : un instrument de maintien de l'ordre », 13 mai 2016.

ce qui s'explique sans doute par la difficulté de l'administration à proposer des activités en nombre suffisant. Pourtant, l'absence d'activité pénalise les détenus sans aucun doute, l'octroi d'une réduction de peine complémentaire étant conditionné par « *des efforts sérieux de réadaptation sociale* »⁹⁶⁵, évalués à l'aune des activités réalisées par le détenu, de même que les aménagements de peine permettant un retour progressif à la liberté et encore trop peu développés.

2. La volonté de développer les aménagements de peine

280- L'impact positif des aménagements de peine sur l'insertion ou la réinsertion des individus ainsi que sur la prévention de la récidive est connu et ils présentent un gain financier pour l'État⁹⁶⁶. Mais, aujourd'hui encore plus de 80 % des détenus n'en bénéficient pas. Il semblerait que cela s'explique « *par le fait que l'opportunité de son octroi est laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge de l'application des peines* » et que « *la pression sociale et médiatique croissante pesant sur lui le conduit à y recourir avec parcimonie* »⁹⁶⁷. La libération conditionnelle serait « *une faveur octroyée aux détenus les plus "méritants", tant par le comportement adopté en détention que par la solidité du projet présentée au juge d'application des peines* »⁹⁶⁸. Elle apparaît surtout comme étant discriminatoire puisque « *les détenus les plus fragiles socialement et économiquement* » ne peuvent en bénéficier étant conditionnée par

⁹⁶⁵ Art. 721-1 du CPP

⁹⁶⁶ En effet, le coût moyen d'une journée en détention s'élève à 95 euros par personne détenue, alors que celui d'une journée en centre de semi-liberté est de 47 euros, celui d'un placement à l'extérieur de 40 euros et celui d'un placement sous surveillance électronique de 5 euros. V. D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, op. cit.

⁹⁶⁷ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, op. cit.

⁹⁶⁸ *Conférence de consensus : Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, op. cit.

l'indemnisation des victimes, la détention d'un logement, le bénéfice d'appuis familiaux ou encore la possibilité d'avoir un emploi⁹⁶⁹. Les récidivistes, appartenant souvent à cette catégorie, sont ainsi l'objet d'une triple peine. Ils sont sanctionnés plus durement, la récidive étant une circonstance aggravante, ils ne peuvent prétendre à l'octroi d'une libération conditionnelle qu'aux deux tiers de la peine – alors que les primodélinquants peuvent y prétendre à mi-peine - et celle-ci est souvent refusée faute d'appuis solides à l'extérieur. Ils auraient pourtant besoin de bénéficier de procédés permettant de les aider à sortir de la spirale de la délinquance et à ne pas récidiver une nouvelle fois. Conscient de cet enjeu, le jury de la Conférence de consensus a proposé de « *supprimer la limitation, pour les récidivistes, de l'accès aux aménagements de peine afin de mobiliser tous les moyens adaptés de réinsertion à l'égard de ces personnes qui révèlent une fragilité particulière* ». Il a également estimé que la libération conditionnelle devait non plus « *être considérée comme une faveur, mais comme un processus inhérent à l'exécution de la peine de prison* »⁹⁷⁰. Toutefois, si la loi du 15 août 2014 aligne le régime des récidivistes sur le régime de droit commun pour l'accès aux aménagements de peine⁹⁷¹ comme pour le calcul des crédits de réduction de peine⁹⁷² ou des réductions de peine supplémentaires⁹⁷³, elle ne va pas faire de la libération conditionnelle une procédure automatique.

281- La Commission des lois de l'Assemblée nationale avait proposé la « *mise en place d'une libération conditionnelle automatique aux deux tiers de la peine, pour les personnes condamnées à des peines d'emprisonnement inférieures ou égales à cinq ans, sauf opposition motivée du juge de l'application des peines* » tout en laissant la possibilité d'une libération conditionnelle dès la mi-peine, ainsi qu'un examen automatique de la situation des personnes purgeant des peines d'emprisonnement à temps

⁹⁶⁹ *Ibidem.*

⁹⁷⁰ *Ibidem.*

⁹⁷¹ V. article 729 du CPP.

⁹⁷² V. article 721 du CPP.

⁹⁷³ V. article 721-1 du CPP.

supérieures à cinq ans aux deux tiers de leur peine⁹⁷⁴, proposition reprise par la Commission consultative nationale des droits de l'homme⁹⁷⁵. Mais, le Gouvernement a estimé que « *l'introduction de mesures de libération automatique ne permet pas de prendre en compte la situation particulière de chaque détenu et crée les conditions d'un échec potentiel dans le parcours de réinsertion* ». Rappelant tout de même la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe selon laquelle « *afin de réduire les effets délétères de la détention et de favoriser la réinsertion des détenus dans des conditions visant à garantir la sécurité de la collectivité, la législation devrait prévoir la possibilité pour tous les détenus condamnés, y compris les condamnés à perpétuité, de bénéficier de la libération conditionnelle* »⁹⁷⁶, il a proposé « *l'instauration d'un examen systématique de la situation des détenus arrivés aux deux tiers de leur peine* ». Plus individualisé, ce système permettra, selon le Gouvernement, « *de prendre en compte la personnalité et les perspectives de la personne et ainsi d'opter pour des mesures adaptées à l'objectif de retour à la vie libre minimisant les risques d'échec* » sans décourager les détenus fournissant des efforts pour obtenir une libération conditionnelle⁹⁷⁷. C'est ce système qui sera retenu par la loi du 15 août 2014. Elle prévoit l'examen systématique par le juge de l'application des peines de la situation des personnes détenues condamnées à une peine supérieure à cinq ans aux deux tiers de la peine⁹⁷⁸ et crée, pour les condamnées à une peine inférieure ou égale à cinq ans, un examen systématique de leur situation en vue de l'octroi d'une nouvelle mesure, la libération sous contrainte. Proche de la libération conditionnelle, elle « *entraîne l'exécution du reliquat de peine sous le régime, selon la décision prise par le juge de l'application des peines, de la semi-liberté, du*

⁹⁷⁴ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, op. cit.

⁹⁷⁵ CNCDH, *Avis sur la prévention de la récidive*, 21 février 2013.

⁹⁷⁶ COMITE DES MINISTRES, Rec. (2003) 22 *concernant la libération conditionnelle*, 24 septembre 2003.

⁹⁷⁷ C. TAUBIRA, au nom de J.-M. AYRAULT, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, op. cit.

⁹⁷⁸ V. Art. 730-3 du CPP

placement à l'extérieur, du placement sous surveillance électronique ou de la libération conditionnelle »⁹⁷⁹. Une fois encore l'accent est mis sur l'individualisation de la sanction et la réinsertion des personnes condamnées à de courtes peines, mais une fois encore la loi bien que renouvelant la philosophie de la peine ne va pas au bout de ses objectifs.

282- Effectivement, la loi du 15 août 2014 présente « *une discordance entre la philosophie pénale qui la fonde et la politique criminelle mise en œuvre* » et démontre que le législateur a eu « *de grandes difficultés à se départir de la philosophie du contrôle et de l'obsession sécuritaire qui ensorcelle la vie politique* »⁹⁸⁰. Alors que la Conférence de consensus « *lui avait donné "l'humus scientifique" pour justifier un changement radical de politique* »⁹⁸¹, le législateur n'est pas allé au bout de la démarche initiée par le Gouvernement. Qualifiée de « *rendez-vous manqué* »⁹⁸², de loi non révolutionnaire⁹⁸³, d'« *échec prévisible* »⁹⁸⁴, cette loi entraîne un « *sentiment d'inachèvement* »⁹⁸⁵ et symbolise le « *manque d'ambition* » du législateur⁹⁸⁶. Selon Muriel GIACOPELLI, le législateur aurait finalement suivi « *la politique des petits pas* », alors qu'il aurait pu faire un grand pas en avant⁹⁸⁷. Bien que tous s'accordaient sur « *l'urgence de la situation* »⁹⁸⁸,

⁹⁷⁹ Article 720 du CPP.

⁹⁸⁰ CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, 9 avril 2014.

⁹⁸¹ *Ibidem*.

⁹⁸² M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *AJ Pénal*, 2014, p. 448.

⁹⁸³ J.-H. ROBERT, « Réforme pénale. Punir dehors. Commentaire de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 », *Droit pénal*, n°9, septembre 2014, étude 16.

⁹⁸⁴ CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *op. cit.*

⁹⁸⁵ G. BEAUSSONIE, « Loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RSC*, 2014, p. 809.

⁹⁸⁶ M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *op. cit.*

⁹⁸⁷ *Ibidem*.

la nécessité « *d'engager la justice dans la voie d'un changement réel, sérieux, solide* »⁹⁸⁹, l'adoption du texte s'est heurtée au regard de la société sur la justice pénale. Tous l'ont relevé, les citoyens perçoivent les peines non carcérales « *comme une absence pure et simple de sanction* »⁹⁹⁰ et il faut les crédibiliser⁹⁹¹.

283- Si certains jugent alors que cette loi n'avait finalement que comme objectif de réduire le nombre de détenus pour des raisons notamment économiques et sous la pression européenne⁹⁹², notre analyse n'est pas aussi tranchée. Elle a surtout porté un objectif difficile à atteindre, tant les intérêts en présence étaient nombreux et parfois antinomiques. Si, d'un point de vue pratique, elle comporte des lacunes que nous avons déjà évoquées, elle a le mérite d'avoir donné ou redonné un sens à la peine, celui d'être efficace, pour restaurer le lien social, pour mettre fin au trouble résultant de l'infraction et surtout pour permettre à chacun de retrouver une place au sein de la société. Elle a fait de la réinsertion la fonction principale de la peine privative de liberté, une prestation du service public pénitentiaire au bénéfice du détenu, ce qui est lourd de conséquences sur la relation qu'ils entretiennent.

⁹⁸⁸ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, op. cit..

⁹⁸⁹ *Conférence de consensus : Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, op. cit.

⁹⁹⁰ J.-P. DINTILHAC, « Contrainte pénale communautaire », *AJ Pénal* 2013, p. 132.

⁹⁹¹ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, op. cit.

⁹⁹² J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^{ème} éd., op. cit., Cet auteur est d'ailleurs très critique sur les apports de cette loi qui selon lui abaisse la répression et l'intimidation « *à une époque où la criminalité fait preuve d'une robuste santé* ». Il explique en outre que chacun des nouveaux dispositifs censés favoriser l'individualisation de la peine conduirait finalement dans leur application à malmener le principe d'égalité, à un surcoût pour la justice ainsi qu'à un retard dans l'application des peines. Une analyse que nous ne rejoignons pas puisque nous démontrons que l'individualisation de la peine est essentielle à sa fonction de resocialisation et la seule permettent à la peine d'être efficace.

§2 : La réinsertion, une prestation au bénéfice direct du détenu

284- Le rééquilibrage des fonctions de la peine a fait de la réinsertion la fonction principale de la peine et la mission première du service public pénitentiaire. Celle-ci doit, certes, assurer à court terme la sécurité des citoyens en mettant à l'écart les individus ayant commis les actes infractionnels les plus graves, mais surtout assurer cette sécurité à long terme en permettant au condamné de trouver ou retrouver une place au sein de la société libre sans commettre à nouveau d'acte infractionnel. Réalisée grâce à l'individualisation de la peine et du suivi du condamné, la réinsertion se révèle être une véritable prestation du service public pénitentiaire en faveur du condamné (A). Elle entraîne alors un changement conséquent de son statut. Prestation directe et fonction principale du service public pénitentiaire, la réinsertion fait du détenu non plus un assujetti au service public pénitentiaire, mais bel et bien un usager du service public pénitentiaire (B).

A) La réinsertion, une prestation du service public pénitentiaire

285- Véritable action individualisée du service public pénitentiaire à destination du détenu, la réinsertion se révèle répondre à toutes les conditions nécessaires à l'identification d'une prestation du service public (1). Par ailleurs, même si elle est parfois imposée par le juge, cela ne suffit pas à lui ôter cette qualification, le caractère volontaire de la perception d'une prestation n'étant pas nécessaire (2).

1. La présence des conditions cumulatives nécessaires à l'identification d'une prestation

286- La prestation est, en droit du service public, le « *facteur d'autonomie de la notion d'usager* ». C'est sa présence qui permet « *d'opérer clairement*

la scission entre la notion d'administré, pris au sens actuel du terme, et celle d'usager »⁹⁹³. L'administré est toujours le bénéficiaire du service public, celui-ci poursuivant par définition un but d'intérêt général, mais il s'agit d'une bénéficiaire indirect et non d'un usager⁹⁹⁴. Mais, en sus de cet intérêt général, le service public peut « *accorder des avantages déterminés, destinés à satisfaire des besoins individuels* ». Dans ce cas, l'individu profite du service public « *directement et non plus par ricochet* », l'administration poursuit la satisfaction de certains intérêts particuliers. Dans ce cas, « *les prestations attribuées de cette façon le sont précisément aux usagers* »⁹⁹⁵. Visant certains intérêts particuliers, la prestation se distingue aussi ainsi de la prescription dans les objectifs qu'elle poursuit. Si la prescription peut également concerner des individus particuliers, elle a pour « *but ultime et unique [...] la sujétion de l'individu, sans que ce dernier en retire le moindre avantage* », et fait donc de l'individu « *un assujetti et non un usager* »⁹⁹⁶. Pour résumer, « *la prestation revêt certains caractères qui sont immuables et qui permettent, malgré l'imprécis de sa signification, de savoir s'il y a ou non existence d'une prestation* ». Elle est « *le résultat d'une action d'un service public* », elle vise « *à délivrer à l'individu un avantage, étant entendu que les avantages retirés d'une simple inaction ne peuvent constituer des prestations* » et, enfin, « *l'avantage*

⁹⁹³ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, Thèse, Lille II, 1997, p. 228.

⁹⁹⁴ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2 – B – 2. L'administré, bénéficiaire indirect du service public pénitentiaire (170)

⁹⁹⁵ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, Thèse, Bordeaux, 1967, pp. 10-11.

⁹⁹⁶ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 250. Il donne l'exemple des contraventions dressées par un agent de police de la circulation pour mauvais stationnement. « *En aucun cas, l'individu verbalisé ne retirera le moindre avantage de cette contravention. Le but ultime de ladite contravention n'est d'ailleurs pas de lui apporter le moindre bénéfice, mais bien de sanctionner purement et simplement u comportement contraire aux dispositions du code de la route* ».

délivré au destinataire du service [doit être] le but principal poursuivi par le service »⁹⁹⁷.

287- En application de ces trois critères, quand bien même elle ne soit pas mentionnée comme telle dans les textes ou dans les décisions de justice, il est manifeste que la réinsertion est une prestation émanant du service public pénitentiaire au bénéfice du détenu. En application de l'article 707 du code de procédure pénale, le service public pénitentiaire a pour mission, lors de l'exécution de la peine privative de liberté, de « *préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions* ». La réinsertion est donc bel et bien définie comme étant le résultat d'une action émanant d'un service public, le service public pénitentiaire, au bénéfice d'un individu en particulier, le détenu. Il ne s'agit pas d'un avantage obtenu par une simple inaction puisque le service public pénitentiaire doit « *préparer* » la réinsertion du détenu, et donc agir pour lui permettre de réussir son retour dans la société libre à l'aide, par exemple, de soins⁹⁹⁸, de formations, de soutien dans les démarches administratives, etc. Au demeurant, le détenu bénéficie d'un parcours d'exécution de la peine individualisé dans lequel différentes activités sont prévues pour permettre sa réinsertion. Et, quand bien même le juge ait pu estimer « *que le parcours d'exécution de la peine [...] ne revêtant aucun caractère contraignant et ne comportant aucun élément sur le calcul des peines, [...], eu égard à sa nature et à ses effets sur la situation [de la personne détenue] ne saurait être regardé comme un acte faisant grief, que dès lors il n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir* », il n'a pas hésité à rappeler que ce document a pour objet de « *décrire les actions envisagées pour favoriser la réinsertion de la personne détenue [et] qu'il constitue un document de synthèse pluridisciplinaire, pouvant constituer un élément dans l'appréciation des autorités*

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 253.

⁹⁹⁸ Le détenu est d'ailleurs un usager du service public de santé depuis 1994. V. Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 *relative à la santé publique et à la protection sociale*, *JORF* du 19 janvier 1994, p. 960.

compétentes pour rendre les décisions relatives au régime de détention, à l'accès à une formation ou à l'accès à un emploi »⁹⁹⁹. En outre, il a parallèlement affirmé que le placement en régime différencié, duquel découle un niveau d'accès variable aux différentes activités, n'était pas une mesure d'ordre intérieur eu égard à ses effets¹⁰⁰⁰ ou encore que la privation d'une activité socioculturelle était susceptible de recours¹⁰⁰¹ tout comme la modification des horaires des activités socioculturelles¹⁰⁰², montrant ainsi l'importance qu'il accorde aux moyens de resocialisation à disposition du détenu. Surtout, depuis les lois du 21 novembre 2009 et du 15 août 2014, il s'agit réellement du but principal poursuivi par le service public pénitentiaire. Tout d'abord, comme nous l'avons démontré, le rôle premier de la sanction pénale est aujourd'hui d'être efficace et donc de permettre la réinsertion. Ensuite, l'article 707 du code de procédure pénale ne mentionne plus que cette préparation à la réinsertion, sans référence aux impératifs de sécurité, ce qui prouve, une fois encore, que la réinsertion est devenue l'objectif prioritaire de la peine privative de liberté. Enfin, quand bien même cette prestation peut être obligatoire à l'encontre du détenu, et que le statut de l'utilisateur contraint fait l'objet de débats doctrinaux, il est démontré que le caractère imposé de la prestation n'empêche pas la reconnaissance à leurs bénéficiaires du statut d'utilisateur du service public.

⁹⁹⁹ CAA Paris, 26 juin 2015, req. n°13PA04250.

¹⁰⁰⁰ TA Bordeaux, 14 mai 2009, req. n°0704553, *AJ Pénal* 2009, 323, obs. M. HERZOG-EVANS ; CAA Bordeaux, 18 novembre 2008, req. n°07BX01485, *D.* 2009, p. 1378, obs. E. PECHILLON ; TA Nantes, 26 juillet 2007, req. n°066227, *AJ Pénal*, 2007, p. 495, obs. M. HERZOG-EVANS ; CAA Nantes, 21 février 2008, req. n°07NT02832 ; CAA Nancy, 27 mai 2010, req. n°09NC01022.

¹⁰⁰¹ TA Paris, 28 avril 2000.

¹⁰⁰² TA Limoges, 29 décembre 2005, *BAJDP*, 7 mars 2006.

2. *La reconnaissance du caractère de prestation à certaines « prestations imposées »*

288- Comme nous l'avons expliqué précédemment, refuser la qualité d'usager du service public à un utilisateur du service public ne peut pas se justifier uniquement par le caractère contraint de la relation née entre eux¹⁰⁰³. De même, il ne suffit pas de démontrer que la prestation perçue est imposée pour refuser la qualité d'usager du service public. En effet, bien que « *certaines prestations soient principalement délivrées par le biais de méthodes particulièrement contraignantes* »¹⁰⁰⁴, et ne sont alors que difficilement dissociables des prescriptions, elles demeurent un critère de qualification de l'usager du service public. Si Yann DURMARQUE distingue « *deux significations de la prestation fondées sur le caractère obligatoire ou facultatif de perception de la prestation par l'usager* » et relève que « *cette distinction emporte diverses conséquences quant aux modalités de délivrance de la prestation, à la possible renonciation à la prestation* », il parle dans les deux cas d'« usager ». Ainsi, que la prestation soit « *voulue et recherchée* » et corresponde alors « *principalement à un besoin individuel* » ou qu'elle soit « *obligatoirement perçue* » et « *représente uniquement la satisfaction d'un besoin collectif* », si elle demeure l'objet principal du service public, elle entraîne pour l'utilisateur le statut d'usager¹⁰⁰⁵. Par ailleurs, que la prestation soit imposée ou non, les services publics constituent toujours, dans les sociétés démocratiques modernes, « *une étape décisive dans la fabrication, in genere, de l'individu* ». L'utilisateur est une « *pierre brute en entrant dans le service public* », il « *en ressort poli* », « *pierre de taille, il s'imbrique alors à l'édifice social, à un collectif qui le forme et le transforme, à un*

¹⁰⁰³ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 2 – B – 2. La reconnaissance du statut d'usager du service public à certains « usagers involontaires » (123)

¹⁰⁰⁴ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op. cit., p. 232.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 234.

organigramme de pouvoir qui en est le maître d'œuvre permanent »¹⁰⁰⁶.
Quelle que soit sa caractéristique, la prestation poursuit donc toujours un besoin global au nom de l'intérêt général avant de poursuivre aussi, certaines fois, un besoin individuel. Ceci est particulièrement le cas de la prestation de réinsertion délivrée par le service public pénitentiaire qui a vocation à transformer le détenu pour qu'il réintègre la société, trouve sa place et ne récidive pas.

289- Lorsque l'on étudie la prestation de réinsertion, il appert que celle-ci présente cette double caractéristique. Pouvant être imposée au détenu, par le biais de l'injonction de soins par exemple, elle correspond alors prioritairement à la satisfaction de l'intérêt général¹⁰⁰⁷ à savoir assurer la sécurité de la population en luttant contre le risque de récidive. L'individu ne peut alors pas « *faire autrement que de percevoir la prestation* », mais « *même si la prestation est la matérialisation d'une obligation, cette dernière n'est qu'un complément, une contrepartie accessoire d'un droit principal dont l'individu est personnellement titulaire* ». Elle « *n'existe que dans la mesure où le droit existe* », et c'est « *la reconnaissance d'un "droit à" pour l'usager* » qui « *peut corrélativement entraîner pour lui une "obligation de"* »¹⁰⁰⁸. La prestation de réinsertion découlerait ainsi d'un droit à la réinsertion, même si celui-ci n'est pas encore reconnu de manière explicite dans les textes¹⁰⁰⁹ ; elle fait, à l'image de l'obligation de scolarité pour l'écolier ou de l'obligation de vaccination pour le patient, du détenu un usager du service public pénitentiaire. Mais, parfois imposée, cette prestation peut également être sollicitée par le détenu. Consulté lors de la rédaction du parcours d'exécution de la peine et pouvant demander sa mise

¹⁰⁰⁶ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2000, p. 199.

¹⁰⁰⁷ Même si le besoin individuel n'est pas forcément reconnu par le détenu, l'amélioration de sa santé ne peut être que bénéfique pour sa sortie de détention.

¹⁰⁰⁸ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 241-242.

¹⁰⁰⁹ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 : Le développement d'un droit à l'obtention de la prestation de réinsertion par le détenu (377)

à jour régulière, s'il souhaite préparer activement son retour dans la société libre, il peut demander un suivi médical, une formation, un travail ou encore engage des démarches administratives pour préparer sa sortie de détention. La prestation de réinsertion répond alors autant à un besoin d'intérêt général qu'à un besoin individuel. Et, dans ce cas, « *c'est parce que l'usager demande à accéder aux prestations qu'elles lui sont délivrées* » - dans la mesure du possible au regard des difficultés existant en la matière dans les établissements pénitentiaires¹⁰¹⁰ -, et le détenu dispose alors de la faculté de faire cesser la perception de la prestation¹⁰¹¹. La prestation emporte alors sans conteste la qualité d'usager du service public pour le détenu.

B) La réinsertion, une prestation permettant d'attribuer la qualité d'usager du service public

290- La réinsertion, objectif principal de la peine privative de liberté, est une prestation du service public pénitentiaire à destination des administrés comme du détenu. Si elle n'apporte qu'un bénéfice indirect aux administrés, elle crée en revanche une relation particulière et individualisée entre le service public pénitentiaire et le détenu, et apporte un bénéfice direct à ce dernier **(1)**. Plus qu'un simple usager, le détenu devient alors un véritable usager-bénéficiaire du service public pénitentiaire **(2)**.

¹⁰¹⁰ Ainsi, l'article 717-3 du code de procédure pénale dispose que « *au sein des établissements pénitentiaires, toutes dispositions sont prises pour assurer une activité professionnelle, une formation professionnelle ou générale aux personnes incarcérées qui en font la demande* ».

¹⁰¹¹ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op. cit., p. 235.

1. *La réinsertion, une prestation individualisée au bénéfice direct du détenu*

291- Le fait qu'il existe une prestation émanant du service public ne fait pas automatiquement de celui qui la reçoit un usager. Pour certains auteurs, à l'instar de Roger BONNARD ou Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, la qualité d'usager « doit être réservée aux particuliers qui [...] "reçoivent directement et personnellement des prestations de la part du service et dont le service se propose d'assurer directement et personnellement la satisfaction des intérêts" »¹⁰¹². À défaut, il n'est pas question d'usager du service public, mais simplement de bénéficiaire indirect du service public. Cette restriction a pour objectif « la volonté de particulariser la prestation perçue par l'usager du service public »¹⁰¹³, mais aussi de réduire le champ des usagers du service public ayant un statut plus protecteur que celui du simple bénéficiaire indirect. Pour que l'on puisse qualifier un utilisateur d'usager, il est alors nécessaire que l'individu, en plus d'être placé dans une situation réglementaire, voit « le contenu de sa situation individualisée par l'acte-condition » qui a créé le lien avec le service public¹⁰¹⁴. Il faut une « prestation individualisée » qui soit « l'émanation de la relation privilégiée qui s'instaure entre le service public et l'usager ». Ainsi, « ce dernier recevra une prestation qui, dès le départ, ne pourra correspondre qu'à lui, puisqu'établi spécifiquement pour lui »¹⁰¹⁵.

292- Si, longtemps, le détenu n'était perçu que comme un membre de la collectivité carcérale dont le service public pénitentiaire devait assurer la surveillance, la place croissante de la mission de réinsertion allouée à la peine a bousculé les rapports existants entre le détenu et le service public pénitentiaire. L'acte d'écrou, tout d'abord, est nominatif et donc propre à

¹⁰¹² J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., p. 11.

¹⁰¹³ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op. cit., p. 273.

¹⁰¹⁴ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., p. 44.

¹⁰¹⁵ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op. cit., p. 267.

chaque détenu¹⁰¹⁶. Il instaure, dès la mise en relation détenu – service public pénitentiaire un lien particularisé. Mais cela va plus loin encore puisque, « *dès leur accueil dans l'établissement pénitentiaire et à l'issue d'une période d'observation pluridisciplinaire, les personnes détenues dont l'objet d'un bilan de personnalité* » afin qu'« *un parcours d'exécution de la peine [soit] élaboré par le chef d'établissement et le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation pour les condamnés, en concertation avec ces derniers, dès que leur condamnation est devenue définitive* »¹⁰¹⁷. De même, « *la répartition des condamnés dans les prisons établies pour peines s'effectue compte tenu de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité* » et « *leur régime de détention est déterminé en prenant compte leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale* »¹⁰¹⁸. Pour assurer la personnalisation du suivi du parcours de réinsertion établi et son efficacité, le service pénitentiaire d'insertion et de probation « *effectue les vérifications sur la situation matérielle, familiale et sociale des personnes faisant l'objet d'enquêtes ou de poursuites judiciaires* »¹⁰¹⁹, et durant l'exécution de la peine adresse au magistrat « *un rapport d'évaluation dans les trois mois suivant la date à laquelle le service est saisi de la mesure* » ainsi que « *des rapports ponctuels en cours d'exécution de la mesure* » en cas de difficultés particulières ou de changement de situation¹⁰²⁰. Pour toutes ces raisons, il ne fait aucun doute que la prestation de réinsertion dont bénéficie chaque détenu est individualisée afin de lui assurer un bénéfice direct de celle-ci. Cette prestation permet donc de la qualifier non plus d'assujetti au service public pénitentiaire, mais bel et bien d'usager bénéficiaire du service public pénitentiaire.

¹⁰¹⁶ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 2 – A – 1. L'écrou, acte conditionnant le statut de détenu (113)

¹⁰¹⁷ Art. 717-1 du CPP.

¹⁰¹⁸ *Ibidem.*

¹⁰¹⁹ Art. D.574 du CPP.

¹⁰²⁰ Art. D. 575 du CPP.

2. Le détenu, véritable usager du service public pénitentiaire

293- En raison des impératifs de sécurité qui pèsent sur l'administration pénitentiaire, elle « *n'admet pas facilement que les détenus puissent être considérés comme des usagers du service public* », estimant que les conséquences d'une telle reconnaissance, à savoir le développement des droits des détenus et des obligations de l'administration, seraient « *évidemment difficiles à mettre en œuvre* »¹⁰²¹. Ce point de vue a longtemps été celui retenu par la doctrine¹⁰²², Alain-Serge MESCHERIAKOFF allant jusqu'à dire qu'« *on ne peut dire des détenus-usagers qu'ils en sont bénéficiaires [du service public pénitentiaire] qu'avec beaucoup d'imagination ! Les vrais bénéficiaires sont plutôt les autres* »¹⁰²³, propos repris et confirmés par Yann DURMARQUE qui affirme que « *la qualité du détenu ne peut assurément leur permettre d'obtenir la qualité d'usager* »¹⁰²⁴. Pourtant, de plus en plus d'auteurs ont reconnu au détenu cette qualité, même s'ils n'ont pas ou peu pris la peine de l'expliquer. M. MAILLOT, dans une note sous un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux de 1995, s'intéressant aux administrateurs de la prison, les qualifie de « *gestionnaires d'une population d'usagers forcés* »¹⁰²⁵, et dès l'an 2000, Pierrette PONCELA évoque « *la responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard de ses usagers détenus* »¹⁰²⁶. Plus récemment, le détenu a été qualifié à la fois d'usager d'un ouvrage public¹⁰²⁷, statut

¹⁰²¹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 271.

¹⁰²² V. en ce sens par exemple J. DU BOIS DE GAUDUSSON

¹⁰²³ Cité par Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 257-258.

¹⁰²⁴ *Ibidem.*

¹⁰²⁵ *Ibidem.*

¹⁰²⁶ P. PONCELA, « La responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard de ses usagers détenus », *RSC*, 2000, p. 232.

¹⁰²⁷ S. ROUSSEL, « Une personne détenue est un usager d'un ouvrage public ; Note sous Conseil d'État, dixième et neuvième sous-sections réunies, 6 juillet 2015, requête n°373267 », *La Gaz. Pal.*, 28 octobre 2015, pp. 20-22.

intéressant en ce qu'il impose un droit au fonctionnement normal de l'ouvrage public et donc ici un droit à être détenu dans des conditions de détention dignes¹⁰²⁸, et d' « *usager du service public dans une situation de contrainte* »¹⁰²⁹ par le juge lui-même. Toutefois, analysant la jurisprudence, Anne JENNEQUIN observe que « *l'usager du service public pénitentiaire qu'est le détenu n'est pas un usager du service public comme les autres* » puisque « *la personne détenue est par principe placée dans une situation de contrainte* »¹⁰³⁰. S'il est effectivement placé dans une situation de contrainte vis-à-vis de l'administration, il nous semble, malgré cela, qu'il est évidemment un usager du service public, mais surtout qu'il est, aujourd'hui, plus qu'un simple usager. Il est devenu un véritable usager bénéficiaire du service public pénitentiaire en raison de l'évolution du rôle de la peine privative de liberté.

294- Comme l'expliquait déjà Éric PECHILLON en 1997, « *la conception moderne de la peine ne supprime pas l'idée de sujétion, mais elle ajoute simultanément la notion d'utilisation* » et, « *la reconnaissance de l'usager doit être le pendant d'un rééquilibrage entre les missions du service public pénitentiaire* », « *les détenus doivent progressivement perdre leur place traditionnelle pour devenir des usagers à part entière* »¹⁰³¹. Alors que « *l'usager est celui qui tire profit du fonctionnement du service public* »¹⁰³², celui qui « *perçoit un avantage à titre principal, quand bien même il serait soumis par ailleurs à des prescriptions annexes* »¹⁰³³, le détenu recevant une prestation de réinsertion, prestation maintenant principale du service public

¹⁰²⁸ V. Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – A. Le détenu, un usager a *minima* de l'ouvrage public titulaire de droits (**649**)

¹⁰²⁹ F. NICOUD, « Laïcité et restauration collective : du nouveau dans les prisons », *JCP A*, 14 avril 2014, p. 2116.

¹⁰³⁰ A. JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue », *RFDA*, 2015, p. 1082.

¹⁰³¹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, pp 280-283.

¹⁰³² S. TRAORE, *L'usager du service public*, L.G.D.J., Systèmes Droit, Paris, 2012, p. 41.

¹⁰³³ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 255.

pénitentiaire est un usager de celui-ci¹⁰³⁴. Plus qu'un simple usager, il en est le bénéficiaire direct en raison du « *degré d'individualisation de la prestation* ». En effet, « *dès l'instant où l'activité est développée d'une façon spécifique en raison de la situation économique, sociale, voire psychologique de l'individu, et suivant des conditions particulières d'attribution, l'individu n'est pas seulement usager, il devient bénéficiaire* »¹⁰³⁵, puisque la prestation lui est « *personnellement fournie* » et n'est pas assurée indistinctement au profit de la collectivité¹⁰³⁶. La prestation de réinsertion, basée sur une étude des caractéristiques propres à chaque condamné, évolutive en fonction de ce dernier durant toute l'exécution de la peine, ne peut être qu'une prestation individualisée emportant alors pour le détenu la qualification d'usager bénéficiaire du service public pénitentiaire. Cette qualification est par ailleurs confirmée par son nouveau statut de sujet du service public pénitentiaire.

¹⁰³⁴ Même en appliquant l'adage « *accessorium sequitur principale* » préalablement critiqué comme critère de qualification de l'usager du service public, le détenu resterait, depuis les lois de 2009 et 2014, un usager du service public, les prescriptions imposées au nom du principe de sécurité ne devenant que l'accessoire à la préparation à la réinsertion.

¹⁰³⁵ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 2ème éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 684.

¹⁰³⁶ CE, Ass., 30 octobre 1996, *Wanys et Monnier, Rec.*, p. 387

Conclusion du Chapitre 1

295- La lutte contre la récidive a une finalité plurivoque : satisfaire la demande de répression de l'opinion publique, restaurer l'harmonie sociale et donner ou redonner une place au sein de la société au condamné une fois sa peine accomplie. Longtemps, la satisfaction de la demande de répression démultipliée par les affaires médiatiques a été la priorité des politiques pénales. Sécuritaires, elles consistaient à punir plus, mais aussi à contrôler plus les condamnés jugés potentiellement dangereux à l'avenir. Elles ont ainsi opéré un glissement de la culpabilité vers la dangerosité comme fondement de la sanction pénale. Pourtant, comme l'explique Sacha RAOULT, « *la prédiction de la récidive n'est ni politiquement utile, ni scientifiquement faisable* » puisqu'il y a « *trop d'obstacles, trop d'inconnues, trop peu de distance et trop de politisation* ». En outre, « *tout modèle de prédiction de la récidive se situe entre deux extrêmes : la méthode du risque zéro ("tout le monde est dangereux") et une méthode légaliste ("le danger n'est pas un critère")* ». Si « *la première méthode repérera 100% des "récidivistes" (vrais positifs)* », elle étiquettera également, à tort, « *100% des non-récidivistes (faux positifs)* ». De même, si « *la seconde méthode, puisqu'elle ne se soucie pas de la récidive, ne repérera aucun "récidiviste"* », elle aura « *l'avantage de ne se tromper sur aucun "non-récidiviste"* ». La question que doit alors se poser la société comme le législateur est de savoir « *combien sommes-nous prêts à sacrifier de personnes qui ne récidiveront pas pour repérer une personne qui récidivera* »¹⁰³⁷.

296- Dans un État de droit, il apparaît inconcevable d'enfermer, à tort, des personnes potentiellement dangereuses. Pour cette raison, les mesures sécuritaires basées sur le concept de dangerosité ont fait l'objet de nombreuses critiques. En outre, elles ont montré peu de résultats, les chiffres de la délinquance n'ayant connu que peu de variations. Il a alors été montré que le meilleur moyen de lutter contre la récidive, sans sacrifier les droits

¹⁰³⁷ S. RAOULT, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et le production du "chiffre" », RSC, 2014, p. 655.

des personnes condamnées, est de permettre à la personne ayant commis une infraction de trouver ou retrouver sa place dans la société et lui donner envie de ne plus violer la loi à l'avenir. Progressivement affirmée comme une fonction à part entière de la sanction pénale, la réinsertion est ainsi devenue aujourd'hui la fonction principale de la peine et plus particulièrement de la peine privative de liberté, celle-ci concernant les actes les plus graves et donc les personnes s'étant le plus écartées des valeurs de la société. Véritable prestation délivrée au détenu, avec ou sans son consentement, elle doit être pensée dès le prononcé de la peine jusqu'à la complète désistance du condamné. Bien que « *la phase de séparation (du délinquant d'avec le reste du corps social) doit culminer au jour de la condamnation, dès le lendemain, c'est le retour vers la société commune qui doit s'amorcer* » et « *c'est alors dans cette perspective que doit être aménagé l'ensemble du régime d'exécution des peines* »¹⁰³⁸. La réinsertion, fil rouge de l'exécution de la peine privative de liberté, doit restaurer le détenu en tant qu'être raisonnable. Elle fait de lui un véritable usager du service public pénitentiaire, soumis à des devoirs, mais aussi titulaire de droits. Il peut devenir l'acteur de sa peine, il n'est plus un simple objet du service public pénitentiaire, mais devient un sujet du service public pénitentiaire.

¹⁰³⁸ CNCDH, *Réflexions sur le sens de la peine*, 24 janvier 2002.

Chapitre 2 – Le détenu, sujet du service public pénitentiaire

297- Lorsque nous pensons à la prison, nous ne voyons souvent qu’ « *un lieu “qui enferme”, et rarement [...] un lieu “d’où l’on sort” alors même que, statistiquement, il y entre chaque jour à peu près autant de personnes qu’il en sort* »¹⁰³⁹. Cette vision des choses conduit à faire prévaloir la dynamique sécuritaire de la prison sur la dynamique de resocialisation. Un choix paradoxal pour ne pas dire erroné puisqu’en privilégiant l’assujettissement du détenu, la prison « *contribue à désocialiser encore davantage des personnes déjà peu insérées dans la société* »¹⁰⁴⁰ et ne permet pas de lutter efficacement contre la récidive. Pourtant, le détenu « *demeure titulaire de l’intégralité des droits fondamentaux à l’exception de la liberté d’aller et de venir, ce qui, au demeurant, réduit singulièrement l’exercice effectif de nombreux autres droits* »¹⁰⁴¹. Néanmoins, cette limite est loin d’être anodine. En effet, si sur le plan théorique la protection des droits du détenu a été affirmée, « *le droit applicable en prison subit*

¹⁰³⁹ P. COMBESSIE, « Ambivalences des sociétés démocratiques vis-à-vis de la prison comme dispositif d’aide à la réinsertion : évolutions récentes (internet, téléphone mobile, radicalisation) », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, Toulouse, p. 12. Il ajoute à titre indicatif que ce chiffre se porterait à 220 environ. Laurent JACQUA, ex-détenu militant pour l’amélioration de la situation des détenus, écrit ainsi que « *chaque jour, en France, des prisonniers finissent leur peine et sortent de prison. La condamnation à perpétuité ne concerne que 520 personnes, sur environ 60000 détenus. Les autres rejoignent quotidiennement, et dans les pires conditions, après avoir passé des mois, ou des années, à se faire humilier, mépriser, rabaisser, avilir, dénigrer, opprimer, déconsidérer, écraser dans les honteuses prisons de la République. Un vrai cocktail de bonheur qui facilite le retour à la vie sociale et à la réinsertion...* ». V. L. JACQUA, *J’ai mis le feu à la prison*, Jean-Claude Gransewitch Editeur, Paris, 2010, p. 17.

¹⁰⁴⁰ A. HAZAN, « Préface », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit., p. 4.

¹⁰⁴¹ J.-P. DINTHILLAC, « Préface », in: J.-H. SYR, “*Punir et réhabiliter*”, Economica, Paris, 1990, p. 8.

directement les exigences de la mission de sécurité »¹⁰⁴². Le détenu reste un « *destinataire paradoxal des droits fondamentaux* »¹⁰⁴³, il est « *à la fois gardé et sujet autonome détenteur de droits* »¹⁰⁴⁴. Ce statut reste inconfortable, basé sur un équilibre précaire entre sécurité et réinsertion, mais la reconnaissance des droits du détenu a permis de faire « *progressivement de lui un sujet de droits quant à sa vie en détention* »¹⁰⁴⁵. **(Section 1)**. Une évolution nécessaire pour que la prison remplisse sa fonction de réhabilitation, mais insuffisante. La reconnaissance de droits au détenu lui permet de ne pas perdre – voire même de développer – son sentiment d'appartenance à la société et de prendre conscience du caractère répréhensible de son comportement, mais, sans aide, sa réintégration à la société reste semée d'embûches. Le détenu doit, certes, « *manifester une volonté positive de se réinsérer* », l'administration pénitentiaire doit l'aider « *en comblant au mieux les carences éducatives, sociales, professionnelles... qui sans être nécessairement à l'origine de la délinquance constituent un terrain bien évidemment favorable à celle-ci* »¹⁰⁴⁶. Cette aide de l'administration pénitentiaire au détenu crée une relation privilégiée entre eux, elle transforme le détenu en usager du service public pénitentiaire qui doit alors bénéficier des droits spécifiques liés à ce statut privilégié. Des droits spécifiques, tels que le bénéfice de bonnes conditions de détention ou l'aide à la préparation à la sortie de détention **(Section 2)**.

¹⁰⁴² E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 34.

¹⁰⁴³ V. TCHEN, « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFDA*, 1997, p. 597.

¹⁰⁴⁴ J. SCHMITZ, « Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009 », in : J. SCHMITZ (*dir.*), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁴⁵ J.-P. CERE, F. FEVRIER, « Rapport conclusif, Le droit à la réinsertion des personnes détenues », in : J. SCHMITZ (*dir.*), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, *op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁴⁶ J.-P. DINTHILLAC, « Préface », in: J.-H. SYR, « *Punir et réhabiliter* », *op. cit.*, pp. 7-9.

Section 1 : Le détenu, titulaire des droits garantis en tant qu'administré¹⁰⁴⁷

298- La peine privative de liberté en mettant à l'écart « entraîne forcément un arrêt de la vie familiale, sociale, professionnelle, citoyenne, religieuse... »¹⁰⁴⁸. Elle est « dans sa nature même, œuvre de rupture avec la société, voulue comme telle et ainsi organisée »¹⁰⁴⁹. La peine est alors toute en paradoxes, « il s'agit de dés-insérer, d'exclure, pour ré-insérer, ré-inclure »¹⁰⁵⁰. La discontinuité de la vie sociale du détenu doit donc être atténuée pour limiter les impacts négatifs de l'enfermement et permettre, à terme, un retour réussi du condamné à la liberté. Le détenu doit, même s'il est privé de sa liberté d'aller et de venir, n'être privé que de cela. Bien que mis à l'écart, et que sa relation avec le service public pénitentiaire est complexe à définir, il est *a minima* un administré. À ce titre, il doit conserver tous les autres droits que détient chaque administré et pouvoir les exercer, même si les murs de la prison, les exigences de sécurité, impliquent parfois des aménagements restrictifs. C'est pourquoi le juge – européen puis

¹⁰⁴⁷ Pour rappel, la qualité d'administré est reconnue à tout individu qui entretient des relations avec l'administration, sans que celles-ci soient particularisées. C'est la relation classique de tout individu avec l'administration. V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2 – B – 2. L'administré, bénéficiaire indirect du service public pénitentiaire. (170)

¹⁰⁴⁸ J. SCHMITZ, « Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009 », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit., p. 9.

¹⁰⁴⁹ J.-M. DELARUE, « Les obstacles à la réinsertion », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit., p. 114. Il estime ainsi que « l'incarcération fait œuvre de désinsertion », ce qui relève de l'« évidence ».

¹⁰⁵⁰ J. SCHMITZ, « Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009 », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit. Elle ajoute en outre qu'il y a là « le paradoxe du système pénitentiaire qui institue nécessairement une discontinuité sociale et juridique dans la vie de la personne détenue, en l'isolant du groupe, tout en poursuivant l'objectif d'une continuité juridique et sociale ».

français-, puis le législateur, ont progressivement mis en place une protection des droits des détenus afin d'assurer la continuité de l'espace public en prison (**Paragraphe 1**) comme la continuité des liens avec la société libre (**Paragraphe 2**). La prison n'est plus une zone de non-droit, même si la protection des droits des détenus demeure encore trop souvent lacunaire.

§1 : La continuité difficile de l'espace public dans la prison

299- La commission d'une infraction symbolise une violation des règles de la société. Elle traduit l'absence de sentiment d'appartenance à cette société, le fait pour l'infacteur de ne pas se sentir concerné par le respect de ses règles. Le seul moyen de lutter contre la récidive est alors d'intégrer le délinquant à cette société dans laquelle jusqu'alors il ne se reconnaît pas, de faire en sorte qu'il trouve sa place et accepte les règles qui y sont posées. L'exclure complètement de celle-ci aurait un effet pervers sur le long terme. S'il faut le mettre à l'écart durant la durée de la peine au nom de l'objectif de sécurité, cette mise à l'écart ne doit pas le couper totalement de la société. Mieux, elle peut être utilisée comme outil d'adhésion du délinquant à cette société et à ses règles. Pour cela, il est indispensable de garantir au détenu les droits civils et politiques de tout administré (**A**), tout comme les droits économiques et sociaux (**B**), facteurs importants d'intégration.

A) Les droits civils et politiques, des droits théoriques non effectifs

300- Les droits civils et politiques, droits de l'homme de première génération, montrent l'appartenance d'un être à la société. Ce sont des droits de l'individu face à l'État (sûreté, respect de la vie privée et de la vie familiale, propriété) ainsi que la participation de l'individu à la vie collective (droits civiques, liberté d'expression...). Ils lui donnent donc

notamment les moyens de se forger une opinion personnelle et de l'exprimer. Concernant les détenus, pendant longtemps, certains ont défendu l'idée qu'en raison de la violation de la loi commise, ils perdaient le droit d'exprimer leur opinion quant aux choix politiques et donc leur droit de vote. Mais, progressivement, il a été admis, en France, que le détenu gardait sa dignité, comme tout être humain, quels que soient les actes qu'il ait pu commettre. Le droit de vote lui a donc été accordé, même si en pratique, il reste aujourd'hui encore compliqué à exercer (1). S'il reste donc difficile pour lui d'exprimer son opinion, sa liberté de pensée a toujours été protégée, quand bien même l'accès à l'information est parfois rendu plus complexe par la détention. L'exemple de la liberté de religion le prouve, celle-ci bénéficie d'une protection importante, notamment car elle est admise comme jouant un rôle dans l'amendement du condamné et dans sa resocialisation. Toutefois, cette protection reste à relativiser, car si elle bénéficie au détenu, elle peut aussi poursuivre d'autres finalités au bénéfice de l'administration pénitentiaire, telles que la protection de la sécurité en détention comme à l'extérieur (2).

1. Le droit de vote, un droit garanti difficile à exercer

301- Alors qu'il n'existe aucun consensus européen en la matière, la France a, depuis 1994, supprimé le dispositif de retrait systématique du droit de vote aux personnes détenues. Le droit français s'avère ainsi conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme voire même plus protecteur des droits civiques du détenu, des droits du détenu à exercer un rôle dans l'organisation administrative ou politique de l'État. Mais, malheureusement, cette reconnaissance théorique du droit de vote n'a, à l'heure actuelle, que trop peu d'impact sur la pratique, si bien que ce droit semble souvent illusoire.

302- Le maintien des droits civiques du détenu, un choix conforme aux exigences européennes. La question du droit de vote des détenus est « au

cœur d'une tension dans l'Europe des droits de l'homme »¹⁰⁵¹. Deux visions opposées s'affrontent. L'une selon laquelle le droit de vote « doit être réservé aux citoyens respectueux des lois et serait donc l'attribut des membres méritants de la société »¹⁰⁵² ; l'autre percevant au contraire le droit de vote comme « un moyen d'éviter la désocialisation du détenu » en lui permettant de maintenir un lien avec la société des citoyens¹⁰⁵³. En application de la première, la condamnation à une peine privative de liberté serait le « signe extérieur de l'indignité du détenu », elle prouverait qu'il ne dispose pas ou plus d'« une dimension morale suffisante pour pouvoir exercer, comme les citoyens ordinaires présumés "moraux" et "dignes" le droit de vote », ni d'un sens de l'intérêt général suffisamment développé pour penser au bien collectif ce qui risquerait de « "polluer" l'opération de vote ». À l'inverse, selon la seconde théorie, « un détenu condamné ne doit pas pour autant et surtout automatiquement devenir une sorte de "paria" social à qui on exclurait tous les attributs de la citoyenneté, le coupant ainsi de manière irréversible de la société à laquelle pourtant il appartient ». Les partisans de cette théorie font valoir la faiblesse de la première basée sur la moralité et le sens de l'intérêt général présumé des citoyens libres, mais aussi l'importance de l'universalité du suffrage en vertu de laquelle toute restriction apportée au droit de vote doit rester exceptionnelle et être fondée sur des critères objectifs dégagés de toute connotation intellectuelle, morale ou éthique¹⁰⁵⁴. Surtout, ils soulignent « la force intégrative du politique », l'importance du sentiment d'appartenance à une communauté de citoyens¹⁰⁵⁵. Il faut « encourager les détenus à se sentir appartenir au

¹⁰⁵¹ F. MARTUCCI, « Le détenu citoyen », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Dalloz, Paris, 2013, p. 223.

¹⁰⁵² M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, Dalloz-Action, 2012-2013, Paris, p. 500.

¹⁰⁵³ F. MARTUCCI, « Le détenu citoyen », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, op. cit., pp. 225-226.

¹⁰⁵⁴ R. GHEVONTIAN, « Le droit de vote des détenus », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, Mare & Martin, Paris, 2015, pp. 208-209.

¹⁰⁵⁵ F. MARTUCCI, « Le détenu citoyen », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, op. cit., p. 220.

monde des citoyens et à se comporter comme tel », d'autant qu'ils sont, comme tout autre individu, concernés par les choix effectués par les représentants de l'État¹⁰⁵⁶. Le droit de vote prend donc tout son sens si l'on admet que la peine privative de liberté doit être tournée vers le futur et le retour dans la société.

303- C'est notamment en raison de ces arguments que malgré l'absence de consensus européen en la matière, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné les législations nationales retirant de manière automatique le droit de vote aux personnes condamnées à une peine privative de liberté comme étant incompatibles avec l'article 3 du protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit à des élections libres¹⁰⁵⁷. En effet, dans son arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* du 6 octobre 2005, bien que reconnaissant que « *les droits consacrés par l'article 3 du protocole n°1 ne sont pas absolus* » et qu'« *il y a la place pour des limitations implicites et les États contractants doivent se voir accorder une marge d'appréciation en la matière* », la Cour a rappelé que « *les détenus en général continuent de jouir de tous leurs droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention* ». À ce titre, « *il n'est donc nullement question qu'un détenu soit déchu de ses droits garantis par la Convention du simple fait qu'il se trouve incarcéré à la suite d'une condamnation* »¹⁰⁵⁸. Si une telle restriction des droits électoraux est possible ce n'est qu'en cas, par exemple, « *de graves abus de l'exercice de la fonction publique* » ou de comportements menaçant « *de saper l'État de droit ou les fondements de la démocratie* », et sous réserve du respect des exigences du principe de proportionnalité à savoir « *l'existence d'un lien discernable et suffisant entre la sanction et le comportement ainsi que la situation de la personne*

¹⁰⁵⁶ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit.

¹⁰⁵⁷ Cet article dispose que « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* ».

¹⁰⁵⁸ CEDH, Grande chambre, 6 octobre 2005, req. n°74025/01, *Hirst (n°2) c. Royaume-Uni*, §58 et s.

touchée »¹⁰⁵⁹. La Cour a ainsi condamné le Royaume-Uni, l'Autriche, la Turquie, la Russie ou encore la Bulgarie qui prévoyaient la privation automatique et indifférenciée du droit de vote des détenus sans prendre en compte les circonstances particulières de l'espèce, la nature ou la gravité de l'infraction. Une condamnation prononcée même à l'encontre d'États dans lesquels une telle privation était prévue par des normes constitutionnelles – la Russie et la Bulgarie –¹⁰⁶⁰. Néanmoins, alors qu'elle a affirmé en 2010 dans l'affaire *Frodl c. Autriche* qu'il est essentiel de rechercher si la décision de déchéance des droits civiques a été prise par le juge du fond afin de s'assurer que l'individualisation de la peine soit assurée, elle a opéré un pas de côté en 2012. Dans l'affaire *Scoppola c. Italie*, la Cour a jugé que la loi italienne était conforme à la Convention et ne présentait pas les caractères de généralité, d'automatisme et d'application indifférenciée de l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*, en l'absence pourtant d'examen individualisé de la déchéance du droit de vote par le juge du fond. Elle a retenu que « *s'il est clair que l'intervention du juge est en principe de nature à assurer la proportionnalité d'une restriction du droit de vote d'un détenu, son absence ne suffit pas à conclure qu'une telle restriction est automatique, générale et indifférenciée* » et a admis que « *les circonstances dans lesquelles l'interdiction du droit de vote est prononcée peuvent [...] être indiquées dans la loi qui peut moduler l'application de la mesure en fonction d'éléments tels que la nature ou la gravité de l'infraction commise* »¹⁰⁶¹. Cette solution peut être analysée comme une tentative de compromis dans une affaire où le Royaume-Uni était tiers-intervenant, État qui refuse d'accorder le droit de vote à ses détenus malgré plusieurs

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, §69 et s.

¹⁰⁶⁰ CEDH, 11 avril 2011, req. n°60041/08-60054/08, *Greens & MT c. Royaume-Uni* ; CEDH, 12 août 2014, req. n° 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09 and 49036/09, *Firth et autres c. Royaume-Uni* ; CEDH, 8 avril 2010, req. n°20201/04, *Frodl c. Autriche* ; CEDH, 17 mai 2013, req. n°29411/07, *Söyler c. Turquie* ; CEDH, 4 juillet 2013, req. n°11157/04-15162/05, *Anchugov et Gladkov c. Russie* ; CEDH, 21 juillet 2016, *Kalenski et Saben c. Bulgarie*.

¹⁰⁶¹ CEDH, 22 mai 2012, req. n°126/05, *Scoppola c. Italie*.

condamnations et un arrêt pilote de la Cour à son encontre. Moins protectrice, elle est alors critiquable, car il est difficilement concevable que l'individualisation de la peine puisse être effectuée par la loi sans examen par le juge du fond¹⁰⁶². Un tel système a d'ailleurs été condamné par le Conseil constitutionnel français¹⁰⁶³. Le droit français se montre ainsi aujourd'hui plus protecteur que le droit européen.

304- Le droit français a longtemps retiré de manière automatique le droit de vote aux criminels condamnés à vie et aux délinquants condamnés à une peine de dix ans. Mais, la loi du 16 décembre 1992 instaurant le nouveau code pénal entré en vigueur en 1994¹⁰⁶⁴ a interdit les peines complémentaires automatiques, à l'image de celle du retrait des listes électorales, ces peines ne respectant pas les principes de l'individualisation

¹⁰⁶² O. BACHELET, « Droit de vote des détenus : le compromis de Strasbourg. CEDH, gde ch., 22 mai 2012, Scoppola c. Italie (n°3), n°126/05 », *Dalloz Actualité*, 15 juin 2012.

¹⁰⁶³ CC, 11 juin 2010, n°2010-6/7 QPC, M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral], *JORF* du 12 juin 2010, p. 10849 ; D. DEL PRETE, « La QPC, une nouvelle victoire des justiciables devant le Conseil constitutionnel », *JCP G.*, 2010, p. 1294 ; J.-H. ROBERT, « Les peines accessoires sur le gril des QPC Annulation par la Conseil constitutionnel de la radiation des listes électorales, infligée à certains condamnés (C. électoral, art L.7) », *Droit pénal*, juillet-août 2010, p. 31 ; B. MALIGNER, « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, 2010, p. 1831 ; B. PERRIN, « L'absolution », *AJDA*, 2010, p. 1849 ; D. DUTRIEUX, « Article L. 7 du Code électoral : chronique d'une inconstitutionnalité annoncée », *Revue Lamy collectivités territoriales*, 2010, p. 33 ; L. MONGIN-ARCHAMBEAUD, « Le recul des sages dans la suppression des peines automatiques », *Gaz. Pal.*, 31 octobre 2010, p. 12 ; M.-C. SORDINO, « Le principe de la personnalisation de la peine à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité : premières décisions », *Gaz. Pal.*, 2 décembre 2010, p. 19 ; A. DARSONVILLE, « Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires », *Constitutions*, 2011, p. 531 ; S. LAVRIC, « Individualisation des peines : inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *D.*, 2010, p. 25 ; R. GHEVONTIAN, « L'inconstitutionnalité de l'article 7 du code électoral : la fin d'une incongruité juridique », *Constitutions*, 2010, p. 454 ; P.-F. RACINE, « L'harmonisation constitutionnelle du principe d'individualisation des peines », *RFDC*, 2010, p. 830.

¹⁰⁶⁴ Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *JORF* du 23 décembre 1992, p. 17568.

et de la nécessité des peines. Depuis, sous réserve du respect des conditions d'inscription sur les listes électorales posées à l'article 2 du code électoral¹⁰⁶⁵, et comme l'a rappelé la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 en son article 30, les détenus demeurent des citoyens et ne sont pas privés de leurs droits civiques. Seuls ceux qui se sont vus retirer ce droit de manière expresse et motivée par les tribunaux en sont privés¹⁰⁶⁶ et uniquement de manière temporaire, dix ans maximum lors d'un crime, cinq lors d'un délit¹⁰⁶⁷. C'est en application de ces principes que le Conseil constitutionnel, saisi par la Cour de cassation de deux questions prioritaires de constitutionnalité, a abrogé l'article 7 du code électoral qui permettait de retirer des listes électorales pour une durée de cinq ans les personnes condamnées pour des crimes commis alors qu'elles étaient dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public. Il a jugé que « *le principe d'individualisation des peines qui [découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789] implique que la peine emportant l'interdiction d'être inscrit sur une liste électorale et l'incapacité d'exercer une fonction publique élective qui en résulte ne puisse être appliquée que si un juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce* »¹⁰⁶⁸. Depuis, aucun détenu n'est plus privé de son

¹⁰⁶⁵ Selon cet article, « *sont électeurs les Françaises et Français âgés de dix-huit ans accomplis, jouissant de leurs droits civiques et politiques et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi* ».

¹⁰⁶⁶ V. en ce sens Article 6 du code électoral.

¹⁰⁶⁷ Art. 131-26 du CP. Le seul cas dans lequel un individu sera privé de manière permanente est celui de la déchéance de nationalité prévu et encadré par l'article 25 du code civil.

¹⁰⁶⁸ CC, 11 juin 2010, n°2010-6/7 QPC, *M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral]*, *JORF* du 12 juin 2010, p. 10849, considérant 4 ; J.-H. ROBERT, « Les peines accessoires sur le gril des QPC Annulation par le Conseil constitutionnel de la radiation des listes électorales, infligée à certains condamnés (C. électoral, art. L. 7) », *Droit pénal*, juillet-août 2010, p. 31 ; B. MALIGNER, « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, 2010, p. 1831 ; B. PERRIN, « L'absolution », *AJDA*, 2010, p. 1849 ; D. DUTRIEUX, « Article L. 7 du Code électoral : chronique d'une inconstitutionnalité annoncée », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 2010, p. 33 ; L. MONGIN-

droit de vote, à moins que sa condamnation ne le prévoie expressément. Pourtant, bien que ce principe ait été affirmé de manière claire par le législateur comme par le juge, ce n'est, en pratique, qu' « *une vision minimaliste* » du droit de voté qui a été mise en place¹⁰⁶⁹.

305- La réalité du droit de vote des détenus, un véritable « *parcours du combattant* »¹⁰⁷⁰. En l'absence de bureaux de vote en détention, les démarches nécessaires à l'exercice du droit de vote sont complexes à mener depuis les établissements pénitentiaires. Pour que ce droit puisse tout de même être exercé, l'administration pénitentiaire est tenue d'informer les personnes détenues sur les conditions et les modalités d'inscriptions sur les listes électorales et les modes d'exercice du droit de vote en détention, mais aussi de les aider dans leurs démarches par la fourniture des documents nécessaires ou l'organisation de la venue d'un agent ou commissaire de police dans l'établissement pour la signature des procurations par exemple¹⁰⁷¹.

306- Concernant l'inscription sur les listes électorales¹⁰⁷², la personne détenue doit remplir un formulaire agréé à cet effet qui s'obtient auprès du greffe ou du service pénitentiaire d'insertion et de probation et joindre à ce dernier une photocopie d'une pièce d'identité en cours de validité ou expirée

ARCHAMBEAUD, « Le recul des sages dans la suppression des peines automatiques », *Gaz. Pal.*, 31 octobre 2010, p. 12 ; M.-C. SORDINO, « Le principe de la personnalisation de la peine à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité : premières décisions », *Gaz. Pal.*, 2décembre 2010, p. 19 ; A. DARSONVILLE, « Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires », *Constitutions*, 2011, p. 531 ; S. LAVRIC, « Individualisation des peines : inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *D.*, 2010, n°25 ; R. GHEVONTIAN, « L'inconstitutionnalité de l'article 7 du code électoral : la fi d'une incongruité juridique », *Constitutions*, 2010, p. 454 ; P.-F. RACINE, « L'harmonisation constitutionnelle du principe d'individualisation des peines », *RFDC*, 2010, p. 830.

¹⁰⁶⁹ M M. HERZOG-ÉVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 503.

¹⁰⁷⁰ OIP, *Le guide du prisonnier*, La découverte, Guides, Paris, 2012, p. 234.

¹⁰⁷¹ Note DAP du 1 février 2012 relative aux modalités de vote des personnes détenues.

¹⁰⁷² Note DAP du 5 juillet 2011 relative à l'inscription sur les listes électorale.

depuis moins d'un an ou un certificat de nationalité délivré par le tribunal d'instance du lieu de domicile ainsi qu'un justificatif de domicile de moins de trois mois. Si, déjà, l'obtention de pièces d'identité en détention s'avère souvent complexe, la domiciliation du détenu entraîne des complications fréquentes, ce dernier n'ayant souvent plus de domicile suite à son incarcération. Or, en application de l'article 11 du code électoral, l'électeur doit s'inscrire sur les listes électorales de la commune où il dispose d'un domicile réel depuis au moins six mois. Pour remédier à cette difficulté, l'article 30 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 prévoit que, désormais, les personnes détenues peuvent élire domicile auprès de l'établissement pénitentiaire lorsqu'elles ne disposent pas d'un domicile personnel. Un certificat de présence leur est alors délivré par le greffe ou le service pénitentiaire d'insertion et de probation et remplace le justificatif de domicile. Le maire de la commune ne peut pas refuser une telle domiciliation et, si elle peut effrayer, il n'est pas en droit de demander au détenu de fournir un extrait de jugement ou un document de l'administration pénitentiaire attestant de l'absence d'interdiction d'exercer ses droits civiques. Cette vérification sera opérée ultérieurement par l'INSEE sur l'intégralité des listes électorales. Une fois le dossier complet, la personne détenue doit l'envoyer en courrier recommandé à la mairie concernée ou mandater par procuration une personne qui pourra le déposer pour elle en mairie.

307- Concernant l'exercice du droit de vote, jusqu'en 2019, deux possibilités existent : la permission de sortie¹⁰⁷³ ou le vote par procuration¹⁰⁷⁴. La première, mise en place depuis 2007, demeure relativement rare, car restrictive. Elle nécessite une demande auprès du juge de l'application des peines et ne concerne que les condamnés à une peine privative de liberté inférieure ou égale à cinq ans et les condamnés à une peine supérieure à cinq ans lorsqu'ils ont déjà exécuté la moitié de leur

¹⁰⁷³ Article D143-4 du CPP.

¹⁰⁷⁴ Article L71 du code électoral.

peine¹⁰⁷⁵. La seconde, plus simple en apparence, se révèle elle aussi complexe à mettre en œuvre. Bien souvent, la personne détenue ne disposant pas de domicile personnel a élu domicile auprès de l'établissement pénitentiaire, mais ne connaît pas ou peu de personnes domiciliées dans la commune sur laquelle est installé cet établissement. Il est alors difficile de trouver un mandataire à qui donner procuration. D'autant que la direction de l'administration pénitentiaire n'autorise pas les membres du personnel à être mandataires d'une personne détenue. Elle s'appuie sur le code de déontologie du service public pénitentiaire pour justifier cette interdiction, ce code posant comme principe que les membres du personnel pénitentiaire ne peuvent pas entretenir avec les personnes détenues des relations qui ne seraient pas justifiées par la nécessité de leurs fonctions¹⁰⁷⁶. Néanmoins, bien que soumis aux règles de déontologie, les intervenants extérieurs peuvent porter la procuration de vote des personnes détenues. Malgré cette possibilité, le nombre de mandataires reste bien souvent insuffisant nonobstant des demandes des chefs d'établissements auprès des mairies pour trouver des citoyens volontaires pour porter de telles procurations. En raison de tous ces obstacles, alors que 53 000 détenus sont titulaires du droit de vote, rares sont ceux qui l'exercent. Ainsi, seuls 4% d'entre eux se sont exprimés durant l'élection présidentielle de 2012. Et, durant les élections municipales de 2014, il n'a été relevé que 519 votes par procuration et 54 permissions de sortie¹⁰⁷⁷.

308- Pour remédier à cet abstentionnisme chronique, l'association Robin des lois a porté deux recours devant les juridictions administratives visant à l'installation de bureaux de vote dans un établissement pénitentiaire¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ V. D. 143-7 du CPP.

¹⁰⁷⁶ Courrier de la DAP aux directeurs interrégionaux des services pénitentiaires du 2 avril 2012 ; article 19 du Décret n°2010-1711 du 30 décembre 2010 *portant code de déontologie du service public pénitentiaire*, *JORF* du 31 décembre 2010.

¹⁰⁷⁷ J. CHAPELLE, R. BINSARD, « Le droit de vote en prison ou l'échec de l'exercice de la citoyenneté en détention », *Dalloz Actualité*, 13 juillet 2017.

¹⁰⁷⁸ TA Poitiers, ord., 17 novembre 2016, req. n°1602559 ; TA Paris, ord., 21 mars 2017, req. n°1703348/9 ; M. HERZOG-EVANS, « Vote des détenus : entre droit théorique et droit

Mais, pour des raisons techniques, les deux recours ont été rejetés. Tout d'abord, le tribunal administratif de Poitiers a jugé que si les dispositions de l'article R40 du code électoral permettent « *la création d'un bureau de vote au sein d'un établissement pénitentiaire et, par suite, d'une liste électorale correspondante* », l'association « *se borne à invoquer les élections prévues aux mois de mai et juin 2017 sans apporter de justifications suffisantes* » à la création d'un bureau de vote et ce « *alors qu'aucun bureau de vote nouveau ne peut plus être mis en place [...] pour ces élections* ». Puis, le tribunal administratif de Paris a ajouté que la création de nouveaux bureaux de vote ne relève pas des ministres de la justice et de l'intérieur, mais des préfets de département, et que « *la possibilité, pour les détenus, de voter en personne au sein de leur établissement d'affectation, sans modification du périmètre des bureaux de vote consiste, en réalité, en un vote par correspondance* » non prévu pour l'élection du Président de la République et surtout « *de la seule compétence du législateur* ». Par ces précisions, les requêtes, bien que n'ayant pas abouti à l'instauration de bureaux de vote en détention, ont permis de réintroduire un débat politique sur la question. Dans un communiqué en date du 14 mars 2017, Jean-Jacques URVOAS, alors ministre de la justice, a rappelé « *son attachement à promouvoir la participation des personnes détenues aux processus électoraux* » et annoncé « *qu'une étude de faisabilité allait être menée en vue d'une éventuelle expérimentation du vote en détention des personnes détenues aux élections législatives de juin [2017]* »¹⁰⁷⁹. Malheureusement, par courrier en date du 5 mai suivant adressé à l'association Robin des lois, il a ensuite expliqué « *qu'une telle expérimentation n'est pas envisageable pour les élections à venir compte tenu du cadre fixé par le code électoral et en l'absence de base légale autorisant une telle expérimentation* ». Il a cependant écrit qu'il était favorable « *au vote par correspondance sous pli fermé sur le modèle de l'élection des députés représentant les français à l'étranger* » et à

effectif », *AJ Pénal*, 2017, p. 247 ; C. FLEURIOT, « "Aujourd'hui, le droit de vote est effectif pour les détenus" », *Dalloz actualité*, 16 mars 2017.

¹⁰⁷⁹ Cabinet du Garde des Sceaux, Communiqué de presse, *Droit de vote des personnes détenues*, Paris, 14 mars 2017.

l'adoption d'une loi « afin de déroger à certaines dispositions législatives ou réglementaires du code électoral ou les adapter pour tenir compte des spécificités du milieu carcéral »¹⁰⁸⁰. En attendant, malgré des recommandations favorables à l'installation de bureaux de vote en détention¹⁰⁸¹, la France continuait d'être « à mi-chemin entre les États qui favorisent le vote en organisant des bureaux de vote et ceux qui refusent le vote aux personnes incarcérées »¹⁰⁸². Une telle avancée avait pourtant tout son sens face à « des personnes qui ont déjà souvent l'impression que la politique n'est que l'"affaire des puissants" »¹⁰⁸³ et une « portée symbolique, ce serait la communauté qui s'inviterait en prison »¹⁰⁸⁴.

309- Le pas a été franchi pour les élections européennes de mai 2019. La loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a prévu que « les personnes placées en détention provisoire et les détenus purgeant une peine n'entraînant pas une incapacité électorale qui sont incarcérés dans un établissement pénitentiaire situé sur le territoire de la République peuvent, à leur demande et s'ils sont inscrits sur une liste électorale, voter par correspondance sous pli fermé à l'élection des représentants au Parlement européen suivant la promulgation de la présente loi, dans des conditions permettant de respecter le caractère secret et personnel du vote, la sincérité du scrutin ainsi que la sécurité et la sûreté des personnes concernées »¹⁰⁸⁵. Une opportunité que les personnes détenues n'ont pas hésité à saisir puisque près de 85% des détenus autorisés à voter ont participé au scrutin, alors que la France a connu un taux d'abstention global de près de 50%. Néanmoins, cet article ne concernait que les

¹⁰⁸⁰ Lettre du Garde des Sceaux à Me Emmanuel LUDOT, 5 mai 2017.

¹⁰⁸¹ V. par exemple : J.-R. LECERF et N. BORVO COHEN-SEAT, *Rapport d'étude sur l'application de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Sénat, 4 juillet 2012.

¹⁰⁸² M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire, op. cit.*, p. 503.

¹⁰⁸³ OIP, *Le guide du prisonnier, op. cit.*, p. 234.

¹⁰⁸⁴ F. MARTUCCI, « Le détenu citoyen », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, op. cit.*, p. 226.

¹⁰⁸⁵ Art. 87 de la Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* du 24 mars 2019.

élections européennes, et le vote par correspondance des détenus n'a pas encore été inscrit en tant que principe général dans la loi. Cela suppose donc un article spécifique pour chaque élection.

310- En outre, pour qu'il ait une réelle portée, cela supposerait d'autres évolutions dans le monde carcéral puisque, actuellement, les restrictions imposées à la liberté de réunion, d'opinion ou encore d'association du détenu l'empêche de se construire une véritable opinion politique. Alors que la question de la politisation des citoyens détenus s'est posée devant le Conseil d'État en 2005 dans une affaire concernant le refus implicite du ministre de faire droit à la demande d'organisation de débats en prison sur le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, le juge administratif, rejetant la requête, a rappelé que si le détenu continue de jouir de ses libertés fondamentales, leur exercice est subordonné aux contraintes inhérentes à leur détention et qu'aucun principe général n'ouvre droit à l'organisation de débats politiques en prison¹⁰⁸⁶. Leurs seules ressources pour se forger une opinion politique se trouve dans l'accès aux publications écrites et audiovisuelles garanti à l'article 43 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 – rappelons que nombre de détenus ne savent pas lire – ou dans les échanges qu'ils peuvent avoir avec leurs codétenus, les intervenants du service public pénitentiaire ou les personnes autorisées à leur rendre visite¹⁰⁸⁷. Si l'article 26 de cette même loi pose pour principe que « *les personnes détenues ont droit à la liberté d'opinion, de conscience et de religion* », une fois encore la réalité s'éloigne de la théorie. En outre, quand bien même une liberté est de mieux en mieux garantie, elle est parfois détournée par l'administration pénitentiaire pour devenir un outil de la

¹⁰⁸⁶ CE, ord., 27 mai 2005, req. n°280866, Section française de l'observatoire international des prisons ; AJDA, 2005, p. 1579. V. sur son analyse : F. MARTUCCI, « Le détenu citoyen », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, op. cit., p. 228.

¹⁰⁸⁷ J. COUARD, « Les libertés de conscience, de pensée, de religion et d'expression des personnes privées de leur liberté », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, op. cit., p. 166 et s. Pour plus de précisions sur les liens familiaux ou sociaux du détenu, V. *infra*.

gestion des risques existants en détention voire même dans la société, à l'image de la liberté de religion.

2. *La liberté de religion, de la liberté de pensée et de culte à la gestion des risques d'atteinte à la sécurité*

311- Comme l'explique Pierrette PONCELA, « *les différentes fonctions de la religion durent et sont plurielles* ». Mais qu'il s'agisse de « *rédemption par la peine expiatoire, réformation morale, assistance aux affligés ou, dans un vocabulaire plus contemporain, pacification de la détention* », la religion est toujours apparue comme une ressource à disposition des détenus pour mieux vivre leur détention¹⁰⁸⁸. Elle est vécue « *dans une logique d'adaptation, d'ajustement aux contraintes et à la violence carcérale* »¹⁰⁸⁹. Elle permet de créer du lien en détention, notamment pour les détenus mis à l'écart du groupe en raison des infractions commises, mais sert aussi de repère pour se reconstruire et croire en un avenir post-détention¹⁰⁹⁰. En cela, elle est perçue par l'administration comme un outil de resocialisation et est aujourd'hui l'une des libertés les mieux protégées en détention. Toutefois, « *le concept que l'État a de la religion s'entend dans les limites qu'il a d'une religion respectueuse des valeurs de la France* »¹⁰⁹¹. Or, comme le rapporte Pierrette PONCELA, « *une religion importante est soupçonnée voire accusée d'utiliser*

¹⁰⁸⁸ P. PONCELA, « Religion et prison, je t'aime moi non plus », RSC, 2015, p. 143.

¹⁰⁸⁹ N. VENEL, « L'islam en détention. Eclairages sur les processus qui amènent à se saisir du religieux en général et de l'islam en particulier au cours d'une peine de prison », in : Direction de l'administration pénitentiaire, *Le fait religieux en prison : configurations, apports, risques*, Coll. Travaux et Documents, n°83, Paris, 2014.

¹⁰⁹⁰ P. PONCELA, « Religion et prison, je t'aime moi non plus », *op. cit.* Elle écrit ainsi que « *si la religion donne incontestablement accès à une transcendance, en détention il est plus juste de dire qu'elle répare et restructure, ou plus exactement, nous semble-t-il, qu'elle permet que cela apparaisse possible* ».

¹⁰⁹¹ J. COUARD, « Les libertés de conscience, de pensée, de religion et d'expression des personnes privées de leur liberté », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, *op. cit.*, pp. 162-163.

sa force de conviction pour asseoir une domination interne à la détention voire un endoctrinement à des fins d'utilisations belliqueuses à l'extérieur prenant la forme d'actes terroristes »¹⁰⁹². La prison serait devenue l'un des lieux importants de radicalisation. Pour lutter contre cela, l'administration pénitentiaire a mis en place des programmes de déradicalisation et créé des unités spécifiques¹⁰⁹³. Si ce choix s'explique par la nécessité de lutter efficacement contre les actes terroristes, il entraîne une évolution du rôle de la liberté de religion en prison. D'un outil privilégié de la réinsertion, elle est devenue un moyen d'identification des individus dangereux et un outil de gestion des risques¹⁰⁹⁴.

312- La liberté de religion, l'une des libertés les mieux protégées. Consacrée dans les textes internationaux comme le montrent l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁰⁹⁵ ou l'article 9 de la

¹⁰⁹² P. PONCELA, « Religion et prison, je t'aime moi non plus », *op. cit.*

¹⁰⁹³ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – B – 2. La sécurité, un droit justifiant l'ostracisation du délinquant (149)

¹⁰⁹⁴ G. BRIE, C. RAMBOURG, « Radicalisation et déradicalisation, la dimension sociale occultée ? », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁹⁵ Article 18 PIDCP : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions. »

Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁹⁶, la liberté de religion l'est également depuis longtemps en France. Protégée par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁰⁹⁷ et l'article 1 de la Constitution de 1958¹⁰⁹⁸, elle est naturellement rappelée à l'article 26 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 qui dispose que « *les personnes détenues ont droit à la liberté d'opinion, de conscience et de religion* ». Si cet article garantit la liberté de religion aussi aux personnes détenues, il rappelle toutefois, comme les textes évoqués précédemment, le caractère non absolu de cette liberté puisqu'il ajoute que l'exercice de cette liberté doit être réalisé « *selon les conditions adaptées à l'organisation des lieux, sans autres limites que celles imposées par la sécurité et le bon ordre de l'établissement* ». Pour autant, les articles R. 57-9-3 et suivants du code de procédure pénale montrent une vision souple de l'exercice de cette liberté en détention. Ainsi, l'article R. 57-9-3 prévoit que « *chaque personne doit pouvoir satisfaire aux exigences de sa vie religieuse, morale ou spirituelle* » et qu'« *à son arrivée, elle est avisée de son droit de recevoir la visite d'un ministre des cultes et d'assister aux offices religieux et aux réunions cultuelles organisées par les personnes agréées à cet effet* », à savoir les aumôniers. L'article R. 57-9-7 autorise les personnes détenues « *à recevoir ou à conserver en leur possession les objets de pratique religieuse et les livres nécessaires à leur vie spirituelle* ». Et, l'article R. 57-9-6 ajoute que

¹⁰⁹⁶ Article 9 CEDH : « *1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.*

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

¹⁰⁹⁷ Article 10 DDHC : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.* »

¹⁰⁹⁸ Article 1^{er} de la Constitution : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. [...]* »

« les personnes détenues peuvent s'entretenir, à leur demande, aussi souvent que nécessaire, avec les aumôniers de leur confession » et qu' « aucune mesure ni sanction ne peut entraver cette faculté ». Au demeurant, le fait de permettre au détenu de garder les objets nécessaires à sa pratique religieuse et de pouvoir s'entretenir avec un aumônier, y compris lors d'un placement en cellule disciplinaire, ont été jugés suffisants pour garantir le respect de la liberté de religion durant l'exercice de cette sanction, suspendant les activités du détenu y compris culturelles, celle-ci étant limitée dans le temps et ayant pour objet d'assurer la sécurité et le bon ordre de l'établissement¹⁰⁹⁹. Par ailleurs, si les prières collectives non autorisées, c'est-à-dire réalisées en dehors des offices religieux organisés par les aumôniers, ont pu être condamnées par l'administration pénitentiaire¹¹⁰⁰, cette dernière essaye, dans la mesure du possible d'être respectueuse de la pratique religieuse individuelle, parfois contraignante à l'image des cinq prières hebdomadaires de la religion musulmane. Une circulaire de la direction de l'administration pénitentiaire en date du 13 juillet 2007 invite ainsi le personnel amené à intervenir en cellule à différer son intervention lorsque le détenu réalise sa prière, sauf urgence manifeste ou si le détenu cherche à faire de l'obstruction à la mission de contrôle en faisant durer ce moment de manière excessive¹¹⁰¹. Néanmoins, si de telles avancées peuvent être saluées, il existe quelques difficultés pratiques – la méconnaissance des objets relatifs aux cultes par le personnel pénitentiaire, la promiscuité empêchant le confidentialité des échanges -, et plusieurs points font encore l'objet de réticences de la part de l'administration et montrent les limites

¹⁰⁹⁹ CE, 11 juin 2014, req. n°365337.

¹¹⁰⁰ TA Versailles, 24 mars 2005, req. n°0406598 ; CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, req. n°08BX01040, *Faruk X*. Dans le premier arrêt, le juge administratif, s'il a validé l'interdiction de principe des prières collectives non autorisées, a tout de même rappelé que la sanction prononcée à l'encontre de l'initiateur devait rester proportionnée. En l'espèce, la sanction de huit jours de cellule disciplinaire a été jugée trop sévère alors que la prière collective s'était déroulée de manière improvisée et que le requérant alléguait ne pas savoir cette pratique interdite et n'avait pas réitéré son acte.

¹¹⁰¹ Circulaire DAP du 13 juillet 2007 *sur l'exercice du culte musulman en milieu pénitentiaire*.

qu'elle pose à la liberté de culte à l'image de l'agrément d'aumôniers témoins de Jéhovah ou de la distribution de repas confessionnels halal.

313- Concernant l'agrément des aumôniers et des auxiliaires d'aumôneries¹¹⁰², celui-ci a pour but de prévenir les « *risques de prosélytisme incontrôlé, dans un milieu où les personnalités sont souvent peu équilibrées et les risques de tensions, dus notamment à l'intolérance, particulièrement accrus* »¹¹⁰³. Leur agrément est donc donné par le directeur interrégional des services pénitentiaires uniquement après avis du préfet et sur proposition de l'aumônier national du culte concerné. Celui-ci n'est valable que pour deux ans renouvelables pour les auxiliaires, mais est valable jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans pour les aumôniers¹¹⁰⁴. Cet agrément peut toutefois être retiré si la personne ne se conforme pas aux dispositions du code de procédure pénale, du code de déontologie du service public pénitentiaire ou du règlement intérieur de l'établissement^{1105 1106}. Si

¹¹⁰² Les aumôniers ont pour mission d'assurer les offices religieux, les réunions culturelles et l'assistance spirituelle aux personnes détenues ; les auxiliaires d'aumôneries celle d'animer des groupes en vue de la réflexion, de la prière et de l'étude, mais ne sont pas habilités à célébrer les offices ou à réaliser des entretiens individuels avec les détenus.

¹¹⁰³ M. FABIEN, « Le droit de visite des détenus, l'agrément des aumôniers de prison et le culte des Témoins de Jéhovah », *AJDA*, 2010, p. 272.

¹¹⁰⁴ La suppression de l'agrément est ensuite prévue par l'article D. 439 dernier alinéa du CPP.

¹¹⁰⁵ Cependant, en dehors de ce retrait d'agrément, il semble qu'aucune sanction ne soit possible. Ainsi, dans un arrêt du 16 octobre 2007, le juge administratif a estimé qu'un aumônier distribuant des tracts critique sur le fonctionnement des prisons ne faisait qu'exprimer sa liberté d'expression. V. TA Amiens, 16 octobre 2007, n°0402272, *Quintin et OIP*.

¹¹⁰⁶ Julien COUARD précise d'ailleurs qu'un tel retrait d'agrément ne porte pas atteinte à la liberté de religion et de culte. En effet, il ne s'agit que « *de sanctionner un individu qui pourra être remplacé par un autre* », et si « *l'atteinte à la liberté de culte sera sans doute réelle par l'interruption de l'aide spirituelle aux détenus et des rites* », cette atteinte reste « *provisoire et non disproportionnée* ». V. J. COUARD, « Les libertés de conscience, de pensée, de religion et d'expression des personnes privées de leur liberté », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, op. cit., p. 171.

cet encadrement est justifié, la liberté de religion et de culte impose néanmoins la neutralité de l'État et donc un traitement équivalent de toutes les religions. Ainsi, le refus de l'administration pénitentiaire d'agréeer des aumôniers du culte des Témoins de Jéhovah a été sanctionné par le juge.

314- Tout d'abord, il a considéré que le classement de ce mouvement religieux en mouvement sectaire tiré du rapport rendu par la mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires en 1995¹¹⁰⁷ ne pouvait pas justifier l'interdiction faite aux détenus de recevoir des publications émises par ce culte¹¹⁰⁸. Puis il a estimé que fonder le refus d'agrément d'aumôniers du culte des Témoins de Jéhovah sur l'utilisation d'une circulaire du 18 décembre 1997 relative à la nomination des aumôniers indemnisés par les établissements pénitentiaires ne mentionnant que six cultes et non celui-ci était entaché d'une erreur de droit¹¹⁰⁹. Enfin, dans un arrêt en date du 16 octobre 2013, le Conseil d'État a rappelé « *que l'administration pénitentiaire, pour respecter le droit de toute personne de poursuivre lorsqu'elle est détenue, à quelque titre que ce soit, la pratique du culte dont elle se revendique, doit, dès que la demande en est formulée, agréer comme aumônier un nombre suffisant de ministres de ce culte, sous la seule réserve des exigences de sécurité et du bon ordre de l'établissement* » et « *qu'elle doit de même, dans la mesure où les locaux le permettent et dans les seules limites du bon ordre et de la sécurité, permettre l'organisation du culte dans les établissements ; que la seule facilitation des visites de droit commun des représentants des cultes ne saurait satisfaire à ces obligations* »¹¹¹⁰. Il reprend ainsi l'avis rendu par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté selon lequel l'administration pénitentiaire « *n'a évidemment pas à déterminer elle-même*

¹¹⁰⁷ MIVILUDE, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes, Assemblée nationale*, n°2468, 22 décembre 1995.

¹¹⁰⁸ TA Lille, 1 juillet 2003, J. HAUSER, *RTD Civ.* 2003, p. 381.

¹¹⁰⁹ TA Paris, 6 juillet 2007, req. n°0613450, concl. T. CELERIER, *AJDA*, 2007, p. 2097.

¹¹¹⁰ CE, 16 octobre 2013, req. n°351115 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Services pénitentiaires 2/2 : les Témoins de Jéhovah seront des aumôniers de prison (comme les autres ?) », *JCP A.*, 2013, p. 861.

quel groupement ou confession prétendue a ou non les caractères d'un culte », mais « doit se plier à la reconnaissance par le juge du caractère culturel des personnes morales dès lors qu'elles ont été qualifiées comme tel »¹¹¹¹ et, qu'elle « ne peut davantage, au motif qu'une religion est minoritaire, donner un statut minoré aux aumôniers ». Il ne peut y avoir de « religion du parler »¹¹¹². La seule limite à l'agrément étant alors de pouvoir proportionner le nombre d'aumôniers au nombre de personnes se réclamant d'une religion. Ce cas particulier, s'il a été condamné par le juge et semble aujourd'hui réglé de manière à assurer l'effectivité de la liberté de religion et de culte, montre néanmoins « que l'administration est aussi peu à l'aise que la France elle-même avec les religions non majoritaires »¹¹¹³ ; un constat qui se confirme à l'étude des débats existants quant à la distribution de menus confessionnels halal en prison.

315- Le débat relatif à la distribution de menus confessionnels halal en prison s'est développé à la suite d'une décision très médiatisée du tribunal administratif de Grenoble en date du 7 novembre 2013¹¹¹⁴. Le juge administratif avait alors enjoint au directeur pénitentiaire de Saint-Quentin-Fallavier de proposer aux détenus de confession musulmane qui le demandaient des menus composés de viande halal en application du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires qui prévoit que le détenu peut obtenir « dans toute la mesure du possible » une alimentation conforme à ses convictions philosophiques ou religieuses. Cette décision a fait l'objet de recours en appel, il s'agissait alors de se questionner afin de

¹¹¹¹ Un avis partagé par la Cour européenne des droits de l'Homme puisqu'elle a souligné dans un arrêt du 30 septembre 2011, *Association les Témoins de Jéhovah c. France*, que la liberté de religion emporte de la part de l'État l'absence de toute appréciation sur la légitimité des croyances religieuses et leurs modalités d'expressions. V. CEDH, 30 septembre 2011, req. n°8916/05, *Association les Témoins de Jéhovah c. France*.

¹¹¹² CGLPL, *Avis du 24 mars 2011 relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté*, *JORF* du 17 avril 2011.

¹¹¹³ M. HERZOG-EVANS, « Témoins de Jéhovah et prisons, Arrêt rendu par le Collège de la HALDE, 22 février 2010 », *AJ Pénal*, 2010, p. 455.

¹¹¹⁴ TA Grenoble, 7 novembre 2010.

savoir si la liberté de religion implique ou non le droit pour les détenus de recevoir une alimentation conforme à leurs convictions, en l'espèce une alimentation halal. Par peur d'une confirmation pure et simple de ce jugement par la cour administrative d'appel de Lyon qui avait écarté la demande de sursis à exécution de la mesure¹¹¹⁵, le Conseil d'État a « fait en sorte de se prononcer sur ce point avant l'expiration du délibéré [...] afin de livrer à la cour de Lyon sa propre vision des choses »¹¹¹⁶. Il a ainsi jugé dès le 16 juillet 2014 que « la distribution au sein du centre pénitentiaire de Saint-Quentin-Fallavier de repas composés de viande "halal" imposerait des travaux d'un montant très élevé et matériellement difficiles à réaliser ou, à supposer l'approvisionnement par un sous-traitant matériellement possible, des coûts qui demeureraient élevés » ce qui « entraînerait des évolutions majeures du centre pénitentiaire », puis annulé l'arrêt de la cour administrative¹¹¹⁷. Une vision que cette dernière a alors décidé de suivre, en annulant au fond le jugement du tribunal administratif de Grenoble pour des motifs similaires¹¹¹⁸. Elle ajoute au surplus que « les détenus de confession musulmane peuvent disposer, lors des principales fêtes de leur religion, de menus composés de viande halal » et qu'ils peuvent également cantiner de la viande halal, ce qui attesterait des efforts de l'administration pénitentiaire pour respecter au mieux la liberté de religion. Cette position a par la suite été confirmée par le Conseil d'État qui, tout en reconnaissant que « l'observation de prescriptions alimentaires peut être regardée comme une manifestation directe des croyances et pratiques religieuses », juge que « les dispositions critiquées, qui visent à permettre l'exercice par les personnes détenues de leurs convictions en matière d'alimentation sans toutefois imposer à l'administration de garantir, en toutes circonstances, une alimentation respectant ces convictions, ne peuvent être regardées, eu égard à l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements

¹¹¹⁵ CAA Lyon, 20 mars 2014, req. n°14LY00115.

¹¹¹⁶ P.-H. PRELOT, « Le juge administratif et les menus confessionnels dans les prisons », *AJDA*, 2014, p. 2321.

¹¹¹⁷ CE, 16 juillet 2014, req. n°377145 ; *JCP A.*, 2014, p. 633.

¹¹¹⁸ CAA Lyon, 22 juillet 2014, req. n°14LY00113.

pénitentiaires et aux conditions matérielles propres à la gestion de ces établissements, comme portant une atteinte excessive au droit de ces derniers de pratiquer leur religion »¹¹¹⁹. La Haute juridiction ajoute toutefois une obligation supplémentaire à la charge de l'administration pénitentiaire, celle de garantir « *dans la limite de ses contraintes budgétaires et d'approvisionnement* » aux personnes détenues dépourvues de ressources suffisantes la possibilité de bénéficier d'une aide en nature lui permettant de compléter les repas distribués par des aliments halal. Cette jurisprudence montre une volonté de compromis de la part du Conseil d'État entre la liberté de religion et les contraintes budgétaires. Pour autant, elle ne semble pas satisfaisante. Comme l'a souligné le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, l'absence de distribution de menus confessionnels adaptés conduit souvent les détenus à dévoyer les pratiques en sollicitant des menus végétariens, cela alors même « *qu'ils n'entendent nullement se priver de viande* » et que cela est générateur de « *carences alimentaires réelles* »¹¹²⁰, carences que le juge administratif a pu lui-même reconnaître dans une affaire concernant les établissements scolaires¹¹²¹. En outre, elle mène à « *une double discrimination* », entre les pratiquants d'une même religion qui peuvent ou non suivant leurs ressources cantiner des produits adaptés, et entre les détenus de confessions différentes qui sont ou non obligés de cantiner pour respecter les prescriptions alimentaires de leur

¹¹¹⁹ CE, 25 février 2015, req. n°375724 ; E. LANGELIER, « La prison, la liberté religieuse et la vie privée : nouvelles d'un trio délicat », *JCP A.*, 2015, p. 243.

¹¹²⁰ CGLPL, *Avis du 24 mars 2011 relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté*, *JORF* du 17 avril 2011.

¹¹²¹ Adoptée dans certaines cantines scolaires, la distribution de repas végétariens a été remise en cause par le décret du 30 septembre 2011, et un arrêté ministériel du même jour, tous deux relatifs à la qualité nutritionnelle des repas servis dans le cadre de la restauration scolaire et qui imposent de servir un nombre minimal de plats protidiques à base de viande et de poisson. Un texte que le juge administratif n'a pas jugé entaché d'une erreur manifeste d'appréciation « *eu égard notamment à la nécessité de combiner des protéines végétales de plusieurs origines afin d'atteindre l'objectif de qualité nutritionnelle fixé par le législateur et de leur moins bonne assimilation par l'organisme que les protéines contenues dans la viande et le poisson* ». V. CE, 20 mars 2013, n°354547, *Association Végétariens de France*.

culte¹¹²². Des critiques qui résonnent avec plus de force encore lorsque le Contrôleur général ajoute qu'« à l'heure actuelle, à de rares exceptions près, tous les lieux de privation de liberté sont en état de fournir des repas de nature diversifiée » et que le marché actuel propose des aliments confessionnels à des prix similaires à ceux des aliments fournis en détention¹¹²³. Une autre explication au refus des menus confessionnels halal en prison a alors pu être avancée, celle « du refus du communautarisme religieux » et la volonté « d'empêcher l'islamisation radicale des détenus musulmans »¹¹²⁴. Si cette explication se base sur un présupposé erroné selon lequel seuls les musulmans radicaux consommeraient des produits halal, elle traduit les peurs de la société contemporaine, celle de la radicalisation pouvant mener à la commission d'actes terroristes. Une peur qui a poussé l'administration pénitentiaire à utiliser la liberté de religion pour repérer les détenus jugés dangereux et à développer des programmes de déradicalisation.

316- La religion, nouveau paradigme de la gestion des risques d'atteinte à la sécurité. La prison étant un « lieu privilégié de la radicalisation djihadiste »¹¹²⁵, dès 2014 des expériences ont été mises en place pour essayer de lutter contre le développement de l'islamisme radical. En octobre 2014, de manière empirique, le directeur de la maison d'arrêt de Fresnes a mis en place une « unité de prévention du prosélytisme ». Cette expérience avait pour objet de regrouper les personnes prévenues ou condamnées pour des faits de terrorisme en lien avec une pratique radicale de l'islam dans le but de protéger la majorité des personnes détenues de l'influence grandissante des prosélytes. Une expérience que le Gouvernement a décidé d'étendre en janvier 2015 par la création de cinq « unités dédiées au

¹¹²² CGLPL, *Rapport d'activité 2013*, Dalloz, Paris, 2014, 408 p.

¹¹²³ CGLPL, *Avis du 24 mars 2011 relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté*, *op. cit.*

¹¹²⁴ P.-H. PRELOT, « Le juge administratif et les menus confessionnels dans les prisons », *op. cit.*

¹¹²⁵ C. DUMONT, « Radicalisation djihadiste, liberté religieuse et laïcité en prison », *AJ Pénal*, 2016, p. 70.

regroupement des personnes radicalisées ou perméables au prosélytisme”. Une volonté qui s’est confirmée lors de la présentation du Plan de lutte contre le terrorisme par le Premier ministre le 21 janvier 2015. Ce plan prévoyant expressément le recrutement massif de personnels, des efforts budgétaires, le regroupement des personnes détenues en raison de leur radicalisation, la mise en place d’un processus d’évaluation de leur dangerosité et de leur adaptabilité, la création de programmes de déradicalisation dits aussi par la suite de désengagement. Mais, rapidement, ces outils de gestion des risques de radicalisation ou de déradicalisation ont montré leurs limites.

317- Dès 2015, lors de l’expérimentation qui s’est déroulée à Fresnes, la doctrine avait soulevé les lacunes de ce système de regroupement, et ce dès l’identification des personnes concernées. Il s’avère en effet complexe en l’état d’« *une connaissance plus que lacunaire du phénomène visé* » de « *déterminer les figures à risques* ». D’autant plus que si le repérage peut s’effectuer à l’aide de critères indicatifs – « *barbe longue non taillée, cheveux rasés, jambes couvertes jusqu’à la cheville, plus de télévision en cellule, intensification de la pratique religieuse, prières avec les sympathisants, refus du tatouage* » -, il existe des « *processus de dissimulation* »¹¹²⁶. Des difficultés confirmées par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté qui a recommandé une étude sur le phénomène de radicalisation afin de ne pas inclure dans ces unités « *des personnes présentant a priori peu de risques et qui se trouvent regroupées avec des personnes enracinées de longue date dans une radicalisation profonde* »¹¹²⁷. Il avait en outre évoqué la peur des détenus déplacés dans ces unités « *d’être étiquetés durablement comme islamistes radicaux, et de ne pouvoir se défaire de l’emprise de leurs codétenus, n’ayant désormais plus aucun lien avec la population générale en détention* », une peur justifiée plus encore

¹¹²⁶ G. BRIE, C. RAMBOURG, « Radicalisation et déradicalisation, la dimension sociale occultée ? », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*

¹¹²⁷ CGLPL, *Avis du 11 juin 2015 sur la prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral*, JORF du 30 juin 2015.

par l'absence de possibilités de recours contre le décision de regroupement et l'application d'un droit *sui generis* dans ces unités fautes de dispositions légales applicables¹¹²⁸. À cela s'ajoute des risques d'atteinte aux droits fondamentaux des détenus¹¹²⁹ et la perte de vue de l'objectif de resocialisation de la peine. Il ne s'agit plus de « *remettre à niveau le potentiel social par la mobilisation de ses capacités sociales* », mais de « *repérer, détecter, et neutraliser* » « *un individu dangereux – essentialisé comme tel* »¹¹³⁰. Des réserves qui ont été confirmée lors de l'ouverture des cinq unités dédiées en 2016 par le Contrôleur général¹¹³¹ et qui ont été complétées par les difficultés pratiques dans la gestion des détenus mis à l'écart. Pour toutes ces raisons et suite à l'agression de deux surveillants de la maison d'arrêt d'Osny le 4 septembre 2016, le ministre de la Justice a annoncé la fermeture de ces unités qui venaient pourtant tout juste d'obtenir une existence légale avec la loi du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme¹¹³². Cette fermeture n'est toutefois pas la fin des programmes de déradicalisation puisqu'à la place ont ouvert des «quartiers d'évaluation de la radicalisation» et des «quartiers pour détenus violents» et a été instauré un

¹¹²⁸ *Ibidem*.

¹¹²⁹ P. PONCELA, « Religion et prison, je t'aime moi non plus », *op. cit.* Elle relève que la plupart des propositions du député Guillaume LARRIVE dans son rapport sur le « *Plan d'action global anti-radicalisation islamise en prison* » entraîneraient des « *atteintes à la liberté d'opinion et au droit à l'intimité et à la vie privée dont il est à craindre qu'elles ne s'inscrivent pas dans des limites raisonnables ; négation du droit au recours ; discriminations, suspicion, surveillance et contrôles étendus jusqu'à l'insupportable* ». V. G. LARRIVE, *Avis sur le projet de la loi de finances pour 2015, Tome VI Justice, administration pénitentiaire*, n°2267, Assemblée nationale.

¹¹³⁰ G. BRIE, C. RAMBOURG, « Radicalisation et déradicalisation, la dimension sociale occultée ? », in : J. SCHMITZ (*dir.*), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, *op. cit.*

¹¹³¹ CGLPL, *Radicalisation islamiste en milieu carcéral, 2016 L'ouverture des unités dédiées*, 7 juin 2016, 57 p.

¹¹³² Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (1), *JORF* du 4 juin 2016.

régime spécial proche de l'isolement pour les détenus islamistes identifiés comme les plus durs.

318- Il est nécessaire de combattre les actes terroristes, mais cet exemple prouve qu'« *une prudence extrême et une grande vigilance s'imposent [...] pour éviter les amalgames et ne pas alimenter la paranoïa ambiante* »¹¹³³. Il révèle un retour de l'État sécuritaire, celui « *qui réduit les politiques sociales à des questions de traitement individuel par des politiques de dépolitisation qui confortent une organisation sociale hautement inégalitaire* »¹¹³⁴. Les mesures détournent la protection de la liberté de religion et oublient de « *tenir compte des appartenances de classe, de la dynamique et même de la violence des rapports sociaux, de la distribution inégalitaire des ressources sociales et économiques, bref tout ce qui peut aussi déformer un individu* ». Elles s'adressent à « *des individus comme suspendus dans un vide social* » pour éviter de s'interroger sur les lacunes politiques et sociales ayant pu contribuer à l'entrée dans la délinquance ou la criminalité¹¹³⁵. Cet exemple prouve que malgré une protection accrue des droits civils et politiques en prison, celle-ci reste toujours fragile et à solidifier. Une observation valable aussi concernant les droits économiques et sociaux.

¹¹³³ P. PONCELA, « Religion et prison, je t'aime moi non plus », *op. cit.*. Cet auteur ajoute d'ailleurs « *il nous semblerait plus juste de désigner le phénomène à combattre comme étant une forme de terrorisme politico-religieux* », une suggestion à laquelle nous ne pouvons qu'adhérer.

¹¹³⁴ G. BRIE, C. RAMBOURG, « Radicalisation et déradicalisation, la dimension sociale occultée ? », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*

¹¹³⁵ *Ibidem.*

B) Les droits économiques et sociaux, des droits toujours en construction

319- Tout comme les droits civils et politiques, les droits économiques et sociaux, droits de l'homme de deuxième génération imposant une action de l'État pour les garantir, sont une porte ouverte sur la société pour le détenu, un moyen de continuer à se sentir appartenir à la communauté et donc un outil de la resocialisation. C'est le cas tout particulièrement de l'accès aux soins (1) et de l'accès au travail (2). Ils sont d'ailleurs utilisés dans l'appréciation du juge de l'application des peines pour prononcer les crédits de réduction de peine ou encore les aménagements de peine. Cependant, s'ils sont mieux protégés que par le passé, leur mise en œuvre reste lacunaire et peut même parfois conduire à une simple utilisation réfléchie par le détenu pour sortir plus tôt de détention, sans y voir un véritable moyen de réinsertion.

1. L'accès aux soins, un droit garanti, mais perfectible

320- Adeline HAZAN, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, rappelle régulièrement que le droit à l'accès aux soins « *ne saurait disparaître ou être diminué dans les lieux de privation de liberté* »¹¹³⁶. Au-delà du fait que ce droit est garanti par les textes à toute personne humaine¹¹³⁷, « *la dispensation de soins, que ceux-ci soient somatiques ou psychiatriques, est indispensable au bien-être des personnes détenues et à leur réinsertion* »¹¹³⁸. Ce droit est donc indispensable à la peine pour qu'elle

¹¹³⁶ A. HAZAN, « Avant-propos », in : J.-B. PERRIER (dir.), *Soins et privation de liberté*, L.G.D.J., Éditions du Centre Michel de l'Hospital, Clermont-Ferrand, 2015, p. 13.

¹¹³⁷ V. en ce sens le préambule de la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé signée le 22 juillet 1946, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1947, le Préambule de la Constitution de 1956, ou encore les articles L. 1110-3 et s. du Code de la santé publique.

¹¹³⁸ A. GALINIER, « L'établissement pénitentiaire, un lieu de soins comme les autres ? », in : J.-B. PERRIER (dir.), *Soins et privation de liberté*, op. cit., p. 63.

puisse remplir le rôle qui lui est alloué, ce qui a conduit le législateur à intégrer les personnes détenues au système général de santé dès 1994. Depuis, il est loisible d'observer une prise en compte croissante de la santé des détenus même si le système actuel demeure perfectible.

321- L'intégration des personnes détenues au système général de santé.

Plusieurs rapports ont été rédigés pour alerter le législateur des risques de pandémie dus aux pathologies développées dans les établissements pénitentiaires, et de l'état de santé dégradé des personnes privées de liberté. Partant, la population carcérale s'est vue qualifiée de « *population à risque* », les détenus étant souvent issus de « *milieux où sévissent les problèmes sociaux les plus graves* » et n'ayant que « *rarement accès aux dispositifs d'éducation sanitaire et de soins avant [leur] incarcération* »¹¹³⁹. Ceci a conduit le législateur à intervenir pour permettre aux personnes privées de liberté d'avoir accès à un système de soins comparable à celui du milieu libre. La loi du 18 janvier 1994¹¹⁴⁰ a instauré l'affiliation du détenu au régime commun de sécurité sociale et confié au service public hospitalier la charge d'assurer les examens de diagnostic et les soins dispensés aux détenus. Si la loi de 1994 n'a pas été suffisante pour une évolution profonde du système carcéral de soins, et que « *l'écart entre les objectifs et les réalités [restait] criant et douloureux* »¹¹⁴¹, avec le rappel constant que la peine d'emprisonnement ne doit être que la privation de la liberté d'aller et

¹¹³⁹ Haut Comité de la Santé Publique, *Santé en milieu carcéral, Rapport sur l'amélioration de la prison en charge sanitaire des détenus*, janvier 1993, p. 18. Comme l'explique Anne DEBET, « *ce mauvais état de santé est lié aux caractéristiques spécifiques de la population pénale – population précarisée qui, à l'extérieur, a peu accès aux soins, population souffrant de nombreuses addictions* ». V. A. DEBET, « Accès aux soins et droits du détenu malade », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, op.cit.*, pp. 184-185.

¹¹⁴⁰ Loi n°94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, *JORF* du 19 janvier 1994, p. 960.

¹¹⁴¹ Avis n°222 du 17 février 2005 de M. Nicolas ABOUT au nom de la Commission des Affaires Sociales du Sénat sur le projet de loi pénitentiaire, p. 24.

de venir, et sous l'impulsion européenne¹¹⁴², le droit à la santé du détenu a pu se consolider avec la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Ajoutant aux fondations posées en 1994, cette loi a affermi les droits existants et en a proclamé de nouveaux afin d'assurer l'effectivité du droit à l'accès aux soins. Sont ainsi institués au profit du détenu : le droit d'accès à un médecin ou un établissement de santé, le droit de bénéficier de l'affiliation à un régime de sécurité sociale¹¹⁴³, le droit à la qualité et la continuité des soins, le droit au secret médical et au secret de la consultation, le droit d'obtenir un bilan de santé à l'entrée comme à la libération¹¹⁴⁴. Si certains droits comme celui du libre choix du praticien et de l'établissement de santé garantis à l'article L. 1110-8 du code de la santé publique ne peuvent pas lui être reconnus, que l'accès aux droits sociaux est complexifié par la détention¹¹⁴⁵ ou encore que la barrière de la langue peut parfois rendre difficile tout protocole de soin, cette consécration a commandé une meilleure prise en compte de la santé des détenus et le développement de l'accès aux soins.

¹¹⁴² Les règles pénitentiaires européennes consacrent toute une section à la santé. V. Recommandation R(2006)2 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes, 11 janvier 2006.

¹¹⁴³ De ce fait « *la population carcérale bénéficie de la prise en charge presque totale de ses soins de santé* », une prise en charge qui perdure après la détention puisque « *les droits ouverts sont maintenus après la libération du détenu, pendant une durée de un an* ». V. A. DEBET, « Accès aux soins et droits du détenu malade », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, op.cit., pp. 189-190.

¹¹⁴⁴ Ch.-A. DUBREIL, « L'accès aux soins des personnes détenues : la garantie », in : J.-B. PERRIER (dir.), *Soins et privation de liberté*, op. cit., pp.26-28 ; A. DEBET, « Accès aux soins et droits du détenu malade », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, op.cit., pp. 184-185.

¹¹⁴⁵ Anne GALINIER révèle ainsi que « *l'accès aux droits commence par l'obtention d'un document d'identité ce qui peut être très difficile en détention : difficultés de domiciliation, disponibilité de prises de photographies, paiement du timbre fiscal en cas de perte, disponibilité du service d'insertion et de probation de l'établissement en charge du dossier* » et que l'affiliation à la sécurité sociale et l'ouverture des droits sociaux peuvent « *prendre plusieurs semaines voire ne jamais aboutir* ». V. A. GALINIER, « L'établissement pénitentiaire, un lieu de soins comme les autres ? », in : J.-B. PERRIER (dir.), *Soins et privation de liberté*, op. cit., p. 64.

322- La prise en compte croissante de la santé au sein de la détention.

Pour garantir des conditions de détention dignes et compatibles avec l'état de santé du détenu, aujourd'hui, la plupart des aménagements de peine favorables à ce dernier peuvent être accordés pour des raisons médicales, qu'il s'agisse de la simple permission de sortir comme de la libération conditionnelle¹¹⁴⁶. Le législateur a même créé, en sus de ces aménagements de peine classiques, un aménagement de peine spécifique : la suspension de peine pour raison médicale. Créée par la loi du 4 mars 2002¹¹⁴⁷, cette institution était tout de même beaucoup critiquée en raison des conditions de sa mise en œuvre qui se révélaient extrêmement restrictives¹¹⁴⁸. Elle a alors été facilitée par la loi du 15 août 2014¹¹⁴⁹ n'exigeant dorénavant plus qu'un seul certificat médical établissant que le détenu est atteint « *d'une pathologie engageant le pronostic vital* » ou que son « *état de santé physique ou mental est durablement incompatible avec le maintien en détention* », même si elle maintient que cet aménagement est impossible en cas « *de risque grave de renouvellement de l'infraction* ». En plus de ces possibles aménagements de peine, le juge administratif a admis la possibilité pour le détenu de contester une décision de l'administration pénitentiaire qui

¹¹⁴⁶ Evidemment, au nom du principe de sécurité, ils restent conditionnés. Par exemple, une expertise psychiatrique est nécessaire si le détenu a été condamné pour une infraction pour laquelle le suivi sociojudiciaire est encouru, et cette expertise doit être réalisée par deux experts en cas de meurtre. De même, les personnes condamnées à une peine criminelle, dont la période de sûreté est en cours et refusant de suivre le traitement médical sollicité par le juge, ne peuvent pas avoir accès à ces aménagements de peine.

¹¹⁴⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4118.

¹¹⁴⁸ V. en ce sens, CGLPL, *Rapport d'activité 2012*, Dalloz, Paris, 2013, 400 p. ; Avis du CGLPL du 22 mai 2012 *relatif au nombre de personnes détenues*, *JORF* du 13 juin 2012. Lors de l'adoption de la loi du 4 mars 2002, l'article 720-1-1 du code de procédure pénale limitait la suspension de peine pour raison médicale aux détenus atteints de « *pathologies engageant le pronostic vital* » ou avec un « *état de santé durablement incompatible avec le maintien en détention* », et demandait deux expertises médicales concordantes et l'absence de « *risque grave de renouvellement de l'infraction* ».

¹¹⁴⁹ Loi n°2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647.

serait attentatoire à son droit d'accès aux soins¹¹⁵⁰. Enfin, pour assurer un accès aux soins satisfaisant les unités de soins ont été développées et réorganisées.

323- Le développement et la réorganisation des unités de soins. Des unités de soins en détention et des unités spécifiques en établissements hospitaliers se sont progressivement développées pour construire un système complet et cohérent. Depuis la loi de 1994¹¹⁵¹, des protocoles de collaboration entre les hôpitaux et les établissements pénitentiaires¹¹⁵² ont été signés, prévoyant la délivrance de soins somatiques comme psychiatriques. Cette collaboration plus étroite entre le service public hospitalier et le service public pénitentiaire entraîne une simplification de l'accès aux soins pour le détenu, simplification encore confortée par la nouvelle hiérarchisation des unités de soins depuis la circulaire du 30 octobre 2012¹¹⁵³. Elle propose une nouvelle organisation des niveaux de soin, avec la création d'"unités sanitaires" regroupant les soins somatiques et les soins psychiatriques, et hiérarchisées selon le type de prise en charge proposé. Elle comprend trois niveaux. Le premier regroupe toutes les activités ambulatoires effectuées par les Unités de Consultations et de Soins Ambulatoires (UCSA)¹¹⁵⁴, les Services Médico-Psychologiques Régionaux

¹¹⁵⁰ V. en ce sens CE, 9 avril 2008, req. n°308221 ; CE, 15 juillet 2010, req. n°340313. Le juge administratif juge qu'il peut contrôler des décisions de changement d'affectation qui portent atteinte au droit à l'accès aux soins.

¹¹⁵¹ Loi n°94-43 du 18 janvier 1994 *relative à la santé publique et à la protection sociale*, *op. cit.*; Circulaire n°45 du 8 décembre 1994 *relative à la prise en charge sanitaire des détenus et à leur protection sociale*, *JORF* du 3 février 1995, p. 1859.

¹¹⁵² V. Article D. 369 du Code de procédure pénale.

¹¹⁵³ Circulaire interministérielle du 30 octobre 2012 *relative à la publication du guide méthodologique sur la prise en charge sanitaire des personnes placées sous main de justice*, NOR : AFSH1238354C.

¹¹⁵⁴ Créées par la loi du 18 juillet 1994, les UCSA sont présentes dans tous les établissements pénitentiaires. Elles ont pour mission d'assurer les consultations de médecine générale, comme certaines consultations spécialisées - en matière d'ophtalmologie, de gynécologie ou de soins dentaires par exemple - ; la distribution de médicaments ; ainsi que la mise en place d'action d'éducation et de de prévention. Elles

(SMPR)¹¹⁵⁵, leurs antennes ou les psychiatres vacataires, c'est-à-dire l'ensemble des consultations, des entretiens et activités thérapeutiques ainsi que les actions communes d'éducation et de prévention pour la santé ou de mise en place de la continuité des soins à la sortie. Le deuxième regroupe les soins nécessitant une prise en charge à temps partiel, c'est-à-dire les examens réalisés en milieu hospitalier pour les soins somatiques, et les hospitalisations de jour au sein des SMPR. Et, le troisième regroupe les soins nécessitant une prise en charge hospitalières à temps complet c'est-à-dire les hospitalisations en chambre sécurisée¹¹⁵⁶, Unités Hospitalières Sécurisées Interrégionales (UHSI)¹¹⁵⁷, Unités Hospitalières Spécialement Aménagées (UHSA)¹¹⁵⁸, Unités pour Malades Difficiles (UMD)¹¹⁵⁹ ou

doivent également permettre la continuité des soins avec le suivi du détenu de son placement en détention – avec l'examen médical d'entrée -, jusqu'à sa sortie.

¹¹⁵⁵ Antérieurs aux UCSA, ils ont été mis en place par un décret du 14 mars 1986, mais la loi du 18 janvier 1994 a redéfini leurs missions. Ils s'occupent des consultations, des entretiens, des prises en charge de groupes, des activités thérapeutiques, de la lutte contre les addictions, et tout comme les UCSA, ils assurent des missions d'éducation et de prévention, ainsi que la continuité des soins post-incarcération. Malgré l'importance de leurs missions, il n'en existe que vingt-six et aucun en établissement pour peine. V. Décret n° 86-602 du 14 mars 1986 *relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique*, JORF du 19 mars 1986, p. 4612.

¹¹⁵⁶ Les chambres sécurisées sont des chambres situées dans l'hôpital de rattachement utilisées pour des hospitalisations de courte durée (moins de 48 heures). Elles sont dites « sécurisées », car une garde statique est assurée par les forces de l'ordre dans un sas attenant à la chambre.

¹¹⁵⁷ Créées par un arrêté du 24 mai 2000, elles sont spécifiquement pour recevoir des détenus nécessitant une hospitalisation de moyenne ou longue durée, puisque la sécurité est assurée par l'administration pénitentiaire. Elles sont actuellement au nombre de huit. V. Arrêté du 24 août 2000 *relatif à la création des unités hospitalières sécurisées interrégionales destinées à l'accueil des personnes incarcérées*, JORF du 31 août 2000, p. 13471.

¹¹⁵⁸ Elles ont été créées par la loi du 9 septembre 2002, car l'article D. 398 du code de procédure pénale interdit l'hospitalisation complète d'un détenu atteint de troubles mentaux en établissement pénitentiaire. Elles proposent au détenu, consentant ou hospitalisé d'office, une offre de soins proche de celle des patients libres, tout en assurant la sécurité de la société puisque l'administration pénitentiaire contrôle les entrées, sorties et transferts. V.

établissement psychiatrique habilité. Cette nouvelle organisation offre une meilleure lisibilité des dispositifs de soins existants et une meilleure coordination entre les différents praticiens, dont l'absence était l'un des défauts majeurs du système d'accès aux soins. En outre, pour assurer la continuité des soins en détention, les UCSA et les SMPR ne fonctionnant pas 24h/24, il est possible pour l'établissement pénitentiaire de contacter, en vertu de protocoles signés entre l'administration pénitentiaire et le Samu, le centre de réception et de régulation du Samu à tout moment. Le médecin pourra être mis en ligne directe avec le détenu pour évaluer son état de santé, et estimer si une intervention sur place ou une hospitalisation s'avère nécessaire. Mais, malgré de telles avancées, le système reste lacunaire.

324- Un système demeurant lacunaire. Tout d'abord, si le nombre de personnels médicaux affectés dans les unités de soin en prison n'a cessé d'augmenter, le système carcéral est, comme le milieu libre, touché par le manque de praticiens dans certaines zones géographiques ou certaines spécialités. À cette pénurie de médecins, s'ajoutent les conditions de recrutement non attractives des postes proposés en détention. Les postes à temps plein sont peu nombreux, l'accès au lieu de travail est chronophage en raison des barrières de sécurité, les consultations sont répétitives, l'intérêt scientifique faible, les conditions de travail relativement dures, et les postes sont pour certains corps de métiers jugés déqualifiants et ne permettent alors

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice (1)*, JORF du 10 septembre 2002, p. 14934.

¹¹⁵⁹ Conçues par un arrêté du 14 octobre 1986 et redéfinies par la loi du 5 juillet 2011, ces unités situées dans des hôpitaux psychiatriques ont vocation à accueillir « *les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sous la forme d'une hospitalisation complète [...] lorsqu'elles présentent pour autrui un danger tel que les soins, la surveillance et les mesures de sûreté nécessaires ne peuvent être mis en œuvre que dans une unité spécifique* ». Elles sont actuellement au nombre de 10 et comptent 530 places. Toutefois, celles-ci ne sont pas réservées aux personnes détenues, mais concernent toute personne nécessitant une hospitalisation de ce type. V. Arrêté du 14 octobre 1986 *relatif au règlement intérieur type des unités pour malades difficiles* ; Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 *relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge (1)*, JORF du 6 juillet 2011, p. 11705.

que difficilement un reclassement¹¹⁶⁰. De ce fait, alors qu'ils sont budgétés par l'administration pénitentiaire, certains postes sont non pourvus, faute de candidat. Toutefois, comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme le 19 février 2015, ces problèmes de recrutement n'exonèrent « *en tout état de cause pas l'État de ses obligations* » ; il ne peut pas se dédouaner de ses responsabilités en évoquant une attitude positive de sa part¹¹⁶¹. D'autant que cette absence de personnel spécialisé ne peut pas être compensée par le recours à des personnels extérieurs à l'établissement. En effet, en raison des impératifs de sécurité et de l'obligation pesant sur l'administration pénitentiaire qui doit empêcher toute évasion, comme de leur coût¹¹⁶², les extractions médicales s'avèrent complexes à organiser, mais surtout entraînent régulièrement une violation des droits fondamentaux du détenu¹¹⁶³. Alors que, selon une circulaire du 18 novembre 2004¹¹⁶⁴, chaque escorte doit être adaptée à la dangerosité du détenu, l'administration pénitentiaire recourt quasi systématiquement aux entraves et à un dispositif de sécurité renforcé, conduisant parfois même à la violation du secret

¹¹⁶⁰ . A. DEBET, « Accès aux soins et droits du détenu malade », in : S. BOUSSARD (*dir.*), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, *op.cit.*, p. 192 ; Avis n°222 du 17 février 2005 de M. Nicolas ABOUT, *op. cit.*, p. 12 et s.

¹¹⁶¹ CEDH, 19 février 2015, req. n°10401/12, *Helhal c. France*. En l'espèce, la France a été condamnée pour n'avoir pas fourni à un détenu paraplégique des soins de kinésithérapie quotidiens, essentiels pour que son état de santé soit compatible avec la détention, durant plus de trois ans.

¹¹⁶² 1.300 € en moyenne en Ile-de-France. V. Avis n°222 du 17 février 2005 de M. Nicolas ABOUT, *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁶³ V. par ex : CEDH, 26 mai 2011, req. n°19868/03, *Duval c. France* ; TA Nantes, 15 janvier 2019 ; OIP, « Centre de détention de Nantes : l'État condamné pour les conditions d'accès aux soins au cours d'extractions médicales », *Communiqué de presse*, 7 février 2019.

¹¹⁶⁴ Circulaire du 18 novembre 2004 *relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale*, Ministère de la Justice, NOR JUSK0440155C, *BO*, n°96, 1 octobre – 31 décembre 2004. Cette circulaire a d'ailleurs été jugée valide par le Conseil d'État, car les mesures de contraintes doivent être adaptées et proportionnées à la dangerosité du détenu. V. CE, 30 mars 2005, req. n°276017, *Observatoire international des prisons*.

médical puisqu'il arrive que les gardiens assistent à l'entretien médical ou encore aux examens. Ceci empêche le détenu de parler librement avec le médecin, mais peut aussi l'humilier lors du trajet, devant les habitants d'une ville qu'il a pu côtoyer pendant de nombreuses années¹¹⁶⁵. Ce traitement du détenu plusieurs fois qualifié de dégradant par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁶⁶, peut pousser le détenu à refuser les soins ou la poursuite d'un traitement nécessitant des extractions régulières¹¹⁶⁷. Le nombre conséquent d'extractions médicales annulées ou reportées, par le détenu ou l'administration, a d'ailleurs poussé le Contrôleur général des lieux de privation de liberté à préconiser le passage d'une obligation de résultats à une obligation de moyens en matière d'évasion pour le personnel pénitentiaire en charge de l'extraction médicale, ou encore « *la création d'une ou plusieurs équipes d'escortes dédiées* ». Puis, pour éviter le recours aux extractions médicales, « *le renforcement de la présence de spécialistes au sein des unités sanitaires* » et, à défaut, « *une réflexion [...] afin que les personnes détenues remplissant les conditions légales puissent bénéficier de permissions de sortie pour se rendre seules dans un établissement de santé pour y bénéficier de consultations médicales* »¹¹⁶⁸. Cette autorité est également favorable au développement de la télémédecine¹¹⁶⁹, qui permettrait un accès rapide et de qualité aux médecins spécialistes sans

¹¹⁶⁵ Sur cette question, le CGLPL a d'ailleurs proposé que ne pèse sur le personnel pénitentiaire qu'une obligation de moyens et non de résultats en matière d'évasion pour que soit réalisée une protection effective des droits des détenus. V. CGLPL, Avis du 16 juin 2015 *relatif à la prise en charge des personnes détenues au sein des établissements de santé*, JORF du 16 juillet 2015.

¹¹⁶⁶ V. notamment CEDH, 1 mars 2010, req. n°17020/05, *Paradysz c. France* ; CEDH, 26 mai 2011, req. n°19868/08, *Duval c. France*.

¹¹⁶⁷ CGLPL, *Rapport d'activité 2012*, Dalloz, 20 février 2013, 390 p.

¹¹⁶⁸ CGLPL, Avis du 16 juin 2015 *relatif à la prise en charge des personnes détenues au sein des établissements de santé*, JORF du 16 juillet 2015.

¹¹⁶⁹ Selon l'article L. 6316-1 du code de la santé publique, la télémédecine est une « *forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication. Elle met en rapport, entre eux ou avec un patient, un ou plusieurs professionnels de santé parmi lesquels figurent nécessairement un professionnel médical et, le cas échéant, d'autres professionnels apportant leurs soins aux patients* ».

avoir à quitter l'établissement pénitentiaire. Une proposition déjà évoquée dans la circulaire de 2012 et qui a donné naissance à vingt-cinq projets de télémédecine en milieu pénitentiaire¹¹⁷⁰, ce qui montre là encore une progression même si elle demeure insuffisante.

325- Ensuite, au-delà de ces problèmes d'accès aux soins, les conditions matérielles de détention et la vétusté des établissements pénitentiaires aggravent certaines pathologies, psychiatriques comme somatiques, quand elles ne les font pas naître¹¹⁷¹. Un problème amplifié par la surpopulation chronique des établissements pénitentiaires et le fait pour le détenu d'être, trop souvent, confronté à la « *folie, insupportable et contagieuse* » de ses compagnons de cellule¹¹⁷². Il y a en effet de plus en plus de personnes déjà atteintes de pathologies psychiatriques condamnées à des peines privatives de liberté en raison de l'évolution des articles 122-1 et 122-2 du code pénal ayant durci les modalités du prononcé de l'irresponsabilité pénale¹¹⁷³.

326- Enfin, comme l'observe Marc TOULLIER, « *derrière la montée en puissance des soins obligés dans le champ pénal [les injonctions de soins] se dissimule [...] le glissement d'une conception des soins initialement destinés à aider la personne condamnée, qu'elle soit ou non détenue, à surmonter les difficultés rencontrées durant l'exécution de sa peine, vers*

¹¹⁷⁰ V. sur ce point : Agence Nationale d'Appui à la Performance des établissements de santé et structures médico-sociales, *La télémédecine en action : santé des personnes détenues – Éléments de constats et d'analyse sur les organisations retenues*, janvier 2015.

¹¹⁷¹ L'enfermement est générateur de nombreux facteurs de stress et l'incarcération peut alors devenir synonyme d'angoisse et entraîner certaines pathologies comme les troubles sensoriels, de la digestion ou musculaires, symptômes souvent psychosomatiques. Des risques aggravés par certains régimes de détention, telle la mise à l'isolement ou en cellule disciplinaire mettant à l'épreuve le psychisme du détenu. V. sur cette question : Benjamin TRAYNARD, *Psychiatrie en milieu pénitentiaire : cas particulier du quartier disciplinaire et de son impact sur la santé mentale*, Thèse de médecine, Lille, 2010, 146 p.

¹¹⁷² CCNE, *La santé et la médecine en prison*, Avis n°94, 2006, p. 8.

¹¹⁷³ P. HENNION-JACQUET, « Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux, et si la justice s'arrêtait aux portes des prisons ? », *RDSS*, 2009, p. 509 ; B. TRAYNARD, *Psychiatrie en milieu pénitentiaire : cas particulier du quartier disciplinaire et de son impact sur la santé mentale*, Thèse, Lille, 2010, p. 21.

une conception des soins censés limiter, sinon enrayer la dangerosité qu'elle est susceptible de présenter »¹¹⁷⁴. Une montée en puissance des soins obligés qui pose en outre des questions quant au respect du principe du consentement aux soins, mais aussi quant à leur efficacité¹¹⁷⁵. Il n'est pas certain que des soins imposés entraînent une volonté de changement de la part du détenu, qui se plie souvent à cette obligation pour une raison bien plus pragmatique ; le suivi des soins imposé est un des facteurs d'obtention des crédits de réduction de peine. L'objectif de réinsertion assigné à la peine et censé être assuré par le droit à l'accès aux soins perd alors en intensité, un constat observable aussi lors de l'examen de l'accès au travail, qui devrait pourtant être l'un des premiers outils de la préparation à la sortie.

2. *L'accès au travail, un "profond désert juridique"*¹¹⁷⁶

327- En détention, l'activité professionnelle s'exerce sous plusieurs formes. Le détenu peut être employé par l'administration pour effectuer des activités d'entretien des établissements pénitentiaires, il travaille alors au service général. Il peut travailler dans le cadre d'une régie industrielle pour des travaux de production lorsque l'administration a conclu une convention avec le service de l'emploi pénitentiaire, ou sous le régime de la concession de main d'œuvre pénale, régime permettant à l'administration pénitentiaire de mettre des détenus à disposition des entreprises privées. Au-delà de ces trois formes principales, le détenu peut travailler pour le compte d'une association agréée ou pour son propre compte, mais cela reste peu courant. Quelque-soit sa forme, le travail pénitentiaire n'est possible que sur demande du détenu puisqu'il est pensé comme un outil majeur de la

¹¹⁷⁴ M. TOULLIER, « L'exemple symptomatique de l'injonction de soins », in : J.-B. PERRIER (dir.), *Soins et privation de liberté*, op. cit., p. 79.

¹¹⁷⁵ V. sur cette question : G. BROUSSE, « Un dispositif de soin contraint peut-il être efficace ? », in : J.-B. PERRIER (dir.), *Soins et privation de liberté*, op. cit., p. 93 et s.

¹¹⁷⁶ J.-P. CERE, « Le Conseil constitutionnel et le travail en prison : une occasion manquée ? », *Dalloz*, 2015, p. 2083.

réinsertion¹¹⁷⁷. En effet, il a « *des vertus éminemment positives* »¹¹⁷⁸. C'est « *l'unique source de revenus du détenu* »¹¹⁷⁹, il lui permettra de cantiner pour améliorer son quotidien, mais aussi d'indemniser les parties civiles¹¹⁸⁰. De plus, le travail est l'un des éléments pris en compte pour l'octroi des crédits de réduction de peine complémentaires ou lors des demandes d'aménagements de peine. Enfin, le détenu pourra acquérir une qualification ou jouir d'une expérience professionnelle alors qu'il n'en a parfois jamais eu, s'approprier ou se réapproprier une discipline du travail, nécessaire lors de son retour dans la société libre. Il est alors « *un vecteur de recouvrement du sentiment d'utilité sociale et d'appartenance à la collectivité* »¹¹⁸¹. En théorie. Car, pour que le travail soit un outil véritable de la réinsertion, « *l'organisation et les méthodes de travail dans la prison doivent se rapprocher autant que possible de celles régissant un travail analogue hors de la prison, afin de préparer les détenus aux conditions de la vie professionnelle normale* »¹¹⁸². Or, le régime juridique du travail en détention est très éloigné du régime juridique du travail en milieu libre, il est même souvent inexistant laissant une marge de manœuvre plus que conséquente à l'administration et empêchant une uniformisation dans tous les établissements. Ce manque de cadre fait du travail une activité souvent plus « *occupationnelle* » que préparatoire à la réinsertion, « *porteuse de dévalorisation de soi et du travail pour les détenus ayant travaillé à*

¹¹⁷⁷ Le travail obligatoire en prison a ainsi été aboli par la loi de 1987. V. Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, JORF du 23 juin 1987, p. 6769.

¹¹⁷⁸ S. BRIMO, « Le droit au travail pénitentiaire : un droit sans doit... et sans travail », RDSS, 2013, p. 251.

¹¹⁷⁹ L. LECHON, « L'activité professionnelle dans un parcours d'exécution de peine », in : A. DEFLOU (dir.), *Le droit des détenus, Sécurité ou réinsertion*, Dalloz, Paris, 2010, p. 114.

¹¹⁸⁰ En application de l'article D. 320-1 du CPP, 20 à 30% du salaire seront reversés obligatoirement pour l'indemnisation des parties civiles, une somme que le détenu peut choisir d'augmenter s'il le souhaite.

¹¹⁸¹ CGLPL, *Avis relatif au travail et à la formation professionnelle dans les établissements pénitentiaires*, 22 décembre 2016.

¹¹⁸² RPE 26.7

l'extérieur et pour ceux relativement proches du marché du travail »¹¹⁸³, alors même que ceux-ci devraient être les plus faciles à réinsérer.

328- Un cadre juridique insatisfaisant. Au-delà du fait que « *les activités de production sont trop souvent liées à des tâches sans qualification ou ne correspondant pas au marché du travail* »¹¹⁸⁴ et donc non valorisables, « *les conditions dans lesquelles ces activités sont effectuées ne sont pas non plus valorisables* »¹¹⁸⁵. De nombreux rapports et études ont depuis plusieurs dizaines d'années déjà pointé « *les insuffisances de l'encadrement du travail carcéral et les conditions de son exercice* »,¹¹⁸⁶ mais, malgré cela, les principales dispositions classiques du droit du travail ne s'appliquent toujours pas dans les établissements pénitentiaires. Comme l'écrit Jean-Paul CERE, « *incontestablement, les relations de travail en prison apparaissent*

¹¹⁸³ P. AUVERGNON, « A quelles conditions le travail en détention pourrait-il contribuer à la réinsertion ? », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*, p. 78.

¹¹⁸⁴ L. LECHON, « L'activité professionnelle dans un parcours d'exécution de peine », in : A. DEFLOU (dir.), *Le droit des détenus, Sécurité ou réinsertion, op. cit.*, p. 114. Lola ISIDRO ajoute qu'il s'agit souvent de « *manutention* » ou de « *travaux dits de façonnage* », du type tri d'oignons, collage d'échantillons de produits de beauté dans les magazines, même si elle relève que se développent les emplois du secteur tertiaire et parfois des emplois qualifiés, des cas encore trop exceptionnels cependant. V. L. ISIDRO, « L'incapacité du régime actuel du travail en détention à préparer la réinsertion », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*, p. 86.

¹¹⁸⁵ L. ISIDRO, « L'incapacité du régime actuel du travail en détention à préparer la réinsertion », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*

¹¹⁸⁶ C. WOLMARK, « Le travail en prison », *Constitutions*, 2015, p. 579. V. J. PIOT (prés.), *Rapport du groupe de travail présidé par Jacques PIOT, chargé d'étudier le programme d'équipement pénitentiaire pour une période de dix années et les divers aspects du travail et de la formation professionnelle des détenus*, 1979 ; P. Loridant, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la mission de contrôle sur le compte de commerce 904-11 de la Régie Industrielle des Etablissements Pénitentiaires (RIEP)*, 2002 ; CGLPL, *Rapport d'activités 2011*, Dalloz, Paris, 2012, 324 p.

comme l'un des maillons faibles de la dernière loi pénitentiaire »¹¹⁸⁷. Nonobstant des références fréquentes au droit « de l'extérieur », le cadre juridique actuel montre de graves atteintes aux droits fondamentaux des détenus. Philippe AUVERGNON estime d'ailleurs que « l'article 717-3 et le petit ensemble de dispositions d'origine légale et réglementaire du code de procédure pénale concernant le travail permettent la violation des droits et libertés garantis à tout travailleur », qu'« ils créent le vide juridique et renvoient, de fait, à l'administration en charge l'édition des règles du jeu via, au mieux, des circulaires et des notes de service »¹¹⁸⁸. En effet, l'article 717-3 du code de procédure pénale dispose simplement que « les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail » et que « la rémunération du travail des personnes détenues ne peut être inférieure à un taux horaire fixé par décret et indexé sur le salaire minimum de croissance¹¹⁸⁹ ». En raison de l'inconséquence de ce texte, le détenu ne perçoit pas le salaire minimum appliqué au travailleur libre et ne bénéficie d'aucune indemnité en cas d'arrêt de travail, quelque soit le motif de celui-ci. Pourtant, les rémunérations qui lui sont versées entre dans l'assiette de la contribution sociale généralisée et de la contribution pour le remboursement de la dette sociale¹¹⁹⁰. Il ne bénéficie d'aucune des règles encadrant les procédures relatives à la conclusion ou la rupture du lien de travail¹¹⁹¹. De plus, l'inspecteur du travail n'a en prison qu'un rôle de conseil, il n'y a pas de médecine du travail, ni aucun des droits sociaux

¹¹⁸⁷ J.-P. CERE, « Le Conseil constitutionnel et le travail en prison : une occasion manquée ? », *op. cit.*

¹¹⁸⁸ P. AUVERGNON, « Droit du travail et prison : le changement maintenant ? », *Revue de droit du travail*, 2013, p. 309.

¹¹⁸⁹ Les taux restent très faibles allant de 20 à 45% du SMIC. V. D. 432-1 du CPP.

¹¹⁹⁰ CE, 29 juin 2018, req. n°408214 ; *AJDA*, 2018, p. 1360.

¹¹⁹¹ Par exemple, de nombreuses mesures de déclassement d'emploi s'avèrent litigieuses et sont sanctionnées par le juge depuis que ce ne sont plus des mesures non susceptibles de recours. V. par ex : CE, 15 décembre 2017, req. n°400822 ; J.-P. CERE, « Grève de la faim et déclassement d'emploi », *AJ Pénal*, 2018, p. 162 ; TA Dijon, 20 juin 2018, OIP, « Travail en prison, l'État condamné pour un déclassement abusif à Joux-la-Ville », *Communiqué de presse*, 25 juillet 2018.

classiques tels que le droit de se syndiquer ou d'effectuer des revendications collectives quant aux conditions de travail¹¹⁹². Ce sont toutes ces carences dans la protection des droits des travailleurs détenus par les textes qui ont entraîné à de multiples reprises la saisine du juge. Toutefois, si les décisions rendues ont parfois permis quelques avancées, elles se sont souvent révélées bien en deçà des attentes des requérants comme de la doctrine ou de la société civile.

329- Des décisions jurisprudentielles décevantes. Tout d'abord, dans un célèbre arrêt du 14 décembre 2007, le Conseil d'État a jugé qu'« *eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, une décision de déclassement d'emploi constitue un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* », mais « *qu'il en va autrement des refus opposés à une demande d'emploi ainsi que des décisions de classement, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et droits fondamentaux des détenus* »¹¹⁹³. Ainsi, s'il effectue un premier pas en avant en acceptant de contrôler les décisions de déclassement d'emploi pour qu'elles ne soient pas arbitraires, mais bien justifiées et proportionnées,

¹¹⁹² Selon Philippe AUVERGNON, « *très concrètement, le détenu travailleur ne peut prétendre au SMIC et aux congés payés ; il ne perçoit pas d'indemnités en cas d'arrêt de travail pour maladie non professionnelle ou accident de travail ; il ne bénéficie d'aucune indemnisation au titre du chômage technique ou de l'assurance chômage en cas de perte involontaire d'emploi. Il n'est pas embauché ou licencié, mais « classé » et « déclassé », si bien que toutes les règles de procédure et de fond, notamment celles relatives au principe de non-discrimination, encadrant la conclusion et la rupture du contrat sont écartées. Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle les dispositions du code du travail concernant « l'hygiène et la sécurité » s'appliquent à la prison ne résiste pas à l'analyse ; l'inspection du travail a, uniquement en la matière, un rôle de conseil ; il n'y a pas de médecine du travail, pas de visite médicale d'embauche, pas d'avis d'aptitude au poste... Enfin, le détenu travailleur ne bénéficie en tant que tel d'aucun droit d'association, d'aucune forme de droit à l'expression individuelle ou collective sur ses conditions de travail, d'aucun droit à la représentation ou à l'action collective en vue de faire aboutir des revendications professionnelles* ». V. P. AUVERGNON, « Droit du travail et prison : le changement maintenant ? », *op. cit.*

¹¹⁹³ CE, 14 décembre 2007, req. n°290420, *Planchenault* ; *Droit administratif*, 2008, p. 35 ; *Droit pénal*, 2008, p. 39.

aucun contrôle n'est effectué par le juge sur les décisions de classement, seul moyen d'obtenir un emploi en détention. Le respect des règles de non-discrimination à l'embauche ou des critères d'obtention d'un emploi ne peut donc pas être vérifié par le juge. De manière similaire, il a affirmé que les modalités de rémunération « *pour être opposables aux personnes détenues [...] doivent être portées à leur connaissance, en même temps que les taux horaires de rémunération, par un affichage suffisant accessible à l'ensemble des détenus* » et qu'« *il doit également être fait référence à ces modalités de rémunération, ainsi qu'aux conditions particulières de leur exécution applicables à chaque personne détenue exerçant une activité professionnelle dans le support de l'engagement au travail ou dans un acte d'engagement signé avec le directeur de l'établissement pénitentiaire* ». Mais, dans le même arrêt, il a rappelé « *que le seuil minimum de rémunération, fixé selon un barème établi annuellement par l'administration, constitue non pas un salaire minimum, mais un minimum collectif moyen de rémunération* »¹¹⁹⁴. Un pas en avant certes, mais ne permettant pas au détenu de savoir réellement le salaire qui lui sera versé. Ces réserves, appliquées ici sur des mesures particulières, le sont aussi lorsqu'il s'agit de la remise en question du cadre juridique général du travail en détention devant le Conseil constitutionnel, ce qui est plus problématique encore.

330- Saisi par la Cour de cassation¹¹⁹⁵, le Conseil constitutionnel était invité à se prononcer sur la conformité à la Constitution de l'alinéa 3 de l'article 717-3 du code de procédure pénale, excluant l'application du contrat de travail aux personnes incarcérées¹¹⁹⁶. Après la reconnaissance par la Cour européenne des droits l'homme de la spécificité du travail au sein des établissements pénitentiaires¹¹⁹⁷, et alors que le conseil des prud'hommes de Paris venait d'accepter de requalifier en contrat de travail la relation entre

¹¹⁹⁴ CE, 7 mars 2016, req. n°380540 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Quel travail en prison ? À propos de l'opposabilité des modalités de rémunération », *JCP A.*, 2006, p. 231.

¹¹⁹⁵ Soc., 20 mars 2013, pourvois n° 12-40104 et n° 12-40105.

¹¹⁹⁶ Article modifié par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, *JORF* du 25 nov. 2009, p. 20192.

¹¹⁹⁷ CEDH, 7 juillet 2011, req. n°37452/02, *Stummer c. Autriche*, §93.

une détenue et une plateforme téléphonique¹¹⁹⁸, la décision du Conseil constitutionnel était attendue, beaucoup espérant l'ouverture d'une brèche permettant au droit du travail d'entrer dans les prisons. Alors que les requérants invoquaient que l'absence de contrat de travail entraîne l'absence de SMIC, de congés payés, de représentation syndicale ou encore de droit de grève, et donc méconnaissait selon eux plusieurs droits et libertés protégés par la Constitution, les Sages ont pourtant estimé que l'alinéa 3 de l'article 717-3 du code de procédure pénale doit être étudié à l'aune des autres alinéas du texte critiqué, fixant diverses règles relatives aux conditions de travail, et de l'article 33 de la loi pénitentiaire de 2009 prévoyant un « acte d'engagement » signé par le chef d'établissement et la personne détenue. Ignorant l'attente suscitée, ils ont considéré que la disposition contestée n'est pas, en elle-même, contraire aux droits et libertés fondamentales des travailleurs, ni au principe d'égalité ou de dignité de la personne. Ils ont cependant ajouté qu'« *il est loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits* »¹¹⁹⁹, effectuant ainsi un renvoi à la

¹¹⁹⁸ Conseil de prud'hommes de Paris, 8 février 2013, RG n° F 11/15185, *Contra Soc.*, 17 décembre 1996, n° 92-44203, M. DANTI-JUAN, *RPDP*, 1998, p. 127, G. GIUDICELLE-DELAGÉ, M. MASSE, *Droit social*, 1997, p. 344.

¹¹⁹⁹ CC, 14 juin 2013, n°2013-320/321 QPC, *M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées]*, *JORF* du 16 juin 2013, p. 829, cons. n°9 ; F. CHOPIN, « Quelles conditions de travail pour les personnes incarcérées ? », *D.*, 2013, p. 1909 ; E. BONIS-GARÇON, « Le travail des détenus », *Rev. Pénit.*, 2013, p. 991 ; L. LETURMY, « La constitutionnalité de l'absence de contrat de travail dans l'univers carcéral. La fin d'un débat ? », *Rev. Pénit.*, 2013, p. 949 ; S. BRIMO, « Suite (et fin ?) du débat sur le régime juridique du travail carcéral », *RDSS*, 2013, p. 639 ; S. SLAMA, L. ISIDRO, « La dérobade du Conseil constitutionnel face à l'ersatz de statut social du travailleur détenu », *Lettres ADL du CREDOF*, 25 juin 2013 ; M. CRETENOT, N. FERRAN, « Le travail pénitentiaire dans le non-droit », *Dedans-Dehors*, juin 2013, 4 ; J.-P. CERE, « L'exclusion du code du travail en prison est constitutionnelle », *AJ Pénal*, 2013, p. 556 ; M. GHEVONTIAN, « À propos de la décision n°320/321 QPC : les détenus ne sont pas des travailleurs comme les autres », *Constitutions*, 2013, p. 408 ; C. RADE, P. GERVIÉ, « Le législateur peut écarter la qualification de contrat de travail pour les détenus ainsi que pour les maîtres contractuels des établissements d'enseignement privé sous contrat », *Constitutions*, 2013, p. 418 ; P. RRAPI, « Et si le Conseil constitutionnel répondait à la

marge d'appréciation du législateur, une marge qui ne peut jouer que dans le sens d'un renforcement des droits. Ce renvoi n'a toutefois pas été jugé suffisant par les avocats ayant effectué la requête comme par la doctrine, cette décision ayant été qualifiée de « *décevante* », de « *non prise décision* », de « *décision frileuse* » et même de « *gâchis* », le Conseil constitutionnel ayant « *refusé de donner l'impulsion nécessaire à la réforme du statut des prisonniers qui travaillent* »¹²⁰⁰. Cette décision laissait en outre de nombreuses questions en suspens quant au juge compétent en cas de litige entre le détenu employé dans le cadre d'une concession de main d'œuvre pénale et l'administration, comme quant à la clarification des règles du travail carcéral.

331- Concernant la question relative au juge compétent, le Tribunal des conflits a rendu sa décision peu de temps après et a établi « *que cette activité de travail, qui ne fait pas l'objet d'un contrat de travail et qui s'inscrit dans l'exécution de la peine privative de liberté, procède de la préparation à la réinsertion du condamné ; que, eu égard tant à la nature particulière de la relation de travail, qui se rattache à l'accomplissement de la mission de service public de l'administration pénitentiaire, qu'à ses modalités de mise en œuvre, soumises au régime pénitentiaire du détenu et aux nécessités du bon fonctionnement de l'établissement qui influent sur les conditions d'emploi et de rémunération, le détenu ainsi employé se trouve, à l'égard de la société concessionnaire, même de droit privé, dans une relation de droit public* ». Le juge administratif est donc le juge des litiges nés de la relation

question ? », *RFDC*, 2013, p. 986 ; J. SCHMITZ, « Droit du travail en prison : fin ou début de la réflexion sur l'absence d'un régime juridique ? », *Droit administratif*, février 2014, p. 14 ; D. MAZEAUD, « Le travail, c'est la santé ! », *JCP G.*, 2015, p. 1705 ; A. LEVADE, « Constitutionnalité de l'absence de contrat de travail pour les personnes incarcérées : les raisons d'une déception », *Droit du travail en prison, Presses universitaires de Bordeaux*, 2015, p. 97 ; P. AUVERGNON, « Travail en prison : le combat continue ! », *Droit social*, 2016, p. 64 ; J.-P. CERE, « Le Conseil constitutionnel et le travail en prison : une occasion manquée ? », *D.*, 2015, p. 2083.

¹²⁰⁰ A. PORTMANN, « Application du contrat de travail en prison : les Sages rejettent la QPC », *Dalloz Actualité*, 17 juin 2013.

de travail établie entre le détenu et la société concessionnaire¹²⁰¹. Le Tribunal des conflits a ici privilégié « *une approche globale de la détention et des relations juridiques qui s'y nouent* », percevant le détenu, rémunéré par l'administration, toujours comme « *un usager du service public pénitentiaire en situation légale et réglementaire* »¹²⁰².

332- Concernant la clarification des règles du travail carcéral, une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité a été déposée devant le Conseil constitutionnel dans le but d'élargir la saisine et donc relative cette fois aux autres dispositions de l'article 717-3 du code de procédure pénale. Cette requête, soutenue par une tribune réunissant près de quatre-cents enseignants-chercheurs de droit, sciences politiques, sociologie, invitait le Conseil constitutionnel « *à sonner le glas d'un régime juridique aussi incertain qu'attentatoire aux droits sociaux fondamentaux des personnes incarcérées travaillant* »¹²⁰³. Mais, une fois encore, il s'agit d'une « *occasion manquée* »¹²⁰⁴, « *la décision demeure d'une frilosité confinant à l'aveuglement* »¹²⁰⁵. Le Conseil constitutionnel juge que l'existence d'une notice d'information, d'un rappel législatif du principe de dignité des détenus et d'un possible recours juridictionnel, sont suffisants à offrir les garanties nécessaires à la sauvegarde des droits et libertés des détenus. Simplement, il renouvelle l'invitation à intervenir qu'il avait déjà effectuée au législateur. Loin de tenir un raisonnement similaire au Tribunal des conflits, il « *ferme les yeux sur la réalité du droit et des faits* »¹²⁰⁶ et montre, comme l'avait déjà analysé en 2013 Patrice SPINOSI que « *la porte est quand*

¹²⁰¹ TC, 14 octobre 2013, req. n°3918 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Services pénitentiaires 1/2 : le prisonnier au travail (sous concession de main d'œuvre pénale) est dans une situation de droit public », *JCP A.*, 2013, p. 855.

¹²⁰² E. PECHILLON, « Travail en prison : une mission de service public visant à la réinsertion du détenu ? », *AJ Pénal*, 2014, p. 47.

¹²⁰³ C. WOLMARK, « Le travail en prison », *op. cit.*

¹²⁰⁴ C. FLEURIOT, « Le Conseil constitutionnel n'exige pas de réforme du travail en prison », *Dalloz actualité*, 28 septembre 2015.

¹²⁰⁵ C. WOLMARK, « Le travail en prison », *op. cit.*

¹²⁰⁶ P. AUVERGNON, « Travail en prison : le combat continue ! », *Droit social*, 2016, p. 64.

même assez fermée », et que « *la solution est politique et non plus juridique* »¹²⁰⁷. Mais sur le terrain politique, plus encore que sur le terrain juridique, les avancées sont difficiles dans un domaine aussi sensible que celui-là, de ce fait, certains estiment qu'« *il aurait été préférable que le Conseil constitutionnel responsabilise le Parlement en l'obligeant à intervenir* »¹²⁰⁸.

333- Des évolutions nécessaires. En l'état du droit, il est évident que « *le travail en détention prend moins les traits d'un instrument de réinsertion qu'il ne confine à de l'exploitation, ce qui remet totalement en question le sens même du travail en prison* »¹²⁰⁹ ; d'autant qu'il est inclus dans l'obligation d'activité mise en place par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, ce qui conduit à « *sa banalisation voire sa marginalisation* »¹²¹⁰. Si « *une avancée ponctuelle ne peut être que bienvenue dans la quasi désert actuel du droit* »¹²¹¹, les avancées demeurent aujourd'hui bien trop insuffisantes. La France risque d'ailleurs une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. Bien qu'elle admette que l'objectif de réinsertion alloué à la peine puisse justifier un droit du travail carcéral exorbitant du droit commun, il faut que cet objectif de réinsertion soit effectivement poursuivi par le travail carcéral. Or, cela n'est pas le cas actuellement en France au regard des modalités de sa réalisation¹²¹². Un

¹²⁰⁷ Cité par A. PORTMANN, « Application du contrat de travail en prison : les Sages rejettent la QPC », *op. cit.*

¹²⁰⁸ J. BONNET, cité par C. FLEURIOT, « Le Conseil constitutionnel n'exige pas de réforme du travail en prison », *op. cit.*

¹²⁰⁹ L. ISIDRO, « L'incapacité du régime actuel du travail en détention à préparer la réinsertion », in : J. SCHMITZ (*dir.*), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, *op. cit.*

¹²¹⁰ P. AUVERGNON, « A quelles conditions le travail en détention pourrait-il contribuer à la réinsertion ? », in : J. SCHMITZ (*dir.*), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, *op. cit.*, p. 79.

¹²¹¹ P. AUVERGNON, « Travail en prison : le combat continue ! », *op. cit.*

¹²¹² L. ISIDRO, « L'incapacité du régime actuel du travail en détention à préparer la réinsertion », in : J. SCHMITZ (*dir.*), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, *op. cit.*

constat que vient d'ailleurs rappeler le Contrôleur général des lieux de privation de liberté dans un avis en date du 22 décembre 2016 qu'il conclut en affirmant que « *l'encadrement juridique [et] les conditions matérielles du travail en détention ne sont pas respectueux des droits fondamentaux des personnes exerçant une activité professionnelle au cours de leur détention* » et qu'« *au regard des enjeux qu'elles représentent, notamment en terme de réinsertion, la qualité de l'offre et la diversité du travail et de la formation en détention sont largement insuffisantes* »¹²¹³. Il est nécessaire de revaloriser le travail en détention, d'autant plus qu'il est un point vers l'extérieur, un moyen de garder des liens avec la société libre, liens souvent fragiles bien que protégés.

§2 : La continuité des liens avec la société libre

334- En 2006, Gil ROBLES, alors commissaire aux droits de l'homme affirmait que « *la politique de réinsertion passe obligatoirement par des efforts pour sauvegarder les attaches et contacts avec le monde extérieur lors de l'emprisonnement de toute personne* », qu'« *il est important que tout soit mis en œuvre pour que la personne privée de liberté ne se sache pas coupée de son entourage familial et amical* »¹²¹⁴. En effet, les liens avec l'extérieur sont indispensables pour lutter contre les effets néfastes de l'emprisonnement. Ce sont « *des vecteurs essentiels pour préparer sa sortie et trouver un soutien le jour de sa libération* »¹²¹⁵ et ils « *comptent parmi les éléments les plus significativement associés au processus de désistance de la délinquance* »¹²¹⁶. C'est donc aussi en raison de cette finalité particulière que les droits à la vie privée et familiale et aux relations avec l'extérieur

¹²¹³ CGLPL, Avis du 22 septembre 2016 *relatif au travail et à la formation professionnelle dans les établissements pénitentiaires*, JORF du 9 février 2017.

¹²¹⁴ Rapport sur le respect effectif des droits de l'homme en France suite à sa visite du 5 au 26 septembre 2005, Strasbourg, 15 février 2006.

¹²¹⁵ OIP, *Le guide du prisonnier*, op. cit., p. 217.

¹²¹⁶ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 379.

sont protégés lors de la détention. Ces droits s'exercent toutefois dans un cadre particulier puisque « *le droit de mener une vie familiale normale implique nécessairement un rapport à l'autre que l'enfermement empêche* »¹²¹⁷, tout comme pour le maintien des relations amicales ou professionnelles. Garantis à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹²¹⁸ comme à la Section IV de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 intitulée "De la vie privée et familiale et des relations avec l'extérieur" ou à l'article D.402 du code de procédure pénale, ces droits restent donc limités, justement par la finalité de réinsertion. Ainsi, outre le fait classique qu'elles ne doivent pas porter atteinte au bon ordre ou à la sécurité de l'établissement, les relations avec l'extérieur ne sont autorisées que si elles ne font pas obstacle à la réinsertion du condamné¹²¹⁹. C'est donc dans ce cadre uniquement que peuvent se développer les possibilités de correspondances avec les personnes extérieures à l'établissement (A) comme les possibilités de visite (B).

¹²¹⁷ C. SIFFREIN-BLANC, N. CATELAN, « Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, op. cit., p. 197.

¹²¹⁸ La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs déduit de ce droit de nombreux droits dérivés tels que le droit de se marier en prison (CEDH, 5 janvier 2010, req. n°22933/02, *Frasik c. Pologne*), le droit d'assister aux funérailles de l'un de ses parents (CEDH, 12 novembre 2002, req. n°26761/95, *Ploski c. Pologne* ; CEDH, 12 janvier 2012, req. n°76556/01-38779/04, *Feldman c. Ukraine n°2*), le droit de correspondre des détenus (CEDH, 3 juin 2003, req. n°38565/97, *Cotlet c. Roumanie* ; CEDH, 23 septembre 1998, req. n°115/1997/899/1111, *Petra c. Roumanie*) ou encore l'accès des détenus à l'insémination artificielle (CEDH, 4 décembre 2007, req. n°44362/04, *Dikson c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions 2007-V*).

¹²¹⁹ L'article 8 de la Conv. EDH admet que « *la prévention des infractions pénales* » puisse être une limite au droit au respect de la vie privée et familiale, tout comme la loi pénitentiaire de 2009.

A) Les possibilités de correspondance avec les personnes extérieures à l'établissement

335- La correspondance est le premier outil de communication des détenus avec l'extérieur, qu'il s'agisse de communication avec ses proches, avec son avocat, avec l'administration ou encore avec le juge. À ce titre, les possibilités de correspondance épistolaire sont importantes (1). Il n'en est cependant pas de même concernant les possibilités de correspondance dématérialisée – téléphone, internet –, qui font l'objet d'un encadrement drastique de la part de l'administration pénitentiaire malgré des évolutions récentes vers un système plus permissif. Encadrement expliqué par les exigences de sécurité, mais surtout dommageable pour la préparation au retour dans la société du détenu (2).

1. Un droit à la correspondance épistolaire protégé

336- Le principe de la liberté de correspondance. L'article 40 alinéa 1^{er} de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 prévoit que « *les personnes condamnées [...] peuvent correspondre par écrit avec toute personne de leur choix* ». Un principe confirmé par la circulaire d'application en date du 9 juin 2011¹²²⁰ selon laquelle les détenus peuvent écrire aux personnes de leur choix comme recevoir des courriers de ces personnes, sans limites quant au nombre de lettres ou au nombre de pages adressées, mais surtout sans limite quant au statut du détenu. Ainsi, même placé en cellule disciplinaire¹²²¹, en confinement¹²²² ou en isolement administratif¹²²³, le détenu peut continuer d'user de son droit à la correspondance. La plus

¹²²⁰ Circulaire AP du 9 juin 2011 *d'application des articles 4, 39 et 40 de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire relatifs à la correspondance téléphonique et à la correspondance écrite des personnes détenues*, NOR : JUSK1140028C

¹²²¹ V. R. 57-7-45 al. 2 du CPP

¹²²² V. R. 57-7-40 du CPP

¹²²³ V. R.57-7-62 al. 3 du CPP

grande difficulté dans l'exercice de ce droit réside alors dans le fait de disposer de suffisamment de matériel pour correspondre : papier, enveloppes, stylos et timbres. Mais là encore des progrès ont été réalisés pour rendre ce droit le plus effectif possible. Ainsi, à leur arrivée, les condamnés reçoivent un "kit correspondance" comprenant du papier à lettre, des enveloppes, un stylo et des timbres ; par la suite, ils peuvent cantiner ce matériel ou pour les plus indigents demander le renouvellement du kit évoqué. Surtout, depuis 2012¹²²⁴, les proches des détenus sont autorisés à leur envoyer ou remettre lors des visites papier, enveloppes et timbres sans limites maximum. Par ailleurs, l'administration pénitentiaire a des obligations de diligence à l'égard du courrier, elle se doit d'acheminer le courrier « *dans un délai raisonnable* », sous peine de sanction par le juge¹²²⁵. Toutefois, si la liberté de la correspondance est posée en principe, la force de celui-ci varie selon le type de correspondance concerné, ce principe étant parfois limité par des exigences de sécurité, comme renforcé par des exigences liées au secret professionnel ou aux droits de la défense.

337- Un principe limité par des exigences de sécurité. Si la liberté est de principe, l'alinéa 2 de l'article 40 de la loi pénitentiaire précise que « *le courrier adressé ou reçu par les personnes détenues peut être contrôlé et retenu par l'administration pénitentiaire lorsque cette correspondance paraît compromettre gravement leur réinsertion ou le maintien du bon ordre et la sécurité* ». Pour mettre en œuvre cette règle, la circulaire du 9 juin 2011 a en premier lieu procédé à une définition du "courrier" pouvant être envoyé ou reçu par le détenu. Il s'agit de « *tout écrit – qu'il soit manuscrit, photocopié ou imprimé par tout moyen – image, dessin ou photographie, notamment à caractère familial, supportés sur du papier et dont l'intention manifeste de l'expéditeur est que ces contenus soient réservés spécifiquement et exclusivement à un destinataire nommé désigné* ».

¹²²⁴ Circulaire du 20 février 2012 *relative au maintien des liens extérieurs des personnes détenues par les visites et l'envoi ou la réception d'objets*, NOR : JUSK1140029C.

¹²²⁵ V. en ce sens pour le juge européen : CEDH 7 octobre 2004, req. n°60776/00, *Polechtchouk c. Russie* ; CEDH, 3 juin 2003, req. n°38565/97, *Cotlet c. Roumanie* ; pour le juge national : TA Versailles ord. réf., 10 septembre 2004, req. n°044380, *Ali D.*

Sont ainsi exclus du principe de libre correspondance les publications écrites, les colis ainsi que l'argent¹²²⁶, plus difficilement contrôlables. Ensuite, elle rappelle que les correspondances doivent être « *écrites en clair et ne comporter aucun signe ou caractère conventionnel compréhensibles des seuls correspondants* », de sorte à pouvoir être lues et contrôlées par l'administration. Les lettres en langues étrangères restent toutefois permises, mais elles sont susceptibles d'être traduites pour pouvoir faire l'objet d'un contrôle. Enfin, les correspondances doivent être remises ouvertes dans la boîte prévue à cet effet, et il est parfois exigé que le détenu inscrive au dos de l'enveloppe ses nom, prénom et numéro d'écrou afin qu'il soit identifiable. Ces modalités facilitent le contrôle du courrier par l'administration pénitentiaire, autorisée à lire l'ensemble des correspondances reçues ou envoyés par les détenus, à l'exception de certains courriers protégés. Si elle peut contrôler toutes les correspondances, elle n'y est toutefois pas obligée, les contrôles étant « *à apprécier en fonction des circonstances, de la personnalité de la personne détenue concernée, dont la conduite en détention et les antécédents peuvent faire davantage craindre la communication par ce canal d'éléments susceptibles de compromettre la sécurité de l'établissement, ou de permettre la commission d'une infraction* ». Et, en cas de contrôle, seuls les courriers paraissant compromettre gravement la réinsertion du détenu ou le maintien du bon ordre et de la sécurité pourront être retenus sur décision du chef de l'établissement. Celui-ci devra en informer la personne détenue dans un délai de trois jours¹²²⁷ ; elle pourra alors semble-t-il contester cette décision devant le juge administratif¹²²⁸. Ce régime de contrôle paraît établir un juste

¹²²⁶ L'article D. 318 du CPP prohibe la circulation d'argent en détention, sous quelque forme que ce soit.

¹²²⁷ Aucune obligation de ce type n'est établie à l'égard du destinataire ou de l'expéditeur extérieur.

¹²²⁸ Le juge a accepté de contrôler la décision de rétention, y compris en référé. (V. TA Caen 19 janvier 2010, req. n°0900665) estimant qu'il ne s'agissait pas d'une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours, mais d'une mesure faisant grief (V. TA Limoges 16 mai 1991, *Rannaud* ; TA Nantes, 10 mai 2005, req. n°032963). Si cette qualification ne fait pas l'unanimité (V. en ce sens : CAA Nancy, 24 mars 2005, req. n°00NC01402), elle

équilibre entre le droit garanti et les contraintes inhérentes au service public pénitentiaire. Cet équilibre bascule néanmoins lorsqu'il est question de courriers adressés aux médias puisqu'un principe d'autorisation préalable par le directeur interrégional des services pénitentiaires pour toute publication de leurs écrits s'impose aux détenus¹²²⁹, illustrant la peur de voir dénoncées les conditions carcérales. Il est toutefois rétabli par la protection particulière accordée à certaines correspondances.

338- La protection renforcée de certaines correspondances.

Effectivement, « *ne peuvent être ni contrôlées, ni retenues les correspondances échangées entre les personnes détenues et leur défenseur, les autorités administratives et judiciaires françaises et internationales, dont la liste est fixée par décret, et les aumôniers agréés auprès de l'établissement* »¹²³⁰. Le but de cette protection est de garantir le secret professionnel – des avocats et des aumôniers par exemple – mais aussi la possibilité pour le détenu d'utiliser les voies de recours à sa disposition notamment pour contester les décisions de l'administration pénitentiaire à son encontre. Elle se traduit par la mise en place d'un régime de correspondance sous pli fermé, et la condamnation de l'État en cas d'ouverture des courriers concernés non justifiée par des arguments solides¹²³¹. Ce régime protecteur ne doit cependant pas être détourné sous peine de sanction pénale ; le fait de « *communiquer par tout moyen avec une*

semble être confirmée par la circulaire de 2011 puisqu'elle précisé que la décision de rétention doit être motivée en fait et en droit.

¹²²⁹ V. en ce sens : D. 444-1 CPP ; Note n°1259 du 19 décembre 2008 *relative à la possibilité pour un détenu d'alimenter un blog par l'intermédiaire d'un tiers* ; CAA Lyon, 30 juin 2005, req. n°00LY01591, *Ministre de la Justice c. H.*

¹²³⁰ Alinéa 3 de l'article 40 de la loi pénitentiaire.

¹²³¹ V. en ce sens, concernant l'ouverture répétée de courriers entre un détenu et son avocat : TA Versailles, 10 octobre 1997, req. n°95528, *Mouesca*; TA Melun, 3 décembre 1997, req. n°9513708, *Mouesca*.

personne détenue en dehors des cas autorisés par le règlement » étant constitutif d'une infraction pénale¹²³².

339- Malgré les limites existant, le droit à la correspondance épistolaire s'impose comme un garant efficace du droit des détenus à maintenir les liens avec l'extérieur. Il n'est malheureusement pas possible d'en dire autant du droit la correspondance dématérialisée, puisque soumis aux mêmes exigences de contrôle¹²³³, il est en outre beaucoup plus limité.

2. *Un droit à la correspondance dématérialisée insuffisant*

340- Alors que « *les nouveaux moyens technologiques sont des outils formidables qui permettent de lier des relations certes virtuelles, mais avec le son et l'image en plus* » et qu'ils pourraient « *faire progresser l'effectivité du droit à une vie familiale* »¹²³⁴, leur utilisation par les personnes détenues est particulièrement limitée voire interdite. En effet, bien qu'étendues par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, les correspondances téléphoniques restent restrictives. Quant aux communications par internet, elles sont simplement interdites.

341- Les limites aux correspondances téléphoniques. Dans sa formulation, déjà, l'article 39 de la loi pénitentiaire encadre strictement les possibilités de correspondance téléphonique. Alors que la correspondance épistolaire est possible avec toute personne, la correspondance téléphonique n'est possible qu'avec les membres de la famille du détenu ou avec des

¹²³² V. Article 434-35 du CP ; Crim., 21 novembre 1979, 12 mai 1992. Concernant les cas où l'avocat a transmis des courriers reçus de la part du détenu à leurs destinataires réels.

¹²³³ L'article 39 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 consacré à la correspondance téléphonique rappelle ainsi que « *le contrôle des communications téléphoniques est effectué* » et que « *l'accès au téléphone peut être refusé, suspendu ou retiré, pour des motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions* ».

¹²³⁴ C. SIFFREIN-BLANC, N. CATELAN, « Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, op. cit., pp. 197-198.

personnes lui permettant de préparer sa réinsertion. Si les membres de la famille doivent être entendus au sens large comprenant par exemple le concubin, et que la possibilité de leur téléphoner est de droit, les autres appels sont en outre soumis à autorisation – hors cas particuliers de l’avocat, du Contrôleur général des lieux de privation de liberté et des numéros du dispositif social¹²³⁵. Puis, bien évidemment, des contrôles existent¹²³⁶ et des restrictions restent possibles en cas d’atteinte à l’ordre et à la sécurité ou pour prévenir la commission d’infractions¹²³⁷. De plus, si le détenu peut passer des appels, il n’est pas autorisé à en recevoir.

342- Au-delà de ces limites théoriques, de nombreuses contraintes pratiques s’ajoutent, empêchant de rendre effectif le droit de téléphoner. Bien que la fréquence des appels soit en principe illimitée¹²³⁸, l’enregistrement préalable d’une liste de correspondant, la disposition des “points-phones”, les horaires d’accès à ceux-ci ou encore le coût des appels réduisent de beaucoup cette possibilité. En effet, les détenus ne peuvent enregistrer qu’un nombre limité de correspondants¹²³⁹, un enregistrement qui s’effectue sous justificatif parfois difficile à produire. Est exigée la production d’une facture téléphonique des personnes enregistrés, or, comme le souligne le Contrôleur général, « *cette production n’a pas de sens pour des personnes morales (Pôle emploi...)* » et « *il existe des pays dans lesquels la facturation sur*

¹²³⁵ La faculté d’alerter son avocat ou les organes de contrôle des problèmes survenus en détention ne peuvent être conditionnés par la capacité financière du détenu lui permettant ou non de passer un appel.

¹²³⁶ Ils sont toutefois à la charge de l’État et ne peuvent être imputés aux tarifs appliqués sur les communications passées depuis la prison. V. CE, 14 novembre 2018, req. n°418788 ; J.-M. PASTOR, *AJDA*, 2018, p. 2270 ; *AJDA*, 2019, p. 475.

¹²³⁷ V. R. 57-8-23 du CPP.

¹²³⁸ Circulaire JUSK094007C du 13 juillet 2009 *relative à l’usage du téléphone par les personnes détenues condamnées*. Toutefois, bien qu’autorisé également lors d’un placement en cellule disciplinaire depuis 2010, il est dans ce particulier, restreint à un appel par semaine. V. Décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 *portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d’État)*, *JORF* du 28 décembre 2010, p. 22783.

¹²³⁹ 20 en maison d’arrêt, 40 en établissements pour peines.

papier n'existe pas »¹²⁴⁰, ce qui rend parfois difficile des échanges avec la famille, mais aussi avec des institutions utiles à la réinsertion du détenu. D'autant que certains numéros présentant un préfixe de type "0800" ou nécessitant des choix complémentaires, ne sont pas pris en compte, alors qu'il peut s'agir de numéros utiles pour la réinsertion et la préparation de la sortie¹²⁴¹. Au surplus, la modification de cette liste peut parfois prendre du temps, rendant difficile le contact avec certains membres de la famille alors qu'ils connaissent des problèmes de santé et qu'ils sont, par exemple, hospitalisés. Puis, une fois les personnes enregistrées sur cette liste, il reste encore difficile de les joindre. Les "points-phones" sont trop souvent installés dans les cours de promenade ou sur les coursives, empêchant toute confidentialité quant aux échanges, mais surtout rendant l'accès difficile aux détenus les plus faibles ne réussissant pas à s'imposer pour accéder aux téléphones. Ceux-ci ne sont au demeurant accessibles qu'en journée, c'est-à-dire au moment où nombre de personnes ne sont pas à leur domicile et restent donc injoignables. Il serait donc souhaitable que les horaires d'appels soient accrus pour des appels possibles au moins en début de soirée¹²⁴². Enfin, passer un coup de téléphone a un coût et suppose, une fois de plus, que le détenu dispose de ressources pour pouvoir cantiner des crédits téléphoniques. Seul un euro de communication est offert aux arrivants, même si cet euro est renouvelable pour les indigents.

343- Ces contraintes pratiques sont tellement conséquentes qu'elles poussent les détenus à la fraude. En effet, comme l'explique Jean-Marie DELARUE, « *plus l'accès au téléphone autorisé est, dans les faits restrictifs, plus la tentation est grande pour les détenus d'avoir recours aux téléphones cellulaires, dont personne n'ignore la réalité en détention, bien qu'ils soient prohibés* ». Selon lui, une réflexion devrait d'ailleurs s'effectuer sur l'utilisation de tels appareils pour concilier leur utilisation avec les exigences des règles de sécurité, leur existence en détention ne pouvant plus

¹²⁴⁰ CGLPL, Avis du 10 janvier 2011 *relatif à l'usage du téléphone par les personnes privées de liberté*, JORF du 23 janvier 2011.

¹²⁴¹ *Ibidem*.

¹²⁴² *Ibidem*.

être niée, et les dispositifs de brouillage étant bien souvent inefficaces¹²⁴³
¹²⁴⁴. Une réflexion qui semble également s'imposer quant aux correspondances électroniques, là encore prohibées, mais pourtant fréquentes en détention.

344- L'interdiction des correspondances électroniques. Non prévues par la loi pénitentiaire ou tout autre texte, les correspondances électroniques sont donc interdites. Si cette interdiction est conventionnelle¹²⁴⁵, elle montre toutefois un retard de la France vis-à-vis de nombreux États et un refus d'ouvrir les yeux sur la réalité carcérale. Puisque de nombreux détenus possèdent des téléphones portables, et que ceux-ci sont pour la plupart connectés, ils ont alors, de fait, accès à la correspondance électronique. Tout comme pour les téléphones portables, le législateur aurait donc tout intérêt à autoriser le recours à Internet pour pouvoir le canaliser¹²⁴⁶. Au-delà de cet intérêt dans la gestion carcérale, autoriser de manière officielle et encadrée le recours aux correspondances électroniques pourrait être bénéfique dans la réinsertion des détenus. Ces correspondances pourraient permettre une meilleure garantie du maintien des liens familiaux via des communications orales, mais aussi visuelles, mais également permettre aux détenus d'accéder à de nombreux services en ligne, notamment administratifs, alors que justement, ils ne peuvent se déplacer¹²⁴⁷. Une réflexion et une évolution

¹²⁴³ *Ibidem*.

¹²⁴⁴ Fin 2017, le Ministère de la Justice a toutefois annoncé la mise en place de téléphones fixes dans les cellules pour 2020 et lancé un appel d'offres à cette fin.

¹²⁴⁵ CEDH, 19 janvier 2016, req. n° 17429/10, *Kalda c. Estonie*. Selon cet arrêt, les États ne sont pas dans l'obligation de fournir aux prisonniers un accès au réseau internet. Toutefois, s'ils le font, ils ne peuvent pas, sauf à s'en expliquer, restreindre cet accès à l'envi.

¹²⁴⁶ L. SAENKO, « Internet en prison : approche conventionnelle », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 266.

¹²⁴⁷ Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé que « eu égard au développement généralisé des services en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions », le droit à la libre communication des pensées et des opinions « implique la liberté d'accéder à ces services ». V. CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *JORF* du 13 juin 2009, p. 9675 ; L. MARINO, « Le droit d'accès

sur la question s'imposent donc également. Celles-ci ne doivent toutefois par conduire le législateur à mettre de côté le droit aux visites des détenus, les contacts physiques étant plus essentiels encore pour le maintien des liens familiaux comme pour la réinsertion¹²⁴⁸.

B) Les possibilités de rencontres avec les personnes extérieures à l'établissement

345- L'article 35 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 dispose que « *le droit des personnes détenues au maintien des relations avec les membres de leur famille s'exerce soit par les visites que ceux-ci leur rendent, soit, pour les condamnés et si leur situation pénale l'autorise, par les permissions de sortir des établissements pénitentiaires* ». Par l'existence de rencontres permettant un contact physique avec des personnes extérieures à l'établissement pénitentiaire, il s'agit certes, de maintenir les liens familiaux, mais aussi de maintenir le détenu dans son statut d'être social en lui permettant d'être toujours en relation avec l'altérité. Ces rencontres ont donc un rôle majeur à jouer dans le cadre de la réinsertion. Elles restent pourtant relativement encadrées comme le prouvent les conditions d'octroi des permissions de sortir (1) et le régime des visites au détenu (2), bien que sur ce point de nombreuses avancées sont observables ces dernières années.

à internet, nouveau droit fondamental », *D.*, 2009, p. 2045 ; M. VERPEAUX, « La liberté de communication avant tout. La censure de la loi HADOPI 1 par le Conseil constitutionnel », *JCP G.*, 2009, p. 46 ; T. REVET, « La consécration de la liberté d'accéder aux services de communication au public en ligne, protection *comme res* de la position contractuelle permettant l'accès au réseau internet ? », *RTD Civ.*, 2009, p. 756 ; J.-C. BILLIER, « La démocratie en haut débit ? », *Les cahiers de la justice*, mai 2010, p. 119.

¹²⁴⁸ Certains auteurs ont pu d'ailleurs écrire que « *l'élargissement des communications virtuelles ne devrait constituer que le balbutiement du renfort effectif des droits à la vie privée et familiale, c'est en effet dans la valorisation des contacts physiques que les efforts doivent aussi se porter* ». Nous ne pouvons qu'adhérer à cette idée. V. C. SIFFREIN-BLANC, N. CATELAN, « Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, *op. cit.*, p. 198.

1. L'encadrement restrictif des permissions de sortir

346- En application de l'article 723-3 du code de procédure pénale, « *la permission de sortir autorise un condamné à s'absenter d'un établissement pénitentiaire pendant une période de temps déterminée qui s'impute sur la durée de la peine en cours d'exécution* ». Elle a pour objectif, au-delà du fait pratique « *de lui permettre d'accomplir une obligation exigeant sa présence* »¹²⁴⁹ *de lui permettre « de préparer [sa] réinsertion professionnelle ou sociale » ou « de maintenir ses liens familiaux »*. En effet, n'interrompant pas la peine, elle est une modalité de son exécution particulière donnant au détenu la possibilité « *de retrouver peu à peu son cadre familial, hors des contraintes* » de l'établissement pénitentiaire, et de « *développer son projet de réinsertion, voire d'effectuer un court séjour d'adaptation dans le futur lieu d'accueil, avant d'y résider plus longtemps* »¹²⁵⁰. Par la liberté qu'elle accorde au détenu durant un laps de temps déterminé, elle est l'un des outils privilégiés de la préparation à la liberté, un test avant une sortie définitive de l'établissement pénitentiaire. Mais en raison de cette liberté accordée, qui est aussi un risque pour la sécurité qu'il s'agisse de la commission d'une infraction ou de la réalisation d'une évasion¹²⁵¹, la permission de sortir prononcée par le juge d'application des peines après avis de la commission d'application des peines est particulièrement conditionnée.

347- Tout d'abord, elle dépend du statut du condamné, même si depuis la loi du 15 août 2014 il n'est plus tenu compte de l'état de récidive légale. Ainsi les personnes incarcérées dans une maison d'arrêt, une maison centrale ou un centre de semi-liberté, ne pourront bénéficier d'une permission de sortir

¹²⁴⁹ V. plus particulièrement Article D. 145 du CPP

¹²⁵⁰ OIP, *Le guide du prisonnier, op. cit.*, p. 638.

¹²⁵¹ Un risque pesant sur l'administration. V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2 – A – 1. L'administration pénitentiaire responsable de la surveillance des détenus (157)

« d'une durée maximale de trois jours », que si elles exécutent « une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale n'excédant pas un an », qu'elles ont « exécuté la moitié de la peine et qu'elles n'ont plus à subir qu'un temps de détention inférieur à trois ans » ou que le tribunal de l'application des peines a accepté d'étudier la demande de libération conditionnelle et a décidée de subordonner l'octroi de celle-ci « à la condition d'avoir bénéficié d'une ou plusieurs permissions de sortir »¹²⁵². Les personnes incarcérées dans un centre de détention ou en centre pour peine aménagée bénéficieront d'un régime plus souple, la permission de sortie étant possible dès l'exécution d'un tiers de la peine et pouvant « être portée à cinq jours et, une fois par an, à dix jours » pour les premiers¹²⁵³ et étant possible « sans condition de délai » et pour une durée qui « peut être portée à cinq jours » pour les seconds¹²⁵⁴. Le bénéfice de la permission de sortir est toutefois impossible pour les personnes exécutant une période de sûreté¹²⁵⁵.

348- Ensuite, elle dépend encore des moyens financiers du détenu puisqu'il devra « supporter les frais occasionnés par son séjour hors de l'établissement et notamment le coût des moyens de transport qu'il serait éventuellement obligé d'utiliser » et qu'aucune autorisation de sortir ne peut être accordée si une somme suffisante ne figure pas à la part disponible du condamné ou si l'intéressé ne justifie pas de possibilités licites d'hébergement et de transport »¹²⁵⁶. Sa demande sera donc subordonnée à des facteurs discriminatoires tels que le fait d'avoir obtenu ou non un travail en détention, les ressources de la famille, ou encore la distance entre l'établissement pénitentiaire et le logement de la famille. Précisons d'ailleurs que le détenu ne bénéficie pas d'un « droit au rapprochement

¹²⁵² Article D. 143 du CPP

¹²⁵³ Article D. 143-1 du CPP

¹²⁵⁴ Article D. 143-2 du CPP

¹²⁵⁵ Article D. 142-1 du CPP.

¹²⁵⁶ Article D. 147 du CPP.

familial »¹²⁵⁷, bien que le lieu d'affectation tienne compte du maintien des liens familiaux, ce critère n'intervient qu'après celui de la dangerosité. Néanmoins, en cas d'élément nouveau, le détenu pourra demander un changement d'affectation en faisant référence à un rapprochement familial¹²⁵⁸. Une faculté essentielle puisque les difficultés liées à la distance se retrouvent également lors de l'exercice du droit de visite de la personne détenue, un exercice d'autant plus essentiel au maintien des liens familiaux que les critères des permissions de sortir sont particulièrement restrictifs.

2. *L'élargissement progressif des droits de visite*

349- La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a non seulement rappelé en son article 35 que les détenus pouvaient être visités, elle a aussi consacré en son article 36 l'existence des unités de vie familiale et des parloirs familiaux, deux dispositifs permettant des visites plus longues et dans un cadre plus propice aux rapprochements. Si l'accès aux parloirs traditionnels comme à ces nouveaux dispositifs demeure conditionné, le cadre juridique actuel témoigne d'un élargissement des droits visites en allant progressivement vers la reconnaissance d'un véritable droit à l'intimité. Celui-ci se révèle important si ce n'est essentiel pour une resocialisation efficace, puisque comme le rappelle Martine HERZOG-EVANS, « *la littérature scientifique a démontré que l'existence et le nombre de visites qu'un détenu recevait avait un impact significatif sur la récidive : plus il recevait de visites moins ce risque était présent* »¹²⁵⁹.

350- Les conditions d'accès aux parloirs traditionnels. Selon l'article 35 de la loi pénitentiaire, les condamnés « *peuvent être visités par les membres*

¹²⁵⁷ V. en ce sens C. SIFFREIN-BLANC, N. CATELAN, « Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, op. cit., p. 192.

¹²⁵⁸ Article 717-1 du CPP ; Article D. 82 du CPP ; Circulaire DAP du 21 février 2012 *sur l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues*.

¹²⁵⁹ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 442.

de leur famille ou d'autres personnes » « au moins une fois par semaine ». L'obtention d'un permis de visite est donc de droit pour les membres de la famille¹²⁶⁰. Il s'inscrit néanmoins, dans les limites classiques de l'exercice des droits des détenus, à savoir « le maintien du bon ordre et de la sécurité » et « la prévention des infractions »¹²⁶¹, et le non-respect de ces limites peut justifier le refus, la suspension ou le retrait d'un permis de visite¹²⁶²¹²⁶³. Quant à l'obtention d'un permis de visite pour les tiers, elle se révèle conditionnée uniquement par des limites identiques, même si elle nécessite un accord du chef de l'établissement. La formation retenue par la loi pénitentiaire est ainsi plus souple que celle de l'ancien article D. 404 du code de procédure pénale qui soumettait l'octroi du permis de visite à l'existence d'un intérêt démontré pour la réinsertion du condamné. En outre, le chef d'établissement est obligé de motiver tout refus de permis de visite, un rappel effectué par loi¹²⁶⁴ comme par le juge administratif qui accepte d'en contrôler la légalité¹²⁶⁵.

351- Toutefois, l'obtention d'un permis de visite n'est que la première étape avant la rencontre entre la personne détenue et la personne libre. De

¹²⁶⁰ La personne détenue conservant, sauf décision contraire, l'exercice de son autorité parentale, la possibilité d'obtenir des visites de ses enfants même en cas de séparation et de refus de l'autre parent pourrait semble-t-il être mise en place par le juge aux affaires familiales. V. en ce sens, M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire, op. cit.*, p. 445.

¹²⁶¹ Article 35 alinéa 2

¹²⁶² Article 5. 57-8-10 du CPP.

¹²⁶³ Ces restrictions, justifiées, semblent conformes à la jurisprudence de la CEDH.

-La restriction automatique de la fréquence des visites de tous les détenus à perpétuité est contraire à l'article 8 de la CEDH : CEDH, 23 février 2012, *Trosti c. Ukraine*.

-Une interdiction absolue de visite ne peut « en tout état de cause » être justifiée que « par des circonstances exceptionnelles » : CEDH 28 novembre 2002, req. n°58442/00, *Lavents c. Lettonie*.

-Limites sont possibles au nom de la défense de l'ordre et de la sûreté publics et la prévention des infractions pénales CEDH 18 mars 2014, req. n°46221/99, *Öcalan c. Turquie*.

¹²⁶⁴ Article 35 dernier alinéa.

¹²⁶⁵ CE, 26 novembre 2010, req. n°329564, *JCP A.*, 2010, p. 915.

nombreuses contraintes pratiques viennent se greffer à ce dispositif. Le visiteur doit réserver son parler, ce qui engendre quelques difficultés puisque cela nécessite de l'anticipation, mais aussi de réussir à joindre un standard souvent saturé. Il doit se déplacer jusqu'à l'établissement pénitentiaire, parfois éloigné de son domicile, ce qui peut engendre un coût non négligeable. Puis, il doit se soumettre à un contrôle avant d'accéder au parler¹²⁶⁶, ce contrôle consistant toutefois, le plus souvent, en un simple passage sous un portillon de détection de métaux, les contrôles plus approfondis étant assimilés à des perquisitions ne pouvant être réalisés que par des officiers de police judiciaire selon les règles de droit commun¹²⁶⁷. De même, le détenu fera l'objet d'une fouille avant et après le parler, cette fouille étant plus poussée, mais devant rester proportionnée et conforme aux exigences du respect de la dignité du détenu¹²⁶⁸. Enfin, la visite est l'objet d'une surveillance permanente et d'un contrôle par les agents pénitentiaires ; pour ce faire il est obligatoire de s'exprimer en français ou dans une langue que le surveillant doit comprendre, sauf permission spécifique inscrite sur le permis de visite¹²⁶⁹.

352- Déjà que le nombre de visites varie selon les établissements, celui-ci va varier également en fonction du taux d'occupation de l'établissement et de sa proximité avec le domicile de la famille du détenu. Une fois encore certains détenus vont être défavorisés, il s'agit de ceux placés dans un établissement pénitentiaire très éloignés de leur famille et ceux dont la famille ne dispose pas de ressources suffisantes pour pouvoir leur rendre visite, tout du moins régulièrement. Un problème accentué encore avec l'éloignement du centre-ville - et donc des moyens de transports collectifs - des nouveaux établissements pénitentiaires. Il serait donc opportun de « réfléchir à la manière de prendre en compte les surcoûts liés à la distance qui pèsent sur les familles », et pourquoi pas d'envisager les visites comme

¹²⁶⁶ Article D. 406 du CPP.

¹²⁶⁷ Cass. Crim. 22 janvier 1953 ; Cass. Crim. 22 juillet 1882.

¹²⁶⁸ V. R. 57-7-79 et s. du CPP

¹²⁶⁹ R. 57-8-15 alinéa 2 du CPP.

« une obligation positive implicite du droit au respect effectif de la vie familiale »¹²⁷⁰. Une telle évolution reste à construire, mais un pas vers le respect effectif de la vie familiale a déjà été franchi ces dernières années avec la construction des unités de vie familiale et des parloirs familiaux.

353- La construction des unités de vie familiale et des parloirs familiaux. Les parloirs classiques, en raison de leur format – ce sont souvent des box avec des cloisons à mi-hauteur – et de la surveillance réalisée par les agents pénitentiaires, ne permettent pas d'assurer le droit à l'intimité du détenu. Il ne peut pas interagir de manière normale avec ses proches, et encore moins avoir de relations sexuelles puisque, pour s'exprimer, la liberté sexuelle suppose d'être exercée dans le cadre de l'intimité et donc d'être protégée du regard des autres¹²⁷¹. D'ailleurs, c'est l'absence de liberté sexuelle qui a poussé l'État français à avoir une réflexion sur la création de nouveaux dispositifs de rencontre. En effet, lorsque le seul moment de rencontre est celui du parloir, le risque est de voir la sexualité s'exprimer hors de l'intimité et qu'elle devienne « *spectacle malgré elle* »¹²⁷². Celle-ci est d'ailleurs interdite durant les parloirs pour cette raison. Tout acte sexuel commis sous les yeux d'autrui peut faire l'objet de poursuites judiciaires au titre de l'infraction d'« *exhibition sexuelle* », ¹²⁷³mais aussi au sein des établissements pénitentiaires au titre

¹²⁷⁰ C. SIFFREIN-BLANC, N. CATELAN, « Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, op. cit., p. 199. Un tel système existe d'ailleurs déjà en Grande-Bretagne et se développe en Espagne.

¹²⁷¹ Comme le rappelle Diane ROMAN, « *si chacun a droit à l'intimité de sa vie sexuelle, il a également le devoir de pratiquer sa vie sexuelle dans l'intimité. Pas plus qu'il ne saurait s'imposer à l'intégrité physique d'autrui, un acte sexuel ne saurait l'être à sa conscience et à sa vue* ». V. D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508.

¹²⁷² A. GAILLARD, *Sexualité et prison, désert affectif et désirs sous contrainte*, Max Milo, Paris, 2009, p. 224.

¹²⁷³ Un tel acte peut faire l'objet de poursuites judiciaires au titre de l'infraction d'« *exhibition sexuelle* » de l'article 222-32 du Code pénal, punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende

des sanctions disciplinaires de deuxième degré puisque l'article R. 57-7-2-4° du code de procédure pénale prévoit que « *constitue une faute disciplinaire du deuxième degré le fait, pour toute personne détenue, [...] d'imposer à la vue d'autrui des actes obscènes ou susceptibles d'offenser la pudeur* »¹²⁷⁴.

354- S'il a fallu du temps et une impulsion européenne conséquente¹²⁷⁵, la France a finalement mis en place en 2003 à titre expérimental au centre pénitentiaire de Rennes, la première unité de vie familiale (UVF). Cette expérience étant un succès, les unités de vie familiale vont se développer, au point qu'il en existe aujourd'hui une cinquantaine réparties dans une vingtaine d'établissements pour peine. Elles correspondent à des petits appartements de type 3 pièces et permettent aux personnes condamnées de

¹²⁷⁴ Cette sanction est d'ailleurs particulièrement lourde puisqu'elle peut entraîner notamment une suppression de l'accès au parloir sans dispositif de séparation pour une période maximum de quatre mois, le retrait des permis de parloirs et permis de visite et jusqu'à quinze jours de mise en cellule disciplinaire, c'est-à-dire en cellule isolée avec suspension de l'accès aux activités, ainsi que le risque de diminution du crédit de réduction de peine pour mauvaise conduite en détention. V. Articles R. 57-7-34 et s. et R. 5768612 et s., Article 721 alinéa 3 du CPP.

¹²⁷⁵ V. en ce sens : Com. EDH, 12 mars 1990, req. n°13756/88, *Ouinas c. France* ; Conseil de l'Europe, *Rapport au gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France du 27 octobre ou 8 novembre 1991*, Strasbourg/Paris, 19 janvier 1993, p. 52, §. 134 ; Recommandation du comité des ministres relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, 8 avril 1998, point 68 ; Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes, 11 janvier 2006 ; Parlement européen, commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures, Recommandation du parlement européen à l'intention du conseil sur les droits des détenus dans l'UE (2003/2188(inil)), rapport du 24 février 2004.

Sur un historique du cas français : C. LANCEVELEE, *L'intimité sexuelle en prison*, Master recherche de Science-P6, 2006-2007, sous la Direction de M. le Professeur M. BOZON, pp. 13-22 ; L. MEROTTE, *La sexualité en prison : le désir menotté*, Thèse, Université du droit et de la santé, Lille 2, 9 juillet 2010, p. 42 et s. ; N. CALIFANO, *Sexualité incarcérée – Rapport à soi et rapport à l'autre dans l'enfermement*, L'Harmattan, Sexualité humaine, Paris, 2012, p. 22 et s.

recevoir leur famille, au moins une fois par trimestre¹²⁷⁶, pour une période allant de six à soixante-douze heures. Cette visite reste toutefois conditionnée. Le visiteur doit être déjà titulaire d'un permis de visite et avoir réalisé des visites classiques antérieurement à toute demande de rencontre en UVF. De plus, l'obtention d'une telle rencontre nécessite un entretien du détenu comme de la famille avec l'un des travailleurs sociaux du service pénitentiaire d'insertion et de probation, mais surtout l'autorisation du chef d'établissement. Cette autorisation sera prise en tenant compte du dossier du détenu, de la demande des intéressées, mais aussi des possibilités d'accueil de l'établissement pénitentiaire. Elle ne sera valable que pour la visite concernée, contrairement à un permis de visite classique qui peut être permanent. Puis, bien évidemment, durant la visite en UVF, les normes de contrôle et de surveillance classiques continuent de s'appliquer malgré une intimité mieux préservée. Enfin, un critère financier s'ajoute à la réalisation de la visite, puisqu'il appartient au détenu d'acheter les denrées nécessaires pour le séjour en UVF. Ce critère révèle une fois de plus un droit limité par la pratique, et discriminatoire à l'encontre des détenus n'ayant aucun moyen de subsistance. Cette discrimination n'est en outre pas la seule, puisque malgré un bilan très positif de ces visites en UVF qui permettent de redonner aux liens familiaux « *de la densité, après avoir été fragilisés durant des années d'incarcération* » et « *de la dignité aux familles et à leur proche incarcéré* », ce qui « *est naturellement favorable à la réinsertion ultérieure* »¹²⁷⁷, il s'est avéré impossible d'en installer dans tous les établissements. En effet, faute de place, de telles unités ne peuvent pas être intégrées dans les anciens établissements.

355- Pour cette raison, et faute de mieux, un compromis a été trouvé en 2006 avec la création des parloirs familiaux – petite salle de 12 à 15 m² permettant confidentialité et intimité -, qui sont soumis aux mêmes règles de visite que celles pratiquées pour les unités de vie familiale et qui devraient, à terme, équiper tous les établissements. Quoi qu'il en soit, malgré leurs

¹²⁷⁶ Article 36 de la loi pénitentiaire.

¹²⁷⁷ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire, op. cit.*, p. 467.

lacunes, ces dispositifs montrent une réelle avancée dans la préparation de la réinsertion puisqu'ils permettent au détenu « *de retrouver, durant un intermède parfois de quelques jours une vie familiale presque normale, ainsi qu'une intimité indispensable dans des rapports à ses proches* »¹²⁷⁸.

356- Ainsi qu'il s'agisse des droits civils et politiques, des droits économiques et sociaux ou du maintien des liens avec l'extérieur, des efforts ont été progressivement réalisés en vue d'une meilleure protection des droits des détenus. Ces efforts, s'ils sont nécessaires dans la mesure où la peine de prison ne doit être que la peine privative de liberté, montrent qu'au-delà du simple objectif de garantir les droits des personnes détenus, il s'agit là de préparer la réinsertion du détenu. Il s'agit de faire en sorte que le détenu ne perde pas tout rapport à l'autre ni tout rapport avec la société pour que son retour puisse se réaliser dans les meilleures conditions possibles. Ces efforts sont certes encore insuffisants dans de nombreux domaines, mais ils révèlent une fois encore le véritable rôle qu'il doit être donné à la peine privative de liberté, un rôle de resocialisation. Un rôle qui a été conforté par l'octroi progressif de droits particuliers au détenu, des droits en tant qu'usager du service public pénitentiaire.

¹²⁷⁸ C. SIFFREIN-BLANC, N. CATELAN, « Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, op. cit., p. 187. Laurent JACQUA a d'ailleurs écrit à ce sujet que « *cette parenthèse de paix dans l'univers brutal du monde carcéral fait un bien fou à la tête. Et pour ceux qui viennent vous rendre visite, c'est encore mieux. Fini la promiscuité des parloirs, le bruit, l'attente, le stress, les tensions... Bref, c'est une pause pendant laquelle on se redécouvre intimement, on dispose d'un peu plus de temps pour se ressentir, se parler et même écouter le silence ensemble* ». V. L. JACQUA, *J'ai mis le feu à la prison*, Jean Claude Gawsewitch, Paris, 2010, p. 34.

Section 2 : Le détenu, titulaire des droits garantis en tant qu'usager du service public

357- Titulaire des droits garantis à tout être humain, le détenu bénéficie aussi de droits particuliers résultant de sa relation privilégiée avec le service public pénitentiaire. Il bénéficie des droits garantis à tout usager d'un service public. Tout d'abord, en application du principe de continuité et d'adaptabilité du service public, s'il n'existe pas « *un droit de l'usager à l'adaptation* » du service public, il existe un droit au fonctionnement normal de ce service¹²⁷⁹. Longtemps refusé au détenu, celui-ci a été progressivement reconnu par le juge comme par le législateur à ce dernier, l'application de la loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations aux détenus étant un exemple de cette évolution¹²⁸⁰ (**Paragraphe 1**). Reconnu alors dans sa spécificité, le détenu devrait se voir attribuer un second droit, tiré du premier, celui d'obtenir la prestation qu'il attend du service public pénitentiaire, une prestation essentielle à son avenir comme à celui de la société dans sa globalité, la prestation de réinsertion. Ce droit n'est pas encore reconnu de manière expresse et le détenu ne peut encore s'en prévaloir, mais il se développe tout de même, au fil du temps, laissant espérer une évolution prochaine en la matière (**Paragraphe 2**).

§1 : L'acquisition d'un droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire

358- Être humain doté de dignité, le détenu a progressivement pu bénéficier des droits et libertés fondamentaux reconnus par les textes. Plus encore, de par sa situation spécifique le privant de sa liberté d'aller et de venir et le soumettant à l'administration pénitentiaire, il s'est ensuite vu reconnaître

¹²⁷⁹ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 2ème éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 711.

¹²⁸⁰ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (1)*, *JORF* du 13 juin 2000, p. 5646.

par le juge une protection particulière, tenant compte de sa vulnérabilité (A). Une protection qui s'est traduite de manière plus pratique par la consécration d'un nouveau droit en sa faveur, le droit à des conditions de détention dignes, l'expression même de son droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire (B).

A) La création d'une protection directe et spécifique de la personne détenue

359- Pendant longtemps, le détenu était assimilé à « *un être humain diminué* »¹²⁸¹ qui, en transgressant la loi, avait perdu son droit à être considéré comme un égal, avait perdu – au moins en partie – sa dignité. À ce titre, la peine pouvait, sinon bafouer, au moins ne pas assurer la protection de ses droits et libertés. Mais, progressivement, avec l'évolution du sens donné à la peine privative de liberté et sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, le droit a rendu au détenu son humanité et a commencé à assurer la protection de ses droits et libertés. Il est de nouveau reconnu comme un être humain doté de la dignité « *inhérente à chaque individu* » et qui lui « *est indissociable, car substantielle* » puisque venant de sa qualité d'homme¹²⁸². Il doit donc être protégé et privé uniquement de sa liberté d'aller et de venir (1). Plus encore, cette protection doit être spécifique, catégorielle, le détenu étant placé en situation de particulière vulnérabilité du fait de sa détention et de sa soumission à l'administration pénitentiaire (2).

¹²⁸¹ A. JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue », *RFDA*, 2015, p. 1082.

¹²⁸² C. GUASTADINI, *Droit pénal et droits de l'homme, La dignité en prison : genèse et avènement*, Buenos Book International, Paris, 2010, p. 14.

1. Le détenu, un être humain doté de dignité

360- La personne détenue, condamnée car reconnue coupable d'une infraction, « est présumée dangereuse pour la société ». Pour cette raison, « elle a été mise au ban de la société civile et placée sous l'entière dépendance de l'administration pénitentiaire »¹²⁸³. Sa situation particulière était alors souvent perçue comme un signe d'indignité : si une personne viole la loi pénale, elle ne peut plus être traitée de manière identique aux autres membres de la société, ni bénéficier d'une protection identique de ses droits. Si un débat persiste sur cette question¹²⁸⁴, une évolution certaine a été réalisée pour reconnaître au détenu, comme à toute personne, le droit de bénéficier d'une protection de sa dignité en tant qu'être humain, quels que soient les actes qu'il a commis. Comme l'analyse Alain SERIAUX, « par le fait qu'il est une personne, tout être peut légitimement prétendre au respect de sa dignité... quelle que soit son indignité. Il peut mériter toutes les condamnations indignes que l'on veut, nul ne saurait lui ôter son inviolable et indisponible dignité »¹²⁸⁵. En effet, la dignité est commune à tous, elle « renvoie à l'idée selon laquelle nul ne peut être exclu de la communauté humaine »¹²⁸⁶. Elle « peut se définir comme étant le respect dû à toute personne humaine, en raison de sa valeur particulière tenant à ses potentialités humaines d'amélioration »¹²⁸⁷. Dès lors que la peine n'a plus pour seul but de punir, mais comme objectif de préparer le retour de

¹²⁸³ A. JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue », *op. cit.*

¹²⁸⁴ V. sur ce point l'exemple de la protection des droits civiques des personnes détenues.

¹²⁸⁵ A. SERIAUX, « La dignité humaine, principe universel du droit ? », in : *Acta Philosophica, Revista internacional di filosofia*, vol. 6, 1997, pp. 289-301. Cité par B. PASTRE-BELDA, « La protection de la dignité de la personne détenue développée par la Cour européenne des droits de l'Homme », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, *op. cit.*, p. 134.

¹²⁸⁶ J.-M. LARRALDE, cité par C. GUASTADINI, *Droit pénal et droits de l'homme, La dignité en prison : genèse et avènement*, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁸⁷ N.-M. HUR-VARIO, « Dignité du détenu et conscience d'exister : analyse du respect et de la promotion de la dignité », in : P. TOURNIER (dir.), *Enfermements, justice et libertés. Aujourd'hui et hier, ici et ailleurs*, L'Harmattan, Paris, 2014, p. 293.

l'individu condamné dans la société, l'application du principe de dignité au détenu prend au demeurant un sens particulier.

361- Afin de permettre la réinsertion du détenu, la peine privative de liberté ne doit, dès lors, consister qu'en la privation de la liberté d'aller et de venir et ne plus priver le détenu de ses droits et libertés. Un principe que la Commission européenne des droits de l'homme a affirmé dès 1962 dans l'affaire *Ilse Koch c. RFA*¹²⁸⁸ ; la détention ne prive pas le détenu des droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme. Cet arrêt sera le « *point de départ essentiel à la pénétration puis à la progression des droits de l'homme en prison* » puisque la Commission reconnaît ici « *le visage humain du détenu, lequel est à présent considéré explicitement comme étant digne, à l'instar de tout autre individu, de bénéficier de la jouissance des droits de l'homme* »¹²⁸⁹. Une affirmation confirmée par la Cour européenne des droits de l'Homme en 1984 dans l'affaire *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* puisqu'elle déclare que « *la justice ne saurait s'arrêter aux portes des prisons* »¹²⁹⁰. Pour assurer la protection de cette dignité nouvelle, la Commission européenne a d'ailleurs dès 1978 mis en place la technique de la protection par ricochet pour que les détenus bénéficient concrètement de la protection conventionnelle¹²⁹¹ malgré leur situation particulière et l'absence de dispositions spécifiques les concernant dans le texte de la Convention.

362- Le détenu a des droits et cela s'explique par un principe supérieur : il est un être humain doté de dignité. Cette reconnaissance, timide au départ, va, par le biais de la jurisprudence européenne, peu à peu irradier le droit pénitentiaire jusqu'à pénétrer le droit national de manière expresse avec l'inscription à l'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 du

¹²⁸⁸ Com. EDH, 8 mars 1962, *Ilse Koch c. RFA*.

¹²⁸⁹ B. BELDA, « Les techniques de la protection des droits des détenus mobilisés par la Cour européenne des droits de l'homme », in. A. DEFLOU (dir.), *Le droit des détenus, Sécurité ou réinsertion, op. cit.*, p. 123.

¹²⁹⁰ CEDH, 28 juin 1984, req. n°7819/77 7878/77, *Campbell et fell c. Royaume-Uni*, A80

¹²⁹¹ Com. EDH, 6 mai 1978, *Kortalla .. Pays-Bas*.

principe selon lequel : « *l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* ». Plus encore, par une jurisprudence audacieuse de la Cour européenne, cette reconnaissance va permettre la mise en place d'une protection propre aux personnes détenues, une protection dite catégorielle et tenant compte de leur spécificité : leur particulière vulnérabilité du fait de leur enfermement et leur soumission à l'administration pénitentiaire.

2. *Le détenu, un être humain en situation de vulnérabilité*

363- Béatrice PASTRE-BELDA le souligne, « *à l'instar du caractère universel des droits de l'homme, lequel peut se concilier avec une approche catégorielle, le concept de dignité, s'il vise à protéger l'essence humaine et donc l'homme en général, n'exclut pas le déploiement de garanties particulières adaptées à une catégorie de personnes nécessitant une approche spécifique* »¹²⁹². Au contraire, selon Elisabeth G. SLEDZIEWSKI, « *c'est en s'éprouvant et en se présentant comme vulnérable que l'être humain se découvre comme sujet, offert à l'appréhension d'autrui ; la vulnérabilité est la forme matricielle de l'être sujet, tout comme elle est la source de l'altérité* »¹²⁹³. Ainsi, la dignité est une « *métavaleur, ou valeur de la valeur* », « *n'est digne que ce qui est sujet, n'est sujet que ce qui est reconnu comme digne, n'est signe et n'est sujet que ce qui peut être reconnu, par soi et par les autres, comme vulnérable* »¹²⁹⁴.

364- Les personnes détenues sont devenues des sujets de droit, mais demeurent une catégorie de personnes placées dans une situation particulière. Du fait de leur condamnation, elles sont privées de leur liberté

¹²⁹² B. PASTRE-BELDA, « La protection de la dignité de la personne détenue développée par la Cour européenne des droits de l'Homme », in : E. PUTMAN, M. GIACOPELLI (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté, op. cit.*, p. 136.

¹²⁹³ E. G. SLEDZIEWSKI, « La dignité su sujet vulnérable », *Droit de la famille*, n°2, février 2011.

¹²⁹⁴ *Ibidem*.

d'aller et de venir et soumises à l'administration pénitentiaire, deux faits les rendant plus vulnérables qu'une personne libre. En effet, « *la vulnérabilité désigne ce qui est susceptible d'être blessé, qui manque de solidité, qui doit être protégé* »¹²⁹⁵. Le détenu perd ses repères lors de l'incarcération, souffre de liens familiaux et sociaux distendus ; il vit également dans un environnement particulier, dans un espace clos en dehors de la société. Il est ainsi dans « *une situation de "vulnérabilité structurelle" du fait de sa détention et de sa situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire* », il est « *particulièrement [exposé] à des mesures arbitraires* »¹²⁹⁶. Tout détenu peut donc être qualifié de personne vulnérable et justifier d'une protection spécifique de ses droits, une protection adaptée. La norme générale protectrice de la dignité de l'être humain doit s'acclimater, prendre en considération cette spécificité pour être efficiente. Ce sont les raisons qui ont amené le juge européen à mettre en place une protection propre aux personnes détenues, car si une protection par ricochet avait le mérite d'exister, elle n'était pas suffisamment spécifique. Il a alors procédé à une interprétation constructive de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Kudla c. Pologne* en date du 26 octobre 2000¹²⁹⁷. En l'absence de dispositions spécifiques concernant les détenus, il a opéré une nouvelle lecture de cette disposition interdisant les tortures et actes ou traitement inhumains ou dégradants pour créer un « *article 3 bis de la Convention européenne* »¹²⁹⁸ instaurant le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine. Par cette création prétorienne, « *alors même que l'article 3*

¹²⁹⁵ B. LAVAUD-LEGENDRE, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *RDSS*, 2010, p. 520.

¹²⁹⁶ A. JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue », *op. cit.*

¹²⁹⁷ CEDH, 26 octobre 2000, req. n°30210/96, *Kudla c. Pologne*, *Recueil des arrêts et décisions 2000-XI*.

¹²⁹⁸ F. SUDRE, « L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », in : *Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan, Libertés, Justice, Tolérance*, Bruylant, 2004, pp. 1485-1500.

s'adresse à tout homme, perçu dans son unité et sa globalité [...], et emprunte une démarche globale fondée sur le postulat de l'identité universelle de la personne humaine, la jurisprudence européenne a favorisé l'émergence d'une protection catégorielle qui, procédant d'une démarche analytique, induit un morcellement de l'homme et la prise en compte de catégories particulières d'individus »¹²⁹⁹. Le juge a comblé le vide normatif laissé par le texte de la Convention en prenant en compte la vulnérabilité du détenu et la Cour a ainsi jugé que « l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate ». En outre, au-delà de cette protection minimum basée sur la "vulnérabilité structurelle", les établissements pénitentiaires étant « principalement conçus pour accueillir des jeunes hommes valides »¹³⁰⁰, le juge n'hésite pas à prendre en compte toute vulnérabilité supplémentaire, tout « état de fragilité antérieur » à l'acte répréhensible¹³⁰¹, qu'il s'agisse d'une vulnérabilité liée à l'âge précoce ou âgé du détenu, à son état de santé physique ou mentale, à son handicap... Au contraire, « cette vulnérabilité aggravée a pour effet d'abaisser le seuil minimal de gravité et de renforcer les obligations pesant sur les autorités pénitentiaires en termes de surveillance, d'administration de soins médicaux requis, ou encore d'accessibilité des locaux et des installations »¹³⁰². La protection de la dignité de la personne détenue est ainsi à géométrie variable pour s'adapter

¹²⁹⁹ F. SUDRE, « L'économie générale de l'article 3 CEDH », in : C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Rencontres européennes », Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 16-17.

¹³⁰⁰ E. PECHILLON, « Référé-provision : état de santé des détenus et conditions de détention contraires à la dignité humaine », *AJ Pénal*, 2014, p. 143.

¹³⁰¹ B. LAVAUD-LEGENDRE, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *op. cit.*

¹³⁰² A. JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue », *op. cit.*

à chaque cas particulier et renforcer si nécessaire la protection mise en place. Une protection dont le juge national s'est grandement inspiré pour affirmer, à son tour, dans une ordonnance du 6 décembre 2013, qu'« *en raison de la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de leur vulnérabilité, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité* »¹³⁰³. Il existe donc aujourd'hui une réelle protection du détenu quant à ses conditions de détention, il doit bénéficier d'un droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire et donc de conditions de détentions dignes permettant de voir respectés ses droits et libertés fondamentaux. Plus encore, quand bien même il n'existe pas à proprement parlé de droit de l'usager à l'adaptation du service public qui serait tiré du principe de mutabilité du service public¹³⁰⁴, le détenu doit bénéficier d'une protection renforcée de sa dignité en raison de sa situation particulière. Son droit au fonctionnement normal du service public tiré de sa qualité d'usager du service public doit tenir compte de sa particulière vulnérabilité, il doit être adapté pour permettre au service public de jouer pleinement son rôle et délivrer au détenu la prestation qui lui est due. Les conditions de détention doivent être suffisamment dignes pour permettre à la peine de jouer son rôle de resocialisation.

¹³⁰³ CE, 6 décembre 2013, req. n°363290, *Thévenot ; Lebon*, p. 305 ; *AJDA*, 2014, p. 237.

¹³⁰⁴ V. sur ces questionnements : G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 711 ; J.-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA*, 2001, p. 589. Ce dernier écrit toutefois que si « *le principe d'adaptabilité investit les lois, mais pas pour autant le patrimoine juridique de l'usager* », il a permis de rééquilibrer les relations administration/usager « *en créant de rares fois de véritables droits à l'adéquation des services publics, le plus souvent de simples ouvertures qu'il appartient à l'usager d'utiliser au mieux* ». La reconnaissance de la particulière vulnérabilité du détenu semble être l'une de ses ouvertures, imposant une prise en considération de celle-ci dans le droit à des conditions de détention dignes.

B) La reconnaissance du droit à des conditions de détention dignes

365- Usager du service public pénitentiaire, mais surtout particulièrement vulnérable de par sa soumission importante à l'administration pénitentiaire, le détenu reconnu en tant qu'être humain sujet de droits s'est vu accorder un droit à des conditions de détention dignes. Tout comme pour la protection des droits des personnes malades, usagères du service public hospitalier¹³⁰⁵, la dignité a été le moteur de la création de ce droit spécifique du détenu, « *la voiture balai du contrôle juridictionnel* »¹³⁰⁶, la justification d'un standard minimum, tenant compte de sa vulnérabilité¹³⁰⁷. Les autorités pénitentiaires, à l'image des praticiens hospitaliers, se voient imposer « *un devoir d'exemplarité* » qui apparaît d'ailleurs aujourd'hui dans le code de déontologie du service public pénitentiaire¹³⁰⁸ (1). Toutefois, si le juge refuse de retenir les contraintes inhérentes au service public pénitentiaire pour légitimer l'exposition du détenu à des atteintes à sa dignité, il a petit à

¹³⁰⁵ Après que la dignité ait été reconnue en tant que principe à valeur constitutionnelle en 1994, elle a été inscrite à l'article L. 1110-2 du code de la santé publique qui dispose que « *la personne malade a droit au respect de sa dignité* ». Ainsi, le juge a pu annuler une mesure prise par un directeur d'établissement spécialisé en psychiatrie n'autorisant le médecin généraliste à voir son patient que dans le cadre d'une surveillance visuelle d'un infirmier de l'hôpital (CE, 17 novembre 1997, req. n°16866, *Centre hospitalier spécialisé de Rennes, Lebon*, p. 433) ou encore annuler le règlement intérieur d'un hôpital de santé mentale interdisant toute relation sexuelle (CAA Bordeaux, 6 mai 2012, req. n°11BX01790 ; D. KATZ, *AJDA*, 2013, p. 115 ; F. VIALLA, *D.*, 2013, p. 312 ; J.-P. CERE, M. HERZOG-EVANS, E. PECHILLON, *D.*, 2013, p. 1304 ; J. Hauser, *RTD Civ.*, 2013, p. 95 ; E. PECHILLON, *JCP A.*, 2013, p. 16). V. M.-L. MOQUET-ANGET, « La dignité et le droit de la santé », *RFDA*, 2015, p. 1075.

¹³⁰⁶ P. MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in : *Mélanges en hommage à Pierre Lambert. Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 562.

¹³⁰⁷ B. BELDA, « L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, p. 406.

¹³⁰⁸ A. SIMON, « Traitements inhumains et dégradants et objectifs de réinsertion », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit., p. 44.

petit limité la protection du détenu en tenant compte du particularisme de la situation dans laquelle est placée le détenu, mais aussi de celle dans laquelle se trouve actuellement le service public pénitentiaire (2).

1. *La protection spécifique du détenu en tant qu'utilisateur du service public pénitentiaire*

366- En raison de l'affirmation par la Cour européenne des droits de l'Homme du droit des détenus à bénéficier de conditions de détention dignes, l'administration doit aujourd'hui répondre d'obligations d'abstention et ne pas soumettre le détenu à des traitements inhumains ou dégradants, mais aussi d'obligations d'action qui lui imposent de protéger le détenu des atteintes à son intégrité physique et morale. En application de l'article 3 de la Convention européenne interdisant les actes de torture et les traitements inhumains et dégradants et de l'article 2 de cette même convention garantissant le droit à la vie, progressivement le détenu a été protégé contre les actes de violence émanant de l'administration elle-même, mais aussi de ses codétenus voire de lui-même, mais également contre les mauvaises conditions matérielles de détention. Une protection renforcée encore par la méthodologie observée par le juge européen qui a opéré « *une relativisation des conditions d'application de l'article 3* ». Alors que pour caractériser une violation de cet article, sont généralement requises trois conditions cumulatives -l'intention d'humilier, la gravité et l'absence de justification -, en matière pénitentiaire, de par la vulnérabilité du détenu née de la situation de soumission génératrice en elle-même d'un sentiment d'infériorité, le critère de l'intention d'humilier n'est plus automatiquement requis^{1309 1310}.

¹³⁰⁹ M.-J. BERNARD, *L'administration pénitentiaire en France et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Etude du processus de « réception administrative » de la norme supranationale*, Thèse, 2005, Grenoble, pp. 45-46.

¹³¹⁰ CEDH, 19 avril 2001, req. n°28524/95, *Peers c. Grèce*, *Recueil des arrêts et décisions 2001-III*. Concernant les conditions de détention du requérant, la Cour affirme que « en

367- Une protection contre les actes de violence. Suite à l'affirmation de la Cour EDH dans l'arrêt *Kudla c. Pologne* selon laquelle « l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrances inhérent à la détention »¹³¹¹, plusieurs pratiques de l'administration pénitentiaire ont été l'objet d'un examen par la Cour européenne et ont révélé des défaillances étatiques. Il s'agit notamment des pratiques de fouille intégrale, mise à l'isolement ou de transferts répétés. La jurisprudence de la cour sur ces questions a permis d'établir un cadre de référence pour l'administration pénitentiaire, de définir plus précisément les pratiques qui s'avèrent non respectueuses de la dignité du détenu.

368- Concernant la fouille intégrale du détenu, dite aussi fouille à corps et impliquant une mise à nu de la personne détenue afin de vérifier qu'elle ne dissimule aucun objets ou substances susceptibles d'échapper à la détection par matériels techniques ou par une fouille par palpation, plusieurs arrêts européens sont intervenus pour protéger les détenus contre une utilisation abusive de cette pratique, celle-ci s'avérant déjà par nature invasive et humiliante. Dès 2001, dans un arrêt *Valasinas c. Lituanie*, la Cour pose les bases du régime applicable aux fouilles intégrales pour que celles-ci respectent la dignité de la personne détenue et soient compatibles avec l'article 3 de la Convention. Condamnant la Lituanie, elle affirme que « si des fouilles corporelles peuvent parfois se révéler nécessaires pour assurer la sécurité d'une prison, défendre ou prévenir les infractions pénales, elles doivent être menées selon les modalités adéquates ». En l'espèce, « obliger le requérant à se dévêtir totalement en présence d'une femme puis toucher avec des mains nues ses organes génitaux et la nourriture reçue démontre

l'espèce, rien ne prouve l'existence d'une véritable intention d'humilier ou de rabaisser le requérant », mais que « toutefois, s'il convient de prendre en compte la question de savoir si le but du traitement était d'humilier ou de rabaisser la victime, l'absence d'un tel but ne saurait exclure de façon définitive le constat de la violation de l'article 3 ».

¹³¹¹ *Ibidem.*

un manque évident de respect de l'intéressé qui a subi une réelle atteinte à sa dignité. Il a dû éprouver des sentiments d'angoisse et d'infériorité, sources d'humiliation et de vexation »¹³¹². Ce cadre de référence sera réaffirmé et enrichi par les arrêts suivants la Cour condamnant des fouilles non justifiées au regard de la personnalité du requérant et de sa bonne conduite et marquant une volonté de l'humilier¹³¹³, des fouilles répétitives¹³¹⁴ et ne reposant pas sur un impératif convaincant de sécurité¹³¹⁵ ou réalisées par des agents cagoulés, pratique inquiétante et intimidatoire faisant alors naître un sentiment d'angoisse¹³¹⁶. Néanmoins, la Cour n'oublie jamais de rappeler que des fouilles peuvent être nécessaires pour assurer la sécurité ou la prévention d'infractions pénales, et qu'en l'absence d'intention d'humilier et en présence de justifications de la part de l'administration pénitentiaire, si la fouille est proportionnée au but poursuivi et réalisée de manière à assurer le respect de la dignité du détenu, elle est compatible avec les dispositions de la Convention¹³¹⁷.

369- La France, condamnée à plusieurs reprises par la Cour, a dû revoir les modalités de réalisation des fouilles intégrales dans ses établissements pénitentiaires pour les rendre compatibles avec l'article 3 de la Convention. En effet, le système français laissait une large marge de manœuvre au chef d'établissement, ce qui engendrait un régime variable suivant les établissements¹³¹⁸, et conduisait trop souvent à des fouilles répétitives

¹³¹² CEDH, 24 juillet 2001, req. n°44558/98, *Valasinas c. Lituanie*, *Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII*, §127.

¹³¹³ CEDH, 15 novembre 2001, req. n°25196/94, *Iwanczuk c. Pologne*, §§57-60.

¹³¹⁴ CEDH, 9 juillet 2009, req. n°39364/35, *Khider c. France*, § 130. Les fouilles en plus d'être répétitives étaient perpétrées à l'encontre d'un détenu présentant des signes d'instabilité psychiatrique et de souffrance psychologique.

¹³¹⁵ CEDH, 12 septembre 2007, req. n°70204/01, *Frérot c. France*.

¹³¹⁶ CEDH, 20 janvier 2011, req. n°51246/08, *El Shennawy c. France*, §44.

¹³¹⁷ CEDH, 31 octobre 2013, req. 70055/10, *SJ n°2 c. Luxembourg*.

¹³¹⁸ CEDH, 12 septembre 2007, req. n°70204/01, *Frérot c. France*.

réalisées dans des conditions portant atteinte à la dignité du détenu¹³¹⁹. De ce fait, même si la circulaire du 14 mars 1986¹³²⁰ consacrée aux fouilles avait été jugée légale par le juge administratif, la fouille étant « effectuée par un seul agent, n'ayant pas de contact avec le détenu, dans un local réservé à cet usage et hors la vue des autres détenus et personnes étrangères à l'opération » et uniquement lorsque les buts recherchés « ne peuvent être atteints dans des conditions équivalentes sans avoir à recourir aux fouilles »¹³²¹, il a renforcé son contrôle sur les modalités de mise en œuvre des fouilles. Dans un arrêt en date du 14 novembre 2008, s'appuyant sur l'article D. 275 du code de procédure pénale¹³²², le Conseil d'État a affirmé que « si les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire pouvait légitimer l'application à un détenu d'un régime de fouilles corporelles intégrales répétées, c'est à la double condition, d'une part que le recours à ces fouilles intégrales soit justifié, notamment par l'existence de suspicions fondées sur le comportement du détenu, ses agissements antérieurs ou les circonstances de ses contacts avec des tiers et, d'autre part, qu'elles se déroulent dans des conditions et des modalités strictement et exclusivement adaptées à ces nécessités et contraintes » et qu'« il appartient ainsi à l'administration de justifier de la nécessité de ces opérations de fouille et de la proportionnalité des modalités retenues »¹³²³. Cette évolution restant imparfaite en raison de sa faible valeur normative,

¹³¹⁹ Sur le port de cagoule par les ERIS : CEDH, 20 janvier 2011, req. n°51246/08, *El Shennawy c. France*.

¹³²⁰ Circulaire A.P.86-12 G 1 du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus.

¹³²¹ CE, 8 décembre 2000, req. n°162995, *Frérot*.

¹³²² Cet article a été abrogé par les décrets d'application de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

¹³²³ CE, 14 novembre 2008, req. n°315622, *El Shennawy* ; S. DEYGAS, « Fouilles intégrales des détenus », *Procédures*, 2009, comm. 31 ; F. MELLERAY, « Le juge administratif est compétent pour contrôler la légalité des fouilles corporelles intégrales des détenus », *Droit administratif*, 2009, comm. 11 ; M.-C. ROUAULT, « Le juge administratif connaît du régime de fouille intégrale des détenus », *JCP G.*, 2008, p. 682. En l'espèce, le juge n'a toutefois pas examiné la conformité des fouilles avec les modalités rappelées, car il s'agissait d'une action en référé liberté et que le critère de l'urgence n'était pas rempli.

une étape supplémentaire a été franchie par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. La question des fouilles ayant fait l'objet de nombreux et houleux débats, le législateur a décidé d'intervenir et de poser lui-même le cadre applicable à cette pratique. L'article 57 pose ainsi que « *Les fouilles doivent être justifiées par la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre de l'établissement. Leur nature et leur fréquence sont strictement adaptées à ces nécessités et à la personnalité des personnes détenues. – Les fouilles intégrales ne sont possibles que si les fouilles par palpation ou l'utilisation de moyens de détection électroniques sont insuffisantes. – Les investigations internes sont proscrites, sauf impératif spécialement motivé. Elles ne peuvent être réalisées que par un médecin n'exerçant pas au sein de l'établissement pénitentiaire et requis à cet effet par l'autorité judiciaire* »¹³²⁴. Un cadre légal repris et complété par les articles R. 57-7-79 et suivants du code de procédure pénale¹³²⁵, insistants tout particulièrement sur « *le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* »¹³²⁶. Cela n'empêche malheureusement pas cette pratique de perdurer comme le prouve la jurisprudence récente¹³²⁷.

370- Concernant la mise à l'isolement et les transferts répétés, une fois encore, la Cour européenne des droits de l'homme a choisi de concilier les impératifs liés à la sécurité et au bon ordre avec le respect de la dignité du détenu, même si l'impact n'a pas été aussi important en droit français où le système en place a été jugé conforme aux exigences européennes. Pour l'isolement carcéral, la Cour a distingué l'isolement total, impliquant

¹³²⁴ Cet article a été jugé d'application immédiate. V. CE, juge des référés, 20 mai 2010, n°339259. Des fouilles ont été condamnées, car réalisées de manière abusive, le comportement du détenu étant « *paisible et correct* ».

¹³²⁵ Ces articles ont été mis en place par le Décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale.

¹³²⁶ Art. R. 57-7-81 du CPP.

¹³²⁷ CE, 30 janvier 2019, req. n°416999 ; C. BIGET, *AJDA*, 2019, p. 257 ; C. OTERO, *AJ Pénal*, 2019, p. 221.

l'absence de tout contact avec les autres personnes comme avec l'extérieur, de l'isolement relatif, consistant en l'exclusion du détenu de la collectivité carcérale sans le priver de toute activité et relation. Si le premier viole de manière automatique l'article 3 de la Convention sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la situation s'analyse en un traitement inhumain et dégradant¹³²⁸, le second nécessite en revanche un minimum de gravité des souffrances subies pour être considéré comme portant atteinte à la dignité du détenu et donc une analyse *in concreto* au regard du profil et de la vulnérabilité du détenu concerné. Ainsi, dans l'affaire *Ramirez-Sanchez c. France*, la Cour a jugé que les huit années durant lesquelles le requérant avait été placé sous le régime de l'isolement ne constituaient pas une violation de l'article 3 compte tenu de sa personnalité et de sa dangerosité, ainsi que du fait qu'il continuait d'avoir accès à la télévision, aux journaux et aux visites de l'extérieur¹³²⁹. Une jurisprudence similaire a été établie par le juge administratif français puisqu'il affirme qu'une mise à l'isolement peut être prononcée puisqu'« elle a vocation à avoir un caractère provisoire tout en ne portant pas atteinte aux contacts qu'est susceptible de maintenir le détenu dans la perspective de son élargissement et de réinsertion ultérieure », mais qu'elle « doit être justifiée par des considérations de protection et de sécurité et tenir compte de la personnalité de l'intéressé, de sa dangerosité particulière, ainsi que de son état de santé »¹³³⁰.

371- Pour les transferts répétés, dits aussi rotations de sécurité, la Cour européenne a, une fois encore, rappelé qu'un tel régime pouvait tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention s'il entraînait des souffrances d'une certaine gravité puisqu'il peut avoir des conséquences néfastes sur le détenu, son bien-être et ses possibilités de réinsertion en compliquant le maintien des liens avec l'extérieur, mais qu'il pouvait être justifié pour des raisons de

¹³²⁸ CEDH, 8 juillet 2007, req. n°48787/99, *Ilascu et a c. Moldava et Russie*.

¹³²⁹ CEDH, 4 juillet 2006, req. n°59450/00, *Ramirez Sanchez c. France*, *Recueil des arrêts et décisions 2006-IX*.

¹³³⁰ CE, 31 octobre 2008, req. n°293785, *Section française de l'OIP* ; F. MELLERAY, « La réforme réglementaire de l'isolement des détenus à l'épreuve des exigences constitutionnelles et conventionnelles », *Droit administratif*, 2009, comm. 10.

sécurité¹³³¹. Une jurisprudence confirmée par l'arrêt *Khider c. France* du 1 octobre 2013 où, une fois encore la France n'a pas été condamnée, car les rotations de sécurité n'avaient pas pour intention d'humilier le requérant, mais d'assurer la sécurité de l'établissement¹³³².

372- Malgré l'absence de condamnation du système actuel français, la jurisprudence européenne permet d'établir une frontière entre le tolérable et l'indigne pour aiguiller l'État comme le législateur dans sa manière d'encadrer les pratiques pénitentiaires. De plus, si la Cour EDH a imposé à l'administration pénitentiaire de protéger les détenus contre les violences commises par ses agents, elle lui a aussi imposé de « *prendre préventivement les mesures d'ordre pratique nécessaires à la protection de l'intégrité physique et de la santé des personnes privées de liberté, même lorsqu'il s'agit de relations interindividuelles* »¹³³³. Le juge européen déduit de l'article non seulement « *une obligation positive, mais en plus, il reconnaît son "effet horizontal"* »¹³³⁴. Sont ainsi condamnées l'absence effective d'enquête sur les allégations de mauvais traitements subis par un détenu du fait de ses codétenus¹³³⁵ ou suite à la mort d'un détenu après des tortures infligées par son codétenu¹³³⁶, ou encore l'exposition d'un détenu au risque imminent de mauvais traitements de la part de ses codétenus¹³³⁷. Toutefois, la Cour juge qu'il n'y a aucune violation de l'article 3 dès lors que les autorités avaient pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour protéger l'intégrité physique du

¹³³¹ CEDH, 20 avril 2011, req. n°19606/08, *Payet c. France*. Ici, le juge a conclu à l'absence de violation de l'article 3 le requérant ayant commis une tentative et deux évasions.

¹³³² CEDH, 9 juillet 2009, req. n°39364/35, *Khider c. France*.

¹³³³ CEDH, 3 juin 2008, *Pautra c. Roumanie*, §189.

¹³³⁴ B. BELDA, « L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme », *op. cit.*

¹³³⁵ CEDH, 10 février 2011, *Preminy c. Russie*.

¹³³⁶ CEDH, 3 novembre 2011, *Illrianvch Schckokin c. Ukraine*.

¹³³⁷ CEDH, 29 octobre 2013, *DF c. Lettonie*.

requérant¹³³⁸. Une jurisprudence qui sera reprise lors du suicide d'un détenu puisque, même si l'administration doit prendre des mesures préventives adaptées, aucune obligation de résultat ne peut être attendue de la part de celle-ci. La Cour admet qu'il faut tenir compte « *des difficultés matérielles auxquelles sont confrontées les autorités pénitentiaires ainsi que de l'imprévisibilité du comportement humain* »¹³³⁹. Cette protection bien que non absolue a étendu de manière conséquente le champ de protection du détenu en obligeant l'administration à adopter un comportement préventif à son égard, la simple inaction de sa part pouvant entraîner une violation de l'article 3. Une extension observable de manière plus prégnante encore concernant les conditions matérielles de détention, où l'État peut être condamné même en l'absence d'intention d'humilier le détenu.

373- Une protection face aux mauvaises conditions matérielles de détention. Rapidement après avoir révélé l'existence d'un droit à des conditions de détention dignes pour les détenus dans son arrêt *Kudla c. Pologne*, le juge européen a affirmé que le non-respect de certaines conditions d'hygiène et d'intimité par l'administration pénitentiaire était constitutif d'une violation de l'article 3 de la Convention. Dès 2001, il juge qu'une cellule dépourvue de fenêtre et d'un système d'aération suffisant et ne permettant pas au détenu de bénéficier de suffisamment d'intimité pour faire ses besoins le soumet à un traitement dégradant¹³⁴⁰. Une jurisprudence qui ne cessera de se développer puisque l'année suivante, le juge européen rappelle que l'absence d'intention d'humilier la personne détenue n'empêche pas la violation de l'article 3 en cas de détention dans une cellule

¹³³⁸ CEDH, 20 octobre 2011, req. n°25001/07, *Stasi c. France*.

¹³³⁹ CEDH, 16 octobre 2008, req. n°5608/05, *Renolde c. France*, *Recueil des arrêts et décisions 2008*. Cette jurisprudence a par ailleurs été reprise par le juge administratif français. V. CE, 17 décembre 2008, n°305594, *Section française de l'OIP* ; S. MERENNE, « Le Conseil d'État étend le contrôle du juge administratif sur l'administration pénitentiaire », *JCP G.*, 2009, p. 10049 ; S. DEYGAS, « Contrôle des placements de détenus à l'isolement par le juge administratif et responsabilité de l'administration pénitentiaire », *Procédures*, 2009, comm. 65.

¹³⁴⁰ CEDH, 19 avril 2001, req. n°28524/95, *Peers c. Grèce*, *op. cit.*

surpeuplée présentant une insalubrité extrême¹³⁴¹. La Cour européenne condamnera ainsi comme constitutif d'un traitement contraire à l'article 3 des conditions de détention entraînant une promiscuité importante couplée à des mesures d'hygiène insatisfaisantes¹³⁴² ou à un enfermement quasi permanent en l'absence d'activités suffisantes¹³⁴³. Il s'agit pour le juge de « *se placer au plus près de la réalité carcérale vécue par le requérant* », « *il se projette dans la vie du détenu et dresse une ligne de partage entre ce qui relève des souffrances inhérentes à la détention et ce qui constitue une atteinte à la dignité de la personne détenue* ». L'analyse du juge est donc réalisée *in concreto*, le droit à des conditions de détention respectueuses de la dignité s'avère être un droit « *à géométrie variable* »¹³⁴⁴. Le juge va ainsi, en complément de la particularité des conditions de détention, tenir compte de la vulnérabilité du détenu pour faire varier son critère de protection¹³⁴⁵.

374- Une jurisprudence similaire a été développée par le juge administratif français¹³⁴⁶. Depuis 2008, il accepte, y compris dans le cadre de procédures de référés, d'examiner la conformité des conditions de détention au respect de la dignité humaine et, en cas d'atteinte à la dignité du détenu, de lui

¹³⁴¹ CEDH, 15 juillet 2002, req. n°47095/899, *Kalashnikov c. Russie*.

¹³⁴² CEDH, 10 mai 2007, req. n°14437/05, *Modarca c. Moldava* ; CEDH, 25 avril 2013, req. n°40119/09, *Canali c. France* ; CEDH, 25 novembre 2014, req. n°64682/12, *Vasilascu c. Belgique*.

¹³⁴³ CEDH, 10 janvier 2012, req. n°42525/07, 60800/08, *Anayev et autres. c. Russie*.

¹³⁴⁴ A. JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue », *op. cit.*

¹³⁴⁵ CEDH, 14 mai 2010, req. n°37186/03, *Florea c. Roumanie*.

¹³⁴⁶ Précisons que lorsque le juge judiciaire a eu à se prononcer sur la question, il a établi qu'une détention en maison d'arrêt est exclusive de la qualification d'hébergement incompatible avec la dignité humaine telle qu'établie à l'article 225-14 du code pénal. Selon la Cour de cassation, « *les dispositions de l'article 225-14 du code pénal, d'interprétation stricte, réprimant le fait de soumettre une personne à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine, induisent comme contrepartie à l'hébergement une forme d'exploitation de la personne hébergée en vue d'un certain enrichissement de l'exploitant des lieux, excluant ainsi la situation du détenu en milieu carcéral* ». V. Cass, Crim., 20 janvier 2009, n°08-82.807.

allouer une indemnité en réparation de son préjudice moral¹³⁴⁷. Il juge d'ailleurs que toute atteinte à la dignité humaine est de nature, en elle-même, à engendré un préjudice moral, sans que ce dernier n'ait à être démontré¹³⁴⁸. Pour apprécier le « *caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention* », il se base sur la vulnérabilité des détenus « *appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé et de leur handicap, et de leur personnalité aussi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires, la prévention de la récidive et la protection de l'intérêt des victimes* »¹³⁴⁹. Il condamne sur cette base l'administration en cas d'accès à l'eau courante et à l'électricité défectueux, de chasses d'eaux défectueuses et de présence d'animaux nuisibles¹³⁵⁰, en cas d'absence d'intimité minimale des détenus, d'aération insuffisante et de proximité entre le lieu de repas et les sanitaires¹³⁵¹, et bien évidemment lorsque toutes ces conditions sont cumulées et que l'établissement présente « *un état d'ensemble particulièrement dégradé* »¹³⁵². En outre, comme la Cour européenne, le juge administratif tient compte de la particulière vulnérabilité du requérant pour statuer. Il ne

¹³⁴⁷ TA Rouen, réf., 11 juin 2010, req. n°1000674. Il s'agit en l'espèce d'un référé provision, une procédure qui « *en plus de permettre d'obtenir rapidement le versement d'un préedommagement partiel [...] offre l'intérêt de lier le contentieux en faisant acter un incontestable dysfonctionnement institutionnel* ». V. E. PECHILLON, « Référé-provision : état de santé des détenus et conditions de détention contraires à la dignité humaine », *op. cit.* Pour les questions relatives à l'élargissement des possibilités de recours ouvertes au détenu, V. Partie 2 – Titre 1 – Le détenu, un quasis-usager de droit commun (401)

¹³⁴⁸ CE, 5 juin 2015, req. n°370896, *Langlet*.

¹³⁴⁹ CAA Nancy, 12 mars 2015, req. n°14NC00441.

¹³⁵⁰ CE ord., 22 décembre 2012, req. n°364584 ; O. LE BOT, « Référé-liberté aux Baumettes : remède à l'inertie administrative et consécration d'une nouvelle liberté fondamentale », *JCP G.*, 2013, p. 87 ; G. KOUBI, « Pour un service public pénitentiaire garant de droit des détenus de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants », *JCP A.*, 2013, p. 2017.

¹³⁵¹ CAA Douai, ord., 26 avril 2012, req. n°11DA01096.

¹³⁵² CE, 30 décembre 2014, req. n°364774, *OIP*.

retient parfois aucune atteinte à la dignité lorsque le détenu ne présente « aucune fragilité particulière »¹³⁵³, alors que dans des conditions de détention relativement proches, une atteinte sera qualifiée en raison de l'état de santé du détenu¹³⁵⁴ ou de restrictions d'activités en raison d'un placement en cellule disciplinaire¹³⁵⁵.

375- Tous ces problèmes d'hygiène et d'intimité ou d'absence d'activités se sont démultipliés en raison du surpeuplement des établissements pénitentiaires et de la suroccupation des cellules. La surpopulation carcérale devenue chronique dans de nombreux États européens est alors devenue l'objet d'une jurisprudence particulière afin de savoir si elle constitue, en soi, une atteinte à la dignité du détenu. Au niveau européen, la Cour européenne a tout d'abord établi que « dès lors qu'elle présente un niveau suffisant de gravité, toute situation de surpopulation carcérale pose en soi un problème sous l'angle de l'article 3 de la Convention » et qu'un détenu ne disposant pas individuellement d'au moins 3m² subit, en raison de ce manque d'espace, une atteinte à sa dignité. Et, en cas de surpopulation n'atteignant pas une telle gravité, la durée de la privation de liberté, les possibilités d'accès aux activités, l'éclairage, l'aération, l'intimité sont pris en compte, ainsi qu'une fois encore la vulnérabilité particulière de la personne détenue pour établir l'existence ou non d'une violation de l'article 3¹³⁵⁶. Elle a en outre rendu plusieurs arrêts pilotes en raison du « caractère structurel et systémique du surpeuplement carcéral » montrant que les mauvaises conditions de détention ne sont pas « la conséquence d'incidents

¹³⁵³ CAA Douai, 31 décembre 2014, req. n°13DA00953 ; CAA Nancy, 12 mars 2014, req. n°14NC00441-00679-00442-00690-00445-00469-00440-00448

¹³⁵⁴ CAA Bordeaux, 4 octobre 2011, req. n°10BX039217. Le détenu avait en l'espèce été contraint « malgré un bras fracturé et infecté qui nécessitait une hygiène stricte, dormir sur un matelas à même le sol alors que des insectes et des souris circulaient dans la cellule ».

¹³⁵⁵ CAA Versailles, 26 mars 2013, req. n°11VE00471. En l'espèce, « le détenu ne pouvait sortir qu'une heure par jour en promenade dans une cour trop petite pour permettre l'exercice physique, très mal éclairée compte tenu du dispositif de sécurité et partiellement inondée et inutilisable en temps de pluie ».

¹³⁵⁶ CEDH, 16 juillet 2009, req. n°57574/00-57572/00, *Sulejmanovic et a. c. Italie*.

isolés », mais un fait « *qui a touché et est susceptible de toucher encore à l'avenir de nombreuses personnes* »¹³⁵⁷. Cette procédure lui a permis de répondre en une fois aux nombreuses requêtes pendantes devant elle contre un même État, mais surtout d'enjoindre aux États concernés de remédier à cette situation chronique et attente aux droits et libertés des détenus, quitte à leur donner, par ailleurs, des moyens de le faire. Néanmoins, malgré cette attitude démontrant une forte volonté de la Cour de remédier à la situation de la surpopulation carcérale, elle semble avoir opéré un léger retour en arrière en 2015, en jugeant que s'il existe une forte présomption de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention lorsqu'un détenu dispose de moins de 3m² d'espace personnel, ce manque d'espace peut parfois être compensé par les aspects cumulés des conditions de détention tels que la liberté de circulation, les activités proposées hors de la cellule et le caractère approprié des installations¹³⁵⁸. Ce "rétropédalage" s'inscrit de manière plus globale dans une volonté de la Cour, face à des problèmes structurels difficiles à résoudre et à faire évoluer, notamment en l'absence de forte volonté étatique, comme c'est le cas également en matière de droit de vote des détenus, de chercher une issue « *négociée* », pouvant convenir aux États tout en améliorant la protection des droits et libertés fondamentaux¹³⁵⁹. Si cette solution n'est pas pleinement satisfaisante, elle permet aux États pour lesquels mettre fin à la surpopulation carcérale demande du temps et un réel effort financier de mettre en place un système transitoire. Une solution que semble avoir choisi la France. Le juge administratif a, dans cette idée, établi que « *si la suroccupation d'une seule et même cellule par plusieurs détenus, peut, en raison des conditions et des*

¹³⁵⁷ CEDH, 27 mai 2013, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani et autres c. Italie* ; CEDH, 25 nov. 2014, req. n° 64682/12, *Vasilescu c/ Belgique* ; CEDH, 10 mars 2015, req. n°14097/12, 45135/12, 73712/12, et al., *Varga et autres c. Hongrie* ; CEDH, 25 avril 2017, req. n° 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13, *Rezmives et A. c. Roumanie*.

¹³⁵⁸ CEDH, 12 mars 2015, req. n°7334/13, *Mursic c. Croatie*.

¹³⁵⁹ J. FALXA, « Traitement inhumain ou dégradant : présomption en cas de surpopulation pénitentiaire, arrêt rendue par CEDH, 1^{ère} sect., 12 mars 2015, n°7334/13é », *D.*, 2015, p. 866.

modalités de cette occupation, au regard notamment du nombre de détenus, de la superficie de cette cellule et des caractéristiques de ses aménagements être de nature à établir l'existence de traitements inhumains ou dégradants, le défaut de détention en cellule individuel, ne saurait, en tant que tel, constituer » un tel traitement¹³⁶⁰. Il a affirmé également qu'« aucune norme impérative ne fixe la surface minimale d'une cellule occupée par un détenu » et qu'il fallait prendre en compte d'autres éléments tels que les promenades, les visites, les activités...¹³⁶¹ Malgré l'affirmation du droit à l'encellulement individuel dans la loi du 24 novembre 2009, pour des raisons pratiques, celui-ci a, une nouvelle fois, fait l'objet d'un report quant à sa date d'entrée en vigueur. En attendant, si la surpopulation carcérale engendre de nombreux effets négatifs sur la vie des personnes incarcérées, aucune solution efficace n'a encore été mise en œuvre pour la résorber durablement¹³⁶². Le juge a estimé quant à lui, dans une ordonnance en date du 28 juillet 2017, qu'il ne pouvait pas ordonner, au titre des mesures d'urgence à sa disposition dans le cadre du référé liberté, un plan contre l'insalubrité et la surpopulation carcérale. Il assure que « *eu égard à leur objet, les injonctions sollicitées qui portent sur des mesures structurelles reposant sur un choix de politiques publiques insusceptibles d'être mises en œuvre, et dès lors porter effet, à bref délai, ne sont pas au nombre des mesures d'urgence que la situation permet de prendre utilement dans le cadre des pouvoirs que le juge des référés tient de l'article 521-2 du code de justice administrative* ». De ce fait, s'il admet que les conditions de détention à Fresnes (214 % de taux d'occupation, vétusté, présence de nuisibles, manque de luminosité, humidité) sont de nature à « *exposer les détenus à un traitement inhumain ou dégradant* », il juge que l'administration a déjà pris des mesures pour remédier à cette situation et qu'elle « *ne dispose d'aucun pouvoir de décision en matière de mises sous*

¹³⁶⁰ CAA Douai, ord. , 8 mars 2013, req. n°12DA01485.

¹³⁶¹ CAA Nantes, 14 novembre 2014, req. n°14NT00957.

¹³⁶² V. Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 2 – A – 2. Une situation pérenne difficile à résorber (630)

écrou lesquelles relèvent exclusivement de l'autorité judiciaire »¹³⁶³. Le juge pose ici une nouvelle limite à la protection du droit à des conditions de détention dignes s'ajoutant aux limites traditionnellement opposées pour relativiser la protection accordée aux détenus à ce titre.

2. *La protection limitée du détenu en tant qu'usager du service public pénitentiaire*

376- Dès qu'elle a mis en place un droit à des conditions de détention dignes pour les détenus, la Cour européenne a, dans son arrêt *Kudla c. Pologne*, expliqué que les traitements condamnés à ce titre n'étaient que ceux « qui [excèdent] le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention ». Un élément que la Cour a rappelé ensuite, jugeant que « les mesures privatives de liberté s'accompagnent inévitablement de souffrance et d'humiliation »¹³⁶⁴. Plus encore, dans l'affaire *Ramirez-Sanchez c. France*, elle a jugé que les transferts répétés du requérant ne constituaient pas un traitement dégradant en raison de la particulière dangerosité de ce dernier et de l'impératif de sécurité à la charge de l'administration pénitentiaire. Certains ont vu ici « une caution donnée à l'administration pénitentiaire, au lieu d'une incitation à modifier son rapport à l'interdiction contenue dans l'article 3 » de la Convention¹³⁶⁵. Une caution que le juge administratif français utilise lorsqu'il examine les actes de l'administration pénitentiaire puisqu'il affirme que « tout prisonnier a droit à être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine, de sorte que les modalités d'exécution des mesures prises ne le soumettent pas à une

¹³⁶³ CE, 28 juillet 2017, req. n°410677 ; F. CLEMMY, « Le juge du référé liberté confronté à la carence de l'administration pénitentiaire », *JCP A.*, 2017, comm. 549.

¹³⁶⁴ CEDH, 12 septembre 2007, req. n°70204/01, *Frérot c. France*. V. Aussi, CEDH, 4 juillet 2006, req. n°59450/00, *Ramirez Sanchez c. France*, *op. cit.*

¹³⁶⁵ M.-J. BERNARD, *L'administration pénitentiaire en France et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Etude du processus de « réception administrative » de la norme supranationale*, *op. cit.*, pp. 194-195.

épreuve qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention », mais n'hésite pas à rappeler les « *exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires, la prévention de la récidive et la protection de l'intérêt des victimes* »¹³⁶⁶. En affirmant qu'un traitement « *sera considéré comme violant l'article 3 de la Convention qui prohibe la torture et les traitements inhumains ou dégradants s'il ne répond d'aucun impératif de sécurité* », le juge utilise un raisonnement dangereux pour les détenus. Tout acte réalisé dans le but d'assurer la sécurité pourra être justifié et ne sera donc pas condamné, « *le critère de justification renvoie directement à un contexte pénal lié au profil de la personne détenue, à son statut de détenu particulièrement signalé par exemple, aux agissements antérieurs qui ont pu lui être reprochés, ou à son appartenance à une organisation criminelle* »¹³⁶⁷. Surtout, l'article 3 de la Convention présenterait alors seulement un caractère relatif, puisque le juge « *entérine l'existence d'atteintes proportionnées à un droit pourtant absolu* »¹³⁶⁸. Établir l'existence d'une violation de l'article 3 en fonction du caractère proportionné de l'acte réalisé à l'encontre du détenu pose problème, « *le recours au principe de proportionnalité pour fixer le seuil de gravité minimum du déclenchement de l'article 3 est au plan théorique contestable, car il suppose qu'une atteinte au droit intangible de l'article 3 puisse néanmoins être conforme à la Convention* »¹³⁶⁹. Une fois encore, la protection du détenu, même en sa qualité d'usager du service public pénitentiaire, s'avère relative et particularisée du fait sa situation spécifique. Si le juge maintient cette jurisprudence basée sur la proportionnalité de la mesure, ce particularisme ne doit pas ouvrir les portes à n'importe quelle violation. Il est alors important « *de mieux définir ce qui [...] constitue*

¹³⁶⁶ CAA Nancy, 12 mars 2015, req. n°14NC00441.

¹³⁶⁷ A. SIMON, « Traitements inhumains et dégradants et objectifs de réinsertion », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit., pp. 45-46.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 46.

¹³⁶⁹ L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 1992, p. 160.

aujourd'hui une atteinte incontestable à la dignité de l'homme et, sans équivoque, une torture ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant »¹³⁷⁰. Comme l'explique Anne SIMON, « *cette définition absolue, intangible, est indispensable* », « *elle est très certainement la condition sine qua non d'une réflexion globale et construite sur la privation de liberté et ses différentes fonctions – affliction, prévention, réinsertion* »¹³⁷¹. Il ne faut pas oublier que « *chaque fois qu'un détenu subira la dureté excessive d'une mesure privative de liberté, cela sera une chance en moins pour sa reconstruction future* »¹³⁷². Or, il ne faut pas perdre de vue que la peine doit avoir pour objectif de permettre un retour réussi du détenu dans la société, de permettre sa resocialisation. Un objectif devenu aujourd'hui une véritable prestation du service public pénitentiaire à l'égard du condamné, qui en tant qu'usager devrait donc détenir un droit à l'obtention de cette prestation.

§2 : Le développement d'un droit à l'obtention de la prestation de réinsertion par le détenu

377- Défini comme « *la raison d'être du service* », « *le droit essentiel au statut de l'usager* »¹³⁷³, le droit à l'obtention de la prestation par l'usager du service public se révèle être « *la fonction fondamentale de l'activité de service public dans la société civile* »¹³⁷⁴. La prestation serait ainsi un droit objectif de l'usager. Pour certains auteurs, « *dès l'instant où l'usager a respecté toutes les conditions d'accès au service public et s'est impliqué dans le fonctionnement de ce service, par sa présence, par l'utilisation des équipements ou des biens et produits mis à disposition, il ne s'agit plus de*

¹³⁷⁰ J.-M. DELARUE, in : *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa – La Conscience des droits*, L.G.D.J., Paris, 2011, p. 206.

¹³⁷¹ A. SIMON, « Traitements inhumains et dégradants et objectifs de réinsertion », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit., p. 48.

¹³⁷² *Ibid.*, p. 47.

¹³⁷³ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1997, p. 245.

¹³⁷⁴ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, op. cit., p. 712.

prendre en considération le “service rendu”, mais “le service qui lui est dû” »¹³⁷⁵. Le détenu étant un utilisateur du service public pénitentiaire, sa seule implication dans un projet de réinsertion devrait lui permettre d’obtenir un droit à l’obtention de la prestation de réinsertion ou d’aide à la réinsertion de la part du service public pénitentiaire. Mais, une fois encore, il existe dans ce cas de figure un particularisme. Le détenu est un usager contraint du service public pénitentiaire et il s’avère impossible de réinsérer quelqu’un contre sa volonté. La prestation de réinsertion suppose donc une démarche du détenu, une volonté de sa part de devenir l’acteur de sa peine pour retrouver une place dans la société à l’issue de celle-ci sans récidiver. De par ce particularisme, il a longtemps été difficile de qualifier la réinsertion de prestation en faveur du détenu, d’en faire un droit objectif du détenu (A). Si cela peut aujourd’hui être le cas, en raison de son objet, cette prestation ne peut pas être une prestation type du service public pénitentiaire. Elle doit être individualisée. La reconnaissance d’un droit objectif du détenu est insuffisante, seul un droit subjectif lui permettrait de se réinsérer de manière efficace (B).

A) La réinsertion, d’un objectif collectif à un droit objectif du détenu

378- Raymond CASSIN écrit qu’« *un sujet est réputé inséré tant qu’il ne commet pas d’infraction pénale ; il est réputé désinséré lorsqu’il perpétue un acte délictueux ; il est ensuite réputé réinséré du moment où il s’installe dans un état de non-récidive* »¹³⁷⁶. La réinsertion est un processus dont le

¹³⁷⁵ *Ibidem*.

¹³⁷⁶ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, Université d’été, Aix-en-Provence, 1-21 septembre 1995, PUAM, 1996, p. 48.

premier critère est donc la non-récidive durable¹³⁷⁷. Elle porte alors en elle un objectif sociétal collectif : assurer la sécurité de la société en neutralisant la dangerosité des condamnés et en empêchant la récidive. Cet objectif, appréhendé de manière abstraite, permet de clarifier le rôle du service public pénitentiaire. Il doit « *préparer le retour à la vie libre des personnes qui lui sont confiées, de telle sorte qu'elles soient moins susceptibles de mettre en péril la sécurité publique* », il doit combiner sa mission de garde et cette mission de réinsertion, celles-ci étant « *indissociables et complémentaires* »¹³⁷⁸. En tant qu'« *objectif collectif assigné à la sanction pénale* »¹³⁷⁹, la réinsertion est donc un objectif que l'administration pénitentiaire doit suivre tout au long de la détention du détenu, un fil rouge, un standard qui va guider l'exécution de la peine pour que celle-ci produise tous les effets attendus (1). Mais cette conception abstraite de la réinsertion s'avère insuffisante, car celle-ci peut aussi être observée comme « *un résultat individuel qui est acquis ou en voie d'acquisition* »¹³⁸⁰. En ce sens, une analyse concrète de la réinsertion doit être réalisée, et la prestation à destination du détenu doit être individualisée pour être efficace. Si le détenu a un droit objectif à cette prestation en tant qu'usager du service public pénitentiaire, ce seul droit objectif va rapidement souffrir de limites (2).

¹³⁷⁷ M. CUSSON, « Fondements empiriques de la réinsertion », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, op. cit., p. 111.

¹³⁷⁸ A. BLANC, « L'avenir de la réinsertion », in *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, op. cit., p. 256.

¹³⁷⁹ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, op. cit., p. 52.

¹³⁸⁰ *Ibidem*.

1. *Un standard devant guider l'exécution de la peine privative de liberté*

379- Lorsqu'elle est conçue comme un objectif assigné à la peine, « *la resocialisation apparaît essentiellement comme une simple direction, un standard qui est indiqué par le législateur aux autorités qui sont chargées de la détermination et de l'application de la peine* »¹³⁸¹. C'est une sorte d'« *idéal flou* », de « *guidelines* »¹³⁸². Un standard est en effet défini comme « *une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, une notion-cadre* », et même parfois, en droit international public notamment, comme une règle qui « *sans avoir la force d'une véritable norme juridique [n'est pas dépourvue] de tout caractère obligatoire* »¹³⁸³. En effet, si le standard n'est pas une norme contraignante classique, il est « *une technique particulière d'expression de la règle* »¹³⁸⁴. « *Ayant trait aux valeurs fondamentales de la société et ayant pour objet l'analyse des comportements des acteurs juridiques par référence à un type moyen de conduite* »¹³⁸⁵, il permet de donner un sens à la règle, de donner des directives à son application. Il permet de « *mieux appréhender les enjeux du droit administratif et les stratégies du juge* »¹³⁸⁶. Longtemps, la resocialisation s'est inscrite sans conteste dans cette démarche, mentionnée dans les textes de droit positif uniquement à l'aide d'un vocabulaire non contraignant et passant souvent en seconde position face à un objectif impératif de sécurité. Et, même si la loi du 15 août 2014 a fait de la resocialisation l'objectif principal de la peine, elle s'inscrit dans la continuité des textes précédents sur ce point en prévoyant que la peine doit « *favoriser* » la réinsertion, la confinant encore et toujours au statut de standard, « *un standard partagé avec d'autres standards qui sont les*

¹³⁸¹ *Ibidem*.

¹³⁸² A. MEYER, *La réinsertion en prison*, Mémoire, Université Panthéon Assas, 2010, p. 16.

¹³⁸³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2018, 1104 p.

¹³⁸⁴ S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, Thèse, Paris II, 1978, p. 33.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 49.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, p. 263.

objectifs de la sanction pénale », comme la sécurité. Comme le révélait déjà Raymond GASSIN en 1995, « *toute la difficulté, mal résolue jusqu'à présent, étant de savoir comment répartir les zones d'influence entre les divers standards* »¹³⁸⁷.

380- Pour ce faire et par souci de simplification pour fixer une norme générale, une norme-cadre, la sécurité comme la réinsertion ont été conçus de manière abstraite par le législateur. La réinsertion est comprise comme la neutralisation de la dangerosité du condamné pour qu'il ne récidive pas, pour qu'il se conforme aux règles établies par la société. « *Plus qu'un droit, la réinsertion des personnes détenues est un devoir de conformation sociale dont le manquement est sanctionné par l'aggravation de la peine et/ou un durcissement des mécanismes d'élargissement* »¹³⁸⁸, la réinsertion est un gage de la sécurité de la société. Mais, définie de la sorte et conçue de manière abstraite, la réinsertion va « *ignorer les particularités de l'individu* » et n'être perçue qu'« *à travers le prisme de notions classiquement considérées comme facteurs d'intégration à la société telles qu'un travail ou encore une famille* »¹³⁸⁹. Cette conception déterministe de la délinquance construite uniquement sur des facteurs socio-économiques est certes indispensable pour faire de la réinsertion un objectif collectif poursuivi par le service public pénitentiaire et donnant droit à une prestation type de celui-ci, mais elle montre vite ses limites. Il s'agit d'un « *mythe bienfaisant sans doute, mais mythe tout de même* »¹³⁹⁰. Chaque parcours de vie et donc parcours de délinquance étant individuel, propre à chacun,

¹³⁸⁷ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, op. cit., pp. 70-71.

¹³⁸⁸ P. MBANZOULOU, « Analyse de quelques vocables associés à la réinsertion sociale des personnes détenues », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, op. cit., p. 19.

¹³⁸⁹ A. MEYER, *La réinsertion en prison*, op. cit., pp. 15-16.

¹³⁹⁰ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, op. cit., p. 110.

rapidement, « on perçoit les défaillances d'un système qui ignore les raisons individuelles déterminantes du passage à l'acte se satisfaisant d'une apparence de réadaptation »¹³⁹¹. Si la resocialisation est un standard devant guider l'exécution de la peine privative de liberté, si elle est une prestation que chaque détenu a le droit d'obtenir du service public pénitentiaire, pour prendre sens, pour être efficace, elle ne peut pas être une prestation type, mais elle doit être individualisée.

2. Un standard générateur d'un droit objectif du détenu insatisfaisant

381- Alors que le droit à l'obtention de la prestation du service public est généralement un droit objectif, il peut s'agir, parfois, notamment lorsque l'utilisateur se trouve dans une situation contractuelle, d'un droit subjectif¹³⁹². C'est-à-dire d'un droit « composé de prérogatives individuelles reconnues et sanctionnées par le droit objectif qui permettent à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou parfois dans l'intérêt d'autrui »¹³⁹³. Si le détenu ne conclut pas à proprement parlé de contrat avec le service public pénitentiaire, il a été démontré précédemment qu'il existe entre eux un lien particularisé duquel il tire son droit à l'obtention de la prestation de réinsertion, une prestation qui repose en outre sur sa volonté puisqu'elle ne peut lui être délivrée qu'avec son consentement. Une relation proche de celle existant dans le cadre d'un contrat celui-ci étant basé sur un accord de volonté en vue de la délivrance d'une prestation¹³⁹⁴. Quand bien même cet accord ne soit pas formalisé via un acte normatif, il vise « à accompagner l'application du droit », il est

¹³⁹¹ A. MEYER, *La réinsertion en prison*, op. cit., p. 17.

¹³⁹² G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, op. cit., p. 712.

¹³⁹³ C. ALLAIN, « Introduction, Le droit des détenus », in A. DEFLOU (dir.), *Le droit des détenus – Sécurité ou réinsertion ?*, op. cit., p. 7.

¹³⁹⁴ Article 1101 du Code civil : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

« [adopté] à côté du droit, parallèlement au droit en vue de permettre son application effective ». Pouvant être alors qualifié de mesure para-légale, cet accord constitue une mesure faisant partie « de celles qui permettent le passage du droit au repos, c'est-à-dire celui qui décrit des missions, qui prescrit des comportements, vers le droit en action, c'est-à-dire le droit en train de se faire »¹³⁹⁵. La volonté du détenu constitue donc une mesure permettant de mettre en œuvre le droit à la réinsertion, la prestation de réinsertion de manière effective.

382- Par ailleurs, compte tenu de la particularité de la prestation de réinsertion fournie au détenu par le service public pénitentiaire, une prestation type ne saurait suffire. La réinsertion repose certes sur une finalité d'intérêt général, à savoir assurer la sécurité de la société, elle repose aussi et surtout sur une finalité individuelle, à savoir accroître la compétence sociale du détenu afin qu'il ne récidive pas lors de son retour dans la société libre. Seule une prestation individualisée et même particularisée saurait donc être utile et efficace. L'objectif de réinsertion ne peut être pensé uniquement de « manière vague et imprécise »¹³⁹⁶. En outre, il ne doit pas/plus être confondu avec une bonne intégration du détenu dans le monde carcéral, une bonne conduite en détention, car, au contraire, cette suradaptation au milieu carcéral, déresponsabilisant complétement le détenu soumis aux contraintes quotidiennes inhérentes à la détention, porte les germes d'un échec du retour à la liberté. Une observation que l'on retrouve dans les politiques libérales actuelles qui font de l'insertion une véritable « injonction sociale », et font peser sur le détenu « la responsabilité de sa situation » estimant que c'est donc à lui de fournir « les efforts nécessaires pour s'en sortir »¹³⁹⁷. Cette demande d'efforts individuels suppose donc un traitement différencié. La réinsertion doit s'adapter à chaque détenu, aux efforts qu'il a réalisés et qu'il est prêt à fournir, elle doit être hétéroclite.

¹³⁹⁵ C.-A. DUBREUIL, « La paralégalité administrative », *RFDA*, 2013, p. 737.

¹³⁹⁶ A. MEYER, *La réinsertion en prison, op. cit.*, p. 25.

¹³⁹⁷ P. MBANZOULOU, « Analyse de quelques vocables associés à la réinsertion sociale des personnes détenues », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor, op. cit.*, p. 21.

383- Mais, bien qu'il soit évident que la réalisation de l'objectif de resocialisation de la peine relève en pratique plus d'un résultat individuel que d'un objectif collectif, les textes ne font de celui-ci qu'un standard, « *une simple faculté dépendante de la politique mise en œuvre au sein de l'établissement pénitentiaire* »¹³⁹⁸ ou au mieux, un droit objectif. De ce fait, « *la réinsertion tout en s'affirmant juridiquement semble elle-même perdre de sa substance et de son intelligibilité pour devenir au mieux un simple objectif de politique pénitentiaire, [...] un concept affligé de nébulosité référentielle, nébulosité qui pousse à rechercher dans d'autres notions un statut très incertain* »¹³⁹⁹. En effet, la portée et l'opposabilité du droit à la réinsertion du détenu sont « *à rechercher dans ses déclinaisons, que ce soit par le biais des droits qui en découlent ou y participent ou par l'intermédiaire du principe de l'individualisation de la peine* »¹⁴⁰⁰. Une telle recherche débouche sur le constat d'une protection croissante des droits du détenu en tant que citoyen comme en tant qu'être humain. Quand bien même il s'agit uniquement d'une reconnaissance indirecte d'un droit subjectif de la réinsertion, elle ouvre la perspective de la consécration future d'un droit du détenu à la réinsertion.

B) La réinsertion, d'un droit objectif à un droit subjectif du détenu

384- La notion de réinsertion a progressivement évolué puisqu'il est apparu que le détenu modèle, suradapté au milieu carcéral, n'est pas forcément un détenu qui ne récidivera pas à sa sortie de détention. La réinsertion doit être

¹³⁹⁸ A. MEYER, *La réinsertion en prison, op. cit.*, p. 25.

¹³⁹⁹ J.-P. CERE, F. FEVRIER, « Rapport conclusif, Le droit à la réinsertion des personnes détenues », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*, pp. 151-152.

¹⁴⁰⁰ J. SCHMITZ, « Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009 », in J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*, p. 13.

un « *objectif omniprésent de l'administration pénitentiaire* », ¹⁴⁰¹ mais elle doit être pensée en regardant vers la sortie de prison, vers le retour à la vie libre. Le détenu ne doit pas perdre toute son autonomie par sa soumission aux règles de la détention, mais il doit être responsabilisé, éduqué « *de manière à ce qu'il ne fasse plus le choix de la déviance* » ¹⁴⁰². Doté d'un libre arbitre, il n'est plus l'objet de l'administration pénitentiaire, mais devient un véritable acteur de sa peine pour préparer sa réinsertion. S'il doit faire le choix de se réinsérer, cette tâche ne lui incombe toutefois pas à lui seul. Il a été condamné à une peine de prison à cette fin, l'administration pénitentiaire a donc un rôle à jouer dans cette réinsertion, elle doit aider le condamné. Pour cela, l'administration s'est vu imposer de nouvelles obligations, elle a connu « *une mutation profonde de ses missions* » ¹⁴⁰³. Cependant, si l'objectif de réinsertion est clair, comme le soulèvent Jean-Paul CERE et François FEVRIER, cette notion n'est pas réellement balisée et reste en quête de sens et de cohérence ¹⁴⁰⁴. Aujourd'hui l'administration pénitentiaire doit mieux protéger les droits des détenus qu'il détient en tant qu'être humain et citoyen et cette protection participe de l'objectif de réinsertion du détenu. Mais des questions quant à la consécration d'un véritable droit à la réinsertion du détenu demeurent. Selon une dichotomie développée par René GASSIN et rappelée par Clément MARGAINE, « *on pourrait distinguer, d'une part, le droit positif à la réinsertion entendu comme un droit subjectif invocable par les délinquants et par conséquent opposable à l'État qui ne garantirait pas l'effectivité de ce droit et, d'autre part, [le] droit négatif à la réinsertion, qui mettrait à la charge de l'État une obligation négative, celle de ne pas entraver la réinsertion des*

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 7.

¹⁴⁰² A. MEYER, *La réinsertion en prison*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁰³ J.-P. CERE, F. FEVRIER, « Rapport conclusif, Le droit à la réinsertion des personnes détenues », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, *op. cit.*, p. 152

¹⁴⁰⁴ *Ibidem.*

condamnés »¹⁴⁰⁵. Bien qu'il expose l'existence d'une telle dichotomie, René GASSIN n'hésite pas à affirmer que « *ce serait une erreur fondamentale de croire que les délinquants possèdent, dans notre droit positif, un droit subjectif à la réinsertion qui leur permettrait de faire valoir cet objectif en justice et engagerait la responsabilité de la puissance publique en cas de refus et a fortiori d'échec* ». Il ajoute néanmoins que « *ce serait une erreur non moins grave que de s'imaginer que la réinsertion sociale ne fonde aucun droits subjectifs au profit des délinquants qui l'ont conquise* »¹⁴⁰⁶. Effectivement, si un droit négatif du détenu à la réinsertion existe bel et bien aujourd'hui, et a été renforcé par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 consacrant de nombreux droits au détenu (1), un droit positif à la réinsertion n'est toujours pas consacré en tant que tel malgré la prise en compte croissante de la réinsertion du condamné dans l'exécution de sa peine, prise en compte génératrice de droits en faveur de celui-ci (2).

1. La construction contemporaine d'un droit négatif à la réinsertion du délinquant

385- Aucun droit à la réinsertion du détenu n'est clairement affirmé dans les textes, mais de nombreux droits sont aujourd'hui reconnus au détenu et de mieux en mieux protégés. Cette reconnaissance et cette protection participent à assurer un droit à la réinsertion du détenu. Le détenu est en effet protégé en tant qu'être social, participant à la vie collective de la société, mais aussi en tant qu'individu jouissant d'une vie privée, d'une vie familiale, ... Les droits qu'il détient à ce titre sont sectoriels et concrets. Surtout, ils peuvent apparaître comme des droits accessoires à un droit plus

¹⁴⁰⁵ C. MARGAINE, « Peines perpétuelles et réinsertion du détenu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*, pp. 69-70.

¹⁴⁰⁶ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor, op. cit.*, pp. 51-52.

global que serait le droit à la réinsertion. Une manière détournée de protéger ce droit en préservant la compétence sociale acquise du détenu et en la développant pour un retour dans la société réussi. Cette protection souffre néanmoins de limites. Non consacré en tant que tel, le droit à la réinsertion « est laissé à la libre appréciation de l'administration pénitentiaire, induisant des différences de traitements notables entre les détenus en fonction de la politique de l'établissement »¹⁴⁰⁷. Si les droits du détenu sont protégés ce n'est que dans les limites « des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre de l'établissement, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes »¹⁴⁰⁸. Et, quand bien même existe depuis 2013 un règlement intérieur type des établissements pénitentiaires pour éviter une divergence des pratiques selon les établissements, que ce règlement s'intéresse aux « actions de préparation à la réinsertion des personnes détenues »¹⁴⁰⁹ et aux « relations avec l'extérieur »¹⁴¹⁰, la protection des droits des détenus reste variable. En effet, les articles concernés du règlement intérieur type rappellent régulièrement les limites d'exercice des droits du détenu compte tenu de sa situation particulière et n'évoquent souvent que des possibilités pour le détenu : il « peut demander à travailler »¹⁴¹¹, il « peut » solliciter une formation professionnelle ou un accès à l'enseignement¹⁴¹²,... Surtout, l'article R. 57-6-18 du code de procédure pénale auquel est annexé ce règlement intérieur type dispose en son alinéa 2 que « le chef d'établissement adapte le règlement intérieur type applicable à la catégorie dont relève l'établissement qu'il dirige en prenant en compte les modalités spécifiques de fonctionnement de ce dernier ».

¹⁴⁰⁷ A. MEYER, *La réinsertion en prison, op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁰⁸ Préambule du Règlement intérieur type. V. Décret n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires, *JORF* du 3 mai 2013, p. 7609.

¹⁴⁰⁹ Chapitre V du Règlement intérieur type.

¹⁴¹⁰ Chapitre VII.

¹⁴¹¹ Article 15

¹⁴¹² Articles 16 et 17

386- Cette liberté de l'administration, limitant la protection du droit à la réinsertion du détenu et empêchant l'application du principe d'égalité devant le service public, a également un parallèle lors du prononcé même de la peine privative de liberté par le juge du fond. Comme l'a rappelé de manière constante la Cour de cassation, ceux-ci « *disposent quant à l'application de la peine, dans les limites fixées par la loi, d'une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte* »¹⁴¹³. Cette liberté est un réel obstacle à la reconnaissance d'un droit à la réinsertion du condamné. Comme le relève René GASSIN, « *un pourvoi qui se fonderait sur la violation du droit prétendu à la resocialisation dans le choix de la peine par les juges du fond n'aurait aucune chance de succès* », s'agissant ici d'un « *principe fondamental du droit pénal* »¹⁴¹⁴. Néanmoins, en dépit de cette liberté laissée au juge, sous l'impulsion européenne, « *un droit négatif à la réinsertion permettant de faire obstacle à toute peine ou mesure de sûreté perpétuelle qui nierait toute possibilité de réintégration sociale* » a pu émerger¹⁴¹⁵. Cette interdiction de la peine perpétuelle¹⁴¹⁶ est particulièrement intéressante pour le condamné puisqu'elle entraîne l'apparition de droits positifs pour le détenu qui, une fois encore, garantissent de manière indirecte un droit à la réinsertion du détenu. Il s'agit notamment du droit à un réexamen de sa dangerosité, du droit de savoir, dès le début de sa peine, dans quelles conditions ce réexamen aura lieu, du droit de bénéficier de dispositifs de matière à permettre sa réhabilitation...¹⁴¹⁷

¹⁴¹³ Cass. Crim., 19 décembre 1996, *Bull. Cass. Crim.* n°482 ; Cass. Crim., 18 décembre 1997, *Bull. Crim.*, n°428.

¹⁴¹⁴ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor, op. cit.*, p. 66.

¹⁴¹⁵ C. MARGAINE, « Peines perpétuelles et réinsertion du détenu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : J. SCHMITZ (*dir.*), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, op. cit.*, pp. 69-70.

¹⁴¹⁶ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 1 – Paragraphe 2 - B - 2 . Le caractère temporaire de la peine (**259**)

¹⁴¹⁷ V. en ce sens, C. MARGAINE, « Peines perpétuelles et réinsertion du détenu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : J. SCHMITZ (*dir.*), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016,*

Pour autant, la Cour affirme que « *la Convention ne garantit pas en tant que tel un droit à la réinsertion* » et que « *l'article 3 ne peut être interprété comme imposant aux autorités une obligation absolue d'offrir aux détenus des programmes de réinsertion ou de rééducation* »¹⁴¹⁸. La cour n'admet donc qu'« *une "chance" de retrouver un jour la liberté ou une "opportunité de se réinsérer"* »¹⁴¹⁹.

387- Seule une protection indirecte du droit à la réinsertion du détenu est actuellement consacrée par les textes. Il s'agit d'un droit négatif obligeant l'administration à ne pas détruire toute compétence sociale du détenu et tout espoir de réinsertion future. Cette protection s'avère insatisfaisante pour remplir pleinement l'objectif de réinsertion de la peine privative de liberté, objectif pourtant essentiel dès lors que la peine perpétuelle réelle est aujourd'hui interdite. Un constat que partage le législateur puisqu'il a progressivement accepté de prendre en compte la réinsertion du détenu dans l'exécution de sa peine, même s'il n'a pas encore consacré de droit positif à la réinsertion.

2. *Le glissement opportun vers un droit positif à la réinsertion du détenu*

388- Reconnaître un droit positif à la réinsertion du détenu aurait plusieurs conséquences non négligeables pour celui-ci. Lorsqu'il ne s'agit que d'un « *objectif à viser* », la réinsertion ne fait naître aucune obligation à la charge de l'État, « *le condamné se verra dénier toute action en justice à cet égard et l'autorité compétente ne pourra faire l'objet d'aucune condamnation au*

op. cit. ; CEDH, 9 juillet 2013, req. n°66069/09-13/10_3896/10, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*; CEDH, 18 septembre 2012, req. n°25119/09-57715/09-57877/09, *James, Well et Lee c. Royaume-Uni*.

¹⁴¹⁸ CEDH, 8 juillet 2014, req. n°15018/11-61199/12, *Harakchiev et Tolumov c. Bulgarie*.

¹⁴¹⁹ C. MARGAINE, « Peines perpétuelles et réinsertion du détenu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : J. SCHMITZ (*dir.*), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, *op. cit.*, p. 70.

cas où elle détournerait son action devant cet objectif ». Si un droit à la réinsertion est consacré par les textes, le condamné se voit « reconnaître le droit d'agir en justice pour faire constater et respecter ce droit, et corrélativement, condamner l'administration pénitentiaire ou les autres autorités compétentes pour l'application des peines à assurer le respect de ce droit, comme débitrices d'une obligation de resocialisation »¹⁴²⁰. Cette reconnaissance, favorable au détenu, permettrait de rendre effectif le droit à l'obtention de la prestation qui lui est due par le service public pénitentiaire. Mais, malheureusement, la reconnaissance d'un droit positif à la réinsertion du détenu se heurte à plusieurs obstacles.

389- Comme l'exposent Jean-Paul CERE et François FEVRIER, reconnaître l'existence d'un droit opposable à la réinsertion suppose de s'interroger sur les responsabilités et les sanctions qui naîtraient de ce droit. Tout d'abord, « le droit à la réinsertion sociale devrait disposer d'un créancier et d'un débiteur »¹⁴²¹. Or, il n'est pas si évident de placer le détenu comme créancier et l'administration pénitentiaire comme débiteur puisqu'il faut bien admettre que la réinsertion dépend, au moins en partie, de la volonté du détenu. Elle ne peut donc pas dépendre uniquement des actions de l'administration. Ensuite, si toutefois l'on admet que l'administration pénitentiaire est seule débitrice de cette obligation, « il faut admettre qu'en cas d'incurie ou en cas d'échec l'administration engage sa responsabilité juridique en même temps que morale, en raison des conséquences qui résultent de cet échec »¹⁴²². Mais là aussi des questions demeurent quant au type de responsabilité qui pourrait être engagée. René GASSIN pense qu'il

¹⁴²⁰ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, op. cit., p. 64.

¹⁴²¹ J.-P. CERE, F. FEVRIER, « Rapport conclusif, Le droit à la réinsertion des personnes détenues », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit., p. 163.

¹⁴²² R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, op. cit., p. 64.

s'agirait « *d'une responsabilité envers le condamné lui-même pour n'avoir su mener à bien l'œuvre de la resocialisation à son égard* ». Cela laisse tout de même en suspens la nature de cette responsabilité. S'agirait-il d'une responsabilité pour risque pour avoir créé une tentation de récidive en laissant le détenu sortir trop tôt ou d'une responsabilité pour faute – lourde ? – car l'administration aurait mal joué son rôle de réinsertion ? La première solution n'est pas convaincante puisque l'administration pénitentiaire n'est pas à l'origine du quantum de peine dont le détenu fait l'objet. N'ayant pas – ou très peu – de prise sur la date de libération du détenu, lui faire porter la responsabilité de celle-ci pour le risque qu'elle entraîne ne répondrait pas aux exigences des règles de la responsabilité, le lien de causalité entre l'action de l'administration et l'acte commis n'étant pas évident. La seconde est plus pertinente, mais une question persiste quant au type de faute qui pourrait entraîner l'engagement de la responsabilité de l'État. Une responsabilité fondée sur une présomption irréfragable de faute « *présumée à partir de la constatation de l'échec de la resocialisation* » aurait pour avantage d'être efficace, mais ferait peser « *une obligation de résultat sur l'administration pénitentiaire* ». Or, comme nous l'avons déjà évoqué, la réinsertion suppose aussi une volonté de la part du détenu¹⁴²³. Une telle obligation paraît donc disproportionnée en raison du caractère illusoire de la resocialisation pour certains délinquants. Une présomption simple de faute de l'administration permettrait de combler cette lacune, mais engendrerait une difficulté nouvelle, la capacité de l'administration à démontrer l'absence réelle de volonté de la part du détenu. De même, une responsabilité fondée sur l'existence d'une faute, voire d'une faute lourde, bien que sans doute plus adaptée, ne serait pas sans écueils. Seules les fautes – les plus graves – commises par l'administration pénitentiaire dans l'accomplissement de sa mission de réinsertion pourraient permettre au détenu d'engager la responsabilité de l'État en cas d'échec de sa réinsertion. Mais là encore des difficultés persisteraient quant aux moyens à disposition du détenu pour prouver l'existence de la faute. Évoquer simplement son absence de volonté ne suffirait-il pas à exonérer l'État de sa responsabilité ? En outre, quel que

¹⁴²³ *Ibidem.*

soit le régime de responsabilité choisi, cela supposerait de « *mettre en place un dispositif pénologique particulièrement coûteux* » or il n'est pas certain que la France soit prête « *à fournir l'effort financier nécessaire pour organiser une véritable politique pénale de resocialisation* »¹⁴²⁴. Pour toutes ces raisons, malgré un intérêt indéniable à long terme de voir reconnaître un droit positif à la resocialisation du détenu pour la sécurité de la société, celui-ci n'a pas encore été inscrit de manière expresse dans les textes. Il n'a pas non plus été reconnu par le juge qui estime que le droit à la réinsertion ne peut pas être rangé « *au nombre des libertés fondamentales* » protégées par le référé liberté et qu'il ne s'agit que d'un « *objectif de politique criminelle* »¹⁴²⁵. Pour autant, il a été progressivement admis que la réinsertion du détenu puisse avoir des effets quant à l'exécution de sa peine lorsqu'elle est acquise ou même simplement en voie d'être acquise, les réserves mentionnées quant au caractère illusoire de cette réinsertion n'ayant alors plus de raison d'être¹⁴²⁶.

390- La réinsertion du délinquant étant « *une réalité susceptible d'être établie* », lorsqu'elle est acquise, « *rien n'interdit que l'on puisse reconnaître au délinquant un véritable droit subjectif à faire constater sa réinsertion et à obtenir tous les bénéfices pénologiques attachés par la loi à l'acquisition de ce résultat* »¹⁴²⁷. Ainsi, le législateur a-t-il permis au détenu sorti de prison et réinséré d'obtenir sa réhabilitation¹⁴²⁸. Mécanisme prévu

¹⁴²⁴ *Ibid.*, p. 69.

¹⁴²⁵ CE, 19 janvier 2005, req. n°276512 ; CE, 15 juillet 2010, req. n°340313 ; CE, 13 novembre 2013, req. n°308720.

¹⁴²⁶ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor, op. cit.*, pp. 86-87. Il écrit d'ailleurs que « *si le délinquant condamné s'est réinséré, c'est qu'il était effectivement réinsérable* ».

¹⁴²⁷ *Ibid.* p. 105. Il ajoute qu'« *il serait pour le moins paradoxal qu'un système pénal qui fait de la réinsertion sociale l'axe principal de sa politique criminelle ne sache pas reconnaître les résultats positifs que cette politique s'est assignée* ».

¹⁴²⁸ Concernant les condamnés n'exécutant pas une peine privative de liberté, ils peuvent également faire valoir une réinsertion acquise. C'est le cas notamment lors du prononcé d'un sursis avec mise à l'épreuve. Lorsque le condamné satisfait aux mesures de contrainte

aux articles 133-12 et suivants du code pénal et 785 et suivants du code de procédure pénale, la réhabilitation permet aux condamnés de voir leur condamnation retirée de leur casier judiciaire¹⁴²⁹, une faculté utile pour l'obtention de certains emplois par exemple. Cette réhabilitation est comme une preuve que le détenu a retrouvé sa place dans la société, qu'il n'est plus dangereux pour la société. Elle peut être obtenue de droit, lorsque le condamné n'a « *subi aucune condamnation nouvelle à une peine criminelle ou correctionnelle* » durant un délai déterminé à compter de l'exécution de la peine ou de l'accomplissement de la prescription. Ce délai est de cinq ans pour une peine d'emprisonnement unique inférieure à un an et de dix ans pour une peine d'emprisonnement unique inférieure à dix ans ou une peine pour des condamnations multiples dont l'ensemble ne dépasse pas cinq ans. Délais doublés toutefois en cas de récidive, celle-ci engendrant un soupçon plus élevé de dangerosité¹⁴³⁰. Elle peut également être demandée en justice par le condamné, ses représentants, ou encore sa famille s'il est décédé¹⁴³¹. Ce mécanisme permet d'ouvrir la possibilité de réhabilitation aux condamnés non concernés par la réhabilitation de droit, mais aussi d'obtenir une réhabilitation plus rapidement pour les autres. La demande peut être formée après un délai de cinq ans pour les condamnés à une peine criminelle et de trois ans pour les condamnés à une peine correctionnelle à compter de leur libération définitive ou du jour de leur libération conditionnelle si celle-ci n'a pas été révoquée¹⁴³². Délai étendu là encore en cas de récidive légale et porté à dix ans¹⁴³³. Cette demande peut par ailleurs, en cas de rejet, être renouvelée, il faut cependant attendre un délai de deux ans avant de déposer

et d'aides et aux obligations qui lui sont imposées, sa condamnation sera réputée non avenue s'il parvient au terme du délai d'épreuve fixé sans violer la loi. Il pourra même, durant le délai d'épreuve, « *si son reclassement paraît acquis* », demander au tribunal de déclarer sa condamnation non avenue. V. A. 743 du CPP.

¹⁴²⁹ Art. 798 et 198-1 du CPP.

¹⁴³⁰ V. Article 133-13 du CP.

¹⁴³¹ V. Article 785 du CPP.

¹⁴³² V. Article 785 du CPP.

¹⁴³³ V. Article 787 CPP

une nouvelle demande¹⁴³⁴. Mais, la chambre d'accusation ne peut pas rejeter la demande en se fondant uniquement sur la gravité des faits ayant motivé la condamnation. Elle doit prendre en considération la conduite du condamné depuis l'exécution de sa peine¹⁴³⁵. Il s'agit donc ici d'une véritable possibilité pour le détenu de faire valoir sa réinsertion dans la société pour en tirer des conséquences.

391- Une possibilité qui existe aussi, même si cela est moins clair, durant l'exécution de la peine. Plusieurs aménagements de peine sont prononcés en tenant compte des efforts de resocialisation du condamné, il en est de même pour les crédits de réduction de peine supplémentaires¹⁴³⁶. Surtout, depuis la loi du 9 avril 2004, les décisions du juge d'application des peines concernant l'octroi, mais surtout le refus de ces mesures peuvent faire l'objet d'une contestation de la part du détenu, il peut les attaquer par la voie de l'appel¹⁴³⁷, ce qui montre une réelle possibilité pour le détenu de faire valoir ce droit. L'octroi des mesures d'aménagements de peine n'est toutefois pas automatique puisque la réalité de la réinsertion reste encore « virtuelle » et que « rien ne permet d'affirmer, à coup sûr, que celle-ci se transformera à terme en une réalité réelle »¹⁴³⁸. Il n'y a donc pas de droit à l'obtention de telles mesures.

¹⁴³⁴ V. Article 797 CPP.

¹⁴³⁵ Cass. Crim., 11 décembre 1952, *Bull. crim.*, n°302 ; Cass. Crim., 12 février 1963, *Bull. Crim.* n°72 ; *D.* 1963, p. 442 ; LEGAL, *RSC*, 1963, p. 798 ; Cass. Crim., 20 février 1973, n°72-91.270, *Bull. Crim.*, n°84 ; *D.* 1973, p. 47, *Gaz. Pal.*, 1973, p. 582. Le juge dispose tout de même d'une interprétation souveraine : Cass. Crim., 23 juin 2004, n°03-87.647. En outre, il peut prendre en compte les antécédents du condamné si ce n'est pas le seul élément d'appréciation : Cass. Crim., 12 février 1963, *Précit.* ; Cass. Crim., 16 octobre 1974, n°73-92.238, *Bull. crim.*, n°295 ; Cass. Crim., 10 décembre 1975, n°74-91.203, *Bull. Crim.*, n°275.

¹⁴³⁶ Art. 721 et s. du CPP

¹⁴³⁷ V. Art. 712-1 du CPP. Avant il s'agissait de « mesures d'administration judiciaire » insusceptibles de recours selon l'ancien article 733-1 du CPP.

¹⁴³⁸ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, op. cit., p. 109.

392- Bien que le droit à la réinsertion du détenu ne soit pas encore reconnu pleinement en tant que tel, puisqu'il reste « *pour l'heure dénué de quelques-uns des attributs qui le placeraient définitivement dans le champ du droit positif et opposable* »¹⁴³⁹, le législateur l'entoure d'une protection particulière. De nombreux outils sont mis en place pour permettre de préparer le retour à la liberté du détenu et éviter la récidive, ainsi que pour permettre au détenu de faire valoir ses efforts de resocialisation afin d'obtenir une aide supplémentaire à la réinsertion de la part de l'administration. Il peut donc, s'il apporte des preuves de sa volonté de se réinsérer, obtenir une prestation de la part du service public pénitentiaire, une aide à la réinsertion.

¹⁴³⁹ J.-P. CERE, F. FEVRIER, « Rapport conclusif, Le droit à la réinsertion des personnes détenues », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit., p. 163.

Conclusion du Chapitre 2

393- Titulaire de droits, la personne détenue est devenue un véritable sujet de sa détention, mais aussi un véritable sujet de sa réinsertion. Cette reconnaissance progressive fait écho à un constat sévère à l'encontre des prisons françaises : « à quelques exceptions près, dans lesquelles la condition de vie carcérale est assumée et peut même être source de dépassement, la prison est source de "haine" [...] à l'encontre de la société, notamment de l'appareil judiciaire et de la puissance publique en général, ou bien (cas le plus fréquent) de personnalités brisées, au moins affaiblies »¹⁴⁴⁰. Un problème amplifié par les conditions de détention indignes parfois des établissements pénitentiaires et la surpopulation carcérale chronique que connaît la France ces dernières années¹⁴⁴¹. Plusieurs éléments qui loin d'assurer la sécurité de la société poussent les détenus à la récidive. De ce fait, il est essentiel que l'administration s'emploie à remplir un nouvel objectif, par delà même sa mission de sécurité, celui de réinsérer les personnes détenues.

394- La réinsertion n'est possible qu'en offrant au détenu la possibilité de maintenir des liens avec la société et plus encore la possibilité de s'intégrer à la société. Il est alors fondamental de ne pas seulement le soumettre à l'administration pénitentiaire, mais de la responsabiliser, de lui donner une place d'acteur dans l'exécution de sa peine. C'est à ce titre que, non seulement le détenu conserve les droits reconnus à tout être humain – même si ces droits sont aménagés en raison de la perte de la liberté d'aller et de

¹⁴⁴⁰ J.-M. DELARUE, « Les obstacles à la réinsertion », in : J. SCHMITZ (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016*, op. cit., p. 125.

¹⁴⁴¹ Laurent JACQUA écrit à ce propos : « L'origine de toutes les récidives, le véritable cœur du problème, est donc uniquement liée aux conditions de détention et à la façon dont les peines ont été exécutées dès le début. Les prisons, à force d'incurie, sont devenues de véritables "usines à crimes", et on aura beau superposer des lois répressives sur d'autres lois répressives pour endiguer la criminalité, si l'état des prisons et la gestion des peines ne changent pas, rien ne changera. L'humanité engendre l'humanité, l'inhumanité n'engendre que la barbarie ». V. L. JACQUA, *J'ai mis le feu à la prison*, op. cit., p. 302.

venir -, mais surtout qu'émergent et se développent des droits spécifiques du détenu dans sa relation avec le service public pénitentiaire. En ouvrant au détenu la possibilité de solliciter une aide à la réinsertion, de la réclamer, on lui permet de « *s'agrèg[e] d'une certaine façon à l'intériorité administrative* », d'être « *pris dans les liens d'une intégration qui a pour effet de le rendre sujet de la règle et des pouvoirs intérieurs du service* »¹⁴⁴². Un premier pas vers sa réintégration future dans la société.

395- Néanmoins, comme l'observe Charles-André DUBREUIL, « *si la proclamation [des droits] constitue une condition essentielle à [leur] effectivité, celle-ci ne saurait se satisfaire de cette seule consécration par le droit positif. Entre la théorie et la réalité ou l'exercice d'un droit existe parfois une distance tellement importante que la seconde conduit à penser que la reconnaissance juridique d'un droit n'est parfois qu'une poudre jetée aux yeux des observateurs extérieurs* »¹⁴⁴³. Ce constat est malheureusement souvent réalisé en droit pénitentiaire où le détenu jouit de droits non seulement limités en raison de sa situation particulière, mais surtout de droits mal protégés voire bafoués par l'administration pénitentiaire, leur faisant perdre toute effectivité. Une reconnaissance théorique est donc insuffisante et le détenu doit avoir les moyens de faire valoir ses droits, de rendre opposable son statut de sujet de droit et surtout d'usager du service public pénitentiaire.

¹⁴⁴² Propos de J. RIVERO, in : G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 2ème éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 711

¹⁴⁴³ C.-A. DUBREUIL, « L'accès aux soins des personnes détenues : la granatie », in : J.-B. PERRIER (dir.), *Soins et privation de liberté*, op. cit. p. 28.

Conclusion du Titre 2

396- Il vient d'être démontré que « *si un débat sur la légitimité des droits des détenus a pu avoir lieu, il semble qu'il n'y ait plus personne pour contredire l'idée que le détenu bénéficie de droits* »¹⁴⁴⁴, que « *l'idée selon laquelle les délinquants et criminels incarcérés ont mérité leur sort et n'ont donc pas droit à ce que leurs droits et libertés soient garantis est largement périmée* »¹⁴⁴⁵. Pour autant, un débat perdure sur la nature des droits qui lui sont garantis, sur le point de savoir si le détenu ne détient que les droits classiques de tout citoyen ou s'il détient également des droits spécifiques nés de sa relation particulière avec le service public pénitentiaire. Mais, en réalité, la protection des droits du détenu en tant qu'usager du service public pénitentiaire découle de la protection de ses droits en tant que citoyen. Dès lors que l'on admet que la dignité « *renferme dans son concept un principe d'inhérence, voire de permanence substantielle* », elle postule « *dans son extension humaniste, qu'il est juste d'attribuer a priori et de façon absolue une valeur à toute personne, quelles que soient les expressions singulières de son humanité* »¹⁴⁴⁶. Ainsi, tout être humain doit voir ses droits protégés au nom de sa dignité, et le détenu doit plus particulièrement, en raison de sa situation d'enfermement et de dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, bénéficier de conditions de détention dignes. Plus encore, en tant qu'être digne et en tant que citoyen, il est un sujet de droit ce qui « *induit diverses conséquences juridiques dont la plus novatrice est le droit à l'insertion* »¹⁴⁴⁷. Ce droit rejoint le droit particulier de l'usager du service public pénitentiaire, son droit à l'obtention d'une prestation de réinsertion. Et, quand bien même ce droit n'est pas pour le citoyen « *véritablement un droit créance* », mais « *un droit à la reconnaissance* », « *la notion implique*

¹⁴⁴⁴ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, L.G.D.J., Paris, 2012, p. 312.

¹⁴⁴⁵ D. POLLET-PANOUSSIS, « Une nouvelle hypothèse du contrôle du milieu carcéral par le juge administratif », *RFDA*, 2009, p. 937.

¹⁴⁴⁶ E. G. SLEDZIEWSKI, « La dignité su sujet vulnérable », *op. cit.*

¹⁴⁴⁷ E. PECHILLON, « L'accès au droit et le droit au recours », *CRDP*, n°3, 2004, p. 49.

une démarche active de la puissance publique, une contrainte à mettre en œuvre une politique publique finalisée »¹⁴⁴⁸, une exigence que l'on retrouve finalement *via* l'exigence de la délivrance de la prestation de réinsertion par le service public pénitentiaire au détenu.

397- En reconnaissant à la peine une fonction dispensatrice, une finalité autre que celle de punir qui est celle de réinsérer, le législateur a fait des détenus de véritables sujets de droit et « *les murs de la prison ne les séparent pas du reste de la communauté à laquelle ils appartiennent toujours* »¹⁴⁴⁹. Il a également redéfini les relations qui s'instaurent entre le détenu et l'administration pénitentiaire lors de son entrée en détention. Si l'administration pénitentiaire doit surveiller le détenu durant l'exécution de sa peine et éviter la survenance d'infractions ou de rébellions, elle doit aussi l'accompagner dans la préparation de son retour futur dans la société. À cette fin, elle doit garantir la protection de ses droits, mais aussi lui délivrer une prestation, faisant ainsi de lui, par conséquent, non plus un simple assujetti au service public pénitentiaire, mais bel et bien un usager bénéficiaire du service public pénitentiaire.

¹⁴⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁴⁹ C. GUASTADINI, *Droit pénal et droits de l'homme, La dignité en prison : genèse et avènement, op. cit.*, p. 26.

Conclusion de la Partie 1

398- Récemment encore, bien qu'elle affirmait que « *les liens existants entre le service public et les lieux de privation de liberté méritent d'être étudiés à l'aune des transformations profondes que connaît aujourd'hui notre droit* », Elisabeth MELLA, reprenant la définition de l'usager du service public donnée par Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, arrivait à la conclusion que « *les occupants des lieux de privation de liberté ne peuvent [...] se voir reconnaître la qualité d'usager du service public* », les lieux de privation de liberté ayant pour mission principale la protection de l'ordre public et la personne n'entrant pas de son plein gré dans lesdits lieux¹⁴⁵⁰. Elle ajoutait d'ailleurs que « *les droits reconnus aux assujettis des lieux de privation de liberté ne sont pas assimilables [...] aux droits des usagers du service public* », « *les derniers sont d'abord orientés vers le fonctionnement toujours plus abouti, du service public, les premiers sont d'abord rattachés aux personnes privées de liberté* », « *il s'agit plus de droits liés à la personne qu'au fonctionnement du service public* »¹⁴⁵¹. Au-delà même du fait que nous avons démontré le caractère accessoire de la volonté lors de l'entrée en relation avec le service public et que la finalité du service public pénitentiaire, à savoir la préservation de l'ordre public, suppose de faire primer la mission de réinsertion allouée à la peine, on ne peut qu'être en désaccord avec cette conclusion, qui porte en elle-même une incohérence. Les droits de l'usager ne sont-ils pas justement des droits de l'individu qui, en tant que personne entrée en relation avec le service public, entend bénéficier d'une prestation individualisée ? Et ne serait-ce pas ces droits reconnus à l'individu qui vont permettre le fonctionnement optimal du service public ? En outre, alors qu'Elisabeth MELLA reconnaît, dans le cas d'une personne hospitalisée sans son consentement que « *la motivation*

¹⁴⁵⁰ E. MELLA, « Le service public et les lieux de privation de liberté – Éléments pour une synthèse », in : *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson – Espaces du service public*, Presses universitaires de Bordeaux, Passac, 2013, p. 1251.

¹⁴⁵¹ *Ibidem*.

première, sinon exclusive de l'hospitalisation est bien celle de dispenser des soins médicaux à une personne en particulier »¹⁴⁵², pourquoi ne peut-il pas être admis que le but premier de l'incarcération est celui de dispenser une prestation de réinsertion au détenu, afin qu'il ne récidive pas ?

399- Ajoutons à ces questionnements que « *le régime de service public est [...] conçu comme un moyen d'imposer à l'administration certaines normes, certaines disciplines de fonctionnement pour le profit global des usagers* » permettant « *le développement d'une administration de service [et transformant] l'administré d'objet passif, aboulique et docile en sujet actif, volontaire et rétif* »¹⁴⁵³. Si le détenu reste soumis à une discipline particulièrement développée, soumission par ailleurs commune à tous les services publics, l'administration pénitentiaire s'est elle aussi vu imposer de nombreuses règles afin de garantir le respect des droits des détenus. Ces règles ont provoqué une évolution de son statut, faisant de lui non plus un simple objet du service public pénitentiaire, mais un sujet du service public pénitentiaire. Plus encore, cette reconnaissance s'est conjuguée avec l'ouverture de la porte du prétoire au profit du détenu, confirmant la prévalence de son statut d'utilisateur du service public pénitentiaire.

¹⁴⁵² *Ibidem.*

¹⁴⁵³ J. CHEVALLIER, « Figures de l'utilisateur » in : *Psychologie et Science administrative*, PUF, 1985, p. 43.

Partie 2 – La prévalence du statut d'usager du service public

400- Jacques CHEVALLIER explique que « *la prise en compte de la diversité des situations a conduit [...] à établir une typologie des administrés, rangés en catégories différentes selon la nature et l'intensité des contacts qu'ils entretiennent avec l'administration ; à côté des "usagers" qui utilisent les services, profitent des équipements que l'administration met à leur disposition, il faut faire place aux "assujettis" [...] auxquels l'administration impose initialement des obligations et des contraintes* »¹⁴⁵⁴. Cette classification binaire entre usager du service public et assujetti au service public s'avère en pratique réductrice puisqu'un même administré peut, dans le cadre de la relation particulière qui le lie à celui-ci, être à la fois soumis à de nombreuses obligations, notamment disciplinaires, et jouir de droits particuliers, tels que le droit au fonctionnement normal du service public ou le droit à l'obtention d'une prestation de la part du service public. Cette ambivalence s'observe également lorsque l'on étudie la relation liant le détenu et le service public pénitentiaire. Le détenu est soumis à une discipline particulièrement forte en détention en raison des impératifs de sécurité pesant sur l'administration pénitentiaire, mais il reste détenteur des droits communs à tout administré et devient détenteur de droits spécifiques nés de la relation qu'il entretient avec l'administration et du sens donné à la peine. En effet, si « *deux tendances s'opposent sans cesse, l'une humanitaire, l'autre sécuritaire, sans que l'une triomphe totalement sur l'autre et sans que l'autre ne soit étouffée* »¹⁴⁵⁵, « *la question des droits de*

¹⁴⁵⁴ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in : *Psychologie et Science administrative*, PUF, 1985, p. 36.

¹⁴⁵⁵ P. COUVRAT, « La politique pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », *RSC*, 1985, p. 233.

l'homme ne peut plus être écartée pour des motifs de sécurité »¹⁴⁵⁶. De ce fait, l'administration pénitentiaire ne peut pas s'extraire des obligations de droit commun qui lui incombent au nom de la mission de sécurité qu'elle poursuit. Elle « *est de plus en plus contrainte d'abandonner la tendance qui conduisait à développer un ordre pénitentiaire en décalage avec le reste du droit administratif* »¹⁴⁵⁷. La reconnaissance progressive du statut d'usager du service public pénitentiaire au détenu « *est le révélateur de la soumission de l'administration aux impératifs de sa fonction* »¹⁴⁵⁸. La qualité d'usager du service public ouvre au détenu un droit essentiel, « *le premier des droits des usagers* », « *le droit au respect de leurs droits, c'est-à-dire des droits de l'homme et des libertés publiques et fondamentales* »¹⁴⁵⁹. Elle lui donne un intérêt à agir dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et la possibilité « *d'imposer à l'administration certaines normes, certaines disciplines de fonctionnement* »¹⁴⁶⁰. Cette protection est indispensable à l'objectif de la peine puisque « *l'ensemble des droits du détenu, loin d'incarner un privilège, représente un outil de responsabilisation précieux* »¹⁴⁶¹ et permet au détenu « *de devenir acteur de sa peine* »¹⁴⁶². Elle permet de faire du détenu un quasi-usager du service public de droit commun (**Titre 1**). Pour autant, il est impossible de nier que le droit applicable en prison continue de subir « *directement les exigences de la mission de sécurité* »¹⁴⁶³ et que celles-ci empêchent le droit pénitentiaire de suivre parfaitement et

¹⁴⁵⁶ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Thèse, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Tome 204, 1998, pp. 182-183, p. 34.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 532.

¹⁴⁵⁸ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in : *Psychologie et Science administrative, op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁵⁹ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 2ème éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 707.

¹⁴⁶⁰ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in : *Psychologie et Science administrative, op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁶¹ I. DENAMIEL, *La responsabilisation du détenu dans la vie carcérale*, L'Harmattan, Paris, 2006, p. 51.

¹⁴⁶² *Ibid.*, p. 16.

¹⁴⁶³ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire, op. cit.*, p. 34.

complètement l'évolution contemporaine du droit administratif. Ainsi, si le détenu est bel et bien un usager du service public pénitentiaire, il ne peut que demeurer un usager *sui generis* du service public (**Titre 2**).

Titre 1 – Le détenu, un quasi-usager du service public de droit commun

401- Progressivement, le détenu a vu ses droits garantis par les textes supranationaux comme nationaux. Néanmoins, la reconnaissance d'un droit ne présuppose pas de son effectivité et celle-ci pour être garantie nécessite qu'un contrôle de son respect puisse être assuré. C'est pour cela que la reconnaissance de la qualité d'usager du service public confère aux administrés l'intérêt pour agir afin d'obtenir « *la protection de leurs droits publics subjectifs résultant de l'existence même des activités de service public* »¹⁴⁶⁴. C'est à ce titre que le détenu est devenu progressivement titulaire d'un droit au recours à l'encontre des actes de l'administration pénitentiaire (**Chapitre 1**). Plus encore, il a pu bénéficier de l'évolution de l'office du juge administratif qui « *après avoir été juge parce qu'il était administrateur, après s'être attaché à montrer qu'il était juge et non administrateur* », « *se fait à nouveau administrateur, cette fois, parce qu'il est juge et pour remplir pleinement la fonction qu'il lui appartient d'exercer en cette qualité* »¹⁴⁶⁵. Se considérant comme le garant de l'intérêt général, il a progressivement étendu ses prérogatives pour accroître son contrôle et imposer à l'administration certaines obligations. Quand bien même le régime contentieux applicable au détenu n'a pas complètement suivi l'évolution globale du contentieux administratif, le juge administratif, reconnu en tant que juge du détenu usager du service public pénitentiaire, a progressivement étendu son contrôle sur les actes de l'administration et n'hésite plus à engager sa responsabilité (**Chapitre 2**).

¹⁴⁶⁴ S. TRAORE, *L'usager du service public*, L.G.D.J., Systèmes Droit, Paris, 2012, p. 140.

¹⁴⁶⁵ B. NOYER, « Quelques réflexions sur l'évolution des pouvoirs du juge administratif », in : *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson – Espaces du service public*, Presses universitaires de Bordeaux, Passac, 2013, p. 1326.

Chapitre 1 : Le détenu titulaire d'un droit au recours

402- Le Conseil constitutionnel affirme que « *la bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés* »¹⁴⁶⁶ et, poursuivant un objectif similaire, la Cour européenne des droits de l'Homme juge que « *la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux* »¹⁴⁶⁷. Cet objectif étant majeur, la Convention européenne, qui admet en règle générale des restrictions aux droits fondées sur la nécessité de protéger l'ordre public et de lutter contre les abus de droit, n'en prévoit pas pour le droit au procès équitable¹⁴⁶⁸. Ceci montre l'importance du droit au recours et s'explique par son rôle essentiel : garantir l'effectivité de tous les autres droits. Indispensable pour tous, ce droit l'est encore plus pour le détenu. En détention, toutes les choses du quotidien prennent une place et une importance différentes, la moindre privation se répercute sur l'équilibre de la détention comme sur celui du détenu. Assurément, « *en détention, le*

¹⁴⁶⁶ CC, 28 juillet 1989, 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, *JORF* du 1er août 1989, p. 9679 ; F. OSMAN, « Le juge judiciaire gardien de la liberté individuelle, mythe ou réalité ? », *Gaz. Pal.*, 25-27 février 1990, p. 2 ; J. CHEVALLIER, « [Note sous décision n°89-261 DC] », *AJDA*, 1989, pp. 619-627 ; B. GENEVOIS, « [Note sous décision n°89-261 DC] », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, p. 510 ; X. PRETOT, « Du contentieux de la reconduite à la frontière, ou la suprématie de “la conception française de la séparation des pouvoirs” (sic) sur la lettre de la Constitution », *D.*, 1990, p. 161 ; B. GENEVOIS, « La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers », *RFDA*, 1989, p. 691.

¹⁴⁶⁷ CEDH, Plénière, 21 février 1975, req. n°4451/70, *Golder c. Royaume-Uni*, A 18.

¹⁴⁶⁸ La seule restriction pouvant exister concerne la publicité des audiences, il ne s'agit alors que d'une restriction minimale liée au cas de particulier de l'espèce en jugement. En effet, l'article 6§1 ajoute dans sa deuxième partie que « *le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.* »

rapport à ce qui est véniel et ce qui ne l'est pas est sensiblement différent du droit commun »¹⁴⁶⁹.

403- Pourtant, comme l'écrit Alexandre TREMOLIERE, « *si aujourd'hui la détention a ses juges et chaque juge a sa mission, ce constat n'a pas toujours eu la même évidence* »¹⁴⁷⁰. Loin d'avoir été consacré avec facilité, le droit au recours du détenu a connu un parcours semé d'embûches au point de n'être resté longtemps qu'une profession de foi (**Section 1**). En outre, même si ce droit a connu des évolutions, il ne peut être estimé que celles-ci soient arrivées à leur terme. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour européenne des droits de l'homme a impulsé de nombreuses modifications quant à l'exercice du droit au recours. Si la Convention européenne des droits de l'Homme, en principe, « *fixe des normes internationales à respecter par les États contractants dans leurs rapports avec les individus et confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre* », n'ayant alors qu'un rôle subsidiaire dans la mise en œuvre des droits de l'homme, elle n'hésite pas en cas de besoin à venir compléter le droit national pour en pallier les défaillances. Face à un droit inachevé, elle n'a donc pas hésité à intervenir à fin d'améliorations¹⁴⁷¹ (**Section 2**).

¹⁴⁶⁹ X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « *Custodire ipso custodes : le juge administratif face à la prison* », *AJDA*, 2011, p. 1364

¹⁴⁷⁰ A. TREMOLIERE, « *La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel* », *RFDA*, 2017, p. 731.

¹⁴⁷¹ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 9^{ème} éd., PUF, Paris, 2012 pp. 26-27.

Section 1 : Le droit au recours du détenu, un droit longtemps théorique

404- En théorie, « *le droit d'accès à un tribunal implique que toute personne, dont un droit est contesté, soit titulaire d'un droit d'agir en justice et qu'elle bénéficie des moyens concrets d'intenter une procédure judiciaire* »¹⁴⁷². En pratique, « *compte tenu de l'ambiguïté initiale qui caractérise* » le domaine pénitentiaire¹⁴⁷³, la mise en œuvre du droit au recours du détenu est loin d'être aussi claire. Ayant commis un acte infractionnel nécessitant l'intervention du juge pénal, acte suffisamment grave pour entraîner une peine privative de liberté engendrant une mise à l'écart de la société pour assurer sa sécurité, puis pris en charge par l'administration pénitentiaire en vertu d'une décision de ce même juge pénal, le détenu est en effet dans une situation atypique. Il est enfermé dans un établissement pénitentiaire, géré par l'administration pénitentiaire, et donc soumis au droit administratif, en application d'une décision pénale émanant du juge judiciaire. Les actes qui vont lui être opposés vont donc être de différentes natures, entraînant des compétences juridictionnelles différentes, l'application de droits différents...quand ils ne sont pas tout simplement atypiques eux aussi en raison de ce statut si particulier. Cette situation a donc engendré nombre de difficultés quant à l'accès au prétoire (**Paragraphe 1**), mais aussi quant à l'accès à un jugement effectif (**Paragraphe 2**).

§1 : L'existence d'obstacles quant à l'accès au prétoire

405- En premier lieu, « *l'histoire des difficultés d'exécution des peines prononcées par les tribunaux répressifs est celle des conflits de compétence*

¹⁴⁷² F. SUDRE et al, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, Paris, 2011, p. 295.

¹⁴⁷³ A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

entre les autorités administratives et judiciaires »¹⁴⁷⁴. Le dualisme juridictionnel existant en matière pénitentiaire a en effet longtemps empêché le détenu d'exercer un recours directement efficace lorsqu'il souhaitait contester une décision le concernant puisqu'il ne savait pas avec certitude vers quel organe se tourner (A). Mais la difficulté ne s'arrêtait pas là puisque, en second lieu, une fois le juge compétent trouvé, de nombreuses mesures étaient considérées comme non justiciables et donc non susceptibles de contrôle juridictionnel (B).

A) Un contentieux à l'embranchement des deux ordres juridictionnels

406- En 1898, R. GARRAUD observait déjà que c'est « *au ministère public qu'il appartient de requérir la translation des condamnés dans le lieu d'exécution de leur peine, mais c'est à l'administration pénitentiaire qu'il appartient de faire écrouer le condamné dans telle ou telle maison, d'ordonner, au cours de sa peine, sa translation d'une prison dans une autre, ou bien même de la prison dans une maison de santé* »¹⁴⁷⁵. Aujourd'hui encore, lorsqu'il est question de l'exécution des peines, et plus particulièrement encore de l'exécution des peines privatives de liberté, « *derrière la procédure pénale, se profilent nécessairement les administrations qui vont avoir la haute et difficile mission de mettre en œuvre les mesures prononcées par le juge judiciaire à l'encontre des personnes placées "sous main de justice"* »¹⁴⁷⁶. De ce fait malgré l'existence, rappelée dans de nombreux textes nationaux comme internationaux, d'un droit au juge (1), le détenu est souvent confronté à une difficulté non sans importance, le choix du juge (2).

¹⁴⁷⁴ P. COUVRAT, « Les compétences juridictionnelles en matière d'exécution des détention provisoires – à propos de l'affaire Caillol », *RSC*, 1984, p. 556.

¹⁴⁷⁵ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome II, 2^{ème} éd., 1898, n°491.

¹⁴⁷⁶ C. VIGOUROUX, « La valeur de la justice en détention », *AJDA*, 2009, p. 403.

1. Le droit au juge

407- Le détenu est titulaire de droits, qu'il s'agisse de droits qu'il détient en tant qu'administré ou en tant qu'usager du service public pénitentiaire. Néanmoins, « *il n'est pas excessif de considérer que l'accès au droit et à la justice contient tous les autres droits* », qu' « *il leur donne une effectivité* »¹⁴⁷⁷ et donc que le premier des droits qui doit être consacré au bénéfice des détenus est le droit d'accès au juge. En effet, pour que la reconnaissance des droits opérée au profit des détenus ne soit pas uniquement un vœu pieu, ils doivent pouvoir les faire valoir, et contester les atteintes portées à leurs droits. Il faut qu'« *une personne incarcérée demeure un "justiciable"* »¹⁴⁷⁸, qu'elle bénéficie de la garantie de ses droits.

408- Une telle possibilité a été reconnue comme essentielle pour tous les citoyens par le Conseil constitutionnel. Dans une décision du 9 avril 1996, il a, dans un premier temps, rappelé « *qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution"* » et « *qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »¹⁴⁷⁹. Ainsi, « *l'accès au droit et à la justice devient un droit*

¹⁴⁷⁷ E. PECHILLON, « L'accès au droit et le droit au recours », *CRDF*, n°3, 2004, p. 49.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 51.

¹⁴⁷⁹ CC, 9 avril 1996, 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *JORF* du 13 avril 1996, p. 5724 ; J.-C., CAR, « [Note sous décision n°96-373 DC] », *D.*, 1998, p. 145 ; A. ROUX, « Libre administration et libertés publiques », *RFDC*, 1996, p. 589 ; W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », *D.*, 1996, p. 301 ; J. TREMEAU, « [Note sous décision n°96-373 DC] », *D.*, 1998, p. 156 ; D. TURPIN, « Autonomie statutaire des TOM et protection des libertés républicaines », *LPA*, 1996, p. 5 ; A. ROUX, « [Note sous décision n°96-373 DC] », *D.*, 1998, p. 147 ; T.-S. RENOUX, « Le droit au recours », *RFDC*, 1996, p. 594 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX,

subjectif directement rattaché à celui de la citoyenneté »¹⁴⁸⁰, un impératif de l'État de droit garanti par la Constitution. Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas hésité, dans un second temps, à expliciter cette idée puisqu'il a jugé que l'article 16 suppose le respect du « *principe du procès équitable* »¹⁴⁸¹ avant d'affirmer explicitement qu'un droit à un recours effectif et un droit à un procès équitable découlent de cet article. Au demeurant il précise que les exigences tirées de ces droits imposent l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi, « *qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration et la "garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables* »¹⁴⁸². Par ailleurs, si le juge constitutionnel s'est limité à évoquer entre les lignes la protection européenne du droit à un procès équitable, complémentaire de celle de la déclaration de 1789, le juge administratif n'a pas hésité à l'exprimer expressément. Dans un arrêt du 21 décembre 2001, il juge ainsi non seulement que la garantie de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « *implique le droit pour toutes les personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une*

« [Note sous décision n°96-373 DC] », *LPA*, 1996, p. 6 ; T.-S. RENOUX, « [Note sous décision n°96-373 DC] », *D.* 1998, p. 153.

¹⁴⁸⁰ E. PECHILLON, « L'accès au droit et le droit au recours », *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁸¹ CC, 20 janvier 2005, 2004-510 DC, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, *JORF* du 27 janvier 2005, p. 1412 ; G. SCHMITTER, « [Note sous décision n°2004-510 DC] », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2005, p. 568 ; S. NICOT, « Jurisprudence du Conseil constitutionnelle », *RFDC*, 2005, p. 593 ; R. PIASTRA, « La réforme de la juridiction de proximité », *Gaz. Pal.*, 17 février 2005, p. 11 ; B. MATHIEU, « L'extension de la compétence des juges de proximité devant le Conseil constitutionnel : une tempête dans un verre d'eau », *D.*, 2005, p. 449 ; J.-E. SCHOETTL, « Les juges de proximité passent pour la troisième fois rue de Montpensier », *LPA*, 2 février 2005, p. 7.

¹⁴⁸² CC, 17 janvier 2008, 2007-561 DC, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative)*, *JORF* du 22 janvier 2008, p. 1131 ; A. LE QUINIO, « La codification de retour devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2008, p. 601 ; S. DE CHARENTENAY, « Quel sens donner à l'interventionnisme constitutionnel sur la signification du droit ? », *Rev. Adm.*, 2008, p. 602.

juridiction », mais rappelle également, quelques lignes plus loin, que font partie des droits garantis par la Convention européenne « *le droit à un procès équitable rappelé par son article 6-1 ainsi que le droit d'accès au juge mentionné par son article 13* »¹⁴⁸³.

409- Le droit au juge du détenu a ainsi été garanti en tant que droit commun à tous les citoyens, mais il s'est avéré plus difficile à mettre en place dans le cadre particulier de la peine privative de liberté que pour les citoyens libres. Il existe en effet de nombreux obstacles pour rendre effectif le droit au juge en détention, au premier rang desquels se trouve le choix du juge compétent. Alors qu'il paraît naïf de dire que « *le choix du juge ne saurait être fait en fonction de la possibilité d'y accéder, mais bien au regard du seul acte contesté* »¹⁴⁸⁴, le détenu a longtemps été confronté à la difficulté de trouver un juge acceptant d'examiner ses requêtes.

2. *Le choix du juge*

410- Le droit pénitentiaire se situe aux confins de plusieurs disciplines, du droit pénal et du droit administratif plus particulièrement. Cette particularité impacte sur les détenus qui ne savent pas quel juge saisir en cas de litige. Elle rend difficile l'application du principe simpliste¹⁴⁸⁵ du droit du contentieux qu'est celui de la liaison de la compétence et du fond. Ainsi, le droit pénitentiaire « *illustre parfaitement les déficiences que l'on révèle dans le système contentieux* »¹⁴⁸⁶. En effet, comme a pu le souligner Jean-Marie AUBY, il est loisible d'observer en la matière un « *aménagement de la répartition des compétences dont la subtilité déconcerte même le praticien*

¹⁴⁸³ CE, 21 décembre 2001, req. n°222862

¹⁴⁸⁴ A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

¹⁴⁸⁵ Marcel WALINE n'hésite pas à affirmer que « *la première qualité d'une règle de compétence, c'est sa simplicité* ». Repris in : J. WALINE, *Droit administratif*, 26^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2016, p. 608.

¹⁴⁸⁶ J.-M. AUBY, « Le contentieux du service public pénitentiaire », *RDP*, 1917, p. 847.

averti et dont le juge n'a peut-être même pas la maîtrise »¹⁴⁸⁷. Ainsi, au-delà des nombreuses questions que cela pose du point de vue de la théorie juridique, « *le problème de la ventilation des compétences entre les deux ordres de juridiction est un problème qui concerne directement une bonne administration de la justice* »¹⁴⁸⁸. En effet, face à un droit aussi complexe, il n'est pas évident pour le justiciable de savoir vers quel juge s'orienter en cas de litige. Le détenu doit-il s'adresser au juge qui a prononcé sa peine, à savoir le juge judiciaire ? Ou doit-il s'adresser au juge administratif, juge de principe du service public pénitentiaire dans lequel il exécute sa peine ? La compétence du juge varie-t-elle selon l'objet du litige ? Une complexité qui n'a pas échappé au législateur puisque, dès 1872 il a institutionnalisé la difficulté de la répartition des compétences en mettant en place de manière permanente le Tribunal des conflits¹⁴⁸⁹. C'est d'ailleurs vers les décisions de cette instance qu'il faut se tourner pour connaître les compétences respectives des juges du fond.

411- Ainsi, en 1952, dans sa décision *Préfet de la Guyane*¹⁴⁹⁰, le Tribunal des conflits a tout d'abord affirmé qu'en application du principe de la séparation des pouvoirs¹⁴⁹¹, le contentieux des activités judiciaires relève du juge judiciaire, mais, qu'en revanche, l'organisation du service public de la justice judiciaire relève du juge administratif¹⁴⁹². Une répartition simple en

¹⁴⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸⁸ J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 601.

¹⁴⁸⁹ Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du conseil d'État, *JORF* du 31 mai 1872, p. 3625.

¹⁴⁹⁰ TC, 27 novembre 1952, req. n°01420, *Préfet de la Guyane*.

¹⁴⁹¹ Un principe que le Tribunal des conflits a d'ailleurs rappelé récemment en jugeant que ce n'est qu'en excluant toute ingérence dans le procès judiciaire que la compétence du juge administratif peut être retenue. V. TC, 12 octobre 2015, req. n° C4019, *M. Hoareau, L. DUTHEILHET DE LAMOTHE, R. ODENT* ; *AJDA* 2015, p. 2370.

¹⁴⁹² René CHAPUS explique cette distinction en observant que « *d'une part, elle a une signification constitutionnelle, en ce qu'elle traduit le fait qu'il n'existe pas de "pouvoir judiciaire" au plein sens de l'expression. Seule l'activité judiciaire, c'est-à-dire l'exécutif du service, est distincte et indépendante du gouvernement comme du pouvoir législatif. Au*

apparence, mais qui se révèle, en réalité, opaque ; l'organisation du service public de la justice étant « *une notion floue et large qui englobe notamment les mesures individuelles prises envers les magistrats* »¹⁴⁹³. Elle n'a d'ailleurs pas permis de trancher de manière évidente le conflit quant au juge compétent lorsqu'il est question de l'exécution d'une peine privative de liberté, puisque celle-ci « *nécessite, dans tous les cas, le concours de l'autorité judiciaire représentée par les officiers du ministère public, et de l'autorité administrative, représentée par les agents de l'administration pénitentiaire* »¹⁴⁹⁴. Partant, dans une affaire concernant le meurtre d'un détenu attendant son transfert vers une maison de force, le Conseil d'État a jugé le 15 février 1952 que « *la faute qu'aurait pu ainsi commettre l'administration concerne les conditions d'exécution de la peine et que, dès lors, son appréciation échappe à la compétence du Conseil d'État* »¹⁴⁹⁵. En parallèle, le tribunal civil de Gap a jugé le 2 février 1956 « *qu'il n'appartient pas au juge judiciaire de connaître de cette action fondée sur la méconnaissance de la législation relative au régime de la peine de travaux forcés qui se trouve dans la phase administrative de l'exécution de la peine* »¹⁴⁹⁶. Cette situation entraînant un déni de justice faute d'un juge se reconnaissant compétent, le Tribunal des conflits a dû intervenir. Dans une décision du 22 février 1960 il tranche « *que s'il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des litiges relatifs à la nature et aux limites de la peine infligée par une juridiction judiciaire et dont l'exécution est poursuivie à la diligence du ministère public, un litige relatif au retard apporté à transférer un condamné aux travaux forcés dans une maison de force intéresse le fonctionnement administratif du service pénitentiaire lequel échappe au contrôle des magistrats de l'ordre judiciaire et ne relève*

contraire, l'organisation du service est une affaire administratif ». V. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 18^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 971.

¹⁴⁹³ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., PUF, Paris, 2017, p 106.

¹⁴⁹⁴ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*

¹⁴⁹⁵ CE, 15 février 1952

¹⁴⁹⁶ Tribunal civil de Gap, 2 février 1956

que de la juridiction administrative »¹⁴⁹⁷. Par conséquent, « relèvent de l'autorité judiciaire les litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par la juridiction judiciaire tandis que le juge administratif est compétent pour connaître des mesures prises par une autorité administrative et sans relation avec les nécessités de l'instruction, ces mesures intéressant le service administratif pénitentiaire »¹⁴⁹⁸. En application de cette règle, il a été progressivement établi que le juge judiciaire est le seul compétent pour décider de la remise en liberté¹⁴⁹⁹, de l'octroi ou du refus d'une réduction de peine¹⁵⁰⁰, d'une libération conditionnelle¹⁵⁰¹ ou d'une permission de sortir¹⁵⁰² ; ces mesures ne sont pas détachables de l'exécution de la peine prononcée. Le juge administratif, quant à lui, est apparu comme le juge naturel des sanctions disciplinaires infligées aux détenus¹⁵⁰³ tout comme des mesures d'organisation du service public pénitentiaire à l'image de l'affectation du détenu dans tel ou tel établissement pénitentiaire¹⁵⁰⁴ ou quartier d'un établissement pénitentiaire¹⁵⁰⁵. Par cette répartition, le juge judiciaire devient le juge du détenu usager du service public de la justice et le juge administratif le juge du détenu usager du service public pénitentiaire.

412- Cette répartition des compétences reste d'actualité comme ont pu le démontrer la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 confiant la mission de

¹⁴⁹⁷ V. aussi en ce sens : CE, Ass., 27 janvier 1984, req. n°31985, *Caillol*.

¹⁴⁹⁸ A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

¹⁴⁹⁹ Cass. Crim., 26 septembre 1995, n°95-80-010

¹⁵⁰⁰ CE, 9 novembre 1990, req. n°101168, *Theron* ; *D.*, 1991, p. 17 ; *Gaz. Pal.*, 22 février 1991, p. 3 ; *Gaz. Pal.*, 21 juin 1991, p. 52.

¹⁵⁰¹ CE, Sect., 4 novembre 1994, req. n°157435, *M. François K* ; M.-C. ROUAULT, *JCP G*, 1994, p. 2597 ; F. LEMAIRE, *JCP G*, 1995, p. 22422 ; *D.* 1994, p. 262 ; *Gaz. Pal.*, 28 juillet 1995, p. 81 ; *Gaz. Pal.*, 17 février 1995, p. 6.

¹⁵⁰² CE, 9 février 2001, req. n°215408, *M. Thierry M.*

¹⁵⁰³ Cass. Crim., 20 décembre 1990, O. SAID, *Bul. Dt pénal*, 1991, comm. 131

¹⁵⁰⁴ CE, 8 décembre 1967, req. n°69544, *Sieur K.*

¹⁵⁰⁵ TC, 4 juillet 1983, req. n°0289, *M. Alain C.*

l'exécution des décisions pénales à l'administration pénitentiaire¹⁵⁰⁶ ou la jurisprudence rappelant qu'il n'appartient pas au juge judiciaire d'examiner la dignité des conditions de détention sur la base d'une requête fondée sur l'article 225-34 du code pénal, cette question relevant du fonctionnement du service public pénitentiaire¹⁵⁰⁷. Pour autant, bien qu'établie dès 1960, cette répartition est longtemps restée sans réel effet pour le détenu, « virtuelle »¹⁵⁰⁸ même, puisque les recours du condamné étaient quasi systématiquement jugés irrecevables, les mesures d'aménagement de peine étant qualifiées de “mesures d'administration judiciaire” non susceptible de recours de sa part et les sanctions disciplinaires et les actes d'organisation du service public pénitentiaire de mesures d'ordre intérieur, dénuées d'effet suffisant pour permettre un recours devant le juge administratif.

B) L'existence de mesures non justiciables

413- Il paraît naturel de qualifier la peine privative de liberté prononcée par le juge judiciaire de mesure judiciaire et pénale. Mais, dès lors qu'il est question de l'exécution de cette peine par les juges ou les services d'application des peines ou encore par l'administration pénitentiaire, cela devient plus délicat. Dans le premier cas, le caractère hybride de l'application des peines a longtemps laissé planer un doute sur la nature des mesures adoptées par le juge d'application des peines. Le législateur les a qualifiées de “mesures d'administration judiciaire”, non susceptibles d'être contestées par le détenu pendant de nombreuses années (1). Dans le second cas, si le caractère administratif des actes de gestion de l'administration pénitentiaire ou des sanctions disciplinaires ne faisait aucun doute, le juge les a largement qualifiées de “mesures d'ordre intérieur” non susceptibles de recours malgré les conséquences que ces mesures peuvent avoir sur le

¹⁵⁰⁶ Article 2 de la Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, *op. cit.*

¹⁵⁰⁷ Cass. Crim., 20 janvier 2009, n°08-82807

¹⁵⁰⁸ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, L.G.D.J., Poitiers, 2012, p. 13.

détenu (2). Deux situations empêchant donc le détenu d'exercer de manière effective son droit au recours.

1. *Les mesures d'administration judiciaire du juge de l'application des peines*

414- Magistrat de l'ordre judiciaire crée dès 1958¹⁵⁰⁹, le juge de l'application des peines n'est pourtant devenu que récemment un magistrat de droit commun. Considéré comme « *un agent de l'État exerçant une mission de type administratif tout en étant un magistrat de l'ordre judiciaire* »¹⁵¹⁰ en vertu du principe selon lequel « *la loi organise la peine, le juge la prononce, l'administration la fait exécuter* »¹⁵¹¹, il a été qualifié par la doctrine d'« *administrateur judiciaire* »¹⁵¹² ou de « *chiroptère* »¹⁵¹³ pendant de longues années, assimilé à un acteur socio-éducatif plus qu'à un magistrat. Un statut hybride qui ressortait également de son organisation puisqu'il fallut attendre 1986 pour que des postes de juge d'application des peines soient créés en tant que tel¹⁵¹⁴ et 1999 pour qu'un tel magistrat dispose d'un greffier¹⁵¹⁵. Le poste de juge d'application des peines n'était d'ailleurs « *qu'exceptionnellement un choix* », les magistrats estimant qu'il

¹⁵⁰⁹ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* du 22 décembre 1958, p. 11551.

¹⁵¹⁰ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, op. cit., p. 54.

¹⁵¹¹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., p. 86.

¹⁵¹² F. STAECHELE, « Le JAP magistrat du siège ou administrateur judiciaire ? », *RSC*, 1991, p. 385.

¹⁵¹³ G.-J. GUGLIEMI, « Le JAP est-il un chiroptère ? », *RSC*, 1991, p. 622 ; B. LAVIELLE, « Le JAP est-il toujours un chiroptère ? », *Gaz. Pal.*, 2001, p. 12.

¹⁵¹⁴ Décret n°86-463 du 14 mars 1986 modifiant le décret 581277 du 22 décembre 1958 pris pour l'application de l'ordonnance 581270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* du 16 mars 1986, p. 4291.

¹⁵¹⁵ Décret n°99-276 du 13 avril 1999 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *JORF* du 14 avril 1999, p. 5478.

ne s'agit pas d'un réel poste juridique¹⁵¹⁶. Mais, ce particularisme se traduisait surtout dans la nature des mesures adoptées par le juge d'application des peines. Bien qu'il soit chargé, comme son nom l'indique, de l'application des peines, et donc de traiter des demandes de fractionnement ou de suspension de peine, de libération conditionnelle ou de permission de sortir, mesures essentielles pour le détenu et ayant un réel impact sur son présent comme son avenir, ces mesures n'étaient pas assimilées à des mesures judiciaires. Elles ont longtemps été qualifiées de "mesures d'administration judiciaire", symbole du caractère hybride de la mission allouée à ce juge si particulier. Une qualification pourtant plus que contestable puisque, par définition, une mesure d'administration judiciaire est une « *mesure de caractère non juridictionnelle (non susceptible de recours) destinée à assurer le fonctionnement de la juridiction soit d'une façon globale (répartition des juges entre les différentes chambres d'un tribunal, répartition des affaires...) soit à l'occasion d'un litige (radiation d'une affaire, ordonnance de clôture)* »¹⁵¹⁷. Cette formule inscrite en 1986 à l'article 733-1 du code de procédure pénale¹⁵¹⁸ apparaît fort éloignée de la réalité des mesures adoptées par le juge de l'application des peines, ses décisions « [dépassant] *de beaucoup l'appel d'une affaire à l'audience ou la composition d'une juridiction* »¹⁵¹⁹. Il faudra pourtant attendre les années 2000 pour que ces « *monstres juridiques* »¹⁵²⁰ se transforment en véritables mesures juridictionnelles. La loi du 15 juin 2000 va tout d'abord élever au rang de mesures juridictionnelles le placement à l'extérieur, la semi-liberté, le fractionnement et la suspension de peine, la suspension de peine pour raison médicale, le placement sous surveillance électronique et la libération

¹⁵¹⁶ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, Dalloz-action, Paris, 2012, p. 155.

¹⁵¹⁷ G. CORNU (*dir.*), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2018, 1104 p.

¹⁵¹⁸ Loi n°86-1021 du 9 septembre 1986 dite *Chalandon relative à l'application des peines*, *JORF* du 10 septembre 1986, p. 10958. Cet article précisait également que seul le procureur de la république avait la possibilité de contester une telle mesure devant le tribunal correctionnel.

¹⁵¹⁹ G.-J. GUGLIEMI, « Le JAP est-il un chiroptère ? », *op. cit.*

¹⁵²⁰ F. STAECHELE, « Le JAP magistrat du siège ou administrateur judiciaire ? », *op. cit.*

conditionnelle¹⁵²¹. Puis la loi du 9 mars 2004 va parachever cette mutation en juridictionnalisation toutes les mesures de l'application des peines¹⁵²² et en précisant à l'article 712-11 du code de procédure pénale que « *les décisions du juge de l'application des peines et du tribunal de l'application des peines peuvent être attaquées par la voie de l'appel par le condamné* ». Le détenu peut alors jouer un rôle plus important dans son parcours de détention et sa préparation à la sortie, mais surtout retrouve le statut de justiciable à même de faire garantir ses droits. Un statut qu'il a également progressivement retrouvé face au juge administratif.

2. *Les mesures d'ordre intérieur de l'administration pénitentiaire*

415- Les lois relatives au service public pénitentiaire de 1987¹⁵²³ ou de 2009¹⁵²⁴ rappellent que ce service public « *participe à l'exécution des décisions pénales* ». À ce titre, « *l'administration, main de la justice, prend chaque jour les multiples décisions indispensables à la vie courante des détenus* »¹⁵²⁵ telles que leur affectation, le maintien des liens familiaux, l'accès aux activités ou encore la prévention des troubles et la sanction des actes répréhensibles. S'il a été établi dès 1960 que ces décisions relèvent du juge administratif, pendant de longues années, le juge a estimé que de telles décisions étaient en grande majorité des mesures d'ordre intérieur, refusant alors d'en contrôler la légalité et d'offrir un recours effectif aux détenus. En effet, malgré le caractère incontestablement normatif de toutes ces mesures, le juge administratif considérait que ces mesures « *ne font pas grief* », car

¹⁵²¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* du 16 juin 2000, p. 9038.

¹⁵²² L'article 712-6 du CPP nouvellement adopté parle de « *jugements* ».

¹⁵²³ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JORF* du 23 juin 1987, p. 6769.

¹⁵²⁴ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (1), *JORF* du 25 novembre 2009, p. 20192.

¹⁵²⁵ C. VIGOUROUX, « La valeur de la justice en détention », *op. cit.*

elles n'affectent pas suffisamment la situation juridique des personnes détenues¹⁵²⁶. Ces mesures n'étaient selon lui que des mesures d'ordre intérieur c'est-à-dire « *l'expression de la part irréductible d'auto-organisation qui est nécessaire à toute entreprise pour poursuivre la réalisation de sa propre fin en dépit des nécessaires insuffisances d'une réglementation générale et pour rendre effective la responsabilité de ceux qui détiennent la direction* »¹⁵²⁷. Les mesures d'ordre intérieur ayant ainsi un caractère « *exclusivement interne à l'administration* » et « *aucun effet sur la situation juridique de ceux qui les subissent* »¹⁵²⁸, une telle qualification justifiait, au moins en théorie, le refus du juge administratif d'ouvrir une voie de recours à leur encontre. Plus encore, elle permettait à l'administration, dans le domaine sensible qu'est celui de l'exécution de la peine privative de liberté, de conserver suffisamment de pouvoir pour répondre promptement aux écarts des détenus sans prendre le risque de voir ses décisions remises en cause par le juge. Toutefois, même s'il est évident que le maintien de la discipline est nécessaire dans le milieu carcéral, refuser au détenu la possibilité de contester une décision prise à son encontre, alors même que cette décision a des réelles conséquences sur son quotidien ou sa préparation à la sortie ne relève en réalité que d'une « *politique d'opportunité administrative* »¹⁵²⁹ conduisant à soumettre le détenu en lui refusant la qualité de sujet de droit à laquelle il peut pourtant prétendre. Un refus qui devenait difficile à justifier, ce qui a poussé le juge administratif à infléchir sa jurisprudence sous l'influence européenne. Il a alors reconnu, dans un premier temps, au cas par cas, que certains actes de l'administration pénitentiaire pouvaient être contestés devant le juge à l'image du refus de respecter le secret des correspondances entre un détenu

¹⁵²⁶ TC, 4 juillet 1983, *Caillol*, *Rec.* p. 541.

¹⁵²⁷ J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur. Essai sur le caractère juridique de la vie intérieure des services publics*, Sirey, 1934, p. 258.

¹⁵²⁸ R. ODENT, *Contentieux administratif, Les cours du droit, 1970-1971*, fasc. 5, p. 932.

¹⁵²⁹ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, *op. cit.*, p. 85.

et son avocat¹⁵³⁰, du refus de restituer des sommes bloquées sur le compte d'un détenu¹⁵³¹, de l'interdiction de recevoir certaines publications¹⁵³² ou des décisions relatives au nombre ou à l'espacement des repas des détenus¹⁵³³. Puis, en 1995, il a généralisé l'ouverture du recours pour excès de pouvoir avec le célèbre arrêt *Marie*¹⁵³⁴ en considérant qu'il est nécessaire de prendre en considération « *la nature et la gravité de la mesure* » ainsi que ses incidences concrètes sur la situation du détenu pour la qualifier ou non de mesure d'ordre intérieur. Ce qui a nettement élargi le champ des mesures faisant grief, à l'image de la sanction de mise en cellule de punition pour une durée de 8 jours, même si elle prononcée avec sursis¹⁵³⁵, de la décision déterminant les conditions dans lesquelles les détenus peuvent acquérir du matériel informatique¹⁵³⁶, d'une mesure de mise à l'isolement¹⁵³⁷ ou de procéder à des fouilles corporelles intégrales pour des raisons disciplinaires¹⁵³⁸. Enfin, en 2007, dans un souci de sécurité juridique, il a d'une part prolongé la logique ayant mené à la décision de 1995 en

¹⁵³⁰ CE, 12 mars 1980, req. n°12572, *Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines*, Lebon 1980.

¹⁵³¹ CE, 3 novembre 1989, req. n°85424, *M. Jean-Jacques M* ; *Gaz. Pal.*, 23 mai 1990, p. 6.

¹⁵³² CE, 10 octobre 1990, req. n°107266, *Garde des sceaux*, *JCP G.*, 1991, p. 10 ; *Gaz. Pal.*, 9 décembre 1990, p. 4 ; *Gaz. Pal.*, 22 mai 1991, p. 41.

¹⁵³³ CE, 15 janvier 1992, req. n°97149, *M. Michel C* ; M.-C. ROUAULT, *JCP G.*, 1992, p. 121 ; *Gaz. Pal.*, 8 avril 1992, p. 7 ; *Gaz. Pal.*, 2 septembre 1992, p. 130.

¹⁵³⁴ CE, 17 février 1995, req. n°97754, *Marie* ; M. LACOMBE, F. BERNARD, *JCP G.*, 1995 ; *D.*, 1995, p. 74 ; *Gaz. Pal.*, 31 mai 1995, p. 4 ; M. FRYDMANN, S. PETIT, *Gaz. Pal.*, 7 juin 1996, p. 27 ; OTEKPO, *Gaz. Pal.*, 30 août 1995, p. 10 ; *Gaz. Pal.*, 29 novembre 1995, p. 6 ; *D.*, 1995, p. 74 ; N. BELLOUBET FRIER, *D.*, 1995, p. 381.

¹⁵³⁵ *Ibidem*.

¹⁵³⁶ CE, 18 mars 1998, req. n°191360, *Druelle*, *D.* 1998, p. 117.

¹⁵³⁷ CE, 30 juillet 2003, req. n°252712, *Remli* ; A. MARON, « Un enfant de Marie », *Droit pénal*, 2004, comm. 43 ; S. DEYGAS, « Régime pénitentiaire et mesures d'ordre intérieur », *Procédures*, 2003, comm. 242 ; M. LOMBARD, « Une nouvelle réduction du domaine des mesures d'ordre intérieur », *Droit administratif*, 2003, comm. 224.

¹⁵³⁸ CE, 12 mars 2003, req. n°237437, *Frérot* ; E. PECHILLON, *D.*, 2003, p. 1585 ; N. GUILLET, « Services publics – Mesures d'ordre intérieur (im)précisions et occasion ratée », *JCP A.*, 2003, p. 1033.

systematisant le raisonnement du juge afin qu'il opère non plus décision par décision, mais par catégorie de décision. Par exemple, sont ainsi dorénavant systématiquement recevables les recours dirigés contre les décisions de changement d'affectation de détenus d'une maison centrale à une maison d'arrêt¹⁵³⁹, de déclassement d'emploi¹⁵⁴⁰, de soumission d'un détenu à un régime de rotation de sécurité¹⁵⁴¹, de fouilles corporelles intégrales lors d'une extraction judiciaire¹⁵⁴², d'inscription d'un détenu sur le répertoire des détenus particulièrement signalés¹⁵⁴³,... D'autre part, il a ajouté que les mesures pour lesquelles un recours n'était pas systématiquement recevable demeurent justiciables dès lors que les libertés ou les droits de la personne détenue sont en jeu.

416- Progressivement le détenu a donc su s'orienter vers le juge compétent, mais a également pu voir ses requêtes aboutir. Du moins en théorie, puisqu'il ne faut pas oublier les obstacles pratiques existant à l'introduction d'une requête rendant difficile une saisine effective et efficace du juge.

§2 : L'existence d'obstacles quant à l'obtention d'un jugement effectif

417- Les obstacles quant à l'accès au prétoire sont aujourd'hui majoritairement levés et « *la personne détenue qui entend contester sa*

¹⁵³⁹ CE, 14 décembre 2007, req. n°290730, *Boussouar* ; S. DEYGAS, « L'instauration d'un régime de détention spécifique ne constitue pas une mesure d'ordre intérieur », *Procédures*, 2008, comm. 61 ; A. MARON, « Détention contrôlée », *Droit pénal*, 2008, comm. 25 ; F. MELLERAY, « Une nouvelle réduction du champ des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral », *Droit administratif*, 2008, comm. 24.

¹⁵⁴⁰ CE, 14 décembre 2007, req. n°290420, *Planchenault*.

¹⁵⁴¹ CE, 14 décembre 2007, req. n°306432, *Payet*.

¹⁵⁴² CE, 14 novembre 2008, req. n°315622 ; S. DEYGAS, « Fouilles intégrales des détenus », *Procédures*, 2009, comm. 31 ; F. MELLERAY, « Le juge administratif est compétent pour contrôler la légalité des fouilles corporelles intégrales des détenus », *Droit administratif*, 2009, comm. 11.

¹⁵⁴³ CE, 30 novembre 2009, req. n°318589.

situation [a] une très forte probabilité de trouver un juge à son écoute »¹⁵⁴⁴. Toutefois, cela ne signifie pas que l'accès au juge est pleinement effectif ni que les outils à la disposition du détenu sont pleinement adaptés. En effet, alors que pour se défendre il faut connaître ses droits comme ses obligations, il demeure de réelles difficultés quant à l'accessibilité de la norme juridique en détention (A). En outre, comme le révélait déjà le rapport CANIVET, si le dualisme juridictionnel a montré sa pertinence, il faut maintenant « résoudre les problèmes que cette répartition engendre pour le détenu »¹⁵⁴⁵. Or, l'action des deux ordres de juridiction manque de cohérence et ne permet pas toujours de répondre efficacement aux particularismes du contentieux pénitentiaire (B).

A) Le manque d'accessibilité de la norme juridique

418- Le droit pénitentiaire est diffus, désordonné, mêlant des normes de différentes valeurs adoptées par des instances variées et réparties dans des codes différents puisqu'il n'existe aucun code de l'exécution des peines ou document officiel regroupant le droit applicable au détenu, du prononcé de la peine privative de liberté à la fin de son exécution¹⁵⁴⁶. Si cette diversité caractéristique du droit pénitentiaire n'est pas en soi contraire au principe de sécurité juridique, puisque celui-ci n'impose ni l'uniformité ni la centralisation, elle ne doit pas empêcher l'accessibilité et l'intelligibilité de la norme sous peine de le devenir. Celles-ci sont des conditions obligatoires

¹⁵⁴⁴ A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

¹⁵⁴⁵ G. CANIVET, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, Rapport au Garde des Sceaux*, Ministre de la Justice, La Documentation Française, Paris, 2000, 229 p.

¹⁵⁴⁶ Il existe cependant des ouvrages reprenant l'ensemble des dispositions applicables à l'image de celui de l'Observatoire international des prisons et celui de Martine HERZOG-EVANS. V. OIP, *Le guide du prisonnier*, La découverte, Guides, Paris, 2012, 702 p. ; M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, Dalloz-action, Paris, 2012, 1073 p.

dans un État de droit. D'ailleurs, bien qu'il existe des débats doctrinaux quant à la catégorie juridique à laquelle le principe de l'intelligibilité appartient – principe à valeur constitutionnelle, principe général du droit ou standard juridique se rapprochant plutôt d'une technique d'appréciation de la norme – tous s'accordent sur son importance et son rôle protecteur du justiciable¹⁵⁴⁷. Il s'agit d'une « *norme de protection* »¹⁵⁴⁸, une obligation d'accompagner le justiciable pour lui assurer une compréhension des normes qu'il doit appliquer et qui lui sont opposées. En dépit de cette exigence d'importance, en particulier pour des personnes soumises à de nombreuses contraintes telles que les détenus (1), il existe encore de nombreux freins à l'accès au droit en détention (2).

1. *L'exigence d'un droit accessible et intelligible*

419- Ces vingt dernières années, les juges et le législateur ont entrepris de donner « *une nouvelle dimension à l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" en inversant la logique traditionnelle* »¹⁵⁴⁹. Quoique le citoyen soit censé s'informer sur la norme qui lui est applicable, celle-ci doit lui être accessible ; il doit pouvoir la comprendre pour pouvoir s'en prévaloir et en contester le respect. On retrouve cette exigence dans la démocratisation contemporaine du droit que traduisent notamment le développement de la légistique ou la volonté de codification. Cette dernière consiste, par exemple, en « *la simplification du droit, par le rassemblement,*

¹⁵⁴⁷ V. en ce sens A. JENNEQUIN, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme », *RFDA*, 2009, p. 913 ; F. MODERNE, « Sécurité juridique et sécurité financière », *RFDA* 2006, p. 483.

¹⁵⁴⁸ A. JENNEQUIN, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme », *op. cit.*

¹⁵⁴⁹ E. PECHILLON, « L'accès au droit et le droit au recours », *op. cit.*, pp. 49-60.

l'actualisation et la mise en cohérence de textes épars »¹⁵⁵⁰. Plus encore, elle transparait par l'élévation en 1999 par le Conseil constitutionnel de l'exigence « *d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* », tirée des dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au rang d'objectif à valeur constitutionnelle¹⁵⁵¹. Une entreprise poursuivie par le Conseil d'État qui en fait ensuite un moyen opérant à l'encontre des actes administratifs en 2005¹⁵⁵² et l'un des moyens de garantir la sécurité juridique du citoyen en 2006¹⁵⁵³. La qualité de la norme, loin d'être accessoire, est alors devenue « *la condition même de [son] existence* »¹⁵⁵⁴.

420- Ainsi, la loi, au sens large, doit, tout d'abord, être accessible d'un point de vue matériel. Un point que le législateur a repris dans la loi du 12 avril

¹⁵⁵⁰ A. JENNEQUIN, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme », *op. cit.*

¹⁵⁵¹ CC, 16 décembre 1999, décision n°99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes*, *JORF* du 22 décembre 1999, p. 19041 ; H. MOYSAN, « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », *Droit administratif*, 2002, p. 6 ; D. RIBES, « La répartition des compétences normatives entre loi et règlement », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, p. 589 ; B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un produit d'importation "mad in France" (à propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel) », *D.*, 2000, p. 7 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « [Note sous décision n°99-421 DC] », *LPA*, 2000, p. 15 ; W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, p. 361 ; D. RIBES, « Codes e stock – Le Conseil constitutionnel et les aléas de la codification », *RFDC*, 2000, p. 120 ; N. MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD Civ.*, 2000, p. 186.

¹⁵⁵² CE, 8 juillet 2005, req. n°266900, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT*.

¹⁵⁵³ CE, 24 mars 2006, req. n°288460, *KPMG* ; J.-M. BELORGEY, « Le Conseil d'État consacre le principe de sécurité juridique », *JCP G.*, 2006, p. 10113 ; D. SIMON, « Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique », *Europe*, 2006, comm. 142 ; M.-C. ROUAULT, « Le Conseil d'État consacrant solennellement le principe de sécurité juridique exige des mesures transitoires », *JCP G.*, 2006, act. 147.

¹⁵⁵⁴ C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire...*, Berger Levrault, coll. Le point sur, 5^{ème} éd., 2004, p. 218.

2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations reconnaissant un droit à l'information qui garantit « *la liberté d'accès aux règles de droit applicables aux citoyens* ». Il ajoute d'ailleurs que « *les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent* » et que « *la mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller* »¹⁵⁵⁵. En outre, le Conseil d'État a précisé que cette accessibilité suppose la gratuité de l'accès à la norme. Dans un arrêt en date du 20 novembre 2013¹⁵⁵⁶, il juge que « *sont, par ailleurs, entachées d'illégalité les dispositions réglementaires qui renvoient à tout ou partie d'une norme, en des termes qui imposent le respect de celle-ci, sans [...] que la norme en question soit gratuitement accessible* ».

421- Ensuite, la loi doit être intelligible¹⁵⁵⁷, c'est-à-dire accessible intellectuellement, lisible, compréhensible¹⁵⁵⁸. Comme l'explique Anne JENNEQUIN « *sont alors en cause les qualités rédactionnelles de l'acte législatif ou réglementaire* », mais aussi « *sa réception par le lecteur* ». La norme doit donc être bien écrite, mais aussi « *évaluée par référence aux capacités intellectuelles* » de son destinataire¹⁵⁵⁹. Cependant, pour que la

¹⁵⁵⁵ Article 2 de Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (1)*, *JORF* du 13 avril 2000, p. 5646. V. sur ce point : M. PUYBASSET, « Le droit à l'information administrative », *AJDA*, 2003, p. 1307 ; C. CARTIER, « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctrina*, n°1, 2008, p. 55

¹⁵⁵⁶ CE, 20 novembre 2013, req. n°354752, *Sarl Tekimmo*.

¹⁵⁵⁷ Pierre DE MONTALIVET définit l'intelligibilité comme « *la propension d'une chose à être comprise, à voir son sens déterminé par l'activité intellectuelle humaine* ». V. P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique. À propos de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » in : R. DRAGO (*dir.*), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 120.

¹⁵⁵⁸ V. sur ce point : V. LASSERRE KLESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXIème siècle », *D.*, 2002, p. 1160.

¹⁵⁵⁹ A. JENNEQUIN, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme », *op. cit.*. Elle s'interroge toutefois : « *Quel lecteur ?* ». Une question en effet

norme ne perde pas en efficacité, son intelligibilité « *ne doit pas entraîner un appauvrissement du droit* », la norme « *doit prendre en compte l'imprévisibilité inhérente à l'extraordinaire diversité des conduites humaines en même temps que l'irréductible complexité de la nature juridique* »¹⁵⁶⁰. Une marge d'appréciation nécessaire, sans aucun doute, mais qui a été utilisée à l'excès dans le domaine pénitentiaire poussant à s'interroger sur l'effectivité du droit d'accès à l'information.

2. La persistance de freins à l'accès au droit en détention

422- Loin d'être accessible, le droit pénitentiaire souffre du nombre et de la diversité de ses sources, de sa complexité comme de son absence matérielle dans les lieux de détention. Concernant l'organisation du droit pénitentiaire, en 1999, la Commission CANIVET en charge d'un rapport sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires évoquait déjà le « *désordre du droit de la prison* »¹⁵⁶¹. Celui-ci était composé de sources variables et nombreuses, dotées d'une valeur aléatoire, l'administration usant sans modération de circulaires pour expliciter les lois ou les règlements, développant ainsi un « *droit subordonné* » peu lisible par les personnes concernées¹⁵⁶². Un constat que le législateur semblait avoir entendu lorsqu'il entreprit de refonder le droit pénitentiaire. Alors que certains auteurs pensent que « *c'est probablement la mise en chantier d'un*

qui n'apporte pas de réponse uniforme. Doit-on prendre pour destinataire le citoyen lambda ou rendre la loi la plus accessible possible en s'adressant au citoyen le moins à même de la comprendre ? Doit-on prendre le risque de perdre en qualité de la norme ? Anne JENNEQUIN ajoute d'ailleurs que « *l'exigence d'intelligibilité de la norme cristallise plus globalement le difficile équilibre à trouver entre nécessaire rigueur juridique et accessibilité du droit pour les non-initiés* ».

¹⁵⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁵⁶¹ G. CANIVET, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, Rapport au Garde des Sceaux, op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁶² M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté, op. cit.*, pp. 46-47.

code de l'exécution des peines qui serait la mieux à même de donner corps à cette métamorphose et de faire évoluer davantage la condition des personnes détenues »¹⁵⁶³, seule la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a été adoptée. Novatrice, car affirmant les droits du détenu, elle n'est cependant pas exempte de critiques. La doctrine en a formulé de nombreuses, évoquant « *des avancées inachevées et une stagnation flagrante* »¹⁵⁶⁴, une simple élévation de la valeur des normes préexistantes sans construction cohérente¹⁵⁶⁵, ou faisant état d'une « *grande désillusion* »¹⁵⁶⁶ ou de « *régression* »¹⁵⁶⁷ en raison du nombre important de dispositions nécessitant des décrets d'application. En outre, les dispositions demeurent peu accessibles par les premiers concernés. Beaucoup de règles ne sont pas publiées et, le cas échéant, elles ne sont pas toujours affichées en détention. Et, quand bien même elles sont diffusées en ligne, les détenus n'ont que peu accès à internet, puisque « *la consultation de bornes internet est envisagée avec méfiance par les différents services* »¹⁵⁶⁸. Cette situation « *aboutit de fait à une rupture d'égalité entre les citoyens en ce qui concerne l'accès à la norme* »¹⁵⁶⁹. Cette inégalité creuse le manque d'intelligibilité de la norme. Alors que 75% des détenus ont un niveau scolaire inférieur ou égal au CAP, plus de 10% sont en situation d'illettrisme grave ou avéré, et près de 8% ne parlent pas du tout le français, la norme n'est pas adaptée ou simplifiée pour une compréhension plus aisée¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶³ M. DANTI-JUAN, « Analyse critique du contenu de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 dite pénitentiaire », *RDPD*, 2010, p. 79.

¹⁵⁶⁴ J.-P. CERE, « Virage ou mirage pénitentiaire ? À propos de la loi du 24 novembre 2009 », *D. Actualités*, 11 décembre 2009.

¹⁵⁶⁵ E. PECHILLON, « Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires : une réforme décrétable anachronique ? », *AJ Pénal*, 2013, p. 304.

¹⁵⁶⁶ M. GIACOPELLI, « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *RFDA*, 2010, p. 25.

¹⁵⁶⁷ M. HERZOG-EVANS, « Application des peines : la prétendue "bonne partie" de la loi pénitentiaire », *AJ Pénal*, 2009, p. 483.

¹⁵⁶⁸ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁷⁰ P. COMBESSIE, *Sociologie de la prison*, Repères, La Découverte, 4^{ème} éd., 2018, p. 35.

423- Face à ce constat, des tentatives d'amélioration ont été développées pour restaurer le principe d'égalité entre les détenus et plus généralement entre les citoyens. Face à des règlements intérieurs « *mal rédigés, parfois obsolètes voire "en cours de réécriture"* »¹⁵⁷¹, le comité d'orientation restreint de la loi pénitentiaire avait préconisé « *l'élaboration d'un règlement intérieur cadre applicable à tous les établissements de même type, chacun de ceux-ci pouvant, à raison de sa spécificité, y adjoindre des dispositions particulières* »¹⁵⁷². Le but est de restaurer une sécurité juridique au profit des détenus pouvant lors d'un transfert vers un nouvel établissement pénitentiaire se voir soumis à un régime juridique plus strict et donc de lutter contre le sentiment d'arbitraire qu'une réglementation changeante peut faire naître chez eux. La loi de 2009 a repris cette idée en commandant un décret fixant les règlements intérieurs types des différentes catégories d'établissements pénitentiaires, déterminant les modalités de fonctionnement communes à l'ensemble des établissements pénitentiaires et comportant également des dispositions spécifiques à chaque type d'établissement. Un tel document est nécessaire puisqu'il sert de base au prononcé de nombreuses décisions individuelles quotidiennes dont des décisions défavorables. Il permet aux usagers et aux tiers de prendre connaissance de leurs droits, de sécuriser le travail des intervenants et garantir une sécurité juridique. Il doit être suffisamment précis pour éviter tout risque d'arbitraire, même s'il doit laisser une marge d'action au chef de service disposant d'un pouvoir réglementaire interne¹⁵⁷³. Or, si avec le décret du 30 janvier 2013 instaurant le règlement intérieur type des établissements pénitentiaires¹⁵⁷⁴ « *une page de l'histoire du droit pénitentiaire [...] aurait dû se tourner* », les dispositions adoptées s'avèrent « *beaucoup trop floues pour pouvoir constituer une norme de référence*

¹⁵⁷¹ E. PECHILLON, « Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires : une réforme décrétable anachronique ? », *op. cit.*

¹⁵⁷² MINISTRE DE LA JUSTICE, *Comité d'orientation restreint de la loi pénitentiaire - Orientations et préconisations*, Ministère de la Justice, Paris, 2007, p. 36. Proposition 54.

¹⁵⁷³ CE, 7 février 1936, req. 43321, *Jamart ; Lebon*.

¹⁵⁷⁴ Décret n° 2013-368 du 30 avril 2013 *relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires*, *JORF* du 3 mai 2013, p. 7609.

efficace »¹⁵⁷⁵. S'ajoute à cela l'alinéa 2 de l'article R-57-6-18 du code de procédure pénale prévoyant que « *le chef d'établissement adopte le règlement intérieur type applicable à la catégorie dont relève l'établissement qu'il dirige en prenant en compte les modalités spécifiques de ce dernier* ». Cette disposition relativement floue ne permet pas en elle-même de garantir une sécurité juridique effective, but initial de cette réforme qui s'avère alors inachevée, laissant son sort aux mains de l'interprétation qui en sera faite par l'administration.

424- Quant à l'accès au droit, l'accès à internet pour les détenus est encadré strictement¹⁵⁷⁶ et la compréhension des normes nécessite une aide extérieure bien souvent insuffisante. Toutefois, petit à petit, les conseils juridiques ont fait leur entrée en prison sous l'impulsion de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations¹⁵⁷⁷. Cette loi, étrangère à l'administration pénitentiaire, a pourtant permis l'entrée des avocats en détention lors des commissions disciplinaires. Dans un premier temps, l'administration pénitentiaire a refusé d'appliquer cette loi estimant ne pas être concernée puis a essayé d'en réduire la portée avec une circulaire d'application du 31 octobre 2000 imposant que les mandataires représentant les détenus obtiennent un agrément de l'administration pénitentiaire¹⁵⁷⁸. Dans un second temps, elle a été obligée de s'y soumettre. Ladite circulaire a été annulée par le Conseil d'État en 2001¹⁵⁷⁹ poussant le Ministre de la justice à adopter le décret du 18 mars 2002 prévoyant l'aide juridictionnelle au bénéfice des détenus et consacrant

¹⁵⁷⁵ E. PECHILLON, « Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires : une réforme décrétable anachronique ? », *op. cit.*

¹⁵⁷⁶ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2 – A – 2. Un droit à la correspondance dématérialisée insuffisant (340)

¹⁵⁷⁷ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (1)*, *op. cit.*

¹⁵⁷⁸ Circulaire AP, 31 octobre 2000 - *Procédure disciplinaire des détenus*. NOR : JUSE0040087C.

¹⁵⁷⁹ CE, 20 mars 2002, req. n°226803.

alors l'entrée des avocats en prison¹⁵⁸⁰. « Une étape déterminante au regard du respect effectif des droits de la défense durant le procès disciplinaire » est franchie¹⁵⁸¹. Cette décision complète le développement parallèle des points d'accès au droit en détention depuis l'an 2000. Rattachés aux centres départementaux d'accès au droit, ils sont destinés à fournir aux personnes incarcérées des réponses adaptées aux difficultés juridiques qu'elles sont susceptibles de rencontrer¹⁵⁸². Ils sont aujourd'hui 154 en milieu pénitentiaire. Leur champ ne recouvre donc pas les 187 établissements pénitentiaires existants, mais il s'agit d'un grand pas en avant vers la reconnaissance du droit au recours des détenus. Faut-il encore que la solution à son litige soit adéquate et intervienne dans un délai adapté pour être pertinente et utile.

B) Le particularisme du contentieux pénitentiaire

425- Le contentieux pénitentiaire est aux confins des deux ordres juridictionnels et le détenu rencontre de nombreux obstacles pour accéder aux textes qui lui sont applicables. Ces obstacles, importants en tant que tels, voient en outre leurs effets démultipliés lors de l'adoption de décisions concernant le détenu. Le contentieux pénitentiaire est en effet situé à l'embranchement de plusieurs disciplines ce qui rend complexe l'unicité des décisions et leur cohérence (1) et empêche une réelle adaptation de celles-ci au temps carcéral (2).

¹⁵⁸⁰ Décret n°2002-366 du 18 mars 2002 modifiant les décrets n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 et n° 96-887 du 10 octobre 1996 et relatif à l'aide juridique, *JORF* du 20 mars 2002, p. 4954.

¹⁵⁸¹ J.-P. CERE, « L'évolution de la discipline pénitentiaire », *CRDF*, n°3, 2004, pp. 43-48.

¹⁵⁸² Les points d'accès au droit apportent une information générale des personnes détenues sur leurs droits et obligations, une aide aux démarches, une consultation et une assistance quant à la rédaction et la conclusion d'actes juridiques. V. M. BELOT, « Accès au droit et personnes en situation d'exclusion », *D.*, 2016, p. 944.

1. Un contentieux à l'embranchement de plusieurs disciplines

426- Du fait de « *sa position originale dans l'organisation institutionnelle* », le contentieux pénitentiaire dépend de deux juges distincts. Englobant le prononcé de la peine privative de liberté et son exécution, « *le droit de la prison, en effet, traite de questions de nature juridique mixte concernant simultanément le droit administratif, le droit pénal, le droit civil ou le droit du travail* »¹⁵⁸³. Si cela implique une connaissance de l'ensemble des normes applicables par le détenu, ou par son avocat voire ses avocats - recourir à des avocats différents selon le litige étant parfois plus adéquat en raison de la spécificité des différents contentieux -, cela implique surtout pour un droit pénitentiaire pleinement efficace une réelle coopération entre les différentes instances adoptant des décisions à l'égard du condamné détenu.

427- Or, « *cette séparation du contentieux de la détention en deux ensembles imperméables conduit deux juges distincts à porter un regard séparé sur certains aspects de la détention, chacun appréciant indépendamment les problématiques liées à la détention, dans le cadre limité de son intervention : l'appréciation de la peine, de sa nature, ses limites et ses modalités d'exécution en ce qui concerne le juge judiciaire, la conformité de l'action de l'administration pénitentiaire au regard des règles conventionnelles, législatives et réglementaires s'agissant du juge administratif* »¹⁵⁸⁴. Une telle dualité, sans réelle interconnexion, s'avère pourtant inadaptée. Elle pousse à distinguer le prononcé de la peine de son exécution et empêche de mettre en place une peine privative de liberté pleinement cohérente au regard de ses finalités, notamment son rôle de réinsertion et donc de préparation à la sortie. En effet, la jurisprudence montre malheureusement que le juge judiciaire¹⁵⁸⁵ et le juge d'application

¹⁵⁸³ E. PECHILLON, « L'accès au droit et le droit au recours », *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁸⁴ A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

¹⁵⁸⁵ Cass. Crim, 22 mai 2013, n°12-84.448.

des peines¹⁵⁸⁶ ne tiennent pas – ou peu - compte des conditions de détention lors du prononcé de la peine alors que celles-ci vont avoir un impact conséquent sur les modalités d'exécution de la peine et la manière dont la sanction va être vécue et comprise par le détenu. Et, de l'autre côté du contentieux, le juge administratif n'est pas en mesure d'adapter pleinement ses décisions au cas particulier de chaque détenu n'ayant pas « *la connaissance personnelle de la personne incarcérée, faute d'un accès au dossier pénal et d'audition de l'intéressé* », n'ayant alors que peu d'informations sur son parcours et ses perspectives de réinsertion. En outre, bien que le juge administratif essaye de se placer « *au plus près de la réalité carcérale* » en se référant dans sa jurisprudence à « *l'importance [des effets de la mesure litigieuse] sur la situation des détenus* » ou en observant « *que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus* »¹⁵⁸⁷, il ne la connaît que trop peu. En effet, « *le juge administratif est dépourvu de contact direct avec la prison* ». Alors qu'en application de l'article 10 de la loi pénitentiaire de 2009, les juges pénaux ont l'obligation de visiter « *au moins une fois par an chaque établissement pénitentiaire situé dans leur ressort territorial de compétence* » de sorte qu'ils aient une connaissance concrète du milieu carcéral avant de prononcer leurs décisions¹⁵⁸⁸, une telle obligation n'a pas été prescrite aux juges administratifs. Ainsi, même si en vertu de l'article R. 622-1 du code de justice administrative, ils peuvent « *décider que l'un ou plusieurs de ses membres se transporteront sur les lieux pour y faire les constatations et vérifications déterminées par sa décision* » et peuvent « *dans le cours de la visite, entendre à titre de renseignements les personnes qu'ils désignent et faire faire en leur présence les opérations qu'ils jugent utiles* », aucune obligation à cette fin ne leur est imposée par le législateur.

428- Cette absence de dialogue entre les deux ordres de juridictions couplée à cette mauvaise connaissance de la détention empêche de rendre la peine

¹⁵⁸⁶ Cass. Crim 25 novembre 2009, n°09-82.971.

¹⁵⁸⁷ CE, 14 décembre 2007, req. n°290730 /290420, *Boussouar, Planchenault, op. cit.*

¹⁵⁸⁸ J.-M. DELARUE, « Extension et limites du contrôle judiciaire », *Pouvoirs*, n°135, 2010, p. 101.

pleinement efficace et le droit au recours du détenu effectif comme l'illustre plus particulièrement encore l'inadaptation du temps juridictionnel au temps carcéral.

2. *L'inadaptation du temps juridictionnel au temps carcéral*

429- La compétence de chaque juridiction lors de l'exécution de la peine privative de liberté a été éclaircie, mais le rôle de chacune demeure intrinsèquement lié à celui de l'autre. Un lien plus favorable au juge judiciaire qui maîtrise le « *rythme de la justice pénale, du moment de la mise sous écrou jusqu'à la date de l'élargissement* » et qui impose ce rythme à l'administration pénitentiaire quand bien même il puisse « *paraître fondamentalement incompatible avec celui du juge administratif* ». Effectivement, « *là où la justice pénale agit dans des délais de procédure puis a seule compétence pour en modifier la durée, l'administration ne dispose en revanche pas de la maîtrise du temps* »¹⁵⁸⁹. D'ailleurs, plusieurs auteurs ont affirmé qu'« *en détention, s'engager sur le terrain de l'action contentieuse s'avère souvent un long périple qui débouchera au mieux sur une victoire symbolique, mais tardive* »¹⁵⁹⁰. En raison du particularisme du droit administratif et de l'existence du privilège du préalable, le détenu devra subir la décision administrative prise à son encontre même s'il la conteste. Pour obtenir, peut-être, gain de cause et l'annulation de la mesure litigieuse, il devra attendre plusieurs mois voire plusieurs années que le juge rende sa décision. En effet, la décision administrative exécutoire, telle que la sanction disciplinaire, est le « *procédé-type de l'action administrative* », mais surtout « *le plus révélateur, au point de vue théorique, des prérogatives de la puissance publique* ». Elle jouit d'une présomption de conformité au droit, est directement exécutoire, tout recours à son encontre n'a pas d'effet

¹⁵⁸⁹ A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

¹⁵⁹⁰ J.-P. CERE, M. HERZOG-EVANS, E. PECHILLON, « Chronique d'exécution des peines », *D.*, 2013, p. 1304.

suspensif et, au surplus, c'est au requérant qui la conteste de prouver l'illégalité qu'il affirme¹⁵⁹¹. Cette « *autorité de chose décidée* »¹⁵⁹² de la décision de l'administration montre l'inadaptation du fonctionnement des tribunaux administratifs au contentieux pénitentiaire dans lequel les décisions contestées peuvent avoir de lourdes conséquences sur les droits de détenus déjà privés de liberté¹⁵⁹³. En outre, cette inadaptation impacte les décisions du juge de l'application des peines. Lorsqu'il examine les demandes d'aménagement de peine ou l'octroi de réduction de peines, il tient compte du comportement du détenu en détention et donc des sanctions prononcées à son encontre. Mais, il ne tient pas compte de leur potentielle annulation future par le juge administratif, celle-ci étant purement prospective¹⁵⁹⁴.

430- Néanmoins, le caractère exécutoire des décisions de l'administration n'est pas sans justification. L'administration doit pouvoir agir, et agir vite, pour être efficace lorsqu'il est question d'ordre et de sécurité. Ces décisions doivent pouvoir s'imposer et donc ne pas souffrir du caractère suspensif d'un recours. Toutefois, une meilleure protection des droits des détenus est nécessaire et il est important de trouver un équilibre entre les droits des détenus et les privilèges de l'administration. Le législateur a œuvré en ce sens en ouvrant peu à peu, depuis la loi du 13 juin 2000, les référés administratifs au contentieux de la détention. Même si l'équilibre trouvé reste précaire, cela a permis l'adaptation - partielle - du contentieux administratif au temps si particulier de l'enfermement. Il s'agit ici d'un des éléments permettant d'affirmer que le droit au recours du détenu est actuellement en mutation pour se transformer en droit effectif, mutation impulsée par le Conseil de l'Europe imposant au juge français une vision bien plus complète du droit au recours.

¹⁵⁹¹ J. WALINE, *Droit administratif*, 26^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2016, p. 429 et p. 457.

¹⁵⁹² Cette expression est empruntée au Doyen VEDEL.

¹⁵⁹³ P. FRYDMAN, « Conclusions sous Conseil d'État, Assemblée, 17 Février 1995 - MM Hardouin et Marie », *RFDA*, 1995, p. 353.

¹⁵⁹⁴ J.-P. CERE, « A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral, le point de vue du pénaliste, Comm. Sur CE, Ass., 17 février 1995, Marie », *RFDA*, 1995.

Section 2 : Le droit au recours du détenu, un droit en construction

431- Face aux exigences de la construction d'un État de droit respectueux des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il est apparu nécessaire de faire évoluer le droit de la détention pour assurer au détenu une véritable protection face aux privilèges de l'administration. Cette évolution, quand elle n'a pas été imposée par la Cour européenne des droits de l'Homme à la suite de condamnations de l'État français, a été impulsée par la jurisprudence de cette dernière souvent plus protectrice du détenu que ne l'était le droit français.

432- En effet, la Cour européenne a choisi d'opter pour une interprétation évolutive du texte de la Convention afin de permettre une protection toujours plus poussée et actuelle des droits qu'elle consacre. Elle a ainsi adopté une lecture autonome des notions qu'elle utilise, c'est-à-dire une lecture détachée du contexte juridique national et de ces acceptions pour en avoir une lecture propre et imposer des garanties souvent plus conséquentes. Cette lecture a pu être observée tout particulièrement dans le champ d'application de l'article 6§1 de la Convention consacré au droit au procès équitable (**Paragraphe 1**). Elle a également mis en place d'autres techniques jurisprudentielles à même de développer son champ de compétences, telles les obligations positives par exemple ou l'effet horizontal des dispositions de la Convention. Ces techniques ont eu un impact conséquent sur l'application de l'article 3 souvent utilisé lors de recours ayant trait aux conditions de détention. Mais, ce qui a révolutionné les possibilités de recours des détenus reste particulièrement l'autonomisation de l'article 13 consacré au droit au recours effectif (**Paragraphe 2**). Autoriser la contestation du droit d'accéder à un recours effectif indépendamment de l'allégation de violation d'un des autres droits de la convention a permis d'ériger un véritable droit d'accès au tribunal et à un jugement pour les détenus. Ils disposent de la possibilité de saisir la Cour en cas d'inefficacité des recours nationaux. Une possibilité qui a été utilisée à maintes reprises depuis les années 1990 où l'individu a pris place au cœur

du mécanisme de contrôle de la Cour européenne en ayant l'opportunité de la saisir directement en cas de violation alléguée de l'un au moins des articles de la Convention¹⁵⁹⁵.

§1 : L'élargissement de la protection grâce aux notions autonomes de l'article 6 de la Convention européenne

433- L'article 6 de la Convention européenne dispose dans son premier paragraphe que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Si cette disposition paraît en première lecture limitée dans son application à des causes concernant des “contestations sur des droits et obligations de caractère civil”, des “accusations en matière pénale” jugées par un “tribunal”, il n'en est rien. La Cour européenne a opéré une interprétation extensive de ces différentes notions et « *étendu singulièrement le champ d'application du droit à un procès équitable* »¹⁵⁹⁶. Par « *souci d'effectivité* » et pour « *donner aux dispositions de l'instrument conventionnel tout leur effet utile* », elle en a fait de véritables notions autonomes. Cela signifie que ces notions « *ne peuvent être interprétées par simple référence au droit interne de l'État défendeur – sauf à faire varier l'interprétation de la Convention au gré de ces qualifications – mais doivent être dotées d'un sens européen valable pour tous les États contractants* »¹⁵⁹⁷. L'étude de la jurisprudence européenne montre ainsi l'autonomisation de la notion

¹⁵⁹⁵ Article 34 de la Convention mis en place avec l'adoption du protocole n°11 en date du 11 mai 1994. Frédéric SUDRE n'a pas hésité à qualifier le droit de recours individuel de « *pierre angulaire du mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention européenne des droits de l'homme* » soulignant alors son importance dans l'évolution de la protection mise en place. V. F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 21.

¹⁵⁹⁶ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 34-35.

¹⁵⁹⁷ F. SUDRE, H. SURREL, « Droits de l'homme », *Répertoire de droit international, Dalloz*, juillet 2017.

d'accusation en matière pénale permettant d'envisager son application à la notion française de sanction disciplinaire pénitentiaire (A) tout comme l'autonomisation de la notion de tribunal permettant d'envisager son application à la commission de discipline pénitentiaire (B).

A) Vers l'application de la notion d'accusation en matière pénale à la sanction disciplinaire

434- Le droit disciplinaire pénitentiaire est grandement inspiré des principes du droit pénal et peut conduire au prononcé de sanctions lourdes à l'image du placement en cellule disciplinaire ayant des conséquences sur le quotidien du détenu et pouvant même avoir des conséquences sur les limites temporelles de sa peine lors de l'examen de son dossier par le juge de l'application des peines. Il est donc pertinent d'envisager que le juge européen fasse entrer la sanction disciplinaire pénitentiaire (2) dans le champ d'application de la notion européenne d'accusation en matière pénale (1).

1. La notion européenne d'accusation en matière pénale

435- Les garanties de l'article 6 de la Convention européenne, protectrices de l'individu ne trouvent à s'appliquer qu'à condition que la procédure en cause s'apparente à une « *accusation en matière pénale* ». Toutefois, cette notion d'accusation en matière pénale a la particularité et l'avantage de revêtir une portée « *autonome* », indépendante des catégories utilisées par les systèmes juridiques nationaux des États membres¹⁵⁹⁸. Ainsi, tout en considérant que « *la convention permet sans aucun doute aux États, dans l'accomplissement de leur rôle de gardien de l'intérêt public, de maintenir ou d'établir une distinction entre droit pénal et droit disciplinaire (ou*

¹⁵⁹⁸ CEDH, 26 mars 1982, req. n°8269/78, *Adolf c/ Autriche*, A49.

administratif) ainsi que d'en fixer la trace », la Cour européenne affirme que « *si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction mixte sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouvent subordonné à leur volonté souveraine* »¹⁵⁹⁹. Elle a dans cette finalité défini le concept d'accusation en matière pénale et fixé « *des critères de rattachement de la procédure qualifiée de disciplinaire en droit interne à la notion d'accusation en matière pénale* »¹⁶⁰⁰.

436- L'accusation en matière pénale est ainsi « *la notification officielle émanant de l'autorité compétente du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* »¹⁶⁰¹ ayant des « *répercussions importantes* » sur la situation de la personne accusée¹⁶⁰². Elle est reconnaissable à l'aune de trois critères : la qualification en droit interne, la nature de l'infraction et la sévérité de la peine que la personne concernée risque d'encourir¹⁶⁰³. Elle tient donc compte de la qualification interne de l'infraction, mais ce critère n'est pas suffisant ni décisif : ce n'est qu'une « *indication qui n'a qu'une valeur formelle et relative* » qui « *se révélerait en général illusoire si [le juge] ne prenait pas en considération le degré de gravité de la sanction que risque l'intéressé* »¹⁶⁰⁴. Il faut donc essentiellement s'intéresser aux deux autres critères.

¹⁵⁹⁹ CEDH, 8 juin 1976, req. n°5100/71-5101/71-5102/71-5354/72-5370/72, *Engel et autres c. Pays-Bas*, §82-83, A22.

¹⁶⁰⁰ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, op. cit., pp. 255-256.

¹⁶⁰¹ CEDH, 27 février 1980, req. n°6903/75, *Deweert c. Belgique*, §§42-46, A35.

¹⁶⁰² CEDH, 15 juillet 1982, req. n°8130/78, *Eckle c. Allemagne*, §73, A51.

¹⁶⁰³ CEDH, 8 juin 1976, req. n°5100/71-5101/71-5102/71-5354/72-5370/72, *Engel et autres c. Pays-Bas*, op. cit.

¹⁶⁰⁴ CEDH, 9 octobre 2003, req. n°39665/98 et 40086/98, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, §82, *Recueil des arrêts et décisions 2003-X*.

437- Concernant la nature de l'infraction, il apparaît comme le plus important¹⁶⁰⁵. La Cour européenne recherche la « *coloration pénale de l'infraction* »¹⁶⁰⁶. Elle regarde s'il est question d'une norme de caractère général ne s'adressant pas « *à un groupe déterminé à statut particulier à la manière par exemple du droit disciplinaire* »¹⁶⁰⁷, si l'infraction a un but préventif ou répressif puisque « *relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif* » « *consistant d'habitude en des mesures privatives de liberté et des amendes* »¹⁶⁰⁸. En outre, elle n'hésite pas à additionner et combiner les éléments si aucun d'entre eux ne permet de trancher de manière décisive sur la nature de l'accusation.¹⁶⁰⁹

438- Enfin, la Cour s'intéresse à « *la nature et [au] degré de sévérité de la sanction que risquerait de subir le requérant* »¹⁶¹⁰ et non à la sanction effectivement prononcée. Cela s'explique par le simple fait que « *dans la majorité des cas et sous réserve de l'enjeu de proportionnalité, elle n'est pas en mesure de préjuger sa décision* »¹⁶¹¹. Essentiel tout comme le critère précédent, ce critère n'apparaît toutefois pas indispensable, ces deux derniers n'étant pas nécessairement cumulatifs¹⁶¹².

439- Il ressort de la jurisprudence de la Cour une volonté d'étendre la garantie de l'article 6, mais si elle incite « *les autorités administratives qui*

¹⁶⁰⁵ CEDH, 23 novembre 2006, req. n°73053/01, *Jussila c. Finlande*, §38, *Recueil des arrêts et décisions 2006-XIV*.

¹⁶⁰⁶ CEDH, 24 février 1994, req. n°12547/86, *Benedoun c. France*, §47, A284.

¹⁶⁰⁷ CEDH, 28 septembre 1999, req. n°22479/93, *Ozturk c. Allemagne*, §53, *Recueil des arrêts et décisions 1999-VI*.

¹⁶⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁰⁹ CEDH, 24 février 1994, req. n°12547/86, *Benedoun c. France*, *op. cit.*

¹⁶¹⁰ CEDH, 28 juin 1984, req. n°7819/77 7878/77, *Campbell et fell c. Royaume-Uni*, § 72, A80.

¹⁶¹¹ F. SUDRE et C. PICHERAL (dir.), *La diffusion de modèle européen du procès équitable*, La documentation française, Paris, 2003, pp. 129-130.

¹⁶¹² CEDH, 25 août 1987, req. n°9912/82, *Lutz c. Allemagne*, §55, A123 ; CEDH, 28 septembre 1999, req. n°22479/93, *Ozturk c. Allemagne*, §54.

ne sont pas formellement des tribunaux à respecter les obligations de l'article 6 lorsque ces autorités statuent sur des accusations en matière pénale », « on ne peut pas encore dire qu'elle contraigne »¹⁶¹³. L'application de l'article 6 dans le contexte carcéral demeure donc incertain d'autant que la Cour n'ignore pas que « des raisons pratiques et politiques militent pour un régime disciplinaire spécial » telles que « la sécurité, l'intérêt de l'ordre, la nécessité de réprimer la mauvaise conduite des intéressés avec toute la promptitude possible l'existence de sanctions sur mesure »¹⁶¹⁴.

2. Le cas de la sanction disciplinaire pénitentiaire

440- Bien que « l'applicabilité de l'article 6 à la procédure disciplinaire pénitentiaire est loin d'être évidente »¹⁶¹⁵, en relevant que les critères pris par l'arrêt *Engel c. Pays-Bas* s'appliquent *mutatis mutandis*, la juridiction européenne a privilégié une approche constructive de cette question. En outre, dans l'arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, elle a tiré les conséquences de sa jurisprudence *Golder* sur le respect des droits de l'homme en détention. La Cour retient une « conception matérielle de la privation de liberté »¹⁶¹⁶ et affirme qu'« une privation de liberté susceptible d'être infligée à titre répressif ressortit en général à la matière pénale »¹⁶¹⁷. Plus encore, elle applique l'article 6 à une instance disciplinaire jugeant que la perte importante d'une remise de peine est une sanction qui « s'apparente à une privation de liberté même si juridiquement elle n'en constituait pas

¹⁶¹³ J.- M. SAUVE, « Les sanctions administratives en droit public français : état des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA*, 2001, p. 16.

¹⁶¹⁴ F. SUDRE et C. PICHERAL (dir.), *La diffusion de modèle européen du procès équitable op. cit.*, pp. 116-117.

¹⁶¹⁵ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶¹⁶ F. SUDRE et C. PICHERAL (dir.), *La diffusion de modèle européen du procès équitable op. cit.*

¹⁶¹⁷ CEDH, 28 juin 1984, req. n°7819/77 7878/77, *Campbell et fell c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

une »¹⁶¹⁸. Bien évidemment, elle juge aussi que lorsque la sanction disciplinaire pénitentiaire mène à l'ajout de jours de détention, il s'agit de mesures relevant de l'article 6¹⁶¹⁹. On ne saurait toutefois déduire de ces arrêts que toutes les sanctions disciplinaires pénitentiaires relèvent du champ d'application de l'article 6, cela va dépendre de leur intensité. La Cour n'hésite pas à l'affirmer dans son arrêt *Boulois c. Luxembourg*¹⁶²⁰. Un point qui avait déjà transparu dans l'arrêt *Payet c. France* qui nous intéresse plus particulièrement. En l'espèce, la Cour européenne a jugé qu'une punition de cellule n'emporte pas à elle seule le degré de gravité suffisant à l'application de l'article 6 puisqu'elle n'a « *en aucune manière allongé la durée de détention des requérants* ». Une solution « *critiquable* » selon Nicolas HERVIEU, puisque la Cour a négligé que la sanction « *a ajouté un nouvel élément, la détention en cellule disciplinaire, pour se concentrer sur la seule privation de liberté et conclure que "la sanction imposée au requérant n'était pas d'une nature et d'une gravité qui la fassent ressortir à la sphère pénale (§98)"* »¹⁶²¹. Une solution également « *paradoxe* », puisque la Cour a jugé dans ce même arrêt que les conditions de détention en cellule disciplinaire étaient contraires à l'article 3 de la Convention¹⁶²². Au surplus, il est en réalité erroné de dire que la punition de cellule n'apporte aucune conséquence sur la durée de détention.

441- En effet, en droit français, la sanction disciplinaire emporte des conséquences sur le crédit de réduction de peine ainsi que sur la décision de réduction de peine supplémentaire. D'autant que si le crédit de réduction de

¹⁶¹⁸ F. SUDRE et C. PICHERAL (*dir.*), *La diffusion de modèle européen du procès équitable* *op. cit.*

¹⁶¹⁹ CEDH, 9 octobre 2003, req. n°39665/98 et 40086/98, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, *op. cit.* Dans l'arrêt *Ezeh et Connors*, la Cour retient que le contrôle du juge « *se révélerait en général illusoire s'il ne prenait pas en considération le degré de gravité de la sanction que risque l'intéressé* ».

¹⁶²⁰ CEDH, 3 avril 2012, req. n°37575/04, *Boulois c. Luxembourg*, §85, *Recueil des arrêts et décisions 2012*.

¹⁶²¹ N. HERVIEU, « Contrôle juridictionnel accru des décisions de l'administration pénitentiaire et du recul corrélatif des MOI », *Lettre ADL* du 23 janvier 2011.

¹⁶²² *Ibidem*.

peine supplémentaire reste subordonné « *aux efforts sérieux de réadaptation sociale du détenu* »¹⁶²³, le crédit de réduction de peine est, depuis la loi Perben II du 9 mars 2004, automatiquement accordé au détenu¹⁶²⁴, mais retiré « *en cas de mauvaise conduite du condamné en détention* »¹⁶²⁵. La décision du juge de l'application des peines du retrait de crédit de réduction de peine a donc pour effet de prolonger la durée de détention et cette prolongation peut aller jusqu'à trois mois par année de détention. Et, il est évident que le fait d'être condamné à une punition de cellule peut être assimilé à un acte de « *mauvaise conduite* » pouvant entraîner une telle décision. De ce fait, l'application de l'article 6 prenant en compte la peine encourue et non la peine effectivement prononcée, il appert que certaines sanctions disciplinaires correspondent aux "accusations en matière pénale" de la Convention européenne. Une évolution de la jurisprudence de la Cour est donc probable et la soumission de la procédure disciplinaire pénitentiaire aux garanties de l'article 6 de la convention européenne à envisager.

442- Néanmoins, tout laisse à penser qu'une telle évolution, si elle est mise en place, ne le sera pas pour toutes les sanctions disciplinaires, ou tout du moins pas dans l'immédiat. Déjà, cette évolution ne semble obligatoire que vis-à-vis de la punition de cellule, seule sanction générant une privation de liberté et qui, contrairement à une sanction spécifique « *n'a plus aucun rapport avec la réglementation qu'elle tend à faire respecter* » et « *devient une punition* »¹⁶²⁶. Ensuite, elle ferait perdre « *de nombreux avantages pratiques* » à la sanction disciplinaire qui, par souci d'efficacité, est immédiatement exécutoire et n'est pas suspendue lors du dépôt d'un recours devant le juge¹⁶²⁷. La sanction disciplinaire doit permettre à l'administration d'« *assurer le fonctionnement harmonieux du service public* » quitte à faire

¹⁶²³ Art. 721-1 du CPP

¹⁶²⁴ Art. 721 alinéa 1 du CPP

¹⁶²⁵ Art. 721 alinéa 2 du CPP

¹⁶²⁶ M. DEGOFFE, « L'ambiguïté de la sanction administrative », *AJDA*, 2001, p. 27.

¹⁶²⁷ J.-H. ROBERT, « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », *AJDA*, 2001, p. 90.

prévaloir la conservation de l'ordre public à la personne de l'administré¹⁶²⁸. Sanction institutionnelle selon la classification de Mattias GUYOMAR, elle « constitue le prolongement naturel du pouvoir hiérarchique et son exercice n'a d'autre objet que d'assurer le bon fonctionnement de l'institution dans laquelle s'est noué le lien de subordination préalable »¹⁶²⁹. Ce but, d'intérêt général, justifierait pour l'administration de lui reconnaître un régime exorbitant de droit commun. Pour autant, même si le Conseil constitutionnel reconnaît le pouvoir de sanction des autorités administratives, il a, dans sa décision du 28 juillet 1989, jugé que « l'exercice de ce pouvoir est exclusif de toute privation de liberté et doit être assorti de mesures destinées à la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis »¹⁶³⁰. Cette jurisprudence rejoint celle de la Cour européenne. Elle autorise à espérer une évolution en faveur de l'application des garanties de l'article 6 aux punitions de cellule, voire par extension à toutes les sanctions disciplinaires pénitentiaires. Cette évolution pousse également à envisager l'application de la notion autonome européenne de "tribunal" à la commission de discipline pénitentiaire pour une protection encore plus accrue des détenus.

B) Vers l'application de la notion de tribunal à la commission de discipline pénitentiaire

443- Alors qu'en droit français la notion de tribunal est assimilée à celle de juridiction, seule qualification emportant les garanties du droit au procès équitable, en droit européen elle reçoit une acceptation autonome¹⁶³¹ (1). La

¹⁶²⁸ J.-M. SAUVE, « Les sanctions administratives en droit public français : état des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA*, 2001, p. 16.

¹⁶²⁹ M. GUYOMAR, « Administration/Citoyens – Sanctions administratives et contrôle du juge », *La Semaine juridique Administration et collectivités territoriales*, n°11, 11 mars 2013, p. 2079.

¹⁶³⁰ CC, 28 juillet 1989, 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, *op. cit.*

¹⁶³¹ CEDH, 27 août 2002, req. n° 58188/00, *Didier c. France*, 27 juillet 2002.

définition européenne de tribunal couplée à la définition de l'accusation en matière pénale conduit à s'interroger sur la compatibilité de la procédure devant la commission disciplinaire pénitentiaire avec les exigences de l'article 6 (2).

1. La notion européenne de tribunal

444- Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un "tribunal" se caractérise non pas par sa dénomination, ce qui permettrait aux États membres de volontairement exclure l'application de l'article 6 de la Convention, mais par sa fonction juridictionnelle. Un tribunal est l'organe qui tranche « *sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »¹⁶³² qu'il s'agisse de contestation en matière civile ou d'accusation en matière pénale. De ce fait, le tribunal, ainsi compris comme « *un organe judiciaire de pleine juridiction* »¹⁶³³ doit pouvoir effectuer un contrôle complet de la légalité. En effet, un contrôle trop limité viderait le droit au tribunal de sa substance. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme a pu juger qu'un contrôle restreint à l'examen de la motivation des faits et au détournement de procédure n'est pas suffisant¹⁶³⁴ lorsqu'il s'agit de rendre « *une décision obligatoire, qu'une autorité non judiciaire n'avait pas le pouvoir de modifier* »¹⁶³⁵.

445- En outre, le caractère autonome de la notion européenne de tribunal emporte des conséquences importantes quant à l'application du droit au procès équitable. Un tribunal doit être indépendant et impartial, il doit respecter l'égalité des armes et les droits de la défense. Concernant

¹⁶³² CEDH, 22 octobre 1984, req. n°8790/79, *Sramek c. Autriche*, A84.

¹⁶³³ CEDH, 10 février 1983, req. n°7299/75 et 7486/76, *Albert et Le Compte c. Belgique*, A58.

¹⁶³⁴ CEDH, 28 juin 1990, req. n°11761/85, *Obermeier c/ Autriche*, A179.

¹⁶³⁵ CEDH, 19 avril 1994, req. n°16034/90, *Van den Hurk c. Pays-Bas*, A288 ; CEDH, 23 octobre 1985, req. n°8848/80, *Bentham c. Pays-Bas*, A97.

l'indépendance et l'impartialité, la Cour européenne a posé plusieurs critères qui doivent être respectés par un tribunal. Il doit être indépendant vis-à-vis des autres pouvoirs comme des parties au litige et, pour s'assurer de cela, la cour utilise trois critères qu'elle expose dans l'arrêt *Findlay c. Royaume-Uni*¹⁶³⁶ : le mode de désignation et la durée de mandat des membres du tribunal, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures, l'apparence de l'indépendance du tribunal. Au-delà de cette apparence d'indépendance, il doit bien évidemment être impartial, c'est-à-dire dénué de préjugé ou de parti pris¹⁶³⁷. La Cour va s'assurer que la même personne n'exerce pas différentes fonctions dans la même affaire telles qu'enquêter, poursuivre et juger. De plus, elle va contrôler qu'il n'existe aucun lien hiérarchique entre les différentes parties à la procédure¹⁶³⁸. Concernant l'égalité des armes et les droits de la défense, la Cour vérifie que chaque partie dispose d'un temps raisonnable pour présenter sa défense, ne souffre pas d'un désavantage face à son adversaire¹⁶³⁹ et a la possibilité de recourir à un avocat¹⁶⁴⁰. Elle surveille que l'accusé dispose d'une

¹⁶³⁶ CEDH, 25 février 1995, req. n°22107/93, *Findlay c. Royaume-Uni*, §72, *Recueil 1997-I*.

¹⁶³⁷ CEDH, 15 décembre 2005, req. n°73797/01, *Kyprianou c. Chypre*, §118, *Recueil des arrêts et décisions 2005-XIII* ; CEDH, 15 octobre 2009, req. n°17056/06, *Micallef c. Malte*, §93.

¹⁶³⁸ La Cour européenne des droits de l'homme a pu juger, par exemple, que l'exercice successif des fonctions de juge d'instruction et de juge de jugement par une même personne dans la même affaire pouvait amener à la contestation de l'impartialité du juge. V. CEDH, 27 février 1980, req. n°6903/75, *Deweert c. Belgique*, §§20-30, A35. Ce, y compris sur la participation du juge de jugement à l'instruction se limitait à l'interrogation des témoins sans apprécier les preuves et tirer de conclusion. V. CEDH, 22 février 1996, req. n°17358/90, *Bulut c. Autriche*, §§33-34, *Recueil 1996-II*.

¹⁶³⁹ CEDH, 18 mars 1997, req. n°22209/93, *Foucher c. France*, §34, *Recueil 1997-II* ; CEDH, 22 février 1996, req. n°17358/90, *Bulut c. Autriche*, *op. cit.*, CEDH, 17 juillet 2007, req. n°68761/01, *Bobek c. Pologne*, §56.

¹⁶⁴⁰ CEDH, 27 novembre 2008, req. n°36391/02, *Salduz c. Turquie*, *Recueil des arrêts et décisions 2008*.

information précise et complète sur les charges qui pèsent sur lui¹⁶⁴¹, est à même de comprendre le jugement prononcé à son encontre¹⁶⁴² et que ce jugement est suffisamment motivé¹⁶⁴³.

446- Toutes ces obligations ont un objectif commun : protéger les justiciables d'une justice inéquitable et leur assurer que leur cause sera entendue et défendue dans des conditions respectueuses de leurs droits. Bien que cela puisse paraître naturel dans un État se voulant respectueux des droits de l'Homme, lorsqu'il est question de sanctions administratives, telles que définies par les États, on est souvent bien loin de ces exigences comme le trahit l'exemple de la commission disciplinaire pénitentiaire.

2. *Le cas de la commission de discipline*

447- Comme démontré précédemment, la sanction disciplinaire pénitentiaire peut être qualifiée d'"accusation en matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Du fait de son impact sur le retrait des réductions de peine, puisque toute sanction disciplinaire prononcée est envoyée au juge d'application des peines¹⁶⁴⁴, l'application de l'article 6 pourrait d'ailleurs être envisagée « *quelle que soit la sanction en cause* » et non uniquement lorsqu'il s'agit d'une punition de cellule¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴¹ CEDH, 25 mars 1999, req. n°25444/94, *Pelissier et Sassi c. France*, §52, *Recueil des arrêts et décisions 1999-II*.

¹⁶⁴² CEDH, 10 avril 2013, req. 53406/10, *Legillon c. France*, §53.

¹⁶⁴³ CEDH, 25 octobre 2002, req. n°54210/00, *Papon c. France*, *Recueil des arrêts et décisions 2002-VII*.

¹⁶⁴⁴ R. 57-7-28 du CPP.

¹⁶⁴⁵ J.-P. CERE, *Le contentieux disciplinaire dans les établissements pénitentiaires français à l'aune du droit européen*, Thèse, Pau, 1998, 640 p.

Pour autant, la conformité de la procédure disciplinaire à l'article 6 de la convention est « *incertaine* »¹⁶⁴⁶.

448- Les sanctions sont prononcées par « *le président de la commission de discipline* » qui n'est autre que le chef d'établissement ou son délégué, et les assesseurs, choisis par ce président, n'ont qu'une voix consultative¹⁶⁴⁷. C'est ce même chef d'établissement qui, après avoir reçu le rapport réalisé par « *un membre du personnel de commandement du personnel pénitentiaire, un major pénitentiaire ou un premier surveillant* »¹⁶⁴⁸ tiré du compte-rendu réalisé par l'agent présent ou informé de celui-ci¹⁶⁴⁹, apprécie « *l'opportunité de poursuivre la procédure* »¹⁶⁵⁰. Il décide, en outre, de l'éventuel placement préventif en cellule individuelle ou disciplinaire s'il juge que la sécurité le justifie¹⁶⁵¹. Il est donc clair, à la lecture du code de procédure pénale, que le chef d'établissement cumule les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, ce qui est pourtant sanctionné par la Cour européenne des droits de l'Homme, car non respectueux des garanties de l'article 6 de la Convention européenne. De plus, cette procédure fait peser sur le chef d'établissement une présomption de partialité. Il doit régulièrement juger et prendre parti dans une affaire opposant un membre de l'administration pénitentiaire, à laquelle il appartient, et un détenu alors qu'il vient au préalable de juger opportun de poursuivre le comportement du détenu. Même si le décret du 23 octobre 2010 a tenté de limiter ce risque de partialité en précisant aux articles R. 57-7-13 et R. 57-7-14 du code de procédure pénale que les auteurs du compte-rendu d'incident et du rapport ne peuvent pas juger en commission de discipline, il ne peut être ignoré que le détenu puisse se sentir désavantagé face au personnel pénitentiaire, qu'il

¹⁶⁴⁶ E. VERGES, « La CEDH et la discipline pénitentiaire (à propos de l'article Ezech et Connors c. Royaume-Uni », *Droit pénal*, 2004, Etude 7.

¹⁶⁴⁷ R. 57-7-7 et R. 57-7-8 du CPP ; CE, 12 décembre 2018, req. n°421294, E. MAUPIN, « Conseiller n'est pas décider », *AJDA*, 2018, p. 2473.

¹⁶⁴⁸ R. 57-7-14 du CPP

¹⁶⁴⁹ R. 57-7-13 du CPP

¹⁶⁵⁰ R. 57-7-15 du CPP

¹⁶⁵¹ R. 57-7-18 du CPP.

puisse penser que tout est joué d'avance et ne garde que peu d'espoir d'échapper à la sanction disciplinaire encourue.

449- Néanmoins, les droits du détenu dans l'instance disciplinaire sont de plus en plus pris en compte pour lui assurer une égalité des armes face à l'administration. Ainsi, depuis la loi du 12 avril 2000, « *la personne détenue dispose de la faculté de se faire assister par un avocat [...] et peut bénéficier à cet effet de l'aide juridique* »¹⁶⁵². Puis, depuis 2010, la personne détenue doit, une fois que « *les faits reprochés ainsi que leur qualification juridique* » sont portés à sa connaissance et qu'elle « *est informée de la date et de l'heure de sa comparution devant la commission de discipline* » disposer d'un délai non plus de 3 heures, mais de 24 heures minimum pour préparer sa défense¹⁶⁵³. Lors de ce laps de temps, la personne détenue ou son avocat peut, en outre, « *consulter l'ensemble des pièces de la procédure disciplinaire* » et « *prendre connaissance de tout élément utile à l'exercice des droits de la défense existant* », à la condition classique en droit pénitentiaire que « *cette consultation ne porte pas atteinte à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes* »¹⁶⁵⁴. Enfin, un pas vers la pédagogie de la sanction disciplinaire a été franchi puisque le détenu doit pouvoir être en mesure de comprendre la sanction prononcée. Il doit disposer d'un interprète s'il ne maîtrise pas suffisamment la langue française¹⁶⁵⁵. La sanction doit être prononcée en sa présence, motivée, puis notifiée par écrit sans délai, elle doit donc lui être expliquée. De plus, s'il trouve cette sanction injustifiée ou disproportionnée, il doit pouvoir la contester. Les voies de recours doivent donc toujours lui être notifiées¹⁶⁵⁶. Dans ce même souci de cohérence, pour que la sanction garde tout son sens, elle ne peut être mise à exécution que dans les six mois suivant son

¹⁶⁵² R. 57-7-16 II du CPP.

¹⁶⁵³ R. 57-7-16 I et R. 57-7-17 du CPP.

¹⁶⁵⁴ R. 57-7-16 III et IV du CPP.

¹⁶⁵⁵ R. 57-7-25 du CPP. Cette obligation a également été étendue à l'obligation de fournir un interprète en langue des signes pour un justiciable atteint de surdité. V. CE, 15 mars 2019, req. n 414751.

¹⁶⁵⁶ R. 57-7-26 du CPP.

prononcé¹⁶⁵⁷, tout effet pédagogique ayant disparu au-delà, ce laps de temps étant déjà relativement long.

450- Malgré des avancées vers l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure disciplinaire pénitentiaire, il existe encore des lacunes en droit français pour une parfaite application du droit à un procès équitable. Palliant cette difficulté issue de l'existence nationale de deux catégories juridiques distinctes que sont la peine et la sanction disciplinaire, le juge européen a, en attendant une pleine application de l'article 6, étendu l'application du droit au recours effectif tiré de l'article 13 de la convention.

§2 : L'élargissement de la protection grâce à l'autonomisation de l'article 13 de la Convention européenne

451- Longtemps, cette disposition de la Convention n'a pas été considérée comme garantissant un droit de l'homme supplémentaire, mais uniquement comme le mode de sauvegarde des droits consacrés par ce texte. À ce titre, le droit à un recours effectif était perçu uniquement comme « *un droit complémentaire qui n'a pas d'existence indépendante et qui ne peut être invoqué qu'en relation avec un autre droit reconnu par l'instrument conventionnel* »¹⁶⁵⁸. N'assurant alors qu'une protection tronquée des droits de la convention, la Cour européenne a finalement accepté de lui accorder une portée autonome afin que l'atteinte à l'exercice du droit de recours suffise, indépendamment de toute autre violation, à entraîner une violation condamnable de la convention (**A**). Cette lecture repensée de l'article 13, plus protectrice, a imposé une réorganisation des rapports existant en droit national entre les individus et l'administration et un contrôle plus poussé sur les mesures adoptées par l'administration. Si elle dispose de prérogatives de

¹⁶⁵⁷ R. 57-7-27 du CPP.

¹⁶⁵⁸ L.-E. PETIT, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (*dir.*), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., 1999, Economica, Paris, pp. 492-493.

puissance publique pour assurer l'ordre et la sécurité, elle ne doit intervenir que dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour s'en assurer, les administrés doivent pouvoir saisir le juge de toute vérification utile, y compris lorsqu'il existe un cadre particulier régissant leurs relations, y compris lorsqu'ils sont contraints à obéir à l'administration en vertu d'une décision pénale. L'administration ne doit pas outrepasser ses fonctions, mais agir dans le respect des droits (B).

A) Vers l'instauration d'un droit au recours effectif du détenu

452- L'article 13 de la Convention européenne « vise à instituer un mécanisme de contrôle national, indépendant du contrôle européen, destiné à remédier à la source aux violations de la Convention »¹⁶⁵⁹. La saisine de la Cour européenne ne devant intervenir qu'à titre subsidiaire et faute de recours effectif devant les juridictions nationales, il s'agit effectivement avant tout d'imposer aux États la mise en place d'un système juridictionnel permettant de garantir efficacement la protection des droits. Il s'agit ainsi, pour l'application de l'article 13, de donner des critères pour la mise en place d'« un droit de recours générique valant pour toute atteinte à un droit ou une liberté reconnue par la Convention ou l'un de ses protocoles »¹⁶⁶⁰, et de sanctionner tout système juridictionnel défaillant (1). Loin de répondre aux exigences européennes, l'État français a dû revoir sa copie à la suite des nombreuses sanctions émanant des juges strasbourgeois concernant les recours offerts aux détenus et faire évoluer les outils dont disposent tant les requérants que les juges français (2).

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 455.

¹⁶⁶⁰ *Ibidem.*

1. Les critères imposés par le juge européen

453- L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme pose pour principe que « *toute personne dont les droits et libertés reconnus par la présente convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ». La protection qu'il met en œuvre s'avère beaucoup moins protectrice que celle de l'article 6, mais elle a l'avantage de s'appliquer de manière beaucoup plus large puisqu'il n'est plus question ici de "*droits et obligations de caractère civil*" ou d'"*accusation en matière pénale*". Il s'agit d'une protection « *générique* »¹⁶⁶¹, qui n'intervient qu'à titre subsidiaire lorsque la *lex specialis* de l'article 5§4 concernant le prononcé des peines d'enfermement ou l'article 6§1 ne s'appliquent pas puisque cette *lex specialis* absorbe les dispositions de l'article 13 pour proposer une protection renforcée. Elle est donc moins protectrice, mais concerne également les recours autres que judiciaires tels que les recours de nature administrative et discrétionnaire. Sont ainsi notamment concernés les recours devant la commission disciplinaire pénitentiaire, ce qui donne à l'article 13 un intérêt tout particulier puisque pour l'heure l'application pleine de l'article 6 n'a pas été imposée à la procédure disciplinaire. L'article 13 impose ainsi *a minima* à l'État de mettre en œuvre « *un procédé par lequel on soumet un acte constitutif d'une violation alléguée de la convention à une instance qualifiée à cet effet, en vue d'obtenir selon le cas, la cessation de l'acte, son annulation, sa modification ou une réparation* »¹⁶⁶². Une obligation qui a pris tout son sens lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a décidé de reconnaître une portée autonome à l'article 13 et d'imposer son respect y compris lorsque la violation d'un autre droit de la convention n'est pas reconnue.

¹⁶⁶¹ L.-E. PETIT, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, op. cit.*, p. 455.

¹⁶⁶² *Ibid.*, p. 467.

454- Longtemps, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme est resté marginalisé, inusité du fait de son imprécision¹⁶⁶³ et de l'interprétation restrictive que la Cour européenne des droits de l'homme en donnait. Dans l'arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotive*¹⁶⁶⁴, la Cour avait opté pour une interprétation littérale du texte et conditionnait la violation de l'article 13 à la reconnaissance de la violation d'un des droits garantis par la Convention. Or, comme l'observe Frédéric SUDRE, « *subordonner [le droit au recours] à la constatation d'une violation d'un droit substantiel de la convention serait le priver de tout effet, puisque c'est l'établissement de cette violation qui fait l'objet du recours* »¹⁶⁶⁵. Consciente de cette lacune et s'inscrivant dans la doctrine de l'effet utile qui plaçait pour une vision autonomiste de l'article 13, la Cour a finalement décidé de privilégier l'esprit du texte à la lettre. Dans l'affaire *Klass c. Allemagne*¹⁶⁶⁶, elle a donc fait du droit à un recours effectif un droit subjectif autonome. Dorénavant, le droit à un recours effectif est reconnu dès lors qu'une violation des droits et des libertés protégés par la Convention est alléguée, à la condition toutefois que cette allégation soit défendable¹⁶⁶⁷. Et, la violation du droit reconnu à l'article 13 sera sanctionnée même s'il n'y a aucun autre droit qui, après examen, a été violé¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶³ Les juges MATSCHER et PINHERO FARINHA avaient même affirmé que cette disposition est « *l'une des plus obscures de la Convention* ». V. CEDH, 26 avril 1985, req. n°8691/79, *Malone c. Royaume-Uni*, A95, opinion dissidente des juges MATSCHER et PUNHERO FARINHA.

¹⁶⁶⁴ CEDH, 6 février 1976, req. n°5614/72, *Affaire syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, A20.

¹⁶⁶⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., 2012, PUF, Paris, pp. 492-493.

¹⁶⁶⁶ CEDH, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, *Klass et autres c. Allemagne*, A28 ; CEDH, 25 mars 1983, req. n°5947/72, 6205/73, 7052/75, 7107/75, 7136/75, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, A61.

¹⁶⁶⁷ CEDH, 27 avril 1988, req. n°9659/83, 9658/82, *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, §52-55

¹⁶⁶⁸ CEDH, 18 décembre 1996, req. n°22787/93, *Valsamis c. Grèce*..

455- Cette autonomisation du droit à un recours effectif a, de fait, généré de nombreuses obligations positives pour les États membres. Ils doivent pour tous les actes de l'exécutif « *sans distinction aucune* »¹⁶⁶⁹, prévoir un recours qui « *ne soit pas dépourvu d'efficacité* » et implique « *un contrôle réel du juge, en particulier sur le bien-fondé de la sanction applicable* »¹⁶⁷⁰. Par tous les actes de l'exécutif, il faut ici entendre que « *la théorie des actes de gouvernement ne saurait en aucune façon constituer une dérogation à la règle posée par cet article* » et qu'il en va de même pour les actes dits « *mesures d'ordre interne* »¹⁶⁷¹. La précision apportée à l'article 13 – « *alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* » - semble en effet ôter tout doute sur ce point et exclure toute dérogation qui serait issue d'une immunité nationale. Ainsi, la Cour européenne a pu juger que l'absence de tout recours en droit interne contre une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un élève¹⁶⁷² ou d'un détenu frappé d'une mesure de prolongation de mise à l'isolement¹⁶⁷³ ou contre le refus d'un directeur de prison d'acheminer la lettre d'un détenu¹⁶⁷⁴ ou encore contre la décision du juge d'application des peines refusant une permission de sortie¹⁶⁷⁵ au motif qu'il s'agirait de mesures d'ordre interne – mesures d'ordre intérieur ou mesures d'administration judiciaire -, constitue une violation de l'article 13. En outre, il faut également entendre le terme “juge” au sens large. La Cour explique que « *l'instance dont parle l'article 13 n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, mais alors ses pouvoirs et les garanties qu'elle*

¹⁶⁶⁹ L.-E. PETIT, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, op. cit.*, p. 460.

¹⁶⁷⁰ J.-C. BONICHOT, « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2001, p. 73.

¹⁶⁷¹ L.-E. PETIT, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 460-461.

¹⁶⁷² CEDH, 18 décembre 1996, req. n°21787/93, *Valsamis c. Grèce*, Recueil 1996-VI.

¹⁶⁷³ CEDH, 4 juillet 2006, req. n°59450/00, *Ramirez Sanchez c. France*, Recueil des arrêts et décisions 2006-IX.

¹⁶⁷⁴ CEDH, 12 septembre 2007, req. n°70204/01, *Frérot c. France*.

¹⁶⁷⁵ CEDH, 18 janvier 2006, req. n°75833/01, *Schenkammer c. France*.

présente entrent en ligne de compte pour apprécier l'efficacité du recours s'exerçant devant elle »¹⁶⁷⁶. L'important n'est donc pas l'intitulé de l'organe rendant la décision, mais son indépendance, le respect des garanties procédurales et le caractère obligatoire de la décision qu'il rend.

456- Si la protection est moins forte que celle de l'article 6, il doit donc tout de même s'agir d'un recours « *effectif en fait comme en droit* »¹⁶⁷⁷. Cette efficacité s'apprécie *in concreto*. Si elle ne dépend pas de la certitude d'obtenir une issue favorable pour le requérant¹⁶⁷⁸, le recours doit non seulement exister, mais être accessible et efficace. À cette fin, la Cour impose plusieurs éléments. Tout d'abord, lorsqu'il est question d'allégation de violation des articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction des actes de tortures, traitements et peines inhumains ou dégradants), les autorités doivent « *mettre en œuvre une enquête effective capable de conduire à l'identification et la punition des responsables* »¹⁶⁷⁹. Au surplus, cette enquête doit être réalisée par des personnes indépendantes de celles impliquées dans les événements et donc soumises à aucun lien hiérarchique, institutionnel ou pratique¹⁶⁸⁰. Elle doit être rapide, approfondie et sérieuse^{1681 1682}. Ensuite, l'instance nationale examinant l'affaire doit

¹⁶⁷⁶ CEDH, 25 mars 1983, req. n°5947/72, 6205/73, 7052/75, 7107/75, 7136/75, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, §113B.

¹⁶⁷⁷ CEDH, 27 juin 2000, req. n°22277/93, *Ihlan c. Turquie*, *Recueil des arrêts et décisions 2000-VII*.

¹⁶⁷⁸ CEDH, 26 octobre 2000, req. n°30210/96, *Kudla c. Pologne*, §157, *Recueil des arrêts et décisions 2000-XI*.

¹⁶⁷⁹ CEDH, 17 avril 2013, req. n°52013/08, *Mosendz c. Ukraine*, §94 ; CEDH, 2 janvier 2013, req. n°40094/05, *Virabyan c. Arménie*, §161 ; CEDH, 16 mars 2004, req. n°57967/00, *Kmetty c. Hongrie*.

¹⁶⁸⁰ CEDH, 17 septembre 2014, req. n°10865/09, 45886/07, 32431/08, *Mocanu et autres c. Royaume-Uni*, §228.

¹⁶⁸¹ CEDH, 21 mars 2011, req. n°45744/08, *Jasinskis c. Lettonie*, §79.

¹⁶⁸² Une violation du droit au recours pourra d'ailleurs être reconnue en l'absence d'enquête effective et ce même si aucune violation de l'article 3 n'est reconnue par la Cour. *V. CEDH, 28 octobre 1998, req. n° 90/1997/874/1086, Assenov et autres c. Bulgarie, Recueil*

présenter des garanties d'indépendance¹⁶⁸³. Enfin, en cas de violation alléguée de l'article 3 dans le cadre de la privation, le recours doit permettre d'obtenir un redressement direct et approprié¹⁶⁸⁴ ; la sanction doit permettre de remédier de manière adéquate au mauvais traitement subi et avoir un caractère dissuasif. Pour cela, le recours doit être accessible à la personne détenue¹⁶⁸⁵ et les voies de recours préventives et compensatoires doivent coexister de façon complémentaire pour offrir une protection efficace et entière¹⁶⁸⁶. Concernant le recours préventif, la Cour européenne a jugé que « *le meilleur redressement possible est la cessation rapide de la violation du droit à ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants* »¹⁶⁸⁷. De ce fait, le recours préventif doit être « *susceptible d'empêcher la continuation de la violation alléguée et d'assurer au requérant une amélioration de leurs conditions matérielles de détention* »¹⁶⁸⁸. En outre, si la Cour n'impose pas un caractère suspensif au recours, elle a pu juger qu'un recours inapte à prospérer en temps utile n'est pas satisfaisant¹⁶⁸⁹. Le recours pour être conforme à l'article 13 doit donc permettre une annulation de la mesure

1998-VIII ; CEDH, 6 avril 2000, req. n°26772/95, *Labita c. Italie*, *Recueil des arrêts et décisions 2000-IV*.

¹⁶⁸³ CEDH, 26 octobre 2000, req. n°30210/96, *Kudla c. Pologne*, *op. cit.*

¹⁶⁸⁴ CEDH, 27 mai 2013, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani et autres c. Italie*, §54.

¹⁶⁸⁵ CEDH, 20 janvier 2012, req. n°5774/10, 5985/10, *Mandic et Jovic c. Slovénie*, §107. En l'espèce, la cour a jugé que lorsqu'une demande de transfert d'un détenu, quelque soit son motif, et notamment pour cause de surpeuplement carcéral, ne peut être faite que par les autorités pénitentiaires, ce recours n'est pas directement accessible au requérant et n'est donc pas effectif au sens des exigences de la convention.

¹⁶⁸⁶ CEDH, 10 janvier 2012, req. n°42525/07, 60800/08, *Anayev et autres. c. Russie*, §98.

¹⁶⁸⁷ CEDH, 27 mai 2013, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani et autres c. Italie*, §96.

¹⁶⁸⁸ CEDH, 27 mai 2013, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani et autres c. Italie*, §55 ; CEDH, 13 septembre 2006, req. n°73786/01, *Cenbauer c. Croatie*, §116 ; CEDH, 20 janvier 2012, req. n°5774/10, 5985/10, *Mandic et Jovic c. Slovénie*, §116.

¹⁶⁸⁹ CEDH, 20 avril 2011, req. n°19606/08, *Payet c. France*, §133.

avant qu'elle ne soit exécutée ou parvenue à son terme¹⁶⁹⁰, le recours doit présenter des garanties minimales de célérité¹⁶⁹¹. Concernant le recours compensatoire, il doit, quant à lui, offrir « *une chance raisonnable de succès et une réparation adéquate* »¹⁶⁹². Les juridictions ne peuvent pas exonérer de responsabilité l'État fautif en évoquant un « *problème structurel* »¹⁶⁹³ ou l'absence d'intention d'humilier ou de rabaisser le détenu¹⁶⁹⁴. Et, l'indemnisation doit couvrir de manière suffisante¹⁶⁹⁵ le préjudice autant matériel que moral, c'est-à-dire couvrir les pertes effectivement subies autant que l'état d'angoisse, les désagréments et les incertitudes nés de cette violation¹⁶⁹⁶.

457- A l'aune de toutes ces exigences, bien que la protection de l'article 13 soit moins forte que celle de l'article 6, elle n'en reste pas moins protectrice de l'administré. S'imposant aux instances disciplinaires comme aux juges administratifs qui ne peuvent plus faire jouer de clauses d'exonération, elle a impulsé de nombreuses évolutions en droit pénitentiaire français. D'autant que le juge administratif a repris cette obligation de recours effectif au terme des obligations s'imposant en droit français à l'administration. Il a ainsi jugé que le droit à un recours effectif est un principe à valeur constitutionnelle rappelé par les stipulations de la Convention européenne¹⁶⁹⁷, puis que la

¹⁶⁹⁰ CEDH, 3 avril 2001, req. n°27229/95, *Keenan c. Royaume-Uni*, Recueil des arrêts et décisions 2001-III, §127.

¹⁶⁹¹ CEDH, 10 février 2012, req. n°48337/09, *Plathey c. France*, §§75-76.

¹⁶⁹² CEDH, 10 janvier 2012, req. n°42525/07, 60800/08, *Anayev et autres. c. Russie*, §118.

¹⁶⁹³ CEDH, 28 juin 2010, req. n°4871/03, *Skorobogatykh c. Russie*, §§17-18, 31-32 ; CEDH, 4 octobre 2010, 14146/02, *Artyomov c. Russie*, §§16-18, §§111-112.

¹⁶⁹⁴ CEDH, 10 janvier 2012, req. n°42525/07, 60800/08, *Anayev et autres. c. Russie*, §117 ; CEDH, 23 octobre 2006, req. n°7064/05, *Mamedova c. Russie*, §63.

¹⁶⁹⁵ CEDH, 17 mars 2010, req. n°20075/03, *Shilbergs c. Russie*. Selon la cour, un faible niveau d'indemnisation a pour conséquence de rendre inefficace le recours existant.

¹⁶⁹⁶ CEDH, 29 mars 2006, req. n°64890/01, *Apicella c. Italie*.

¹⁶⁹⁷ CE, 22 avril 2005, req. n°257406, *Margerand* ; F. LEMAIRE, « Respect du principe à valeur constitutionnelle du droit au recours effectif devant une juridiction », *JCP G.*, 2005, p. 10107 ; 23 février 2005, req. n°264712, *Association pour la moralité et la transparence des marchés publics* ; *Droit administratif*, 2005, p. 21.

possibilité d'exercer un recours devant un juge a le caractère d'une liberté fondamentale¹⁶⁹⁸, ce qui élargit les possibilités de recours aux référés administratifs.

2. Les évolutions imposées aux juges français

458- Devenu autonome, l'article 13, dont l'application au contentieux pénitentiaire ne fait aucun doute puisque le droit au recours effectif concerne tous les actes administratifs, a imposé au juge administratif français de faire évoluer sa jurisprudence. Il a ainsi, comme nous l'avons déjà évoqué précédemment, ouvert progressivement le prétoire aux détenus pour qu'ils puissent contester différents actes de gestion de l'administration pénitentiaire et sanctions disciplinaires anciennement qualifiés de mesures d'ordre intérieur. Il a également facilité l'engagement de la responsabilité de l'administration pénitentiaire, passant dans de nombreux domaines d'un régime de faute lourde à un régime de faute simple et adaptant sa définition de la faute aux particularités du régime carcéral. Il prend dorénavant en compte autant la « *contrainte pesant sur le service public pénitentiaire* »¹⁶⁹⁹ que « *la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire* »^{1700 1701}. Puis, même si l'indépendance des personnels pénitentiaires chargés de mener l'enquête en cas de contentieux disciplinaire comme celle du chef d'établissement présidant la commission

¹⁶⁹⁸ CE ord., 13 mars 2006, req. n°28118, *Bayrou et association de défense des usages des autorités publiques de France*.

¹⁶⁹⁹ CE, 9 juillet 2008, req. n°306666 ; Y. AGUILA, « Absence de faute de nature à engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire en cas de dommages aux biens personnels du détenu », *JCP G.*, 2008, p. 10159.

¹⁷⁰⁰ CE, 6 décembre 2013, req. n°363290, *Thévenot, Lebon*, p. 309 ; *AJDA*, 2014, p. 237 ; CE, 13 janvier 2017, req. n°389711 ; conclusions E. CREPEY.

¹⁷⁰¹ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe - A – 2. Le détenu, un « objet » sous la garde du service public pénitentiaire (numéro de paragraphe).

disciplinaire et ayant seule voix décisive n'est pas effective, des évolutions ont été amorcées par les réformes récentes¹⁷⁰².

459- Bien que non négligeables, ces évolutions s'avèrent insuffisantes pour satisfaire à l'exigence européenne de mise en place d'un recours effectif. En effet, dans le domaine sensible du contentieux pénitentiaire, où toute décision peut avoir des conséquences lourdes sur le quotidien du détenu et le respect de ses libertés fondamentales, si la Cour européenne n'a pas explicitement imposé un recours suspensif, elle a exigé des juges nationaux la mise en place d'un recours interne présentant « *des garanties minimales de célérité* » pour permettre la contestation de l'administration pénitentiaire avant la fin de son exécution. Elle a ainsi jugé que l'absence de recours avant la fin de l'exécution de la sanction de cellule disciplinaire, sanction pouvant entraîner la violation de l'article 3 de la convention lorsque les conditions de détention en cellule disciplinaire sont indignes et « *généralement immédiatement mise à exécution* », entraîne une violation du droit au recours effectif¹⁷⁰³. Le principe est donc clair, « *un recours inapte à prospérer en temps utile n'est ni adéquat ni effectif* »¹⁷⁰⁴.

460- Le législateur a pris acte de cette défaillance et a tenté de combler les lacunes nées de l'obligation d'effectuer un recours hiérarchique préalable avant toute saisine du juge, allongeant ainsi lourdement le délai de jugement¹⁷⁰⁵. S'il n'a pas supprimé cette obligation, il a ouvert le recours au référé-liberté en matière disciplinaire, contre les mesures d'isolement, de

¹⁷⁰² V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1 – B. La discipline, obligation principale du détenu (**188**)

¹⁷⁰³ CEDH, 20 avril 2011, req. n°19606/08, *Payet c. France* ; CEDH, 10 février 2012, req. n°48337/09, *Plathey c. France*.

¹⁷⁰⁴ N. HERVIEU, « Contrôle juridictionnel accru des décisions de l'administration pénitentiaire et recul corrélatif des « mesures d'ordre intérieur » », *Lettre ADL* du 23 janvier 2011.

¹⁷⁰⁵ En outre, l'obligation de recours hiérarchique préalable « *ne serait institué que dans l'intérêt de l'administration pénitentiaire* ». M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, *op. cit.*, p. 285.

transfert ou les refus de permis de visite¹⁷⁰⁶. L'issue favorable du recours n'est toutefois évidemment pas systématique puisque le juge procède, en sus du contrôle de l'urgence de la situation, à un véritable contrôle de la mesure contestée et des conséquences qu'elle a sur le détenu pour accepter ou non de statuer en référé. Il a ainsi jugé que « *la modification temporaire du régime de détention qui résulte pour l'intéressé de son placement en cellule disciplinaire, définie par l'article D. 251-3 du code de procédure pénale, ne peut, en l'absence de circonstances particulières, être regardée par elle-même comme portant une atteinte grave à une liberté fondamentale* »¹⁷⁰⁷ ou encore que « *la mise à l'isolement d'un détenu et la prolongation de cette mesure, prévues par les articles D. 283-1 à D. 283-2-4 du code de procédure pénale, ne créent pas par elles même une situation d'urgence caractérisée au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* »¹⁷⁰⁸. Se voulant tout de même protecteur du détenu, il accepte lors de mesures particulières, telles que les fouilles, de présumer de l'atteinte à une liberté fondamentale et juge alors qu'« *il appartient à l'administration de justifier de la nécessité de ces opérations de fouille et de la proportionnalité des modalités retenues* »¹⁷⁰⁹. Il semblerait alors que le juge administratif cherche, *via* la procédure du référé-liberté, un point d'équilibre dans les relations entre le détenu et l'administration pénitentiaire.

461- Cette recherche s'est également effectuée dans le cadre plus spécifique du contentieux structurel de l'indignité des conditions de détention et de la surpopulation carcérale. Alors que la Cour européenne a imposé l'existence

¹⁷⁰⁶ Art. 726 et s du CPP depuis la loi de 2009. Mais le référé liberté a été mis en place dès la loi du 13 juin 2000. V. Loi n°2000-597 du 13 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*, *JORF* du 1 juillet 2000, p. 9948.

¹⁷⁰⁷ CE ord., 10 février 2004, req. n°264182 ; E. MASSAT, « Vers l'introduction du référé liberté en prison ? », *JCP G.*, 2004, p. 10125 ; CE, 23 mars 2004, req. n°265734 ; CE, 22 avril 2010, req. n°338662, C.-A. DUBREUIL, « Caractérisation de l'urgence dans une procédure de référé liberté », *JCP G.*, 2010, p. 540.

¹⁷⁰⁸ CE, 22 mars 2010, req. n°337534.

¹⁷⁰⁹ CE, 20 mai 2010, req. n°339259.

cumulative d'un recours préventif et d'un recours compensatoire en cas de violation des articles 2 et 3 de la convention, le juge administratif a dû faire évoluer sa jurisprudence et utiliser tous les outils à sa disposition. En effet, dans l'arrêt *Yengo c. France*¹⁷¹⁰, la Cour européenne a sanctionné l'absence de recours préventif national à même de faire cesser rapidement des conditions de détention indignes et dégradantes pour le détenu. Elle a jugé qu'une demande de mise en liberté devant le juge judiciaire ou qu'une réclamation administrative suivie d'un recours pour excès de pouvoir ne pouvaient pas être considérés comme des procédures assurant le respect d'un droit au recours effectif. Au surplus, elle a jugé conformément à sa jurisprudence que le recours indemnitaire était insuffisant. En effet, comme ont pu l'écrire Anne JACQUEMET-GAUCHE et Sylvain GAUCHE, « *la voie pécuniaire n'est pas adéquate lorsqu'il est question de dignité* »¹⁷¹¹. Un constat auquel le juge administratif semblait avoir néanmoins déjà apporté des réponses lors de cette condamnation puisque, si dans le cas d'espèce le détenu n'avait pu effectuer un recours préventif satisfaisant face à des conditions de détention indignes, la Cour européenne a jugé que depuis 2012 et l'ordonnance rendue en référés par le Conseil d'État concernant la situation préoccupante de la prison des Baumettes, un recours préventif satisfaisant existait en France. Ce recours permettant de contraindre l'administration pénitentiaire à faire cesser les risques d'atteintes aux articles 2 et 3 de la convention et donnant au juge la possibilité de prononcer des injonctions « *particulièrement détaillées et soucieuses de leur mise en œuvre pratique* »¹⁷¹².

462- En l'espèce, le centre pénitentiaire des Baumettes a fait l'objet d'une recommandation en urgence de la part du Contrôleur général des lieux de privation de liberté le 6 décembre 2012¹⁷¹³. Utilisant cette recommandation

¹⁷¹⁰ CEDH, 21 août 2015, req. n°50494/12, *Yengo c. France*.

¹⁷¹¹ A. JACQUEMET-GAUCHE, S. GAUCHE, « Des tensions », *AJDA*, 2015, p. 1289.

¹⁷¹² A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

¹⁷¹³ CGLPL, *Recommandations en urgence du 12 novembre 2012 relatives au centre pénitentiaire des Baumettes à Marseille*.

comme preuve de l'indignité des conditions de détention, l'Observatoire international des prisons, le Syndicat des avocats de France, le Conseil national des barreaux et l'Ordre des avocats au barreau de Marseille ont saisi le juge des référés du tribunal administratif de Marseille sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administratif. Ils lui ont demandé la fermeture des bâtiments à titre conservatoire, la réalisation de nombreux travaux pour rendre les cellules conformes aux exigences de dignité, l'interruption de toute affectation dans les bâtiments insalubres et l'affectation des détenus dans des bâtiments plus respectueux de l'article 3 de la Convention. Dans une ordonnance en date du 13 décembre 2012, le juge a partiellement fait droit à ces requêtes et a prononcé des injonctions relatives à l'éclairage artificiel des cellules, aux méthodes de distribution des repas et à l'enlèvement des détrit¹⁷¹⁴. Toutes les requêtes n'ayant pas abouti, l'Observatoire international des prisons a formé un appel devant le Conseil d'État qui, le 22 décembre 2012, a prescrit à l'administration d'éradiquer les animaux nuisibles des bâtiments¹⁷¹⁵. Au-delà des mesures adoptées, l'évolution s'observe dans le raisonnement tenu par le Conseil d'État. Il analyse *in concreto* la nécessité des mesures sollicitées par l'Observatoire international des prisons. Ainsi, s'il refuse de prescrire certaines mesures c'est, car il juge « *que les engagements pris par l'administration pénitentiaire afin de rétablir, au plus vite, la sécurité de l'ensemble des détenus au regard des risques d'électrification et d'électrocution ainsi que le fonctionnement normal de la distribution d'eau courant au sein de l'établissement rendent inutile la prescription, dans le bref délai prévu par l'article L. 521-2 du code de justice administratif, par les juges des référés du Conseil d'État des mesures supplémentaires* ». Puis, s'il accepte de prescrire l'éradication des nuisibles, c'est non sans avoir observé au préalable que « *les locaux du centre pénitentiaire des Baumettes*

¹⁷¹⁴ TA Marseille ord., 13 décembre 2012, req. n°1208103.

¹⁷¹⁵ CE ord., 22 décembre 2012, req. n°364584 ; O. LE BOT, « Référé-liberté aux Baumettes : remède à l'inertie administrative et consécration d'une nouvelle liberté fondamentale », *JCP G.*, 2013, p. 87 ; G. KOUBI, « Pour un service public pénitentiaire garant de droit des détenus de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants », *JCP A.*, 2013, p. 2017.

sont infestés d'animaux nuisibles ; que les rats y prolifèrent et y circulent, en particulier la nuit, que de nombreux insectes, tels des cafards, cloportes et moucheron, colonisent les espaces communs ainsi que certaines cellules, y compris les réfrigérateurs des détenus » ; « qu'en raison d'une carence du service d'entretien général, il apparaît que des cadavres de rats peuvent rester plusieurs jours consécutifs sur place avant d'être prélevés » et que les modalités d'action mises en œuvre pour l'instant « restent, en dépit des progrès qu'elles constituent [...] insuffisantes pour remédier de manière efficace à cette situation d'atteinte caractérisée à une liberté fondamentale ».

463- Cette évolution est importante au point d'évoquer un véritable « bond jurisprudentiel » faisant « bouger les lignes contentieuses s'agissant des moyens d'assurer en extrême urgence des travaux afin d'assurer la protection de la vue et de les préserver de traitements inhumains et dégradants [les détenus] », une « démarche totalement inédite » permettant au droit d'avancer « à coups de contentieux ». Effectivement, cet arrêt marque, au-delà du cas d'espèce, une réelle évolution dans le rôle du juge des référés en matière pénitentiaire. Le Conseil d'État accepte d'appliquer au cas particulier des conditions de détention sa jurisprudence *Ville de Paris et Société d'économie mixte parisienne*¹⁷¹⁶ selon laquelle la voie du référé liberté peut « être utilement empruntée lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des

¹⁷¹⁶ CE, 16 novembre 2011, req. n°353172 et 353173, *Ville de Paris et société d'économie mixte parisienne* ; E. CHABRIER, « Accident de travaux publics et référé administratif », *Revue juridique de l'économie publique*, 2012, comm. 10 ; E. SPITZ, « Référé liberté et réaménagement des Halles à Paris », *Droit administratif*, 2012, comm. 18 ; B. PACTEAU, « Le référé-liberté administratif, Ouvertures... », *JCP A.*, 2012, p. 2017 ; O. LE BOT, « Quel référé utiliser pour faire cesser un péril imminent ou un danger à la vie des personnes ? La réponse du Conseil d'État », *JCP G.*, 2012, p. 24 ; S. DEYGAS, « Pouvoirs du juge des référés administratifs en présence d'un danger pour la vie créé par l'Administration », *Procédures*, 2012, comm. 27 ; C.-A. DUBREUIL, « Le droit au respect de la vie est une liberté fondamentale », *JCP G.*, 2011, p. 1330.

personnes »¹⁷¹⁷. En sus, le Conseil d'État adapte le recours à la spécificité du contentieux en validant sans réserve l'action menée par l'Observatoire international des prisons¹⁷¹⁸ et en considérant « *que la seule publication en urgence par le Contrôleur général [...] de recommandations relevant une violation grave des droits fondamentaux suffit à établir la condition d'urgence spécifique au référé-liberté* »¹⁷¹⁹. Plus encore, il juge en prenant en considération « *la vulnérabilité des détenus* » et « *leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration* »¹⁷²⁰.

464- Pour autant, si cette jurisprudence semblait ouvrir un nouveau champ des possibles dans le domaine du contentieux pénitentiaire tel que le présageait la Cour européenne des droits de l'Homme, il est rapidement apparu que les mesures adoptées par le juge du référé liberté ne peuvent être que des mesures d'urgence et donc provisoires. Des mesures ne permettant alors pas de remédier de manière pérenne aux carences du système pénitentiaire. Les arrêts postérieurs à 2012 ont révélé ces failles. Dès 2013, le tribunal administratif de Fort de France saisi quant aux conditions de détention inquiétantes du centre pénitentiaire de Ducos, a certes accepté d'enjoindre à l'administration pénitentiaire de prendre des mesures relatives à l'hygiène des locaux par exemple ou quant au recrutement d'un médecin généraliste supplémentaire, mais a affirmé son incompetence pour enjoindre au ministre d'allouer au service pénitentiaire d'insertion et de probation de Martinique des moyens humains, financiers et matériels et de prendre toutes les mesures de réorganisation des services permettant le développement du prononcé d'aménagements de peine et de mesures alternatives à

¹⁷¹⁷ A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

¹⁷¹⁸ Selon Serge SLAMA, « *cela revient à admettre une forme d'action collective aux mains des associations et syndicats spécialisés dans la défense des détenus* ». V. S. SLAMA, « Constat d'insalubrité des Baumettes : de la justiciabilité à l'effectivité du contrôle sur les conditions de détention par le juge des référés-liberté », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 décembre 2012.

¹⁷¹⁹ *Ibidem.*

¹⁷²⁰ CE ord., 22 décembre 2012, req. n°364584, *op. cit.*

l'emprisonnement¹⁷²¹. Une solution que vient confirmer, par deux fois, le Conseil d'État saisi concernant le centre pénitentiaire de Nîmes¹⁷²² puis de Melun¹⁷²³. Il explique que « *le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente* » et que « *les mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politiques publiques insusceptibles d'être mis en œuvre, et dès lors de porter effet, à très bref délai, ne sont pas au nombre des mesures d'urgence que la situation permet de prendre utilement dans le cadre des pouvoirs que le juge des référés tient de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* ». Ainsi, l'administration ne disposant par exemple « *d'aucun pouvoir de décision en matière de mise sous écrou* » est « *tenue d'accueillir, quel que soit l'espace disponible dont elle dispose, la totalité des personnes mises sous écrou* » et, le juge des référés ne peut lui enjoindre d'agir sur ce point. Cette stratégie contentieuse s'avère donc inadaptée pour « *résorber le problème structurel de la surpopulation carcérale* »¹⁷²⁴ et ne permet que d'obtenir de petites améliorations temporaires sans engendrer ou impulser d'évolutions conséquentes. La « *timidité de la jurisprudence post-Baumettes* » laisse donc circonspect sur la réelle conformité du droit national aux exigences de la Cour européenne¹⁷²⁵. D'autant plus si on analyse les arrêts pilotes rendus contre l'Italie¹⁷²⁶ ou la Belgique¹⁷²⁷ et imposant aux États de tendre à la résolution rapide et effective du dysfonctionnement systémique existant et

¹⁷²¹ TA Fort-de-France, ord., 17 oct. 2014, req. n° 1400673.

¹⁷²² CE, ord., 30 juillet 2015, req. n° 392043, *Section française de l'observatoire international des prisons [OIP-SF]*, Lebon ; O. LE BOT, *AJDA*, 2015, p. 2216.

¹⁷²³ CE, 28 juillet 2017, req. n° 410677, *Section française de l'observatoire international des prisons*, Lebon, *AJDA*, 2017, p. 1589

¹⁷²⁴ S. GAUCHE, « A la recherche du recours effectif : responsabilité et référés en droit pénitentiaire », *AJDA*, 2017, p. 1837.

¹⁷²⁵ *Ibidem*.

¹⁷²⁶ CEDH, 27 mai 2013, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani et autres c. Italie*.

¹⁷²⁷ CEDH, 25 nov. 2014, req. n° 64682/12, *Vasilescu c/ Belgique*.

de mettre en place des recours internes effectifs résorbant ce dysfonctionnement.

465- Néanmoins, il faut reconnaître de réelles avancées dans la balance des relations détenus/administration pénitentiaire. Les différents référés non urgents à la portée du détenu lui permettent d'obtenir des preuves quant aux mauvaises conditions de détention¹⁷²⁸, élément indispensable pour engager la responsabilité de l'État, et une indemnisation en cas de conditions de détention indignes¹⁷²⁹. Sur le point particulier de l'indemnisation, la Cour européenne a d'ailleurs jugé à plusieurs reprises que le recours indemnitaire était disponible et adéquat – même si elle a relevé que l'appréciation du préjudice était un peu faible par rapport à sa jurisprudence¹⁷³⁰. Quant aux référés urgents, même s'ils demeurent lacunaires comme nous venons de le démontrer, ils permettent de parer au plus urgent, par la suspension de mesures lorsqu'il existe un doute sérieux sur leur légalité¹⁷³¹, par des injonctions formulées à l'administration qui peut, tout de même, agir par tout moyen à hauteur de ses compétences dès qu'une liberté fondamentale est en jeu¹⁷³², ou *a minima* prendre toute mesure utile, si celle-ci n'est prononcée qu'à des fins conservatoires¹⁷³³ ou à titre provisoire, ce qui limite tout de même grandement l'action de ce référé pour l'amélioration des

¹⁷²⁸ V. sur le référé constat : TA Grenoble, 30 avril 2014 ; CE, 13 mars 2019, req. n°418102 ; *AJDA*, 2019, p. 608.

¹⁷²⁹ V. sur le référé provision : CE, 6 décembre 2013, req. n°363290, *Thevenot*

Pour plus de développements : V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 – B – 1. L'indemnisation rapide du détenu (**558**)

¹⁷³⁰ La Cour rejette d'ailleurs plusieurs recours portés devant à elle à fin indemnitaire en estimant que les requérants n'ont pas épuisé les voies de recours internes alors que ceux-ci auraient abouti. V. par exemple : CEDH, 12 janvier 2010, req. n°6183/10, *Martzloff c. France* ; CEDH, 17 février 2010, req. n°12139/10, *Lienhardt c. France*.

¹⁷³¹ L. 521-1 CJA

¹⁷³² L. 521-2 CJA

¹⁷³³ Par exemple, des mesures pour assurer la confidentialité des échanges téléphoniques ou de sauvegarder des données à caractère personnelles sur une messagerie électronique. V. CE, 23 juillet 2014, req. n° 379871 ; *AJDA*, 2014, p. 1587 ; CE, 5 mars 2018, req. n°414859 ; *D. actualité*, 12 mars 2018.

conditions de détention¹⁷³⁴. Le détenu s'affirme ainsi, pas à pas, arrêt après arrêt, comme un véritable usager du service public pénitentiaire, détenteur d'un droit au recours – effectif ? – lui permettant de se défendre en cas de litige avec l'administration pénitentiaire, en cas de dysfonctionnement du service public.

B) Vers l'évolution du statut du détenu

466- Grâce aux évolutions impulsées par la Cour européenne des droits de l'homme, si le droit au recours du détenu n'est pas pleinement effectif, il est de plus en plus développé et son effectivité s'est grandement renforcée. Cette reconnaissance du droit d'accès au juge et à l'obtention d'une décision de justice a imposé à l'administration de repenser ses relations avec le détenu. Devenu détenteur de possibilités de recours que ce soit pour imposer le respect des normes supérieures plus protectrices, obtenir la protection de ses droits subjectifs ou une indemnisation en cas de défaillance de l'État, le détenu a pu imposer un nouvel équilibre dans ses rapports avec l'administration (1). Si cet équilibre reste instable et peut pencher à chaque instant en faveur de l'administration, cela n'empêche qu'il rapproche toujours le statut du détenu du statut de droit commun de l'usager du service public en faisant de lui un véritable justiciable (2).

1. L'instauration d'un nouvel équilibre détenu/administration

467- En se soumettant à nombre d'exigences européennes, le juge français a grandement fait évoluer le droit pénitentiaire et instauré un nouvel équilibre dans la relation que le détenu entretient avec l'administration pénitentiaire. Longtemps soumis à cette dernière, sans réel moyen à sa portée pour se

¹⁷³⁴ L. 521-3 CJA

Pour plus de développements : V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 – B – 2. L'amélioration insuffisante des conditions de détention (564)

défendre en cas de litige, le détenu se trouve aujourd'hui presque sur un plan d'égalité face à l'administration. Lorsqu'elle le sanctionne, elle ne peut plus agir avec autant de largesse que par le passé, même s'il demeure une marge de manœuvre nécessaire au maintien de l'ordre en détention et permettant à l'administration pénitentiaire d'agir rapidement en cas de nécessité, et que le juge n'exerce qu'un contrôle normal sur les motifs de la sanction et un contrôle restreint sur son choix et son *quantum*¹⁷³⁵. Toute sanction doit être adaptée au manquement commis. Par l'obligation de respecter le principe de proportionnalité qu'il fait découler à la fois du principe de nécessité des peines affirmé à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et du droit au procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel impose « *l'individualisation de la sanction et son caractère raisonnable par rapport à la gravité des manquements sanctionnés* »¹⁷³⁶. De ce fait, « *si l'idée d'exemplarité n'est pas absente du droit répressif, elle ne doit jamais prendre le pas sur l'exigence que la sanction soit édictée avant tout en tenant compte de la situation individuelle* »¹⁷³⁷. La sanction doit être adaptée à chaque cas d'espèce, ne doit pas être trop lourde, y compris si elle est utilisée pour instaurer ou maintenir l'ordre, souvent fragile, mis en place au sein de la détention. Elle doit être « *raisonnable* », c'est-à-dire « *en rapport avec la gravité des manquements constatés* ». Ce principe est une fois encore repris par les textes en matière pénitentiaire comme le prouve le décret de 1996 consacré au droit disciplinaire et instaurant une échelle des sanctions disciplinaires, basée sur une catégorisation des fautes, faisant varier l'intensité de la sanction avec la gravité de la faute, ainsi que des sanctions spécifiques en réponse à des actes spécifiques¹⁷³⁸. En outre, le

¹⁷³⁵ V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2 – B. Les lacunes persistantes dans le contrôle opéré par le juge (557)

¹⁷³⁶ J.-C. BONICHOT, « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

¹⁷³⁷ *Ibidem.*

¹⁷³⁸ Décret n°96-287 du 2 avril 1996 *relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets)*, JORF du 5 avril 1996 p. 5260.

principe de l'égalité des armes s'est imposé. Comme le rappelle Frédéric SUDRE, « *principe fondamental du procès, ce principe vise à garantir l'égalité des parties devant le juge et à protéger l'effectivité du débat contradictoire au civil comme au pénal* »¹⁷³⁹. Inscrit à l'article 6 de la Convention européenne, son application au contentieux pénitentiaire aurait pu être niée, mais la commission de discipline comme le juge administratif ont choisi de mettre en œuvre pour les différentes parties « *le droit de se voir communiquer et discuter toute pièce en observation présentée devant le juge [...] en vue d'influencer sa décision* »¹⁷⁴⁰.

468- On constate que, petit à petit, « *les textes et la jurisprudence ont renforcé le formalisme dans l'élaboration et la présentation des actes administratifs, et même de ceux qui, par leur nature et par leur objet, pouvaient passer pour les plus rebelles aux règles de procédure et aux exigences de forme* »¹⁷⁴¹. Ce formalisme, s'il peut certes s'avérer contraignant, a permis de mieux protéger le détenu en harmonisant le droit applicable à l'ensemble des citoyens dans leurs relations avec le service public administratif¹⁷⁴². Il a ainsi permis l'émancipation du détenu, trop longtemps cantonné au statut d'assujéti au service public pénitentiaire, en permettant au juge administratif d'entrer en prison « *pour veiller de manière ferme, mais équilibrée au bon fonctionnement d'un service public* ». Il peut ainsi s'assurer que l'administration respecte bien ses obligations et les droits des détenus. Christian VIGOUROUX va d'ailleurs jusqu'à déclarer qu'« *en admettant de plus en plus largement les recours des détenus pour faire respecter leurs droits, le juge administratif affirme que les mots ne doivent pas être détournés et qu'un droit est un droit quel que soit le côté du mur où l'on se trouve* », rappelant ainsi que le détenu demeure administré¹⁷⁴³.

¹⁷³⁹ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 46.

¹⁷⁴⁰ CEDH, 27 mars 1998, req. n°9/1197/793/994, *JJ c. Pays-Bas*, Recueil 1998-II.

¹⁷⁴¹ R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les sanctions administratives », *AJDA*, 2001, p. 148.

¹⁷⁴² E. PECHILLON, « L'accès au droit et le droit au recours », op. cit.

¹⁷⁴³ C. VIGOUROUX, « La valeur de la justice en détention », op. cit.

469- Le droit de la détention s'est transformé, il « *est passé d'un droit de l'administration pénitentiaire sur les personnes détenues exercé sans réel contrôle à un droit partagé et juridictionnalisé* »¹⁷⁴⁴. Titulaire d'un droit au recours pour faire respecter ses droits, le détenu a obtenu « *la capacité d'agir* », « *critère déterminant de sa personnalité juridique* »¹⁷⁴⁵. Cela conforte l'idée qu'il est devenu un véritable usager bénéficiaire du service public pénitentiaire.

2. Le détenu, véritable justiciable usager du service public pénitentiaire

470- Ayant obtenu les moyens juridiques de faire valoir les droits qui lui sont reconnus par les textes, nationaux comme supranationaux, le détenu a vu son statut d'usager du service public pénitentiaire conforté. Il ne s'agit plus de constater la consécration théorique de droits à son bénéfice, mais de s'assurer de l'effectivité des droits reconnus et de sanctionner l'administration en cas de carence ou de défaillance. Le détenu est aussi conforté dans son rôle d'acteur de sa peine étant mis en capacité d'agir pour faire valoir ses droits et sa volonté de se réinsérer. En effet, le premier des droits de l'usager est le droit au fonctionnement normal du service public et de ce droit « *découle un ensemble de droits [que les usagers] sont recevables à faire valoir en toute occasion, dès lors qu'ils remplissent les conditions générales d'accès au service considéré, ou bien en vertu du contrat qui les lie à l'organisme du service public* »¹⁷⁴⁶. À ce titre, le détenu, entré en détention pour retrouver *in fine* une place dans la société libre, dispose du droit d'exiger le respect de ses droits fondamentaux. En effet, depuis l'arrêt

¹⁷⁴⁴ M. TOUILLER, « L'effectivité des droits des personnes détenues à l'aune des évolutions récentes du droit français », in : P. TOURNIER (dir.), *Enfermements : populations, espaces, temps, processus, politiques*, L'Harmattan, Paris, 2012, pp. 159-171.

¹⁷⁴⁵ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 19.

¹⁷⁴⁶ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 2^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 708.

Marie, le juge administratif a accepté, de plus en plus, de veiller au respect des droits fondamentaux du détenu par le service public pénitentiaire. Un rôle que le législateur est venu conforter en dressant la liste des droits à disposition du détenu dans la loi pénitentiaire de 2009. Puis, bien que les droits du détenu soient conditionnés par les spécificités du service public pénitentiaire et peuvent donc être restreints, le juge a développé une jurisprudence de plus en plus protectrice en encadrant strictement les aménagements possibles. Il a reconnu à son profit, tel qu'a pu le défendre Roger BONNARD¹⁷⁴⁷, des droits subjectifs dont il peut se prévaloir à titre individuel en sus des droits objectifs qu'il détient pour faire respecter l'intérêt général. Un changement de paradigme qui a d'ailleurs poussé le juge à ouvrir plus de recours au détenu. Ainsi, s'il dispose du recours classique en excès de pouvoir contre les actes de l'administration, il peut également agir par le biais du recours de plein contentieux pour engager la responsabilité de l'administration ou encore par le biais du référé liberté pour faire valoir l'urgence de la situation personnelle dans laquelle il se trouve. S'il dispose d'un intérêt à agir dans le cas où une décision relative au service public apparaîtrait contraire à une norme de référence dont le respect s'impose à l'administration¹⁷⁴⁸, et ce au nom de l'intérêt général, il peut également saisir le juge à titre individuel en cas d'atteinte alléguée aux droits subjectifs qu'il détient du fait de sa relation avec le service public. D'ailleurs, dans ce cadre, le juge administratif accepte de tenir compte de sa situation particulière lorsqu'il rend sa décision, telle que sa vulnérabilité, son âge... Progressivement, le juge administratif est donc devenu un véritable contrôleur de la relation existant entre le détenu et le service public pénitentiaire, il est devenu le véritable juge du détenu usager du service public pénitentiaire, à même de le protéger en cas de défaillance de l'administration dans sa mission de service public.

¹⁷⁴⁷ R. BONNARD, *Des Contraventions de grande voirie*, Thèse, Bordeaux, 1904, 238 p.

¹⁷⁴⁸ CE, 21 décembre 1906, req. n°19167, *Syndicat des propriétaires et des contribuables de quartier Croix de Seguey Tivoli*, Lebon.

Conclusion du Chapitre 1

471- Compte tenu des différentes évolutions opérées, de l'acclimatation du dualisme juridictionnel au milieu carcéral *via* l'ouverture progressive des recours et le développement de nouveaux outils plus adaptés, notamment les référés permettant lorsque l'urgence l'exige une intervention rapide du juge en cas d'atteinte portée aux droits fondamentaux, la personne détenue semble disposer aujourd'hui d'un réel droit d'accès au juge. Néanmoins, l'expression de ce droit demeure perfectible que ce soit d'un point de vue pratique ou d'un point de vue plus philosophique. En effet, si l'accès aux textes de droit, la célérité des recours peuvent être améliorés, l'étude du droit au recours du détenu amène aussi à s'interroger sur « *l'absence de réflexion d'ensemble sur le droit de la détention* »¹⁷⁴⁹. Certes le dualisme juridictionnel impose l'existence de deux logiques différentes, mais celles-ci pourraient être tournées vers un objectif commun, permettre à la peine privative de liberté de remplir toutes ses finalités, et plus particulièrement sa finalité première permettre au détenu de se réinsérer lors de sa sortie de prison. Ainsi, l'analyse de l'efficacité juridictionnelle ne se mesurerait plus seulement au pourcentage de chance d'avoir accès au juge et qu'il examine la requête, ni même simplement au pourcentage d'obtenir une décision favorable, mais « *à la lumière de l'insertion de chaque décision dans les objectifs attachés au parcours de détention* »¹⁷⁵⁰. Un recours effectif permettrait à la fois le contrôle du respect des droits fondamentaux et des normes supérieures par la décision contestée, mais aussi le contrôle de son bien-fondé pour remplir l'objectif de réinsertion de la peine.

472- Un tel objectif est en principe pris en compte lors du prononcé de la peine par le juge pénal en application de l'article 130-1 du code pénal. Mais il doit l'être également par le juge de la détention, à savoir le juge administratif. Il est le contrôleur des rapports existants entre l'administration pénitentiaire et le détenu usager du service public pénitentiaire. Il doit donc

¹⁷⁴⁹ A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

¹⁷⁵⁰ *Ibidem.*

veiller à ce que l'administration remplisse sa mission et assure au détenu sa préparation au retour dans la société, ou si ce n'est cela au moins à ce que cette même administration n'entrave pas cet objectif¹⁷⁵¹. Il doit donc, malgré les contraintes de sécurité pesant sur lui, garantir au détenu des conditions de détention conformes au principe de dignité, mais aussi s'assurer que les mesures prises à son égard sont adaptées à son profil. Et s'il ne peut directement influencer sur les politiques publiques pénales et qu'il doit composer avec les contraintes pénitentiaires, il peut lui aussi impulser des évolutions plus protectrices des droits des détenus pour leur assurer le respect des droits dont ils disposent, c'est-à-dire l'ensemble des droits fondamentaux auxquels seul le droit à la liberté d'aller et de venir a été ôté par le juge pénal.

¹⁷⁵¹ Nous rejoignons en ce sens les propos d'Alexandre TREMOLIERE qui expose que « *Si les contraintes inhérentes à l'office du juge administratif ne peuvent permettre d'envisager qu'il puisse à lui seul remédier aux carences du système pénitentiaire, la prise en compte des lourdeurs, évidemment fortes, de gestion qui pèsent sur l'administration pénitentiaire, ne doit pas pour autant nuire à l'objectif assigné à ce service de participation aux objectifs de la peine* ». V. A. TREMOLIERE, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

Chapitre 2 : Le juge administratif, juge du détenu usager du service public pénitentiaire

473- Progressivement, le détenu s'est vu reconnaître des droits, que ce soit en tant qu'administré comme en tant qu'usager du service public pénitentiaire. Il bénéficie à ce titre des droits communs à tous les administrés, mais aussi de droits particuliers tels que le droit au fonctionnement normal du service public. En outre, il a obtenu le droit à bénéficier d'un recours effectif lorsqu'il allègue la violation de l'un de ses droits par l'administration de sorte à se protéger d'abus éventuels de sa part. Ce droit est indispensable pour assurer la protection des autres droits qui lui sont garantis. Ainsi, l'administration pénitentiaire n'échappe plus au contrôle du juge et « *le service public pénitentiaire est soumis au régime de droit commun des grands services publics* »¹⁷⁵². En effet, malgré la complexité du droit pénitentiaire qui se situe à l'embranchement de plusieurs disciplines et les difficultés inhérentes au dualisme juridictionnel, le détenu a trouvé son juge. Il s'agit du juge administratif, juge de droit commun des services publics administratifs et des relations entre ces services publics et leurs usagers. Bien que réticent à exercer son contrôle sur les actes de l'administration pénitentiaire en raison de la mission particulière qui lui est confiée, celle-ci nécessitant une marge de manœuvre importante, face aux exigences européennes reprises parfois par le législateur comme par le pouvoir réglementaire, il s'est, pas à pas, transformé en un véritable gardien des droits du détenu. Il a ainsi accepté de contrôler la légalité des sanctions disciplinaires prononcées à son encontre, traditionnellement qualifiées de mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours malgré l'impact qu'elles peuvent avoir sur la détention et le parcours d'exécution de peine du détenu (**Section 1**). Puis, reconnaissant au détenu, comme à tout usager du service public, un droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire, il a accepté d'en contrôler l'effectivité. Il a accepté

¹⁷⁵² P. PONCELA, « La procédure disciplinaire carcérale dans la tourmente », *RSC*, 2001, p. 872.

d'engager la responsabilité de l'administration en cas de défaillance dans l'organisation du service public comme dans sa gestion. Surtout, il a accepté d'examiner les requêtes concernant les conditions de détention, souvent indignes, et d'indemniser les personnes détenus dans de telles conditions (**Section 2**).

Section 1 : Le juge administratif, garant de la légalité des sanctions disciplinaires

474- Selon Michel FOUCAULT, « *au cœur de tous les systèmes disciplinaires fonctionne un petit mécanisme pénal* » qui « *bénéficie d'une sorte de privilège de justice, avec ses lois propres, ses délits spécifiques, ses formes particulières de sanction, ses instances de jugement* »¹⁷⁵³. Seulement, bien souvent les règles de ce système disciplinaire se révèlent moins protectrices que celles du droit pénal. Si les exigences liées à la préservation de l'ordre interne au sein de la détention peuvent justifier un droit particulier, il apparaît néanmoins primordial, « *afin d'éviter une empreinte personnalisée trop pénétrante de la répression* »¹⁷⁵⁴, que le droit pénitentiaire s'inspire du droit pénal. Il doit « *contrecarrer toute manifestation discrétionnaire dans le déclenchement et la conduite de l'accusation* », car « *l'arbitraire de la répression ne peut que desservir les intérêts des autorités disciplinaires* »¹⁷⁵⁵. Pour permettre une telle évolution, il a fallu une action conjointe des autorités publiques et du juge administratif. Les premières ont créé un véritable régime juridique des sanctions disciplinaires (**Paragraphe 1**), le second a élargi son contrôle sur les sanctions prononcées pour en assurer la légalité (**Paragraphe 2**).

§1 : La création du régime juridique des sanctions disciplinaires

475- Face aux exigences européennes, par un décret de 1996, le pouvoir réglementaire a souhaité juridictionnaliser le droit disciplinaire pénitentiaire en s'inspirant du droit pénal afin d'offrir aux détenus les garanties

¹⁷⁵³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2012, Paris, 360 p.

¹⁷⁵⁴ J.-P. CERE, « Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises », *RSC*, 1994, p. 597.

¹⁷⁵⁵ *Ibidem*.

procédurales de droit commun et ainsi éviter tout risque d'arbitraire. Il a instauré une division tripartite des fautes, établi une liste des sanctions pouvant être prononcées, encadré les procédures d'enquête et de poursuite... (A). Mais, malgré de telles avancées, la pénalisation du droit disciplinaire pénitentiaire se révèle incomplète et parfois même insatisfaisante. Elle n'assure pas une protection suffisante du détenu (B).

A) La juridictionnalisation de la procédure disciplinaire

476- Avec le décret du 2 avril 1996, la juridictionnalisation de la procédure disciplinaire s'est opérée essentiellement via deux biais : l'encadrement du pouvoir disciplinaire de l'administration (1) et le développement des droits de la défense du détenu (2).

1. L'encadrement du pouvoir disciplinaire de l'administration

477- La discipline est nécessaire à la sauvegarde de l'ordre pénitentiaire comme à l'intériorisation des règles de vie en société par les détenus. Néanmoins, pour être constructive, elle ne doit pas être arbitraire. Elle doit être encadrée, le pouvoir disciplinaire de l'administration pénitentiaire doit être inscrit de manière suffisamment précise dans les textes pour ne laisser place qu'à une marge d'appréciation minimum et justifiée par les nécessités du service public pénitentiaire. En effet, « l'absence de précision de certaines incriminations entraîne inévitablement des différences d'interprétation et des inégalités entre les détenus selon les établissements ou les personnes en charge de la discipline au sein d'un même établissement »¹⁷⁵⁶. Le régime disciplinaire doit donc être précis, transparent, connu des agents de l'administration comme des détenus pour garantir le respect du principe d'égalité de traitement devant le service

¹⁷⁵⁶ E. FRADET, *Les répressions des violences commises par les détenus dans les établissements pénitentiaires*, Thèse, Poitiers, 2001, p. 98.

public et les droits des détenus. C'est à cette fin et « *après avoir longtemps laissé l'autorité administrative discrétionnairement choisir la marche à suivre* »¹⁷⁵⁷, que sous l'impulsion du juge européen et national, le pouvoir réglementaire a encadré la discipline pénitentiaire en adoptant le décret du 2 avril 1996¹⁷⁵⁸. Cette première étape vers la juridictionnalisation de la procédure disciplinaire en prison a été ensuite poursuivie par le législateur avec l'adoption de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, puis de la loi pénitentiaire de 24 novembre 2009 venant notamment conférer une valeur législative aux principes directeurs de la procédure disciplinaire. Inspirée du principe légaliste, cette réforme a eu pour objectifs de « *définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* »¹⁷⁵⁹, mais également de renforcer les contraintes formelles s'imposant aux agents de l'administration pour « *conduire à l'harmonie des pratiques disciplinaires dans les différents établissements pénitentiaires* »¹⁷⁶⁰.

478- Pour cela, depuis 1996, a été dressée une liste exhaustive des fautes disciplinaires et donc des actes pouvant être poursuivis et sanctionnés par la commission de discipline. Les articles R. 57-7 et suivants du code de procédure pénale réalisent une division tripartite de ces actes en fonction de leur gravité, s'inspirant du droit pénal, et l'article R. 57-7-49 dispose que les sanctions doivent être « *proportionnées à la gravité des faits et adaptées à la personnalité de leur auteur* ». Pour autant, si le principe légaliste semble ici respecté, les sanctions énumérées aux articles R. 57-7-33 et suivants du

¹⁷⁵⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Thèse, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Tome 204, 1998, pp. 182-183, p. 317.

¹⁷⁵⁸ Décret n°96-287 du 2 avril 1996 *relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets)*, JORF du 5 avril 1996 p. 5260.

¹⁷⁵⁹ CC, 20 janvier 1981, 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, JORF du 22 janvier 1981, p. 308 ; D. 1982 p. 441, note A. DEKEUWER ; D. 1981, p. 101, J. PRADEL.

¹⁷⁶⁰ P. COUVRAT, « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », RSC, 1996, p. 709.

code de procédure pénale ne suivent pas une classification identique, mais se partagent uniquement entre sanctions générales et sanctions spéciales, entre sanctions applicables à toute faute et sanctions relevant de fautes spécifiques, et seul le *quantum* de la punition de cellule varie en fonction de la faute commise¹⁷⁶¹.

479- En sus de cette énumération des fautes, les contraintes formelles encadrant la phase préparatoire de l'action disciplinaire ont été renforcées. Comme a pu le relever Christophe CARDET « *de l'établissement du compte-rendu d'incident, qui a pour objet de constater la faute, jusqu'à l'élaboration du rapport d'enquête, lequel instruit sur la matérialité des faits et sur l'auteur de l'atteinte, le rapprochement avec le droit commun est en marche* »¹⁷⁶². Ainsi, « *un compte-rendu est établi dans les plus brefs délais par l'agent présent lors de l'incident ou informé de ce dernier* »¹⁷⁶³, un rapport est rendu¹⁷⁶⁴ puis, sauf s'il ne s'agit manifestement pas d'un acte pouvant être qualifié de faute disciplinaire, une enquête est réalisée. Surtout, ces différentes étapes sont strictement enchâssées par les textes pour éviter tout risque d'arbitraire. Par crainte de « *maladresses* », d'« *erreurs* » de la part du personnel pénitentiaire dans la rédaction de ces écrits, afin qu'ils soient « *exploitable[s] dans les phases ultérieures de la procédure, il y a eu, en complément des formations réalisées à l'Ecole Nationale de l'Administration Pénitentiaire (ENAP), une standardisation des pratiques par voie de formulaires types* », qu'il s'agisse d'imprimés papiers ou de rapports via le logiciel GIDE (Gestion informatisée des détenus)¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶¹ R. 57-7-41 et R. 57-7-47 du CPP

¹⁷⁶² C. CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison : entre spécialisation des fonctions et spécificité des « juridictions » », *RSC*, 2006, p. 863.

¹⁷⁶³ R. 57-7-13 du CPP. Christophe CARDET souligne ici l'emploi du présent de l'indicatif impliquant une obligation de faire pour l'agent. *V. Ibidem.*

¹⁷⁶⁴ R. 57-7-14 du CPP

¹⁷⁶⁵ C. CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison : entre spécialisation des fonctions et spécificité des « juridictions » », *op. cit.*

480- En outre, lorsque des poursuites sont engagées, pour garantir une véritable transparence de la procédure disciplinaire et éviter tout risque d'arbitraire, les droits de la défense du détenu ont progressivement été développés.

2. Le développement des droits de la défense du détenu

481- Le décret du 2 avril 1996 a commencé à consolider les droits de la défense du détenu lors de la procédure disciplinaire en instaurant un véritable formalisme laissant peu de marge de manœuvre aux agents de l'administration. Mais c'est la loi du 12 avril 2000 qui a réellement symbolisé « *l'introduction dans les prisons françaises de la légalité procédurale de droit commun* » en ouvrant l'accès au prétoire à l'avocat¹⁷⁶⁶. En effet, cette loi qui d'adresse à l'ensemble des administrations de l'État dispose en son article 24 que « *Exception faite des cas où il est statué sur demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1 et 2 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public [les actes individuels défavorables] n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites, et le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix* »¹⁷⁶⁷. Cette loi consacre à la fois le principe du contradictoire et le droit d'être assisté par un avocat en cas de procédure disciplinaire, une sanction disciplinaire étant à l'évidence un acte individuel défavorable.

¹⁷⁶⁶ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, Bruxelles, p. 429.

¹⁷⁶⁷ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (1)*, JORF du 13 avril 2000, p. 5646.

482- Toutefois, cette loi n'a pas directement été appliquée en matière pénitentiaire. En effet, le Ministre de la Justice estimait qu'elle ne concernait pas le cas particulier de la détention et a saisi le Conseil d'État pour avis. Celui-ci s'étant montré favorable à une telle application dans un avis en date du 3 octobre 2000¹⁷⁶⁸, l'administration pénitentiaire a ensuite essayé d'en limiter la portée en imposant, par la circulaire du 31 octobre 2000¹⁷⁶⁹, que le mandataire représentant le détenu ne soit ni un ancien condamné, ni un codétenu, ni une personne titulaire d'un permis de visite et qu'il obtienne un agrément de l'administration pénitentiaire. Cette circulaire a cependant été annulée par le Conseil d'État le 20 mars 2002¹⁷⁷⁰ au motif que le ministre était incompétent pour instituer une procédure d'agrément des mandataires, puisque l'article 24 de la loi prévoit la nécessité d'un décret en Conseil d'État. Enfin, si une différenciation pouvait être expliquée par l'absence de texte affirmant expressément la possibilité pour le détenu d'être assisté d'un avocat lors des procédures disciplinaires, en permettant au détenu de jouir de l'aide juridictionnelle dans le cadre d'une telle procédure, le décret du 18 mars 2002 consacre l'entrée des avocats en prison¹⁷⁷¹. Une évolution confortée par le décret du 25 juillet 2002 pris pour l'application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000¹⁷⁷² et sa circulaire d'application en date du 09 mai 2013¹⁷⁷³ allongeant le délai à disposition du

¹⁷⁶⁸ CE, Avis, 3 octobre 2000, req. n°365342.

¹⁷⁶⁹ Circ. JUSE0040087C du 31 octobre 2000 *relative à la procédure disciplinaire des détenus*

¹⁷⁷⁰ CE, 20 mars 2002, req. n°226803.

¹⁷⁷¹ Décret n° 2002-366 du 18 mars 2002 *modifiant les décrets n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 et n° 96-887 du 10 octobre 1996 et relatif à l'aide juridique*, *JORF* du 20 mars 2002, p. 4954.

¹⁷⁷² Décret n° 2002-1023 du 25 juillet 2002 *pris pour l'application de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 à l'administration pénitentiaire et relatif aux mandataires susceptibles d'être choisis par les personnes détenues*, *JORF* du 1 août 2002, p. 13098.

¹⁷⁷³ Circulaire du 9 mai 2003 *relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, NOR : JUSE0340055C.

détenu et de son avocat pour préparer sa défense devant la commission de discipline.

483- Aujourd'hui, si des poursuites sont engagées en application des articles R. 57-7-16 et suivants du code de procédure pénale, le détenu se voit remettre une convocation écrite à l'audience disciplinaire et dispose d'un délai d'au moins 24 heures pour préparer sa défense. Il a accès à son dossier, dispose de la faculté de se faire assister par un avocat et de s'entretenir avec ce dernier dans des conditions matérielles qui garantissent la confidentialité des échanges. La décision doit être prononcée en présence du détenu et lui être notifiée par écrit sans délai, elle doit en outre être motivée¹⁷⁷⁴ et présenter les voies de recours possibles. Si le détenu ne maîtrise pas suffisamment la langue française, il peut être assisté d'un interprète afin d'être à même de se défendre et de comprendre la sanction prononcée. Enfin, en principe, il doit pouvoir effectuer une demande de citation de témoin et, si elle est justifiée, celle-ci doit être acceptée¹⁷⁷⁵, et l'administration doit lui accorder l'accès aux images de vidéosurveillance.¹⁷⁷⁶

484- Si ces garanties restent lacunaires, un interprète n'étant pas toujours disponible dans le délai très court de la comparution en commission de discipline, la présence de l'avocat n'étant pas « *une condition sine qua non de la régularité de la procédure* »¹⁷⁷⁷, les causes d'irresponsabilité et de

¹⁷⁷⁴ Ajoutons d'ailleurs que l'administration ne peut se fonder que sur les faits commis et le contexte immédiat dans lesquels ils sont intervenus pour motiver sa décision et ne doit pas tenir compte du comportement général de l'intéressé depuis le début de son incarcération. V. CE, 15 décembre 2017, req. n°403701 ; M. HERZOG-EVANS, « Comportement antérieur d'un détenu et qualification de la faute disciplinaire », *AJDA*, 2018, p. 105.

¹⁷⁷⁵ CEDH, 7 juin 2018, req. n°17715/08, *Kartvelishvili c. Géorgie* ; M. HERZOG-EVANS, « Procédure pénale des faits disciplinaires et citations de témoins à l'aune de l'article 6 », *AJ Pénal*, 2018, p. 429.

¹⁷⁷⁶ TA Lyon, 25 septembre 2018, req. n°1606836 ; OIP, *Vidéosurveillance : refuser à une personne détenue l'accès aux images viole les droits de la défense*, Communiqué de presse, 11 octobre 2018 .

¹⁷⁷⁷ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, L.G.D.J., Paris, 2012, p. 168. L'article 24 de la loi du 12 avril 2000 qui ouvre la possibilité pour le

légitime défense étant absentes de la procédure disciplinaire¹⁷⁷⁸, la présence de l'avocat en détention a pacifié les relations entre l'administration pénitentiaire et les détenus. Ayant un réel impact pratique, elle a poussé l'administration pénitentiaire à porter une plus grande attention à la qualification des faits poursuivis, à la recherche d'informations avant de statuer ainsi qu'à la proportionnalité de la sanction prononcée¹⁷⁷⁹. Elle a également un intérêt pédagogique puisque l'avocat peut expliquer à son client la procédure disciplinaire comme la sanction prononcée et les voies de recours qui lui sont offertes. Enfin, elle a permis de franchir un pas supplémentaire vers l'application du régime de droit commun des services publics au service public pénitentiaire. Cependant, certaines garanties font défaut pour que le régime disciplinaire pénitentiaire offre toute la protection du droit pénal au détenu.

B) La pénalisation incomplète de la procédure disciplinaire

485- Les réformes du droit pénitentiaire ont montré la volonté des autorités publiques de rapprocher le droit disciplinaire pénitentiaire du droit pénal. Mais, malgré les évolutions observées, certaines garanties fondamentales du droit pénal manquent encore à celui-ci. Tout d'abord, loin du principe de l'impartialité du juge, le directeur pénitentiaire est omniprésent, voire omnipotent, lorsqu'une procédure disciplinaire est engagée (1). Ensuite, le détenu ne bénéficie pas du principe *non bis in idem* (2).

détenu de se faire assister par un avocat admet toutefois des exceptions notamment « *en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles* ». De plus, parfois, l'avocat a bel et bien été saisi ce qui rend la procédure régulière, mais ne peut se libérer en raison des délais relativement courts.

¹⁷⁷⁸ J.-P. CERE, « L'évolution de la discipline pénitentiaire », *CRDF* n° 3, 2004, pp. 43-48. Expliquer les problèmes d'agressions et de violence.

¹⁷⁷⁹ E. FRADET, *Les répressions des violences commises par les détenus dans les établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, pp. 119-120.

1. L'omniprésence du chef d'établissement¹⁷⁸⁰

486- Le principe d'impartialité du juge¹⁷⁸¹ impose la séparation des différentes fonctions dans une même affaire, à savoir celles d'enquête, de poursuite et de jugement, mais également l'absence de lien hiérarchique entre les différentes parties à la procédure¹⁷⁸². Or, dans le cadre du régime disciplinaire pénitentiaire, toutes ces fonctions sont concentrées entre les mains du directeur de l'établissement qui doit régulièrement statuer sur des affaires opposant un détenu à l'un des agents de l'administration pénitentiaire. En effet, comme le décrit avec précision Martine HERZOG-EVANS à propos du chef d'établissement, « *c'est lui, tel un membre du parquet qui [...] lance les poursuites, après en avoir apprécié l'opportunité et qui contrôle les personnes chargées de l'enquête. C'est ensuite lui, tel un juge d'instruction, qui place le détenu en prévention disciplinaire. C'est ensuite lui, quasi-autorité judiciaire, qui rend la décision au sein d'une commission de discipline dont il a d'ailleurs désigné les membres. C'est lui aussi, juge d'application des décisions disciplinaires, qui peut aménager les sanctions. C'est enfin lui, et malgré toutes ces fonctions d'apparence judiciaire, le supérieur hiérarchique des personnes qui concourent à*

¹⁷⁸⁰ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1 – B – 2. Un pouvoir exorbitant aux mains du chef d'établissement (193)

¹⁷⁸¹ On retrouve ce principe dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux ou encore l'article 14§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En droit pénal, il a été affirmé par la Cour de cassation : Cass., ass. plèn., 6 novembre 1992; concl. J.-F. BURGELIN, *D.* 1999, p. 1 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents » in : *Mélanges P. Lambert*, Bruylant, 2000, p. 935.

¹⁷⁸² L'indépendance du juge est souvent rattachée à son impartialité et tirée des mêmes textes. Ce principe a été affirmé par les juges sur cette base. V. CC, 2 juillet 2010, n° 2010-10 QPC, *Consorts C. et a.*, *JORF* du 3 juillet 2010, p. 12120 ; *D.*, 2010 p. 1712 ; C. LAZERGUES, *RSC*, 201, p. 193, ; P. PUIG, *RTD civ.*, 2010 ; p. 517; Cass. Crim., 29 septembre 2015, *Bull. Cass. Crim.* n° 212.

*l'exécution de la sanction – et éventuelles victimes de la faute – et le maintien des lieux où elle se déroule »*¹⁷⁸³.

487- Concernant l'opportunité des poursuites, « *le fonctionnement actuel de la procédure disciplinaire paraît peu compatible avec la nécessité d'une instruction menée aussi bien à charge ... qu'à décharge »*¹⁷⁸⁴. Le directeur de l'établissement pénitentiaire utilise les comptes-rendus d'incident et les rapports d'enquête réalisés par son personnel pour apprécier l'opportunité des poursuites¹⁷⁸⁵. Plus encore, lorsqu'il apprécie cette opportunité il a pour rôle de qualifier les faits litigieux et il dispose pour ce faire d'une large marge d'appréciation malgré l'énumération des fautes disciplinaires opérée par le décret du 2 avril 1996. Si ce décret s'inspire du principe légaliste du droit pénal et définit de manière précise grand nombre des infractions disciplinaires, certaines demeurent floues, tout particulièrement celle de l'article R. 57-7-3-4° du code de procédure pénale qui qualifie de faute le fait « *de ne pas respecter les dispositions du règlement intérieur de l'établissement ou les instructions particulières arrêtées par le chef d'établissement »*. Le directeur disposant d'une liberté d'adaptation du règlement intérieur type à la particularité de son établissement¹⁷⁸⁶ peut aussi décider quels sont les actes sanctionnables, même si ceux-ci doivent évidemment être définis avant la commission de l'acte litigieux. Il jouit ici d'une latitude considérable que l'on retrouve également au sein de la commission de discipline.

488- Il appert effectivement que, bien qu'il soit accompagné de deux assesseurs, seul le directeur pénitentiaire a une voix décisive lors du

¹⁷⁸³ M. HERZOG-EVANS, « La réforme du régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires, un plagiat incomplet du droit pénal », *Rev. Pénit.*, 1997, p. 9.

¹⁷⁸⁴ C. CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison : entre spécialisation des fonctions et spécificité des « juridictions » », *op. cit.*

¹⁷⁸⁵ Articles R. 57-7-13 et s. du CPP

¹⁷⁸⁶ V. Décret n° 2013-368 du 30 avril 2013 *relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires*, *JORF* du 3 mai 2013, p. 7609.

prononcé de la sanction disciplinaire par la commission de discipline¹⁷⁸⁷. Surtout, il dispose une fois encore d'une large marge d'appréciation quant au choix de la sanction puisque, comme nous l'avons déjà souligné, si les fautes sont classées par degré de gravité, les sanctions disciplinaires ne sont classées qu'en deux catégories, les sanctions générales et les sanctions spéciales, laissant un vaste choix à disposition du directeur pénitentiaire. Il peut en outre aménager la sanction choisie en prononçant un sursis à exécution¹⁷⁸⁸ ou en aménageant l'exécution à l'aide des possibilités de fractionnement, suspension et dispense à sa disposition¹⁷⁸⁹. Il est donc évident que les pouvoirs du chef d'établissement dans le procès disciplinaire « *sont trop considérables* »¹⁷⁹⁰, d'autant que le régime disciplinaire pénitentiaire ne respecte pas le principe *non bis in idem* du droit pénal, faisant peser de lourdes conséquences au prononcé d'une sanction disciplinaire.

2. *L'inapplication du principe non bis in idem*

489- Le principe *non bis in idem*, qui veut que l'on ne puisse pas être puni deux fois pour le même fait, est un principe majeur du droit pénal français¹⁷⁹¹ comme du droit international¹⁷⁹². Pourtant, et bien que la

¹⁷⁸⁷ R. 57-7-7 du CPP

¹⁷⁸⁸ R. 57-7-54 du CPP

¹⁷⁸⁹ R. 57-7-60 du CPP.

¹⁷⁹⁰ M. HERZOG-EVANS, « La réforme du régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires, un plagiat incomplet du droit pénal », *op. cit.*

¹⁷⁹¹ L'article 113-9 du code pénal dispose ainsi qu'« aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite », et l'article 6 du code de procédure pénale que l'action publique s'éteint par la chose jugée. Des dispositions que complète l'article 368 du code de procédure pénale rappelant qu'« Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente. »

réforme du régime disciplinaire pénitentiaire se soit inspirée du droit pénal, l'application de cette règle a été volontairement écartée. Ainsi, alors que lorsqu'un détenu est poursuivi pour plusieurs faits disciplinaires la commission de discipline a déjà la possibilité de prononcer une sanction par faute avec comme seule limite que la durée cumulée des sanctions prononcées n'excède pas « *la limite du maximum prévue pour la faute la plus grave* »¹⁷⁹³, cette sanction disciplinaire pourra être cumulée avec une sanction pénale. En effet, comme l'a rappelé la Cour de cassation à l'occasion de l'examen du recours d'un détenu contre une sanction disciplinaire se cumulant à une sanction pénale prononcée pour des faits identiques, « *la règle non bis in idem consacrée par l'article 4 du protocole 7 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce protocole*¹⁷⁹⁴, *que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions disciplinaires parallèlement aux sanctions infligées par le juge répressif* »¹⁷⁹⁵. Les deux répressions sont indépendantes, « *le déclenchement de l'action disciplinaire n'est pas subordonné à celui de l'action pénale ; de même la chose jugée au pénal n'a aucune autorité sur la répression disciplinaire* »¹⁷⁹⁶. Un principe que rappelle également la circulaire d'application du régime disciplinaire des détenus, prévoyant que

¹⁷⁹² L'article 4 du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme reprend ainsi le « *droit à ne pas être jugé ou puni deux fois* », l'article 14 § 7 du PIDCP prévoit que « *Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.* » et l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne est consacré au « *Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction* ».

¹⁷⁹³ R. 57-7-51 du CPP

¹⁷⁹⁴ Protocole n°7 à la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'Homme, 22 novembre 1984.

¹⁷⁹⁵ Cass. Crim., 22 janvier 2014, req. n°12-83.579.

¹⁷⁹⁶ E. FRADET, *Les répressions des violences commises par les détenus dans les établissements pénitentiaires*, op. cit., p. 2013.

« les sanctions disciplinaires sont dans tous les cas, prononcées sans préjudice des poursuites pénales qui pourront être exercées par les autorités judiciaires compétentes »¹⁷⁹⁷. Si ce principe est commun à de nombreux domaines du droit administratif, il est d'autant plus fort en droit pénitentiaire, car « si dans certains domaines l'autorité disciplinaire préfère sursoir à statuer et attendre la décision du juge pénal pour décider de la sanction disciplinaire », en la matière ce n'est pas le cas. Les incidents disciplinaires imposent une réaction rapide en raison des impératifs de sécurité. En outre, le juge pénal « ne semble pas tenir compte du prononcé de la sanction disciplinaire dans sa décision même si elle est invoquée par le détenu »¹⁷⁹⁸.

490- Surtout, s'ajoute à cette possibilité de cumul l'impact conséquent que la sanction disciplinaire peut avoir sur les mesures d'application des peines. Fréquemment, « le juge de l'application des peines ayant connaissance de sanctions disciplinaires ajoute le rejet, l'ajournement ou le retrait des mesures d'application de la peine »¹⁷⁹⁹. Puis, il peut également relever le crédit de réduction de peine automatiquement accordé au détenu pour « mauvaise conduite de condamné en détention »¹⁸⁰⁰ et refuser le crédit de réduction de peine supplémentaire conditionné à des « efforts sérieux de réadaptation sociale du détenu »¹⁸⁰¹. Enfin, s'ajoutent encore des « sanctions informelles », c'est-à-dire des sanctions infligées par les surveillants pénitentiaires qui vont accepter ou non de rendre des services

¹⁷⁹⁷ Circ. JUSE0040087C du 31 octobre 2000 relative à la procédure disciplinaire des détenus

¹⁷⁹⁸ E. FRADET, *Les répressions des violences commises par les détenus dans les établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, pp. 204-205

¹⁷⁹⁹ M. HERZOG-EVANS, « La réforme du régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires, un plagiat incomplet du droit pénal », *op. cit.*

¹⁸⁰⁰ Art 721 al. 2 du CPP

¹⁸⁰¹ Art. 721-1 du CPP

aux détenus ou de leur accorder des faveurs en fonctions de leur comportement et de leur coopération¹⁸⁰².

491- Cette imbrication des différentes sanctions n'est pas sans conséquence, mais semble relever d'un choix politique de gestion de la vie carcérale « *motivé par le souci de rendre réellement coercitives les sanctions disciplinaires qui à elles seules, il ne faut pas se leurrer, ne sont pas réellement dissuasives* »¹⁸⁰³. Néanmoins, si les sanctions disciplinaires impactent lourdement sur le quotidien et le devenir du détenu, car elles ont des conséquences sur ceux-ci, le juge administratif s'est progressivement assuré de leur bien-fondé, mais aussi de leur proportionnalité en en contrôlant le prononcé.

§2 : Le contrôle du juge administratif sur les sanctions disciplinaires

492- L'instauration d'un régime des sanctions disciplinaires n'est pas suffisant pour assurer au détenu l'absence d'arbitraire comme le bien-fondé et la proportionnalité de la sanction prononcée. Une telle garantie suppose la possibilité de saisir le juge pour contrôler le respect des règles établies. C'est à cette fin, en raison des conséquences importantes d'une sanction disciplinaire sur la situation du détenu que le juge administratif a progressivement accepté d'en contrôler la légalité **(A)**. Ce contrôle, réalisé dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, emporte toutefois des limites intrinsèques. Il ne peut aboutir qu'à l'annulation d'une mesure jugée illégale, mais ne peut permettre la réparation du préjudice qui en découle **(B)**.

¹⁸⁰² A. CHAUVENET, F. ORLIC, G. BENGUIGUI, *Le monde des surveillants de prison*, PUF, Paris, 1994, 227 p.

¹⁸⁰³ M. HERZOG-EVANS, « La réforme du régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires, un plagiat incomplet du droit pénal », *op. cit.*

A) L'ouverture progressive du prétoire au détenu

493- Le juge administratif a mis des années à accepter de reconsidérer la nature des sanctions disciplinaires pour en faire, sous conditions, des mesures faisant grief susceptibles de recours (1). Une fois ce pas franchi, il lui a fallu quelques années supplémentaires pour franchir une étape supplémentaire, faire de toutes les sanctions disciplinaires des actes susceptibles de recours (2).

1. *La possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre une sanction disciplinaire*

494- Longtemps, les sanctions disciplinaires pénitentiaires étaient classées dans la catégorie des mesures d'ordre intérieur, mesures ne faisant pas grief, car n'affectant pas suffisamment la situation juridique des personnes détenues¹⁸⁰⁴. Cette pratique permettait à l'administration pénitentiaire de répondre très rapidement et avec beaucoup de liberté aux écarts des détenus. Mais, si elle était justifiée en théorie, cette pratique ne tenait pas compte des réelles conséquences d'une sanction disciplinaire sur le quotidien du détenu et son avenir. Un constat qu'opère Bruno GENEVOIS dès 1984 dans ses conclusions sous l'affaire *Caillol*¹⁸⁰⁵. Il n'hésite pas à proposer aux juges du Palais royal de faire évoluer la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État. Il relève ainsi qu'il existe « *un statut juridique* » des détenus, et que toute décision portant atteinte à ce statut, limitant les droits accordés au détenu, doit être susceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. Il n'hésite pas à aller jusqu'à affirmer qu'« *opposer une fin de non recevoir à une décision qui porte atteinte à ce statut reviendrait à consacrer un déni de justice* ». Ses conclusions ne seront toutefois pas

¹⁸⁰⁴ V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 1 – Paragraphe 1 – B – 2. Les mesures d'ordre intérieur de l'administration pénitentiaire (415)

¹⁸⁰⁵ B. GENEVOIS, « Conclusions sur Conseil d'État », Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, Rec. 1984, p. 483.

suivies d'effet puisque le Conseil d'État resta fidèle à sa jurisprudence antérieure et confirma que la décision de placement en quartier de plus haute sécurité prononcée à la suite d'un mauvais comportement en détention (mesure qui n'est plus aujourd'hui une sanction disciplinaire puisqu'une telle possibilité a été abrogée en 1982, mais en a toutes les caractéristiques) « constitue une mesure d'ordre intérieur non susceptible d'être déférée au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir »¹⁸⁰⁶. Cependant, les conclusions du commissaire du gouvernement ont ouvert une brèche et « laissent entrevoir des indices du revirement »¹⁸⁰⁷ qui sera opéré dix ans plus tard. Des indices au demeurant confortés quelques mois plus tard par la Cour européenne des droits de l'homme qui n'hésita pas à affirmer à son tour qu'il existe un statut juridique du détenu comprenant des droits auxquels il n'est pas possible de porter atteinte sans contrôle. En déclarant dans l'arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* que « la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons »¹⁸⁰⁸, elle a opposé au juge national qu'il « ne peut arguer d'une quelconque vie intérieure à l'administration pénitentiaire pour refuser de rentrer dans le milieu carcéral ». Elle lui a imposé de contrôler que les droits du détenu sont respectés en détention et que les atteintes qui y sont portées sont justifiées et proportionnées.

495- À la suite de cet arrêt, « le Conseil d'État va se trouver pris en étau, soit il surveille l'administration et il viole la vie intérieure de l'administration, soit il refuse de rentrer en prison et la condition des personnes détenues pourra se trouver aggravée »¹⁸⁰⁹. Il ne pouvait pas sciemment décider de passer outre cette jurisprudence et risquer une condamnation de la Cour européenne. Même si cela lui a pris du temps, il a donc décidé en 1995 de suivre les conclusions du commissaire du

¹⁸⁰⁶ CE, Ass., 27 janvier 1984, req. n°31985, *Caillol*.

¹⁸⁰⁷ A. DEFLOU, *Le droit des détenus – Sécurité ou réinsertion ?*, Dalloz, Paris, 2010, p. 42.

¹⁸⁰⁸ CEDH, 28 juin 1984, req. n°7819/77 7878/77, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, A80

¹⁸⁰⁹ A. DEFLOU, *Le droit des détenus – Sécurité ou réinsertion ?*, *op. cit.*

gouvernement FRYDMAN rendues sur les arrêts *Marie* et *Hardouin*¹⁸¹⁰. Patrick FRYDMAN avait en effet rappelé que si les sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des détenus sont traditionnellement analysées « *comme de simples mesures d'ordre intérieur ne pouvant, à ce titre, donner lieu à contestation* », « *on ne peut manquer d'être sensible aux conséquences préjudiciables qui s'attachent, pour les personnes concernées, au prononcé de sanctions disciplinaires et, corrélativement, aux considérables progrès du droit que représenterait la soumission de telles mesures au contrôle du juge* ». Il avait d'ailleurs ajouté que « *la plupart de ces sanctions portent en réalité des atteintes manifestes tant aux droits et libertés des intéressés qu'à leur situation juridique* » et entraîne « *une très sensible aggravation des conditions matérielles dans lesquelles s'effectue la détention* » à laquelle s'ajoute l'effet indirect sur les possibilités de libération anticipée. Le Conseil d'État a accepté de suivre ce raisonnement et a jugé que les punitions infligées emportent bel et bien des « *effets de droit et de faits* »¹⁸¹¹, qu'eu égard à « *la nature et la gravité de la mesure* », la mise en cellule disciplinaire doit pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, y compris si elle est prononcée avec sursis¹⁸¹².

496- Ce premier pas vers le contrôle des sanctions disciplinaires a permis, en 2007, une « *extension du domaine de justiciabilité* »¹⁸¹³. Le juge administratif a substitué à l'approche casuistique qu'il utilisait jusqu'alors une approche catégorielle. Il a systématisé le raisonnement du juge pour le rendre pleinement opératoire et permettre au justiciable de savoir à l'avance

¹⁸¹⁰ P. FRYDMAN, « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions sous CE, Ass., 11 février 1995 (2 espèces 1) Pascal Marie, 2) Philippe Hardouin », *RFDA*, 1995, p. 353.

¹⁸¹¹ *Ibidem*.

¹⁸¹² CE, Ass., 17 février 1995, req. n°97754, *Marie*; *JCP G*, 1995, p. 22426, M. LACOMBE, F. BERNARD ; *D.* 1995, p. 74 ; *Gaz. Pal.*, 31 mai 1995, 151/152 ; *Gaz. Pal.*, 7 juin 1996, 159/160, jurisprudence, p. 27, M. FRYDMAN, S. PETIT ; *Gaz. Pal.*, 30 août 1995, 242/243, jurisprudence, p. 10, OTEKPO ; *Gaz. Pal.*, 29 novembre 1995, 333/334, panorama, p. 6 ; *D.* 1995, p. 74 ; *D.* 1995, p. 381, N. BELLOUBET FRIER.

¹⁸¹³ X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Custodires ipsos custodes, Le juge administratif face à la prison », *AJDA*, 2011, p. 1364.

si son recours sera ou non recevable tout en étendant les possibilités de recours puisqu'il confère « *aux critères de la nature et des effets de la mesure un caractère complémentaire et non cumulatif* » et réserve parmi les décisions non susceptibles de recours une possibilité de justiciabilité dès lors que sont en cause des droits et libertés fondamentaux de la personne détenue¹⁸¹⁴. Le Conseil d'État a ainsi jugé que la sanction de déclassement d'emploi par les effets qu'elle emporte puisque « *le travail auquel les détenus peuvent prétendre constitue pour eux non seulement une source de revenus, mais encore un mode de meilleure insertion dans la vie collective de l'établissement, tout en leur permettant de faire valoir des capacités de réinsertion* », est une mesure susceptible de recours¹⁸¹⁵.

497- Des questions persistaient tout de même, faute de recours opéré contre chaque type des sanctions disciplinaires énumérées aux articles R. 57-7-33 et R. 57-7-34 du code de procédure pénale quant au caractère automatique ou non de l'ouverture de recours pour excès de pouvoir lors du prononcé d'une telle mesure¹⁸¹⁶. Des questions confortées par la décision rendue par la cour administrative d'appel de Versailles le 25 juin 2007¹⁸¹⁷ s'opposant à une tentative d'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre la

¹⁸¹⁴ *Ibidem*. Mattias GUYOMAR explique de manière similaire que « *les décisions de 2007 confirment que pour déterminer si une mesure peut constituer un acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir, il y a lieu d'apprécier sa nature et l'importance de ses effets sur la situation des détenus.* » Il ajoute que « *Le critère de la nature de la mesure recouvre trois séries d'éléments : en premier lieu, son objet, en deuxième, son caractère, en troisième lieu, son statut juridique. Le critère des effets de la mesure renvoie aux conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner. Celles-ci doivent être appréciées compte tenu de leur gravité, tant sur le plan juridique que le plan strictement matériel – ce qui renvoie aux conditions concrètes de détention* ». V. M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, p. 413.

¹⁸¹⁵ CE, 14 décembre 2007, req. n°290420, *Planchenault* ; *Droit administratif*, 2008, p. 35 ; *Droit pénal*, 2008, p. 39.

¹⁸¹⁶ Le juge administratif avait pu toutefois affirmer que la suppression de l'accès au parloir est susceptible de recours, même prononcée pour une durée de 30 jours. V. TA Rennes, 31 août 2005, req. n°064023.

¹⁸¹⁷ CAA Versailles, 28 juin 2007, req. n°05VR01885

sanction d'avertissement¹⁸¹⁸ - sanction la plus faible du dispositif disciplinaire –. Dans cette affaire, le juge avait affirmé que « *s'il résulte des dispositions [...] de l'article D. 250-6 du code de procédure pénale que le chef d'établissement avise le juge d'application des peines de toute décision prononçant une sanction disciplinaire, et notamment des avertissements, et que cette sanction est inscrite sur un registre tenu sous l'autorité du chef d'établissement et présenté aux autorités administratives et judiciaires lors de leurs visites de contrôle, l'avertissement ne fait pas l'objet d'un rapport à la commission de l'application des peines et n'a pas de conséquences sur la vie quotidienne du détenu, notamment s'agissant des achats en cantine, des visites et de toute autre activité* » et a donc jugé que cette sanction ne fait pas grief et n'est pas susceptible de recours. En refusant d'accorder la justiciabilité à cette sanction, la plus légère prévue par le code de procédure pénale, la cour administrative empêchait alors d'opérer une systématisation de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir pour les sanctions disciplinaires pénitentiaires. Un souhait que l'on retrouvait pourtant dans certains jugements de tribunaux administratifs rendus à la même période et qui a finalement été exaucé par le Conseil d'État en 2014¹⁸¹⁹.

2. *La possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre toute sanction disciplinaire*

498- Récemment encore, l'avertissement était jugé « *sans réelles conséquences immédiates sur la situation juridique du détenu* »¹⁸²⁰.

¹⁸¹⁸ TA Versailles, 10 mars 2005, req. n°0403682

¹⁸¹⁹ CE, 21 mai 2014, req. n°359672, *Garde des sceaux* ; H. PAULIAT, « Toute sanction dans le domaine carcéral est susceptible de recours », *JCP A*, 2015, p. 2073 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Des sanctions disciplinaires en prison : des mesures d'ordre (de moins en moins) intérieur », *JCP G.*, 2014, p. 662 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Des sanctions disciplinaires en prison : des mesures d'ordre (de moins en moins) intérieur », *JCP. A.*, 2014, p. 444.

¹⁸²⁰ J.-P. CERE, « Vers un recours contre les sanctions de "déclassement d'emploi" et d'"avertissement" TA de Toulouse, 8 mars 2005 », *AJ Pénal*, 2005, p. 384.

Pourtant, puisque cette sanction, si faible soit elle¹⁸²¹, figure sur le dossier disciplinaire du détenu, elle peut avoir un impact sur les mesures d'application de peine. C'est à ce raisonnement que sont arrivés plusieurs juges du fond tels que le tribunal administratif de Toulouse en 2005¹⁸²² ouvrant alors « *une brèche capitale vers l'extinction totale de la théorie des mesures d'ordre intérieur en matière de contentieux disciplinaire* »¹⁸²³, puis la cour administrative d'appel de Nantes en 2012 malgré le coup d'arrêt opéré par celle de Versailles cinq ans plus tôt¹⁸²⁴. Elle n'a pas hésité à juger qu' « *eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, et en particulier aux conséquences sur le régime de la détention, la sanction d'avertissement constitue une décision faisant grief au détenu, susceptible d'être déférée au juge administratif* »¹⁸²⁵. Même s'il a fallu attendre le 21 mai 2014, le Conseil d'État a validé cette jurisprudence en reprenant des arguments similaires. Il a confirmé qu' « *eu égard à leur nature et à leurs effets sur la situation des personnes détenues, les décisions par lesquelles le président de la commission de discipline prononce une sanction d'avertissement sont au nombre des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* ». Une conclusion à laquelle il est arrivé après avoir observé que « *si la sanction d'avertissement ne fait pas l'objet d'un rapport à la commission de l'application des peines, le juge d'application des peines ainsi informé par le chef d'établissement peut néanmoins, le cas échéant, en tenir compte pour retirer [...] une réduction de peine ou, plus généralement, refuser une réduction de peine supplémentaire, une permission de sortir ou un aménagement de peine* » et qu'elle peut également « *constituer, en cas de nouvelles poursuites disciplinaires pour d'autres fautes, une circonstance aggravante prise en compte par la commission de discipline* ».

¹⁸²¹ La circulaire NOR JUSE964002SC parle de « *la sanction la moins grave* ».

¹⁸²² TA Toulouse, 8 mars 2005, req. n°0403682.

¹⁸²³ J.-P. CERE, « Vers un recours contre les sanctions de “déclassement d'emploi” et d'“avertissement” TA de Toulouse, 8 mars 2005 », *op. cit.*

¹⁸²⁴ CAA Versailles, 28 juin 2007, req. n°05VE01885.

¹⁸²⁵ CAA Nantes, 27 septembre 2012, req. n°11NT01339.

499- Le Conseil d'État, par cet arrêt, « opère un revirement de jurisprudence attendu » et fait tomber le « dernier bastion des mesures d'ordre intérieur »¹⁸²⁶. En affirmant que l'avertissement, sanction disciplinaire la moins grave, est une véritable sanction bénéficiant d'un régime juridique précis pouvant avoir un impact sur la vie du détenu, il pose comme règle que toutes les sanctions disciplinaires peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il « faut donc basculer dans le champ contentieux l'ensemble des sanctions infligées aux détenus, par le seul fait qu'elles sont des sanctions et peuvent donc affecter, compte tenu de leur régime juridique, la situation du détenu »¹⁸²⁷. Au surplus, la Haute juridiction répond simultanément aux exigences du juge constitutionnel qui un mois plus tôt avait censuré l'article 728 du code de procédure pénale dans sa version antérieure à la loi du 24 novembre 2009 comme ne prévoyant pas « les conditions dans lesquelles sont garantis les droits dont ces personnes [les détenus] continuent de bénéficier dans les limites inhérentes à la détention »¹⁸²⁸. Elle vient en effet consacrer le droit du détenu à contester une mesure disciplinaire, le droit du détenu à bénéficier de toutes les garanties juridiques et juridictionnelles auxquels il a droit en tant qu'usager du service public.

500- Ce revirement jurisprudentiel a constitué un réel bond en avant dans la protection des droits du détenu, mais comme toute avancée, elle provoque d'autres attentes notamment quant au contrôle opéré par le juge administratif sur la sanction disciplinaire. Le juge de l'excès de pouvoir doit-il contrôler uniquement l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de

¹⁸²⁶ H. PAULIAT, « Toute sanction dans le domaine carcéral est susceptible de recours », *JCP A*, 23 mai 2015, p. 2073.

¹⁸²⁷ *Ibidem*.

¹⁸²⁸ CC, 25 avril 2014, n° 2014-393 QPC, *M. Angelo R. [Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires]*, *JORF* du 27 avril 2014, p. 7362 ; J.-P. CERE, M. HERZOG-EVANS, « [Note sous 2014-393 QPC – M. Angelo R. (Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires)] », *D.*, 2014, p. 1235 ; S. SLAMA, « Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlèvement du statut constitutionnel des personnes détenues », *Lettre ADL, CREDOF*, 7 mai 2014, 9 p.

la part de l'administration ou doit-il aussi contrôler la proportionnalité de la mesure aux faits poursuivis ? Plus encore, un contrôle de l'excès de pouvoir est-il suffisant pour garantir les droits des détenus alors que, par définition il ne permet pas de moduler la sanction prononcée, mais uniquement de la valider ou de l'annuler ?

B) Les lacunes persistantes dans le contrôle opéré par le juge

501- Si de lourdes attentes pèsent sur le juge administratif saisi d'une sanction disciplinaire, celui-ci ne dispose pourtant que des prérogatives du juge de l'excès de pouvoir. Cela signifie, dans un premier temps, que sa saisine n'a pas d'effet suspensif et que la sanction continue d'être appliquée durant le laps de temps s'écoulant entre la saisine et le jugement (1). Puis, dans un second temps, cela signifie qu'il a pour seul pouvoir d'annuler la sanction qu'il jugera illégale, ne pouvant ni la réformer, ni indemniser le détenu du préjudice né de l'exécution d'une sanction pourtant jugée illégale puisqu'il refuse au détenu l'ouverture d'un recours de plein contentieux (2).

1. Le caractère insatisfaisant des recours ouverts au détenu

502- Si l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les sanctions disciplinaires pénitentiaires a eu un impact positif sur la situation des détenus, comme tout recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, il n'est pas suspensif. Ce caractère se trouve aggravé par l'obligation d'effectuer un recours administratif préalable, non suspensif également, qui allonge le délai existant entre le prononcé de la sanction et sa possible annulation. En outre, les autres recours existants, recours gracieux

et recours hiérarchique, semblent n'être que des « *recours théoriques virtuels* »¹⁸²⁹.

503- L'inefficacité des recours gracieux et hiérarchique. Les recours non contentieux des anciens articles D. 259 et D. 260 du code de procédure pénale ont été repris à l'article 34 du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires mis en place par le décret du 30 avril 2013 à l'article R. 57-6-18 de ce même code. Est ainsi énoncé que « *toute personne détenue peut présenter des requêtes ou des plaintes au chef d'établissement qui lui accorde audience si elle invoque un motif suffisant* », mais aussi que « *la personne détenue à laquelle une décision administrative a fait grief peut former un recours hiérarchique auprès du directeur interrégional ou du ministre de la justice, selon que la décision émane du chef d'établissement ou du directeur interrégional* ». Ces recours ont eu le mérite d'être instaurés alors qu'aucun recours contentieux n'était ouvert au détenu, mais s'avèrent bien souvent dénués d'intérêt pratique. Ils ont l'avantage de n'imposer aucune règle de forme au détenu, libre dans la manière d'effectuer son recours, mais ils s'avèrent généralement superfétatoires.

504- Le recours gracieux est réalisé devant le directeur de l'établissement pénitentiaire, c'est-à-dire devant la personne qui aura dans grand nombre de cas présidé la commission de discipline et adopté la sanction contestée. En dehors des cas où le directeur pénitentiaire a délégué son pouvoir à l'un de ses auxiliaires pour statuer en commission de discipline ce recours ne présente que peu d'intérêt puisqu'il est peu probable que le directeur se déjuge.

505- Quant au recours hiérarchique, s'il a l'avantage de ne pas être porté devant la personne ayant prononcé la sanction, mais devant son supérieur hiérarchique, qu'il permet notamment au détenu de demander au directeur interrégional de revenir sur la décision prise par le chef d'établissement, et qu'il a l'avantage lui aussi de n'imposer aucune règle de forme, il a

¹⁸²⁹ J.-P. CERE, « Vers un recours contre les sanctions de "déclassement d'emploi" et d'"avertissement" TA de Toulouse, 8 mars 2005 », *op. cit.*

l'inconvénient de ne pas avoir d'effet suspensif. De ce fait, bien qu'il permette au directeur interrégional d'annuler la sanction, de la remplacer et de la réformer – il donne ainsi plus de pouvoir au directeur interrégional qu'au juge de l'excès de pouvoir – il paraît tout de même plus simple et efficace pour le détenu de former directement un recours administratif préalable devant cette autorité, ce recours étant enfermé dans un délai de quinze jours et obligatoire avant de former un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

506- Enfin, « *chaque personne détenue peut demander à être entendue par les magistrats et fonctionnaires chargés de l'inspection ou de la visite de l'établissement, hors la présence de tout membre de l'établissement pénitentiaire* »¹⁸³⁰. Ces réclamations, aussi utiles soient-elles pour faire connaître les conditions de détention des détenus et les problèmes existants dans les établissements pénitentiaires, ne pourront pas aboutir à une annulation ou à une modification de la sanction contestée, à moins que le chef d'établissement les prenne en compte dans le cadre d'un recours gracieux parallèle par exemple, mais cette situation relève de l'exception.

507- Ainsi, ces recours non contentieux se montrent insatisfaisants. Si selon les règles pénitentiaires européennes, « *dans la mesure du possible, les autorités pénitentiaires doivent recourir à des mécanismes de restauration et de médiation pour résoudre leurs différends avec les détenus et les disputes entre ces derniers* »¹⁸³¹, il apparaît que « *cette vision idéaliste des choses ne correspond pas aux réalités du terrain de notre pays* »¹⁸³². Les recours gracieux et hiérarchiques ne gardent qu'un « *intérêt résiduel en matière disciplinaire* »¹⁸³³ dès lors qu'ils ne sont pas enfermés dans les délais du recours administratif préalable obligatoire et du recours pour excès de pouvoir, délais relativement courts ne permettant parfois pas au détenu de saisir le juge à temps. Leur efficacité plus que relative impose donc au

¹⁸³⁰ Ancien Art. D. 262 du CPP repris à l'article 34 du règlement intérieur type.

¹⁸³¹ Règle 56.2.

¹⁸³² M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire, Dalloz-Action*, 2012-2013, Paris, p. 986.

¹⁸³³ *Ibidem*.

détenu de se tourner vers les recours contentieux et plus particulièrement vers le recours pour excès de pouvoir. Cependant, celui-ci étant enfermé dans une procédure et un formalisme stricts ne permettra pas au détenu d'obtenir l'annulation de la sanction prononcée avant la fin de son exécution.

508- Le délai important entre le prononcé de la sanction et le prononcé de la décision du juge administratif. L'article R. 57-7-32 du code de procédure pénale dispose que « *la personne détenue qui entend contester la sanction prononcée à son encontre par la commission de discipline doit, dans le délai de quinze jours à compter de la notification de la décision, la déférer au directeur interrégional des services pénitentiaires préalablement à tout recours contentieux. Le directeur interrégional dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception du recours pour répondre par décision motivée. L'absence de réponse dans ce délai vaut décision de rejet* ». Le recours administratif préalable est obligatoire et en raison des délais de saisine et de réponse, la décision du juge administratif interviendra très probablement après l'exécution de la sanction disciplinaire, la sanction la plus lourde étant de trente jours de placement en cellule disciplinaire. Ce délai paraît contraire au respect du droit au recours effectif de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne a d'ailleurs affirmé que ce recours ouvert au détenu est « *inapte à prospérer en temps utile* » et donc est « *ni adéquat, ni effectif* »¹⁸³⁴. Néanmoins, et bien que le détenu se voit contraint de respecter une procédure stricte « *à l'origine de nombreuses erreurs* »¹⁸³⁵ empêchant les recours de prospérer et longue, le poussant parfois à renoncer à toute action faute d'impact réel sur la sanction prononcée, le Conseil d'État a jugé cette action disciplinaire conforme au droit à un recours effectif¹⁸³⁶. Pourtant, le détenu doit non seulement agir dans le délai de quinze jours pour former un recours devant le directeur interrégional sous peine de voir toute action contentieuse

¹⁸³⁴ CEDH, 20 avril 2011, req. n° 19606/08, *Payet c. France*, §133.

¹⁸³⁵ P. BARBELETTE, *La situation du détenu face aux sanctions disciplinaires*, Mémoire de DEA, Université Panthéon Assas Paris II, 2007, p. 55.

¹⁸³⁶ CE, Avis, 29 décembre 1999, req. n° 210147 ; M.-C. ROUAULT, *JCP G.*, 2000, p. 829.

refusée¹⁸³⁷, mais doit aussi envoyer une requête suffisamment précise, en fait et en droit, sous peine de rejet¹⁸³⁸. Enfin, en cas de rejet de sa demande par le directeur interrégional, qui doit impérativement dès réception de la requête envoyer au détenu ou à son avocat un accusé de réception indiquant la date à partir de laquelle, à défaut de décision expresse, la demande sera rejetée ainsi que le délai et les voies de recours possible contre la décision implicite de rejet¹⁸³⁹, le détenu ne doit pas faire d'erreur dans la formulation du recours pour excès de pouvoir. Or, contrairement à ce qui peut sembler logique au détenu, ce n'est plus la sanction dont il a fait l'objet qu'il doit contester, mais la décision du directeur interrégional, qui se substitue à la décision initiale. Malgré toutes ces difficultés pour obtenir une décision du juge administratif, le Conseil d'État estime depuis 2009 que « *la circonstance que le juge administratif ne puisse lui-même prononcer le sursis à exécution de la décision initiale, mais seulement celui de la décision du directeur régional des services pénitentiaires, ne constitue, eu égard à la nature des sanctions en cause [...] et aux conditions dans lesquelles elles sont prononcées, une méconnaissance d'une garantie essentielle des droits de la défense ni une atteinte au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »¹⁸⁴⁰. Il considère que la procédure, si complexe soit-elle, assure le respect des droits des détenus.

509- Bien que cette position soit évidemment critiquable, il ne peut être nié que l'ouverture du recours pour excès de pouvoir dans le cadre d'une procédure aussi imparfaite a eu des effets positifs.

¹⁸³⁷ TA Melun, 19 octobre 1998, *Diez* ; TA Dijon, 15 octobre 1996, *Plichota* ; TA Caen, 15 février 2000, *Leboulch* ; CAA Marseille, 28 décembre 2000, *Pin*. Pour l'application de cette règle au contentieux administratif de droit commun : CE, 26 avril 1976, req. n°95585 ; LOBRY, *Rev. Droit fiscal*, 1976, p. 1441 ; *Gaz. Pal.*, 1976, p. 579.

¹⁸³⁸ TA Rouen, 30 juin 2000, *Druelle* ; E. PECHILLON, D., 2001, p. 118. Un certain degré d'erreur est toutefois admis dans la formulation si l'essentiel de la procédure figure dans la requête, TA Marseille, 6 octobre 2000, *Derderian* ; E. PECHILLON, D. 2002, p. 118.

¹⁸³⁹ Circ., AP, 9 juin 2011, *Régime disciplinaire des personnes majeures détenues*, NOR : JUSK1140024C.

¹⁸⁴⁰ CE, Avis, 29 décembre 1999, req. n° 210147, *op. cit.*

510- L'impact positif, mais restreint de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre une sanction disciplinaire. Il est certain que le recours juridictionnel, par son délai d'exécution, n'aura en lui-même que « *peu d'incidences sur la situation du détenu puisque même en cas de succès la sanction sera de toute façon exécutée* »¹⁸⁴¹. Pour autant, le recours administratif préalable comme le recours pour excès de pouvoir vont « *permettre une harmonisation des pratiques, au moins au niveau régional, et entraîner de meilleures garanties d'impartialité ainsi qu'un plus grand souci de justification des sanctions prononcées de la part du chef d'établissement* »¹⁸⁴². De plus, malgré le principe selon lequel l'objet du recours tel qu'il est fixé par la demande du requérant lors du recours administratif préalable ne pourra plus être modifié par la suite¹⁸⁴³, le juge administratif a accepté de faire une exception. Dans une affaire relative au Ministère de la défense, il a jugé que le requérant qui entend contester la décision hiérarchique « *peut invoquer devant le juge [...] tout moyen de droit nouveau, alors même qu'il n'aurait pas été invoqué à l'appui du recours administratif contre la décision initiale, dès lors que ces moyens sont relatifs au même litige que celui dont avait été saisie l'autorité administrative* »¹⁸⁴⁴. Une jurisprudence qui semble s'appliquer à tous les domaines du droit administratif et devrait donc être retenue également en droit pénitentiaire.

511- Néanmoins, et même si des avancées sont observables, on ne pourra nier que l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir ne produira aucune conséquence bénéfique pour le détenu, le grief n'étant pas réparable. Cette

¹⁸⁴¹ J.-P. CERE, « L'évolution de la discipline pénitentiaire », *CRDF*, n° 3, 2004, pp. 43-48.

¹⁸⁴² E. FRADET, *Les répressions des violences commises par les détenus dans les établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁸⁴³ René CHAPUS parle de la « *cristallisation du débat contentieux* ». V. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 10^{ème} éd., Montchrestien, 2002, p. 368

¹⁸⁴⁴ CE, 21 mars 2007, req. n°284586 ; O. GUILLAUMONT, « L'abandon de la règle de la cristallisation du débat contentieux en matière de recours préalable obligatoire », *Droit administratif*, 2007, p. 39 ; M.-C. ROUAULT, « Recours juridictionnel : d'autres moyens que ceux du recours préalable sont invocables », *JCP G.*, 2007, p. 157.

procédure souligne ainsi une fois de plus la particularité du droit pénitentiaire enfermé entre une volonté de protection des détenus et d'« *intégration [au] bloc de la légalité générale* » et « *un certain conservatisme corporatiste* », entre la nécessité d'ouverture du monde carcéral et celle de protéger l'autorité de l'institution¹⁸⁴⁵. Le recours pour excès de pouvoir, non suspensif, n'assure pas une protection effective du détenu qui ne pourra, à défaut de voir sa sanction annulée avant exécution, n'espérer que l'indemnisation de son préjudice. Ce constat commun à toutes les sanctions administratives a pourtant permis l'ouverture du plein contentieux dans de nombreux pans du droit administratif.

2. *Le refus d'ouvrir au détenu un recours de plein contentieux*

512- Depuis 1995 et le célèbre arrêt *Marie*¹⁸⁴⁶, le juge administratif a accepté de contrôler la légalité de la sanction de cellule disciplinaire, contrôle aujourd'hui étendu à toutes les sanctions disciplinaires. Toutefois, lors de l'ouverture du prétoire au détenu, il a posé comme principe que le contrôle opéré serait un contrôle normal sur les motifs de la sanction et un contrôle restreint, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, sur le choix et le *quantum* de cette sanction. S'il « *ne s'est pas satisfait de mettre en place un contrôle de l'exactitude matérielle des faits* » et « *a affirmé la nécessité d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation unissant ainsi le contentieux disciplinaire pénitentiaire à l'ensemble du contrôle de la légalité de la discipline dégagé antérieurement* », il a choisi aussi de laisser une latitude d'action au chef d'établissement¹⁸⁴⁷. De ce fait, le contrôle opéré permet certes de sanctionner les irrégularités les plus graves, mais

¹⁸⁴⁵ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 355. Il explique cela par le fait que « *la discipline possède une dimension psychologique indéniable* » et que « *le pouvoir réglementaire a donc cherché à conserver au maximum cette dimension interne propre à garantir la cohérence de l'institution* ».

¹⁸⁴⁶ CE, Ass., 17 février 1995, req. n°97754, *Marie*, op. cit.

¹⁸⁴⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 359.

garantit au directeur d'établissement un large pouvoir discrétionnaire qui « ne peut avoir l'obligation de prendre la meilleure décision ou la plus efficace », il a uniquement comme obligation d'adopter une sanction qui ne soit pas « manifestement contraire à l'esprit du texte, et par conséquent à l'intérêt général »¹⁸⁴⁸. Le juge observe clairement une certaine retenue, refusant de statuer en plein contentieux, comme d'effectuer un contrôle de proportionnalité de la mesure adoptée. Ce choix s'explique peut-être par le particularisme de l'institution pénitentiaire, de l'omniprésence de la sécurité et de la place en conséquence importante de la discipline, mais cela reste un choix « que rien n'impose ni ne justifie en droit »¹⁸⁴⁹. C'est pourquoi la question de légitimité d'un contrôle aussi limité s'est progressivement posée, notamment avec la généralisation du recours de plein contentieux issue de la jurisprudence *Atom* de 2009.

513- Alors que, par l'arrêt *Lecun* en date du 1 mars 1991, le Conseil d'État avait jugé que les décisions de sanction, administratives et non juridictionnelles, c'est-à-dire les sanctions administratives, font l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹⁸⁵⁰, il a affirmé, le 16 février 2009¹⁸⁵¹, qu'« il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration et, le cas échéant, de faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur à la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue ». Il en conclut que « compte tenu des pouvoirs dont il dispose ainsi pour contrôler

¹⁸⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁴⁹ M. MOLINIER-DUBOST, « À propos d'une autre "jurisprudence immobile", Le contentieux des sanctions disciplinaires infligées au détenu », *AJDA*, 2013, p. 1380.

¹⁸⁵⁰ CE, Ass., 1^{er} mars 1991, req. n°112820, *Lecun* ; *Bull. Joly Sociétés*, 1991, p. 541.

¹⁸⁵¹ CE, 16 février 2009, req. n°274000, *Atom* ; L. AYRAULT, « Amende fiscale de l'article 1840 j du code général des impôts », *Procédures*, 2009, p. 220 ; S. DEYGAS, « Quels pouvoirs pour le juge des sanctions administratives ? », *Procédures*, 2009, p. 218 ; F. MELLERAY, « Les sanctions administratives relèvent du plein contentieux », *Revue juridique de l'économie publique*, 2009, p. 30 ; D. BAILLEUL, « Les sanctions administratives relèvent du plein contentieux », *JCP A.*, 2009, p. 2089.

une sanction de cette nature, le juge se prononce sur la contestation dont il est saisi comme juge de plein contentieux ». Abandonnant sa jurisprudence précédente, il fait « glisser un pan du droit, celui des sanctions infligées par l'administration à ses administrés du recours pour excès de pouvoir ou recours de pleine juridiction »¹⁸⁵². Il étend ainsi les pouvoirs du juge qui ne sont plus limités à la validation ou l'annulation de la sanction. Désormais, le juge peut aussi réformer la sanction prononcée, substituer sa décision à celle de l'autorité administrative, et enfin indemniser le requérant. Cela lui permet également dans un souci de protection de l'administré, d'appliquer le principe de la rétroactivité *in mitius* à la sanction en cause et donc d'appliquer à l'administré une loi nouvelle qui lui est favorable, alors que dans le cadre de l'excès de pouvoir il doit statuer au vu des circonstances de droit et de fait qui existaient à la date du prononcé de la sanction contestée.

514- Au vu de l'intérêt d'une telle évolution, la question s'est rapidement posée quant à la possibilité d'effectuer un recours de plein contentieux devant le juge administratif contre toutes les sanctions administratives. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Atom*, Claire LEGRAS avait exclu le droit disciplinaire qui n'applique pas le principe de la légalité des délits et des peines du bénéfice de cette jurisprudence, et qui donc ne pouvait se voir appliquer le principe de la rétroactivité *in mitius*¹⁸⁵³. L'exclusion du droit disciplinaire n'était pourtant pas si évidente, ce dernier étant empreint de particularismes. Effectivement, le Conseil d'État ayant jugé que la rétroactivité *in mitius* s'applique aux sanctions administratives ayant le caractère de punition¹⁸⁵⁴ et que sont comprises comme telles les sanctions

¹⁸⁵² S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, « L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ? », *AJDA*, 2009, p. 583.

¹⁸⁵³ C. LEGRAS, « Sanctions administratives : rétroactivité *in mitius* et plein contentieux, conclusions sous Conseil d'État, Ass., 16 février 2009, Société Atom », *RFDA*, 2009, p. 259.

¹⁸⁵⁴ CE, 9 octobre 1996, req. n°170363, *Société Prigest, D.*, 1996, p. 237 ; *Gaz. Pal.*, 22 juillet 1998, p. 203 ; *Gaz. Pal.*, 30 mai 1997, p. 76.

tendant à empêcher la réitération d'un préjudice pécuniaire¹⁸⁵⁵, il peut sembler raisonnable à l'aune de ces critères d'appliquer la jurisprudence *Atom* aux sanctions disciplinaires pénitentiaires. Néanmoins, le critères de l'application de la rétroactivité *in mitius* n'est pas le seul retenu par la jurisprudence *Atom* et serait cumulatif à l'appartenance à la catégorie des "administrés", ce qui pousserait à exclure les sanctions disciplinaires et professionnelles, en raison de l'existence d'un lien « *d'une nature particulière* » avec l'administration¹⁸⁵⁶. Les détenus, tout comme les agents publics et les élèves, en raison de leur lien de subordination à l'administration sont placés « *par rapport à la puissance publique, dans une situation de droit ou de fait différente de celle que connaît l'ensemble des citoyens* »¹⁸⁵⁷ et seraient donc exclus du champ d'application de cette jurisprudence. Une théorie que le Conseil d'État est venu confirmer en réponse aux tentatives des juges du fond d'opérer un contrôle de plein contentieux des sanctions disciplinaires pénitentiaires. En effet, alors que le tribunal administratif de Strasbourg a en 2009 effectué un contrôle de plein contentieux sur des sanctions disciplinaires pénitentiaires¹⁸⁵⁸, il a vu ses décisions censurées en appel au motif que les juges auraient « *commis un erreur de droit sur l'étendue de leurs pouvoirs* »¹⁸⁵⁹. En parallèle, le Conseil d'État effectue un raisonnement identique et réaffirme, le 20 mai 2011 dans

¹⁸⁵⁵ CE, avis, 5 avril 1996, req. n°176611, *Droit administratif*, 1996, p. 350 ; *JCP G.*, 1996, p. 224.

¹⁸⁵⁶ S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, « L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ? », *op. cit.*

¹⁸⁵⁷ M. MOLINIER-DUBOST, « À propos d'une autre "jurisprudence immobile", Le contentieux des sanctions disciplinaires infligées au détenu », *op. cit.*

¹⁸⁵⁸ TA Strasbourg, 25 juin 2009, req. n°0800620/0803184. Dans la seconde affaire, le tribunal administratif a notamment ramené la sanction de placement en cellule disciplinaire de 45 à 30 jours. V. également sur le raisonnement opéré par le juge : M. BILOCQ, « Contrôle de plein contentieux des sanctions pénitentiaires », *AJDA*, 2009, p. 2356.

¹⁸⁵⁹ CAA Nancy, 18 février 2010, req. n°09NC01260. Cette solution sera ensuite confirmée par le Conseil d'État : CE, 04 février 2013, req. n°344266 ; G. EVEILLARD, « Sanctions prises à l'encontre des détenus, le contrôle reste minimal », *Droit administratif*, 2013, p. 37 ; Ch.-A. DUBREUIL, « Contrôle normal sur les faits ayant justifié une décision de placement en cellule disciplinaire », *JCP A.*, 2013, p. 146.

l'arrêt *Letona Biteri*, que « les sanctions disciplinaires infligées par l'administration pénitentiaire à un détenu relèvent du contentieux de l'excès de pouvoir »¹⁸⁶⁰.

515- Ce choix, qui sonne comme un refus de franchir « l'ultime étape de l'amélioration des droits » des détenus¹⁸⁶¹ s'explique par la nature particulière de la répression pénitentiaire et le refus souvent rappelé du juge administratif à intervenir de trop près dans les affaires de l'administration pénitentiaire. Il peut également s'expliquer par une volonté de conforter l'importance du recours pour excès de pouvoir, tout comme cela avait été le cas en 1991 avec l'arrêt *Lecun* où le Commissaire du gouvernement M. DE SAINT PULGENT avait refusé d'admettre que le recours pour excès de pouvoir puisse ne pas présenter de garanties suffisantes pour les personnes faisant l'objet de sanctions non professionnelles¹⁸⁶². Cette théorie est confortée par l'évolution postérieure de la jurisprudence administrative en application de la laquelle le juge administratif opère un contrôle de proportionnalité sur les sanctions infligées aux détenus.

516- Dans ses conclusions sous l'arrêt *Biteri*, le rapporteur public avait déjà invité le Conseil d'État à faire évoluer son contrôle sur les sanctions pénitentiaires vers un contrôle normal comme cela était déjà le cas pour la quasi-totalité des autres sanctions soumises au contentieux de l'excès de pouvoir¹⁸⁶³. Ce dernier avait alors refusé, réaffirmant qu'il appartient à la commission de discipline de l'établissement de prononcer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une sanction adéquate dont la nature et le *quantum* ne doivent pas être manifestement disproportionnés à la nature et à la gravité de la faute commise¹⁸⁶⁴. S'il est nécessaire de laisser une marge de

¹⁸⁶⁰ CE, 20 mai 2011, req. n°326084, *Biteri*.

¹⁸⁶¹ D. POLLET PANOUSSIS, « Les sanctions disciplinaires pénitentiaires soumis à un contrôle entier du juge de l'excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 1212.

¹⁸⁶² CE, Ass., 1^{er} mars 1991, req. n°112820, *Lecun* ; *op. cit.*

¹⁸⁶³ V. M. MOLINIER-DUBOST, « À propos d'une autre "jurisprudence immobile", Le contentieux des sanctions disciplinaires infligées au détenu », *op. cit.*

¹⁸⁶⁴ CE, 20 mai 2011, req. n°326084, *Biteri*.

manœuvre à l'administration pénitentiaire pour ne pas saper son autorité, il l'est pourtant tout autant de permettre au juge de « faire échec à une sanction disproportionnée »¹⁸⁶⁵. C'est sans doute pour cela que « cet “ îlot de contrôle restreint ” réservé aux sanctions infligées aux seuls détenus et agents publics n'a [...] pas “ surnagé ” très longtemps »¹⁸⁶⁶. Dès 2013, revenant sur sa célèbre jurisprudence *Lebon*¹⁸⁶⁷, le Conseil d'État juge « qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à l'agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent une faute de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes »¹⁸⁶⁸. Puis, après avoir accepté d'opérer un contrôle entier de la sanction infligée à un fonctionnaire, il a rapidement étendu cette jurisprudence aux détenus. Ils étaient alors les seuls qui se voyaient encore limités à un contrôle restreint. Le 1^{er} juin 2015, il reprend presque au mot près la jurisprudence *Dahan* et affirme enfin « qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un détenu ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes »¹⁸⁶⁹. Il accepte en outre de contrôler la proportionnalité du dispositif réglementaire prévoyant les effets de certaines sanctions disciplinaires à l'occasion d'une demande d'abrogation des articles R. 57-7-39 et R. 57-7-44 du code de procédure pénale, et juge que ces sanctions, bien que limitant l'accès aux activités, ne portent pas atteinte aux objectifs de la peine privative de liberté, notamment l'objectif de réinsertion¹⁸⁷⁰.

¹⁸⁶⁵ S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, « L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ? », *op. cit.*

¹⁸⁶⁶ D. POLLET PANOUSIS, « Les sanctions disciplinaires pénitentiaires soumis à un contrôle entier du juge de l'excès de pouvoir », *op. cit.*

¹⁸⁶⁷ CE, 9 juin 1978, req. n°5911.

¹⁸⁶⁸ CE, Ass., 13 novembre 2013, req. n°247704, *Dahan*.

¹⁸⁶⁹ CE, 01 juin 2015, req. n°380949, *M. Boromé*.

¹⁸⁷⁰ CE, 26 mai 2015, req. n°375133. Il juge que « considérant l'édition de sanctions disciplinaires répond à l'objectif d'intérêt général de protection de la sécurité et du bon

517- Au surplus, le juge administratif confirme qu'il est possible pour le détenu ayant subi un préjudice du fait d'une sanction disciplinaire jugée inadaptée ou illégale d'effectuer, après le recours pour excès de pouvoir, un recours indemnitaire et donc un recours de plein contentieux. Cette possibilité déjà évoquée par Patrick FRYDMAN dans ses conclusions sous l'arrêt *Marie*¹⁸⁷¹ est consacrée explicitement en 2015¹⁸⁷². Le Conseil d'État expose que « *lorsqu'une personne sollicite le versement d'une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de l'illégalité, pour un vice de procédure de la décision lui infligeant une sanction, il appartient au juge de plein contentieux, saisi de moyens en ce sens* » de statuer. Il est possible d'analyser ce considérant comme permettant *in extenso* d'effectuer un recours indemnitaire pour toute sanction jugée illégale ou disproportionnée.

518- Ces avancées permettent une protection renforcée des droits des détenus, mais comme l'analyse Sophie-Justine LIEBER et Damien

ordre des établissements pénitentiaires, que la durée des sanctions de confinement en cellule individuelle ordinaire et de mise en cellule disciplinaire, qui sont les plus graves sur l'échelle des sanctions, est adaptée en fonction de la gravité de la faute disciplinaire commise par le détenu et ne peut en toute hypothèse excéder 30 jours ; que la privation d'accès aux activités qui est la conséquence de ces sanctions a un caractère temporaire et répond à la faute commise par le détenu ; que, dans ces conditions, les dispositions réglementaires dont l'abrogation était demandée, en ce qu'elles prévoient la privation temporaire de l'accès aux activités de travail et de formation et aux programmes de prévention de la récidive ne portent pas par elles-mêmes atteinte ni aux objectifs d'amendement et de reclassement social attachés aux peines subies par les détenus tels qu'ils sont fixés par les stipulations du paragraphe 3 de l'article 10 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, ni aux dispositions citées ci-dessus de la loi du 24 novembre 2009 et du code de procédure pénale qui assignent à la peine de privation de liberté un objectif de réinsertion des personnes détenus, à travers notamment l'accès aux activités proposées par l'établissement pénitentiaires ; que, pour les mêmes motifs, le requérant n'est pas fondé à soutenir que ces dispositions auraient institué des sanctions excédant ce qui est strictement nécessaire ».

¹⁸⁷¹ Il avait affirmé que « *la constatation de l'illégalité d'une sanction sera, dans certains cas, susceptible d'ouvrir droit à une éventuelle indemnisation de l'intéressé sous forme de réparation pécuniaire* ».

¹⁸⁷² CE, 18 novembre 2015, req. n°380461.

BOTTEGHI, en réalité, « *les nouveaux outils de l'excès de pouvoir relèvent pour la plupart d'une logique de pleine juridiction* »¹⁸⁷³. En permettant un contrôle de la proportionnalité de la mesure et l'indemnisation du préjudice né d'une sanction inadaptée, il s'agit uniquement de refuser au juge le pouvoir de moduler la sanction. Or, permettre au juge de statuer en plein contentieux induirait « *une efficacité administrative et contentieuse supplémentaire en évitant un encombrement inutile du prétoire et en faisant gagner du temps à l'administration pénitentiaire, qui ne prendrait pas le risque en cas d'annulation de sa sanction initiale pour disproportion, de prononcer une nouvelle sanction elle-même potentiellement jugée disproportionnée par le juge administratif en cas de nouveau recours* »¹⁸⁷⁴. On ne peut qu'abonder dans le sens d'un tel raisonnement puisque cela simplifierait le régime du contentieux des sanctions disciplinaires pénitentiaires et offrirait une protection renforcée des droits du détenu. De plus, cela parachèverait l'assimilation des personnes détenues à de véritables usagers du service public de droit commun¹⁸⁷⁵ et assurerait une conformité du droit disciplinaire pénitentiaire aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne¹⁸⁷⁶. Quoiqu'il en soit, l'évolution observée, bien qu'inaboutie, illustre l'évolution actuelle que connaît le statut du détenu. Il s'approche de plus en plus du statut de droit commun de l'usager du service public comme le prouve le développement de la protection de son droit à un fonctionnement normal du service public pénitentiaire.

¹⁸⁷³ S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, « L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ? », *op. cit.*

¹⁸⁷⁴ D. POLLET PANOUSSIS, « Les sanctions disciplinaires pénitentiaires soumis à un contrôle entier du juge de l'excès de pouvoir », *op. cit.*

¹⁸⁷⁵ V. en ce sens : J. SCHMITZ, « Le juge administratif et les régimes de détention différenciés. Entre ouverture du prétoire et limites du contrôle », *RFDA*, 2017, p. 817.

¹⁸⁷⁶ A. PLANCHARD, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires franchit les portes des prisons », *Rev. des droits de l'homme/ADL*, 6 juillet 2015.

Section 2 : Le juge administratif, garant du droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire

519- L'usager a droit au fonctionnement normal du service public. Le détenu, usager du service public pénitentiaire, doit donc bénéficier du fonctionnement normal du service public pénitentiaire et, le cas échéant, pouvoir saisir le juge administratif afin d'obtenir son respect et/ou l'indemnisation du préjudice subi. Or, en raison du particularisme des missions exercées par l'administration pénitentiaire, de leur complexité et du profil spécifique des usagers, le juge administratif a longtemps restreint les possibilités d'accès au prétoire. Il a jugé comme appartenant à la catégorie des mesures d'ordre intérieur, non susceptibles de recours, nombre d'actes de gestion de ce service public et restreint la possibilité d'engager la responsabilité de l'administration à la preuve de l'existence d'une faute manifeste et d'une particulière gravité. Mais, progressivement et parallèlement à l'affirmation des droits du détenu, le juge a fait évoluer sa jurisprudence. Aidé par le juge européen et le législateur, il a accepté de contrôler de plus en plus d'actes de gestion adoptés par l'administration pénitentiaire (**Paragraphe 1**) et facilité l'engagement de la responsabilité de cette dernière (**Paragraphe 2**), confortant ainsi le détenu dans son statut d'usager du service public de droit commun.

§1 : Le contrôle du juge administratif sur les actes de gestion de l'administration pénitentiaire

520- La notion de mesure d'ordre intérieur, insusceptible de recours devant le juge administratif, recouvre un ensemble de mesures variable selon les auteurs. Elle peut « *donc couvrir tous les actes concernant la vie intérieure des services administratifs, et en conséquence de cela, emporte le bénéfice au profit de l'administration d'une immunité juridictionnelle* »¹⁸⁷⁷. Elle

¹⁸⁷⁷ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 419.

englobe autant les actes de gestion de l'administration pénitentiaire tels que les circulaires, les lignes directrices ou les notes de service, que les actes individuels défavorables au détenu, mais de faible importance. Pourtant, il est primordial, dans un État de droit, de distinguer entre les actes simplement interprétatifs et les actes normatifs, c'est-à-dire ceux qui malgré leur appartenance traditionnelle à la catégorie des mesures d'ordre intérieur produisent, en réalité, des effets juridiques dans l'ordre interne du service administratif. En effet, comme le souligne Maryvonne HECQUART-THERON, « *si la politique du juge consistant à rejeter le recours pour excès de pouvoir contre ces mesures semble logique dans le cas où elles sont interprétatives, elle se comprend et s'explique moins bien dans l'hypothèse où elles sont normatives, fût-ce dans la sphère administrative seulement* »¹⁸⁷⁸. Cette seconde catégorie serait insusceptible de recours uniquement en raison d'une fiction contentieuse ; il s'agit alors « *de véritables décisions [...] que le juge soustrait de son prétoire pour des raisons qui lui sont propres* »¹⁸⁷⁹. Ont été invoquées de nombreuses justifications : la volonté d'éviter un afflux de contentieux devant le juge administratif, leur manque de gravité, la nécessité de laisser à l'administration les moyens de gérer de manière souple le quotidien du service... Celles-ci ne résistent pourtant pas à l'analyse, ce qui pousse à remettre en question la jurisprudence administrative qui était applicable aux mesures d'ordre intérieur. En effet, si les actes interprétatifs n'ont pas d'effets sur la situation juridique des intéressés, de nombreux textes applicables en détention, classiquement considérés comme tels, se sont révélés être de véritables actes réglementaires devant alors pouvoir faire l'objet d'un contrôle de légalité devant le juge administratif (**A**). De même, si l'administration doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans la gestion quotidienne de la détention, dès lors qu'un acte défavorable à destination du détenu est adopté et qu'il a des conséquences sur sa vie en détention, sur l'exercice de ses droits, il doit pouvoir être contesté devant le juge (**B**).

¹⁸⁷⁸ M. HECQUART-THERON, « De la mesure d'ordre intérieur », *AJDA*, 1981, p. 23.

¹⁸⁷⁹ A. DEFLOU, *Le droit des détenus – Sécurité ou réinsertion ?*, Dalloz, Paris, 2010, p. 46.

A) L'élargissement du contrôle sur les textes applicables en détention

521- En charge d'un rapport sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, la Commission CANIVET a relevé la faiblesse des sources du droit pénitentiaire, celles-ci ayant une valeur juridique aléatoire¹⁸⁸⁰. Aujourd'hui encore, malgré l'intervention du législateur en 2009 et le renvoi au pouvoir réglementaire pour l'adoption de décrets d'application, le droit pénitentiaire demeure régi par de nombreux actes infraréglementaires, à l'image des circulaires, lignes directrices ou notes de service. Il est indéniable que l'administration doit pouvoir, pour assurer la gestion des établissements pénitentiaires, agir vite et sans craindre de voir systématiquement ses actes contestés devant le juge (2). Pour autant, si les actes purement interprétatifs ou sans impact sur les droits des détenus peuvent bénéficier d'une immunité juridictionnelle, les autres doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle. À cette fin, le juge administratif a donc progressivement étendu son contrôle sur les actes de l'administration, opérant un glissement de certains actes dans la catégorie des actes réglementaires ou acceptant simplement leur invocabilité (1).

1. *L'extension du champ des actes administratifs susceptibles de recours*

522- Le droit pénitentiaire comporte de nombreux actes ayant une valeur infraréglementaire, c'est-à-dire des actes qui sont « *en dessous, en dessous*

¹⁸⁸⁰ G. CANIVET, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, Rapport au Garde des Sceaux*, Ministre de la Justice, La Documentation Française, Paris, 2000, 229 p.

de l'en dessous, "l'en-bas" du droit public »¹⁸⁸¹. Cette catégorie « évoque un monde un peu trouble, mal connu », notamment car elle n'est pas « homogène ». En principe, toutes les normes entrant dans cette catégorie – circulaires, directives, instructions- « concernent l'organisation interne du service, un domaine qui ne ressortit guère au droit et relève plutôt de la science administrative, ou de la gestion »¹⁸⁸². Mais, comme « il est le plus souvent peu électoral, comme l'a montré l'histoire de la loi pénitentiaire, de vouloir traiter des questions carcérales et de sembler de la sorte délaissier les honnêtes citoyens », il est apparu que « même les textes à valeur décrétole étaient insuffisants à régir l'ensemble des situations juridiques qui se présentent » et qu'il y avait « une nécessité à les combler »¹⁸⁸³. Si des notes de service, actes à valeur réglementaire et pouvant ainsi faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif¹⁸⁸⁴, ont été émis par le chef d'établissement, de nombreux actes, normalement purement interprétatifs, ont également été adoptés pour combler ces lacunes. Toutefois, en raison de leur impact conséquent sur l'ordre juridique, sur les administrés, sur les usagers du service, il est apparu nécessaire d'assurer leur connaissance par les détenus ainsi que d'en déclasser certains pour qu'ils puissent faire l'objet d'un recours devant le juge. Pour qu'ils sortent de la sphère infraréglementaire, le juge et le pouvoir réglementaire ont fixé des critères auxquels ils doivent répondre. On observe, en outre, un renforcement de ces critères au fil du temps, afin d'imposer un contrôle de plus en plus d'actes.

523- Tout d'abord, en droit pénitentiaire, l'autorité administrative utilise fréquemment les circulaires pour expliciter la loi ou le règlement. Cet acte a « dans une acception pure et parfaite [...] pour objet unique de donner des instructions aux personnels de l'administration pénitentiaire, relativement à l'organisation de leur activité, ainsi qu'aux relations entre les agents et

¹⁸⁸¹ J.-M. PONTIER, « L'infraréglementaire, puissance méconnue », *AJDA*, 2014, p. 1251 ; C.-A. DUBREUIL, « La paralégalité administrative », *RFDA*, 2013, p. 737.

¹⁸⁸² J.-M. PONTIER, « L'infraréglementaire, puissance méconnue », *op. cit.*

¹⁸⁸³ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, Dalloz-Action, 2012-2013, Paris, p. 64.

¹⁸⁸⁴ TA Limoges, 29 décembre 2005, *BAJDP* n°7, mars 2006.

leurs supérieurs hiérarchiques »¹⁸⁸⁵. Mais, il arrive, en réalité, que de véritables normes se cachent dans les circulaires. Le juge a donc progressivement accepté de contrôler ces dispositions particulières des circulaires modifiant le droit en vigueur et élargi son contrôle. Puis, le pouvoir réglementaire a imposé la publication des circulaires sous peine d'abrogation.

524- Concernant le contrôle opéré par le juge administratif, le Conseil d'État a dans un premier temps admis que certaines circulaires contiennent des dispositions ayant un caractère réglementaire et que de ce fait elles modifient la situation des administrés. Distinguant alors les dispositions réglementaires des dispositions purement interprétatives, il a accepté d'en contrôler la légalité¹⁸⁸⁶. Puis, dans un second temps, avec l'arrêt *Duvignères*¹⁸⁸⁷, il a substitué à cette distinction celle de dispositions impérative et indicative, élargissant son contrôle aux dispositions interprétatives impératives. Puisqu'elles lient l'administration dans son application du texte, elles créent alors des droits ou des obligations nouvellement applicables aux administrés. Néanmoins, ne s'agissant que d'une classification jurisprudentielle casuistique, le justiciable reste dans l'incertitude quant à la possibilité d'effectuer un recours contre une circulaire jusqu'à ce qu'un recours soit effectué devant le juge. Mais, une fois encore, il faut tout de même souligner que la simple potentialité d'un recours pesant sur l'administration la pousse à respecter plus

¹⁸⁸⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire, op. cit.*

¹⁸⁸⁶ CE, 29 janvier 1954, req. n°07134, *Notre Dame de Kreisker, Lebon*, p. 64 ; concl. TRICOT, *RFDA*, 1954, p. 50, GAZIER, LONG, *AJDA*, 1954, p. 5. En application de cette jurisprudence, il a, par exemple, jugé que la circulaire du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus et déterminant les modalités d'application des fouilles corporelles, et celle du 19 décembre 1986 relative aux correspondances écrites et télégraphiques des détenus qui prévoyait que les détenus placés en cellule disciplinaire n'étaient pas autorisés à correspondre avec leurs amis ou leurs relations ainsi qu'avec les visiteurs de prison, contenaient des dispositions normatives. Il a donc accepté d'en contrôler la légalité. V. CE, 8 décembre 2000, req. n°162995, *Frérot*.

¹⁸⁸⁷ CE, 18 décembre 2002, req. n°233618, *Duvignères* ; COMBEAU, PASCAL, *Petites affiches*, 23 juin 2003, p. 19.

rigoureusement les textes dont la circulaire précise l'application. D'autant que l'administration a aujourd'hui, souvent, l'obligation de publier les circulaires qu'elle adopte pour qu'elles soient portées à la connaissance du public. Sur quel fondement ?

525- Alors qu'il était établi de longue date que « *les usagers ne peuvent invoquer une circulaire afin de se défendre dans le cadre d'une procédure contentieuse ou disciplinaire* »¹⁸⁸⁸, dès 1983, un décret a prévu que « *tout intéressé est fondé à se prévaloir, à l'encontre de l'administration, des [...] circulaires publiées lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et aux règlements* »¹⁸⁸⁹. Complétant ce décret et affichant la volonté de lutter contre un droit obscur et « *d'obliger les ministres à effectuer un tri parmi leurs productions administratives* »¹⁸⁹⁰, le Gouvernement a adopté un nouveau texte plus contraignant. Avec le décret du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires¹⁸⁹¹, il a modifié les règles de publicité pour « *les circulaires [...] adressées par les ministres aux services et établissements de l'État* », les soumettant à une obligation de mise en ligne, sur un site dédié à cette fin¹⁸⁹², sous peine d'abrogation implicite et donc d'inapplicabilité. En effet, il prévoit qu'au 1^{er} mai 2009, « *une circulaire [...] qui ne figure pas sur [ledit site] n'est pas applicable. Les services ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés* ». Appliquant ce décret de manière rigoureuse, le Conseil d'État a, dans un arrêt du 23 février 2011, non seulement jugé qu'une circulaire qui n'avait pas été mise en ligne sur le site au 1^{er} mai 2009 était réputée

¹⁸⁸⁸ A. HAURIU, « *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification* », in : *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 233.

¹⁸⁸⁹ Décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 *concernant les relations entre l'administration et les usagers*, *JORF* du 3 décembre 1983, p. 3492.

¹⁸⁹⁰ G. KOUBI, « De la validité des circulaires administratives antérieures au 1^{er} mai 2009 », *RDSS*, 2010, p. 517.

¹⁸⁹¹ Décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008 *relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires*, *JORF* du 10 décembre 2008, p. 18777.

¹⁸⁹² Circulaires.legifrance.gouv.fr

abrogée, mais a également précisé que sa mise en ligne à une date postérieure n'a pas pour effet de la remettre en vigueur¹⁸⁹³.

526- Par exemple, la circulaire du 18 décembre 2007 relative à l'inscription au répertoire des détenus particulièrement signalés n'ayant pas été reprise sur le site, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a jugé que ladite circulaire doit « être regardée comme abrogée à compter du 1^{er} mai 2009 »¹⁸⁹⁴. En outre, pour assurer là encore la protection du justiciable, le Conseil d'État a jugé que lorsqu'une circulaire a pour objet d'interpréter des

¹⁸⁹³ CE, 23 février 2011, req. n°334022

¹⁸⁹⁴ CE, 13 mai 2003, req. n°1200991 et 1201928 M. M. La CAA de Marseille a toutefois jugé dans un arrêt du 20 septembre 2013 (req. n°11MA04735) que cette circulaire était applicable. Toutefois, cette question ne se pose plus aujourd'hui. Comme l'a jugé, cette même cour le 5 juin 2015 (req. n°14MA04852), « *considérant que, par sa décision n°2014-393 QPC du 25 avril 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 728 du code de procédure pénale dans leur rédaction antérieure à la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009, aux termes desquelles : « un décret détermine l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires », au motif que le législateur ne pouvait, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les conditions dans lesquelles sont garantis les droits dont les personnes détenues continuent de bénéficier dans les limites inhérentes à la détention ; qu'il a estimé qu'en renvoyant au décret le soin de déterminer ces conditions, qui incluent notamment les principes de l'organisation de la vie en détention, de la surveillance des détenus et de leurs relations avec l'extérieur, les dispositions contestées confiaient au pouvoir réglementaire le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi ; qu'il a, dans cette même décision, jugé que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 728 du code de procédure pénale, dans sa rédaction antérieure à la loi du 24 novembre 2009, prenait effet à compter de la date de la publication de sa décision et qu'elle était applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date ; qu'il résulte nécessairement de cette décision du Conseil constitutionnel et des motifs qui en sont le support que les dispositions réglementaires alors en vigueur de l'article D. 276-1 du code de procédure pénale, prises en application de l'article 728 du même code ont été privées de base légale, ainsi que, par voie de conséquence, les décisions individuelles prises sur leur fondement », comme le maintien d'un détenu au répertoire des détenus particulièrement signalés.*

dispositions législatives ou réglementaires, elle devient caduque si ces dispositions sont modifiées ou sortent de vigueur¹⁸⁹⁵.

527- Ensuite, dans ce même souci de protection, face au pouvoir discrétionnaire de l'administration¹⁸⁹⁶, le Conseil d'État a réaffirmé que le requérant a la possibilité d'invoquer ; à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, les orientations contenues dans des lignes directrices¹⁸⁹⁷. Bien que ces lignes directrices ne constituent pas un acte réglementaire, elles « protègent alors la situation juridique de l'usager face au pouvoir discrétionnaire de l'administration ». Ainsi, « si un usager remplit les critères posés par les lignes directrices pour l'obtention d'un avantage et que l'administration ne peut, sous le contrôle du juge, avancer aucune raison objective de s'en écarter, l'usager acquiert un véritable droit subjectif à l'avantage qu'il fera valoir devant le juge »¹⁸⁹⁸. Assurant la cohérence de l'ordre juridique, mais aussi une égalité de traitement des usagers, ce cas de figure ne s'applique toutefois que lorsqu'« un texte prévoit l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer »¹⁸⁹⁹. Un usager ne pourra pas se prévaloir d'orientations définies par l'administration lorsque

¹⁸⁹⁵ CE, 12 novembre 2014, req. n°360264 ; S. FERRARI, « Variations autour de la sortie de vigueur ex nunc des circulaires administratives », *Droit administratif*, 2015, p. 17, F. TESSON, « Caducité des dispositions d'une circulaire et modifications des décisions interprétées », *JCP G.*, 2014, p. 1259 ; *JCP A.*, 2014, p. 921. Ceci confirme en outre la jurisprudence citée ci-dessus quant à l'application de la circulaire relative au répertoire des DPS.

¹⁸⁹⁶ Il y a pouvoir discrétionnaire dès que « l'administration aura à choisir elle-même entre plusieurs solutions possibles toutes aussi légales les unes que les autres et elle fera ce choix non par des motifs de droit, mais par des motifs d'opportunité ». V. L. MICHOU, *Revue générale d'administration*, 1914, t. 3, p. 5 ; 1915, t. 1, p. 227.

¹⁸⁹⁷ CE, 4 février 2015, req. n°383267/68 reprenant CE, 11 décembre 1970, req. n°78880, *Crédit foncier de France*.

¹⁸⁹⁸ J. LESSI, L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'obligation, le choix, la grâce », *AJDA*, 2015, p. 443.

¹⁸⁹⁹ *Ibidem*.

celle-ci peut légalement accorder une mesure de faveur au bénéfice de laquelle l'intéressé ne peut faire valoir aucun droit.

528- Le juge administratif a accepté de contrôler de plus en plus d'actes ayant des répercussions sur le détenu, que ce soit en les qualifiant d'actes réglementaires susceptibles de recours ou en permettant leur invocabilité par l'intéressé. Toutefois, il a encadré cette évolution afin de laisser une marge de manœuvre à l'administration. Celle-ci est indispensable au fonctionnement correct du service public pénitentiaire.

2. *L'existence nécessaire d'actes non susceptibles de recours*

529- Dans ses conclusions sur l'arrêt *Marie*, Patrick FRYDMAN, bien que proposant l'élargissement des actes susceptibles de recours devant le juge administratif, précise déjà qu'il n'est alors nullement question de « *remettre en cause la notion de mesure d'ordre intérieur* »¹⁹⁰⁰. Il insiste notamment sur « *les circulaires, instructions et directives non réglementaires* » ou encore sur les « *innombrables décisions individuelles dépourvues de tout caractère disciplinaire* ». De même, plus récemment, plusieurs auteurs ont affirmé qu'« *il n'est pas nécessairement souhaitable que celles-ci [les mesures d'ordre intérieur] disparaissent totalement de l'ordre carcéral* »¹⁹⁰¹ ou encore que « *par sa souplesse, la mesure d'ordre intérieur est indispensable à la vie interne des services* »¹⁹⁰².

530- Il faut rappeler que « *les fonctionnaires de l'État appliquent les lois et décrets à travers les instructions et circulaires* » et souvent ils « *ne connaissent les normes à appliquer qu'à travers les circulaires d'application* ». Comme l'explique Jean-Marie PONTIER, « *les lois peuvent être difficiles à comprendre, surtout lorsqu'elles modifient des dispositions*

¹⁹⁰⁰ CE, Ass., 17 février 1995, req. n°97754, *Marie*, *op. cit.*

¹⁹⁰¹ J. BOUCHER, B. BOURGEOIS MACHURAU, « Le juge administratif et le détenu », *AJDA*, 2008, p. 128.

¹⁹⁰² E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 316.

d'une loi précédente, c'est-à-dire aujourd'hui des codes, ce qui rend la loi strictement incompréhensible si l'on ne se réfère pas au code (aux codes) ainsi modifié(s) » et « cela requiert du temps, et un effort de compréhension »¹⁹⁰³. La circulaire ou la note de service se révèle alors être un outil efficace pour s'assurer de la compréhension et de l'application de la norme nouvelle par les agents de l'administration.

531- En outre, le service public pénitentiaire est un service public particulier, remplissant des missions antinomiques et soumis à des contraintes particulières nécessitant une marge de manœuvre. L'administration doit pouvoir, pour satisfaire à ses missions, prendre des décisions non soumises à la censure du juge. Celles-ci doivent toutefois être « *purement organisationnelles ou en tous cas dénuées de tout effet notable sur la situation des détenus* »¹⁹⁰⁴. La problématique réside alors dans la recherche du point d'équilibre entre les actes susceptibles de recours et ceux qui ne le sont pas, entre la liberté de l'administration pénitentiaire et la protection des droits des détenus. Il semble que la jurisprudence a progressivement trouvé ce point d'équilibre, « *elle permet au juge de connaître de toutes les décisions graves qui concernent le détenu, mais ne le contraint pas pour autant à statuer sur toutes les décisions qui le contrarient* »¹⁹⁰⁵. Elle a ainsi non seulement distingué entre les actes réglementaires et infraréglementaires, mais elle a également fondé les possibilités de recours contre les actes individuels défavorables au détenu sur l'existence ou non d'une atteinte aux droits fondamentaux du détenu.

¹⁹⁰³ J.-M. PONTIER, « L'infraréglementaire, puissance méconnue », *op. cit.*

¹⁹⁰⁴ J. BOUCHER, B. BOURGEOIS MACHURAU, « Le juge administratif et le détenu », *op. cit.*

¹⁹⁰⁵ X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Custodires ipsos custodes, Le juge administratif face à la prison », *op. cit.* Pour exemple, le refus d'un sèche-cheveux en cellule demeure un acte insusceptible de recours eu égard aux faibles conséquences que ce refus entraîne sur la situation de l'intéressé. V. CAA Lyon, 8 mars 2018, req. n°17LY01076.

B) L'élargissement du contrôle sur les actes individuels défavorables au détenu

532- « *Le souci de voir les autorités pénitentiaires disposer d'un large pouvoir discrétionnaire, indispensable, d'une part, au maintien de leur autorité, et d'autre part, au maintien de l'ordre particulièrement difficile à réaliser dans les lieux où des personnes sont détenues par définition contre leur gré* »¹⁹⁰⁶, a longtemps justifié et justifie parfois encore le recours aux mesures d'ordre intérieur pour gérer la vie en détention. Progressivement, le juge administratif a toutefois accepté d'ouvrir les portes de son prétoire. Il accepte aujourd'hui de contrôler la légalité et la proportionnalité de l'intégralité des sanctions disciplinaires pénitentiaires. Si elles sont une part importante des décisions individuelles défavorables prononcées à l'encontre des détenus, elles n'en constituent néanmoins pas la totalité, loin de là. De nombreux actes quotidiens de gestion des établissements pénitentiaires sont adoptés par l'administration et ont des conséquences sur la vie du détenu, ses conditions de détention. Certains sont évidemment défavorables aux détenus.

533- Le juge a refusé d'assimiler ces actes de gestion, bien que parfois qualifiés de sanctions déguisées, à des sanctions disciplinaires. Il a d'ailleurs affirmé que ces actes ne sont pas soumis à l'exigence de motivation issue de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979¹⁹⁰⁷. Mais, si cela génère une

¹⁹⁰⁶ M. HERZOG-EVANS, « Droit commun pour les détenus », *RSC*, 1995, p. 621.

¹⁹⁰⁷ V. en ce sens, CE, 6 décembre 2012, req. n°344995 ; Ch.-A. DUBREUIL, « La décision de placement d'un détenu en régime différencié n'a pas à être motivée », *JCP G*, 2013, p. 1382 ; Ch.-A. DUBREUIL, « La décision de placement d'un détenu en régime différencié n'a pas à être motivée et ne doit pas être précédée des observations de celui-ci », *JCP A*, 2012, p. 881. « *Considérant que si la décision de placement d'un détenu en régime différencié, qui entraîne une aggravation de ses conditions de détention, ainsi que la décision maintenant un détenu dans ce régime, qui lui impose les mêmes contraintes, sont des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, elles n'entrent toutefois dans aucune des catégories de décisions qui doivent être motivées en application de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des décisions administratives et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public et ne sont pas, par suite, au nombre des décisions mentionnées à l'article 24 de la loi du 12 avril*

« *incohérence contentieuse* », il a accepté d'en contrôler la légalité ; « *le contrôle est limité* », mais « *l'ouverture du prétoire est affirmé* »¹⁹⁰⁸. Cette solution, inachevée, décevante, générant l'attente d'évolutions prochaines, est tout de même une avancée conséquente. D'autant que le juge a accepté d'ouvrir de plus en plus grand les portes du prétoire et de contrôler de plus en plus de ces décisions individuelles défavorables au détenu.

534- Dans un premier temps, comme l'illustre l'arrêt *Remli*¹⁹⁰⁹, il a simplement effectué un contrôle pragmatique, mesure par mesure, et ouvert le recours pour excès de pouvoir contre les actes ayant des effets importants sur la vie du détenu et ses conditions de détention. Cet examen concret de la mesure, bien que « *particulièrement pertinent dans un domaine comme le droit pénitentiaire où le décalage entre ce que les textes normatifs énoncent et la pratique peut être considérable* »¹⁹¹⁰ avait l'inconvénient de faire obstacle à toute prévision quant à la justiciabilité ou l'injusticiabilité de la mesure contestée. Ces « *solutions ponctuelles ne reposant pas sur une vision d'ensemble de la question* »¹⁹¹¹ s'avèrent insatisfaisantes, et apparaît alors « *la volonté de clarifier et de stabiliser la jurisprudence* »¹⁹¹². C'est à cette fin que le juge a mis en place, en 2007, une grille de lecture facilitant l'exercice du droit au recours, privilégiant alors une approche catégorielle et non plus casuistique (1). Dans ce même souci de protection, il a précisé que si les catégories de mesures pour lesquelles le recours a été ouvert bénéficient dorénavant d'une présomption irréfragable de justiciabilité, les

2000, qui ne peuvent intervenir qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter ses observations ».

¹⁹⁰⁸ J. SCHMITZ, « Le juge administratif et les régimes de détention différenciés : entre ouverture du prétoire et limites du contrôle », *RFDA*, 2013, p. 817.

¹⁹⁰⁹ CE, 30 juillet 2003, *Remli*, D. 2003, jur. 2231, note. M. HERZOG-EVANS ; *AJ Pénal* 2003 p. 74, obs. P. REMILLIEUX ; *AJDA* 2003 p. 2090, note D. COSTA.

¹⁹¹⁰ M. HERZOG-EVANS, « Reconnaissance et limitations des recours des détenus », *D.* 2008, p. 820

¹⁹¹¹ M. GUYOMAR, « Limites des MOI en matière pénitentiaire », *RFDA*, 2008, p. 87

¹⁹¹² M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, p. 413.

catégories de mesures pour lesquelles le recours pour excès de pouvoir est irrecevable ne souffrent que d'une présomption simple d'injusticiabilité. Celle-ci peut être renversée dès lors qu'il existe une atteinte aux droits et libertés fondamentaux du détenu (2).

1. *L'instauration d'une grille de lecture facilitant l'exercice du droit de recours*

535- Avant l'arrêt *Marie*, le juge administratif avait déjà parfois, au cas par cas, jugé recevables les recours pour excès de pouvoir dirigés contre des actes individuels défavorables au détenu. Il avait, par exemple, accepté de contrôler la légalité de la décision du directeur d'une maison d'arrêt refusant la restitution de sommes bloquées sur des comptes nominatifs au titre de réserve et de garantie¹⁹¹³ ou encore la légalité d'une décision interdisant l'entrée en détention de publications ou de revues¹⁹¹⁴. L'ouverture du recours était étroitement liée à l'existence de la violation d'un droit ou d'une liberté du détenu (droit de propriété, liberté de pensée), mais le juge n'avait pas profité de ces occasions pour établir des critères de justiciabilité des actes de gestion individuels défavorables.

536- En 1995, il franchit une étape importante en jugeant qu'une mesure pénitentiaire appartenant traditionnellement à la catégorie des mesures d'ordre intérieur est susceptible de recours eu égard à sa nature et à ses effets. Il fixa, de cette façon, des critères de justiciabilité des actes administratifs individuels défavorables. Toutefois, il s'agissait ici uniquement d'une démarche pragmatique, imposant l'examen au cas par cas, décision par décision, de l'incidence de l'acte sur la situation juridique, matérielle et concrète du détenu. Il s'agissait aussi, dans le cas d'espèce, d'un acte bien spécifique : la sanction de cellule disciplinaire, sanction

¹⁹¹³ CE, 3 novembre 1989, req. n°64678, *Pitalugue* ; *Gaz. Pal.*, 23 mai 1990, p. 4.

¹⁹¹⁴ CE, 10 octobre 1990, req. n°107266, *Hyver* ; *JCP G.*, 1991, p. 10 ; *Gaz. Pal.*, 9 décembre 1990, p. 4 ; *Gaz. Pal.*, 22 mai 1991, p. 41.

disciplinaire pénitentiaire la plus lourde. La question se posait alors quant à l'application de cette jurisprudence aux actes de gestion de l'administration pénitentiaire.

537- Non seulement le juge administratif a rapidement appliqué ces critères aux actes de gestion défavorables aux détenus, tels que la décision par laquelle le chef d'établissement détermine les conditions d'acquisition de matériel informatique¹⁹¹⁵ ou la décision refusant l'octroi d'un permis de visite¹⁹¹⁶, mais il a également affirmé en 2003 que les critères issus de la jurisprudence *Marie* ne sont pas cumulatifs, mais complémentaires, élargissant ainsi les possibilités de recevabilité des recours. En l'espèce, il a jugé que « *la mise à l'isolement, par sa nature même, prive la personne qui en fait l'objet de l'accès à celles des activités sportives, culturelles, d'enseignement, de formation et de travail rémunéré qui sont proposées de façon collectives aux autres détenus* ». Il a ajouté surtout que, s'il ne s'agit pas d'une sanction disciplinaire, « *eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention* », la mise à l'isolement constitue « *une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* »¹⁹¹⁷. Prenant en compte uniquement les répercussions de la mesure sur les conditions matérielles de détention, cette décision révèle le caractère non cumulatif des critères de la nature et des effets de la mesure, élargissent les possibilités de recours. Il n'est plus exigé « *l'existence d'une incidence spécifique sur la situation juridique du détenu* » pour que l'accès au juge soit ouvert¹⁹¹⁸. Novatrice, cette décision demeure tout de même insuffisante à assurer la sécurité juridique des détenus. L'appréciation des conséquences matérielles de la mesure étend les possibilités de recours, mais ne permet aucune prévision certaine quant à la justiciabilité ou non de la mesure. Une approche plus globale fait défaut alors qu'elle « *permettrait d'indiquer*

¹⁹¹⁵ CE, 18 mars 1998, req. n°191360, *Druelle ; D.*, 1998, p. 117.

¹⁹¹⁶ TA Toulouse, 22 avril 2000.

¹⁹¹⁷ CE, 30 juillet 2003, *Remli*, *op. cit.*

¹⁹¹⁸ J. BOUCHER, B. BOURGEOIS MACHURAU, « Le juge administratif et le détenu », *op. cit.*

clairement à l'administration comme aux détenus si tel type de mesure est ou non susceptible de faire l'objet d'un recours »¹⁹¹⁹.

538- Sur proposition du commissaire du gouvernement, Mattias GUYOMAR, et à l'occasion de trois arrêts rendus le même jour¹⁹²⁰, le Conseil d'État a attesté de sa volonté de combler les lacunes des jurisprudences précédentes. Il a étendu à nouveau son contrôle. S'il a repris les critères de la nature et des effets de la mesure, il a choisi d'écarter l'approche casuistique pour lui préférer une approche catégorielle. Il a ainsi déclaré que la soumission d'un détenu à un régime de rotation de sécurité et donc à des changements d'affectation fréquents pour des motifs de sécurité « *puisque'elle institue un régime de détention spécifique ne constitue pas une mesure d'ordre intérieur, mais une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir* »¹⁹²¹. Plus intéressant encore, il a jugé que « *considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires [...] que le régime de la détention en établissement pour peines, qui constitue normalement le mode de détention des condamnés, se caractérise, par rapport aux maisons d'arrêt, par des modalités d'incarcération différentes et, notamment, l'organisation d'activités orientées vers la réinsertion ultérieure des personnes concernées et la préparation de leur élargissement ; qu'ainsi, eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, une décision de changement d'affectation d'une maison centrale, établissement pour peines, à une maison d'arrêt constitue un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et non une mesure d'ordre intérieur* ». Il a ajouté « *qu'il en va autrement des décisions d'affectation consécutives à une condamnation, des*

¹⁹¹⁹ M. GUYOMAR, « Limites des MOI en matière pénitentiaire », *op. cit.*

¹⁹²⁰ CE, 14 décembre 2007, req. n°290730, *Boussouar* ; S. DEYGAS, « L'instauration d'un régime de détention spécifique ne constitue pas une mesure d'ordre intérieur », *Procédures*, 2008, comm. 61 ; A. MARON, « Détention contrôlée », *Droit pénal*, 2008, comm. 25 ; F. MELLERAY, « Une nouvelle réduction du champ des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral », *Droit administratif*, 2008, comm. 24. ; CE, 14 décembre 2007, req. n°290420, *Planchenault* ; CE, 14 décembre 2007, req. n°306432, *Payet*.

¹⁹²¹ CE, 14 décembre 2007, req. n°306432, *Payet*.

décisions de changement d'affectation d'une maison d'arrêt à un établissement pour peines ainsi que des décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus »¹⁹²². De même, dans l'arrêt *Planchenault*, prenant en considération l'impact de la perte de revenus sur la vie en détention, il a jugé qu'« eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, une décision de déclassement d'emploi constitue un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, qu'il en va autrement des refus opposés à une demande d'emploi ainsi que des décisions de classement, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et droits fondamentaux des détenus »¹⁹²³. Ces deux décisions montrent que, non seulement, certaines catégories de mesures, en raison de leurs effets, bénéficient d'une présomption irréfragable de justiciabilité, mais aussi que le juge souhaite dépasser le « caractère binaire de la grille ainsi définie en réservant à l'intérieur des catégories de décisions insusceptibles de recours, le cas de celles qui mettent en cause les droits et libertés fondamentaux des détenus »¹⁹²⁴.

539- Cette évolution a permis d'étendre le champ des mesures susceptibles de recours à de nombreuses décisions de l'administration pénitentiaire : la soumission du détenu à des fouilles corporelles intégrales lors d'une extraction judiciaire¹⁹²⁵, le placement à l'isolement y compris à titre préventif, d'urgence ou provisoire¹⁹²⁶, « la décision d'inscrire un détenu au répertoire des détenus particulièrement signalés en vue de la mise en œuvre

¹⁹²² CE, 14 décembre 2007, req. n°290730, *Boussouar*.

¹⁹²³ CE, 14 décembre 2007, req. n°290420, *Planchenault*.

¹⁹²⁴ J. BOUCHER, B. BOURGEOIS MACHURAU, « Le juge administratif et le détenu », *op. cit.*

¹⁹²⁵ CE, 14 novembre 2008, req. n°315622, *El Shennawy*.

¹⁹²⁶ CE, 17 décembre 2008, req. n°293786, *OIP* ; S. MERENNE, « Le Conseil d'État étend le contrôle du juge administratif sur l'administration pénitentiaire », *JCP G.*, 2009, p. 10049 ; S. DEYGAS, « Contrôle des placements de détenus à l'isolement par le juge administratif et responsabilité de l'administration pénitentiaire », *Procédures*, février 2009, p. 65.

de mesures de sécurité adaptées »¹⁹²⁷, le placement en régime différencié pour être affecté à un secteur dit de portes fermées alors même que cela n'affecte pas ses droits d'accès à une formation professionnelle, à un travail rémunéré, aux activités physiques et sportives et à la promenade¹⁹²⁸ ou encore le refus d'un placement à l'isolement sollicité par le détenu¹⁹²⁹. En outre, le Conseil d'État n'opère pas de distinctions s'agissant de la possibilité de contester la décision initiale de l'administration ou la décision qui en prolonge les effets, confortant l'élargissement des possibilités de recours. Il juge ainsi ouverts le recours contre une mesure de maintien au répertoire des détenus particulièrement signalés¹⁹³⁰, de maintien à l'isolement¹⁹³¹ ou en secteur de portes fermées¹⁹³².

540- Le nombre de mesures défavorables aux détenus dont le juge administratif accepte de contrôler la légalité a été considérablement accru par cette approche catégorielle. Mais, comme relevé précédemment, pour garantir une protection effective des droits des détenus, le juge accepte également de contrôler la légalité des décisions présumées non justiciables dès lors qu'il existe une atteinte à une liberté ou un droit fondamental du détenu.

2. *Le caractère simple de la présomption d'injusticiabilité*

541- En raison des exigences découlant du droit au recours effectif garanti aussi bien par la Constitution que par la Convention européenne de

¹⁹²⁷ CE, 30 novembre 2009, req. n°318589.

¹⁹²⁸ CE, 28 mars 2011, req. n°316977 ; Ch.-A. DUBREUIL, « Nouvelle restriction du champ des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral », *JCP G.*, 2011, p. 430.

¹⁹²⁹ TA Châlons-en-Champagne, 12 octobre 2017, req. n°1502646 ; *AJDA*, 2018, p. 476.

¹⁹³⁰ CE, 28 décembre 2009, req. n°328768.

¹⁹³¹ CE, 26 juillet 2011, req. n° 317547.

¹⁹³² CE, 6 décembre 2012, req. n° 344998.

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁹³³, il n'était pas envisageable, sous peine de non-conformité aux normes supérieures, de fermer totalement les recours à l'encontre d'un acte qui porterait atteinte aux droits fondamentaux du détenu. La présomption de fermeture du recours pour certaines catégories de mesures ne pouvait donc être que simple. Cette solution, protectrice du détenu et à laquelle vient s'ajouter l'établissement d'une liste des droits du détenu avec la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, conforte le détenu en tant que sujet de droit. Elle permet de contrôler la légalité de toutes les mesures adoptées par l'administration pénitentiaire qui pourraient générer une atteinte à l'un de ses droits et interdit alors toute atteinte non justifiée au nom de son assujettissement au service public du fait de sa condamnation.

542- Ainsi, le juge administratif a accepté de contrôler la légalité d'une décision de transfert entre établissements de même nature, normalement insusceptible de recours, celle-ci étant « *de nature à rendre plus difficile l'exercice par M. A de son droit à conserver une vie familiale en détention* »¹⁹³⁴. Pour autant, accepter l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir contre une mesure ne signifie par que celle-ci sera systématiquement jugée illégale. En l'espèce, bien que la décision de transfert ait porté atteinte au droit à une vie familiale normale, le juge a conclu à la légalité de cette atteinte, celle-ci étant proportionnée au regard des éléments ayant motivé la décision litigieuse à savoir « *la suspicion de son implication dans les préparatifs d'une évasion* ».

543- De même, la simple allégation de la violation d'une liberté ou d'un droit ne suffit pas à ouvrir l'accès au juge administratif. Ainsi, dans l'affaire *Rodier*, le Conseil d'État a considéré qu'un changement d'affectation d'une maison d'arrêt à un établissement pour peines ne porte pas atteinte au droit à la santé d'un détenu, ni ne viole l'article 3 de la Convention européenne, dès lors qu'« *il n'est pas contesté que la pathologie dont souffre M. A est,*

¹⁹³³ V. Partie 2 -Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 2 – A. Vers l'instauration d'un droit au recours effectif du détenu (452)

¹⁹³⁴ CE, 27 mai 2009, req. n°322148, *Miloudi*.

depuis deux ans, en phase de rémission, qu'en outre, il n'établit pas que le changement d'affectation dont il a fait l'objet aurait pour effet de le priver de l'accès aux soins nécessités par son état de santé, dès lors notamment qu'il est établi que le centre hospitalier universitaire de Caen, au sein duquel sera assuré son suivi médical, dispose d'un service adapté à sa pathologie et d'une unité hospitalière de sécurité interrégionale »¹⁹³⁵. Il a alors conclu qu'en l'espèce, la décision de transfert demeure « une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours ».

544- Si le juge maintient des limites quant à l'accès au prétoire, tout comme à l'obligation de motiver les actes individuels défavorables, l'évolution observée démontre la reconnaissance progressive du statut de sujet de droit et d'usager du service public pénitentiaire au profit du détenu. Ce glissement progressif vers un statut d'usager du service public de droit commun est conforté encore par l'évolution parallèle de la jurisprudence en matière d'engagement de la responsabilité de l'administration pénitentiaire devant le juge administratif.

§2 : L'engagement de la responsabilité de l'administration pénitentiaire devant le juge administratif

545- Loin des propos de LAFERRIERE selon lesquels « *le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous, sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation* »¹⁹³⁶ et supposant l'irresponsabilité de l'administration, au fil du temps, des jurisprudences et des lois, le droit administratif de la responsabilité a connu une évolution plus que conséquente. Une fois qu'il a été admis que la responsabilité de l'administration puisse être engagée, cet engagement n'a cessé d'être facilité. Une telle évolution peut être observée concernant l'administration pénitentiaire, même si cette évolution a été plus tardive. En effet, en raison

¹⁹³⁵ CE, 9 avril 2008, req. n°308221, *Rodier*.

¹⁹³⁶ E. LAFFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1896, 2^{ème} éd., p. 13 et p. 183 et s.

de la particularité du service public pénitentiaire et de la mission qu'il exerce – dangereuse et nécessitant une marge d'action conséquente – l'administration a longtemps bénéficié d'un régime protecteur de l'administration (A). Néanmoins, une fois la possibilité d'engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire admise, elle a été facilitée notamment via l'amélioration des délais de recours et le développement des procédures de référé (B).

A) L'engagement de la responsabilité de l'administration pénitentiaire facilité

546- Depuis ces quinze dernières années, le juge de la responsabilité du service public pénitentiaire a vu son rôle évolué pour se développer. Non seulement l'engagement de la responsabilité de l'État, initialement subordonné à l'existence d'une faute lourde voire d'une faute manifeste et d'une particulière gravité, a été simplifié par un passage remarqué à la seule exigence d'une faute simple et le développement des cas de responsabilité sans faute de l'administration pénitentiaire (2), mais il a également été favorisé par l'élargissement des modes de preuve à disposition du détenu, qui bien longtemps était resté dans l'impossibilité de démontrer les défaillances de l'administration (1).

1. L'élargissement des modes de preuve

547- En droit pénitentiaire, les règles classiques de la preuve s'appliquent. C'est à celui qui allègue une faute qu'il incombe d'en apporter la preuve. Il doit « convaincre le juge, car celui-ci ne se contente pas d'indices », il n'accepte d'envisager la responsabilité de la personne mise en cause que si la preuve directe de sa faute est rapportée¹⁹³⁷. Ainsi, en matière disciplinaire,

¹⁹³⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 388-389.

la charge de la preuve repose sur les autorités pénitentiaires¹⁹³⁸. Celle-ci est toutefois facile à apporter puisque, si « *la preuve ne saurait valablement résulter du comportement antérieur du détenu* »¹⁹³⁹, le juge administratif relève souvent que seuls les éléments du dossier suffisent à établir la matérialité des faits¹⁹⁴⁰. Un dossier que l'administration a elle-même bâti, puisqu'elle réalise le compte-rendu d'incident, l'enquête, et apprécie l'opportunité de poursuivre¹⁹⁴¹. En revanche, lorsqu'il est question pour le détenu de prouver une faute de l'administration, cela se révèle autrement plus compliqué. Il ne peut se contenter de remplir lui-même un dossier qui aurait, à lui seul, force probante et, eu égard aux délais entre la faute, la saisine du juge et l'audience, les preuves risquent de disparaître et de ne plus pouvoir être utilisées.

548- Face à un tel constat et à la nécessité de permettre au détenu d'apporter des éléments à l'appui de sa demande en responsabilité pour que soit assurée une protection effective de ses droits, et notamment de son droit à un recours effectif, plusieurs recours en référés lui ont été ouverts. Tout d'abord, le détenu dispose des référés non urgents : le référé constat et le référé instruction, tous deux issus du décret du 22 novembre 2000¹⁹⁴². Le premier, prévu à l'article R. 531-1 du code de justice administrative « *permet de constater des faits en vue d'un éventuel recours en responsabilité* » à la condition toutefois que le recours au fond n'ait pas encore été formé¹⁹⁴³. Il peut ainsi être utilisé pour prouver l'existence de

¹⁹³⁸ Circulaire GA3du 2 avril 1996 *relative au régime disciplinaire des détenus*, JUSE9640025C.

¹⁹³⁹ J.-P. CERE, « Le droit disciplinaire pénitentiaire, entre jurisprudence interne et européenne », *AJ Pénal*, 2005, p. 393 ; CE, 15 décembre 2007, req. n°403701, *op. cit.*

¹⁹⁴⁰ V. TA Bordeaux 18 juillet 1996, req. n°9500593.

¹⁹⁴¹ V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – B – 1. L'omniprésence du chef d'établissement (**486**)

¹⁹⁴² Décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 *pris pour l'application de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et modifiant le code de justice administrative*, *JORF* du 23 novembre 2000, p. 18611.

¹⁹⁴³ A. JACQUEMET GAUCHE, « Responsabilité et référés, une confrontation féconde », *AJDA*, 2017, p. 1816.

conditions de détention indignes¹⁹⁴⁴, pour préserver des éléments de preuves. En outre, par souci d'efficacité, le juge « *a ajouté que l'expertise d'huissier n'est pas nécessaire quand le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a établi les mauvaises conditions de détention* » renforçant grandement les outils à disposition du détenu¹⁹⁴⁵. Le second référé non urgent prévu à l'article R. 532-1 du code de justice administrative « *donne au juge le pouvoir d'ordonner toute mesure utile pour le litige principal auquel elle se rapporte* »¹⁹⁴⁶. Il permet à la fois l'adoption de mesures conservatoires, l'évaluation du préjudice, l'établissement des causes d'un accident afin de faciliter par la suite l'indemnisation du requérant. Au demeurant, ces deux recours sont intéressants en raison de leur souplesse, le juge pouvant agir « *sur simple requête qui peut être présentée sans ministère d'avocat et même en l'absence d'une décision administrative préalable* »¹⁹⁴⁷. Ensuite, par la loi du 30 juin 2000, le législateur a instauré un référé d'urgence efficace à la constitution de la preuve, le référé conservatoire ou mesures utiles. Proche du référé instruction, il a l'avantage supplémentaire de permettre une action rapide du juge lorsqu'il existe un risque de voir la preuve disparaître dans un délai très bref.

549- Depuis l'an 2000, l'égalité des armes semble trouver sa place en matière pénitentiaire et l'administration perd peu à peu les privilèges qui lui étaient accordés, justifiés par la mission complexe qui lui serait confiée, assurer la sécurité de la société, et la nécessité d'assujettir le détenu. Au nom de la mission de réinsertion allouée à la peine privative de liberté, elle doit également servir d'exemple quant au respect des règles, l'administration ne doit pas être exonérée de responsabilité lorsqu'elle commet des fautes, elle ne doit pas échapper à la sanction. Le principe d'égalité de traitement face à la justice doit être respecté. Une conclusion que le juge administratif a

¹⁹⁴⁴ TA Grenoble, 30 avril 2014, req. n°1103756.

¹⁹⁴⁵ TA Pau, 19 janvier 2010, req. n°0902577

¹⁹⁴⁶ A. JACQUEMET GAUCHE, « Responsabilité et référés, une confrontation féconde », *op. cit.*

¹⁹⁴⁷ R. 531-1 et R. 532-1 CJA

confortée en allégeant également les conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité de l'administration, voire en facilitant l'engagement de cette responsabilité.

2. *Le passage d'un régime de faute lourde à un régime de faute allégée*

550- En raison de ses caractéristiques, pendant de nombreuses années, le service public pénitentiaire n'a vu sa responsabilité engagée que sous des conditions particulièrement restrictives. Le juge exigeait l'existence d'une « *faute manifeste et d'une particulière gravité* »¹⁹⁴⁸, avant de substituer à celle-ci l'exigence d'une faute lourde¹⁹⁴⁹, c'est-à-dire une faute suffisamment excessive pour être qualifiée comme telle. Une telle contrainte, protectrice de l'administration pénitentiaire, était justifiée par le caractère difficile de la tâche de surveillance qu'elle exerce. Toutefois, face à l'assouplissement progressif de l'engagement de la responsabilité de l'administration dans de nombreux autres domaines¹⁹⁵⁰, le juge a identifié

¹⁹⁴⁸ CE, 4 janvier 1918, *Mineur Zulemaro, Lebon*, p. 9.

¹⁹⁴⁹ CE, 3 octobre 1958, *Rakotoarinovy, Lebon*, p. 470 ; C. BLAEVOET, *JCP G.*, 1958, p. 10845.

¹⁹⁵⁰ A partir des années 1990, le juge administratif a restreint le champ de la responsabilité pour faute lourde aux services exerçant des activités de contrôle (CE, 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle, Lebon*, p. 100. ; CE, 27 décembre 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne, Lebon*, p. 493), au service public hospitalier (CE, 26 juin 1959, *Rouzet, Lebon*, p. 405), aux services fiscaux (CE, 31 décembre 1962, *Dame Husson-Chiffre, Lebon*, p. 701) ou au service de lutte contre l'incendie (CE, 21 février 1964, *Ville de Wattrelos, Lebon*, p. 118). Puis, il a ensuite à nouveau restreint la responsabilité pour faute lourde en réalisant un examen acte par acte pour évaluer la difficulté de la mission remplie par l'administration (CE 28 avril 1967, *Lafont, Lebon*, p. 182 ; CE 14 mai 1986, *Commune de Cilaos, Lebon*, p. 708 ; CE, 20 décembre 2000, req. n° 211284, *Cie d'assurances Zurich International et a., Lebon*, p. 362 ; CAA Paris, 22 janvier 2003, *M. Vigouroux c/ Min. Int.*, *AJDA*, 2003, p. 960). Une évolution observée bien évidemment en matière pénitentiaire (CAA Nantes, ass. plén., 22 févr. 1989, *Garde des Sceaux, min. Justice c/ Cts Mingot, Lebon*, p. 919 ; TA Rouen,

des « îlots soumis à l'exigence d'une faute non qualifiée »¹⁹⁵¹. Les juges du fond ont, par exemple, reconnu l'existence d'une responsabilité pour faute simple de l'administration pénitentiaire en cas d'opération ne comportant pas de difficulté particulière¹⁹⁵² ou en cas de mauvais fonctionnement de l'établissement pénitentiaire¹⁹⁵³. Cette évolution, réalisée au cas par cas, souffrait toutefois d'un écueil important. Le régime de responsabilité de l'administration pénitentiaire, tout comme l'avait été l'ouverture des recours pour excès de pouvoir contre les mesures de l'administration pénitentiaire, était « opaque et peu prévisible »¹⁹⁵⁴. Une refonte du régime de responsabilité de l'administration pénitentiaire a donc été impulsée par le Conseil d'État en 2003 afin de généraliser le passage d'une responsabilité pour faute lourde à une responsabilité pour faute simple.

551- C'est avec l'arrêt *Chabba* du 23 mai 2003¹⁹⁵⁵ que ce mouvement jurisprudentiel a été consacré par le Conseil d'État. En l'espèce, M. CHABBA

3 févr. 1999, A., *Lebon*, p. 549), en matière d'activités de contrôle (contrôle sur les centres de transfusion sanguine : CE, Ass., 9 avil. 1993, req. n° 138652, D., B., G., *Lebon*, p. 110 / Contrôle technique sur les navires : CE, Sect., 13 mars 1998, req. n° 89370, *Améon et a., Lebon*, p. 82) et en matière de détermination de l'assiette et du recouvrement des recettes publiques (CE, Sect., 27 juillet 1990, req. n° 44676, *Bourgeois, Lebon*, p. 242 ; *RFDA*, 1990, p. 899).

¹⁹⁵¹ I. DE SILVA, « La rénovation du régime de responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires », *AJDA*, 2009, p. 416.

¹⁹⁵² V. par ex : TA Versailles, 10 octobre 1997, req. n°955528, *Mouesca c. Ministre de la Justice*. En l'espèce, il s'agissait d'erreur dans le tri du courrier des détenus. Cette activité ne comportant pas de difficultés particulières, une faute simple a été jugée suffisante pour engager la responsabilité de l'administration.

¹⁹⁵³ V. par ex : CAA Lyon, 3 décembre 1998, req. n°86LY00352, *Theis*. En l'espèce, la responsabilité de l'État a été engagée pour mauvais fonctionnement du service pénitentiaire alors que, lors d'un transfert vers une nouvelle maison d'arrêt, un détenu ne s'est pas vu restituer ses affaires.

¹⁹⁵⁴ I. DE SILVA, « La rénovation du régime de responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires », *op. cit.*

¹⁹⁵⁵ CE, 23 mai 2003, req. n°244663, *Chabba* ; A. MARON, « C'est pas moi qui l'ai fait tomber, vous n'avez pas m'accuser », *Droit pénal*, 2004, p. 44 ; M. LOMBARD, « Responsabilité du fait des services pénitentiaires : nouveau recul de la faute lourde »,

s'est pendu dans sa cellule alors qu'il croyait être détenu arbitrairement n'ayant pas été informé que la durée de sa détention provisoire avait été prolongée. Les juges du Palais Royal ont alors estimé que « *dans les circonstances particulières de l'espèce, le suicide de M. Chabba doit être regardé comme la conséquence directe d'une succession de fautes imputables au service pénitentiaire qui, en premier lieu, a omis de lui notifier l'ordonnance prolongeant sa détention dans les délais les plus brefs conformément aux prescriptions de l'article 183 du Code de procédure pénale dans sa rédaction alors en vigueur; ensuite, s'est abstenu de vérifier immédiatement le bien-fondé des affirmations de M. Chabba qui, à défaut de cette notification, pouvait légitimement se croire maintenu en détention sans titre, enfin s'est borné à l'informer de ce que cette vérification serait remise à plus tard sans prendre les mesures de surveillance qu'appelaient les véhémentes protestations de M. Chabba* ». Pour retenir la responsabilité de l'administration, les juges n'ont pas recherché la présence d'une faute lourde ni suivi les conclusions du commissaire du gouvernement qui estimait qu'en l'espèce les conditions étaient réunies pour appliquer un tel régime de responsabilité. Ils ont mentionné « *une succession de fautes imputables au service* ».

552- Si des incertitudes ont pu naître à la lecture de cet arrêt quant à une réelle évolution vers le régime de la faute simple en raison des termes employés¹⁹⁵⁶, le Conseil d'État confirmera cette transformation quelques années plus tard. En 2007, il affirmera que la responsabilité de l'administration pénitentiaire peut être engagée en cas de faute simple lors d'un suicide, y compris lorsqu'il s'agit d'un mineur¹⁹⁵⁷. Puis, en 2008, il ajoutera que, les détenus étant dans une situation de « *vulnérabilité et d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration* », celle-ci doit « *prendre*

Droit administratif, 2003, p. 207 ; J. MOREAU, « La responsabilité de l'État peut être engagée pour faute simple », *JCP A.*, 2003, p. 1751 ; C. BROYELLE, « Service pénitentiaire : champ d'application de la faute lourde », *JCP A.*, p. 1046.

¹⁹⁵⁶ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, op. cit., pp. 195-213.

¹⁹⁵⁷ CE, 9 juillet 2007, req. n°281205, *Delorme c. Ministère de la justice*.

les mesures propres à protéger leur vie »¹⁹⁵⁸ et acceptera d'engager la responsabilité de l'État pour faute simple à raison du décès d'un détenu à la suite d'un incendie volontaire provoqué par l'un de ses codétenus¹⁹⁵⁹. En outre, le juge administratif a même accepté que la responsabilité de l'administration soit engagée pour faute simple en cas d'atteinte aux biens¹⁹⁶⁰. Comme le relève Isabelle DE SILVA « *ceci est le signe, sans aucun doute, d'un assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État dans l'espace pénitentiaire* »¹⁹⁶¹.

553- Le juge fait prévaloir l'obligation de préservation de la sécurité des détenus sur la difficulté de la mission de surveillance confiée à l'administration pénitentiaire, et ce en raison notamment de la situation particulière de dépendance des détenus à l'égard de celle-ci¹⁹⁶². Il observe alors, lorsqu'il est question de violences entre codétenus ou de violences du détenu contre lui-même, deux critères pour engager la responsabilité de l'administration : le risque de passage à l'acte et l'organisation du service. Il examine « *d'abord, la prévisibilité du dommage, autrement dit la connaissance qu'avait ou qu'aurait dû avoir l'administration pénitentiaire*

¹⁹⁵⁸ CE, 17 décembre 2008, req. n°305594, *OIP*. Selon le juge, l'article 2 de la Conv EDH protégeant le droit à la vie impose à l'administration pénitentiaire de protéger la vie des détenus, notamment par le biais de l'installation de matelas ignifugés.

¹⁹⁵⁹ CE, 17 décembre 2008, req. n°292088, *Zaouya*.

¹⁹⁶⁰ V. CE, 9 juillet 2008, req. n°306666, *Boussouar* ; Y. AGUILA, « Absence de faute de nature à engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire en cas de dommages aux biens personnels d'un détenu », *JCP. G.*, 2008, p. 10159. S'il juge que « *si la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la responsabilité de l'État en cas de dommages aux biens des détenus lorsque sont mises en oeuvre des méthodes de détention consistant à laisser ouvertes les cellules pendant la journée, n'exigeait pas l'existence d'une faute lourde de l'administration* », il précise néanmoins qu'« *elle ne pouvait sans erreur de qualification juridique des faits estimer, en se bornant à relever qu'aucune mesure de protection particulière des biens personnels des détenus n'avait été mise en place, que l'administration pénitentiaire avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité* ».

¹⁹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁹⁶² V. en ce sens, CE 6 décembre 2013, req. n° 363290, *Thévenot* ; CE, 5 juin 2015, req. n°370896, *Langlet*, CE, 13 janvier 2017, req. n°389711.

*des risques de passage à l'acte ; ensuite, la réactivité de l'administration pénitentiaire, c'est-à-dire l'absence ou le caractère insuffisant ou inadapté des moyens mis en œuvre par les services pénitentiaires pour prévenir le passage à l'acte ou pour en empêcher les conséquences fatales »¹⁹⁶³. Ces critères sont par ailleurs interprétés de manière de plus en plus souple par le juge administratif, témoignant d'une diminution du niveau de connaissance du risque exigé et d'une obligation de surveillance à l'égard de l'administration pénitentiaire renforcée¹⁹⁶⁴. Ceci confronte l'administration à des exigences de plus en plus lourdes à l'égard du détenu, d'autant que la Cour européenne des droits de l'homme a également institué des obligations positives envers l'État au nom de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à la vie comme au nom de l'article 3 interdisant les actes de torture ou les traitements inhumains ou dégradants¹⁹⁶⁵. Elle a ainsi avancé que l'article 2 « *astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort des personnes relevant de sa juridiction, de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre préventivement toutes les mesures nécessaires pour protéger celles-ci contre le fait d'autrui ou, le cas échéant, contre elles-mêmes* »¹⁹⁶⁶. Aussi, l'État a une obligation de surveillance et de protection des détenus, même si « *cela ne signifie toutefois pas que l'on puisse [en déduire] une obligation positive d'empêcher toute violation potentielle. Il faut en effet interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* »¹⁹⁶⁷. La Cour européenne a d'ailleurs condamné*

¹⁹⁶³ I. FOUCHARD, « Décès violents de détenus en prison. Les évolutions récentes de la responsabilité de l'État », *AJDA*, 2011, p. 142.

¹⁹⁶⁴ V. par ex : TA Caen, 2 février 2010, req. n°0900165, *Amiot*. Le juge a estimé que laisser seul, en cellule, durant la durée de la promenade, un détenu ayant à sa disposition une écharpe, constitue un défaut de vigilance fautif.

¹⁹⁶⁵ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1 – B . La reconnaissance du droit à des conditions de détention dignes. (365)

¹⁹⁶⁶ CEDH, 16 novembre 2000, req. n°21422/93, *Tanribilir c. Turquie*, §71.

¹⁹⁶⁷ CEDH, 22 novembre 2005, req. n°33420/96 et 36206/97, *Belkiza Kaya et a. c. Turquie*, §78 ; CEDH 3 avril 2001, req. n°27229/95, *Keenan c. Royaume-Uni*, §90.

la France en application de ces principes suite au suicide d'un détenu souffrant de troubles mentaux et présentant des risques suicidaires¹⁹⁶⁸.

554- Cette évolution jurisprudentielle et ces obligations européennes ont poussé le législateur à réfléchir à la possibilité d'instaurer, dans certains cas, une responsabilité sans faute de l'administration pénitentiaire. Déjà en 1978 Jean DUFFAR soulignait que « *le détenu subit une double contrainte : non seulement il est exposé à un danger, mais au surplus l'organisation du service – la détention – l'empêche physiquement d'y échapper* »¹⁹⁶⁹ afin de soutenir l'idée d'une responsabilité sans faute de l'État fondée sur le risque spécial de dommage en cas de violences entre codétenus. Selon René CHAPUS, en effet, « *un "risque spécial" de dommage est de nature à justifier aussi pleinement que possible que la réalisation du risque engendre une responsabilité sans faute* »¹⁹⁷⁰ et ce type de responsabilité peut bénéficier aux « *personnes qui se trouvent placées, en conséquences des obligations qui leur sont faites, dans une situation dangereuse* »¹⁹⁷¹. Il semblerait que ce soit sur cette base que le législateur ait, en 2009, instauré un régime de responsabilité sans faute en cas de décès d'un détenu causé par un codétenu¹⁹⁷², reconnaissant ainsi que la privation de liberté dans un

¹⁹⁶⁸ CEDH, 16 octobre 2008, req. n°5608/05, *Renolde c. France*. En l'espèce, un détenu souffrant de troubles psychotiques et sous traitement neuroleptique a été placé en cellule disciplinaire pour 45 jours, suite à l'agression d'une surveillante pénitentiaire, et ce bien qu'il ait tenté de se suicider quelques jours plus tôt. Il se pendit à la grille de sa cellule quelques jours plus tard. Les analyses ont par ailleurs montré que le détenu n'avait pas pris son traitement neuroleptique depuis plusieurs jours. Soulignant les défaillances de l'administration pénitentiaire, qui avait donc connaissance du risque suicidaire, la Cour a condamné la France en application de l'article 2 de la Convention relatif au droit à la vie.

¹⁹⁶⁹ J. DUFFAR, « Note sous CE, 26 mai 1978, Garde des Sceaux, Ministre de la justice c. Cts. Wachter », *D.*, 1978, p. 711.

¹⁹⁷⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 1999, 12^{ème} éd., t. 1, p. 1283.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 1291.

¹⁹⁷² Article 44 alinéa 2 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 : « *Même en l'absence de faute, l'État est tenu de réparer le dommage résultant du décès d'une personne détenue causé par des violences commises au sein d'un établissement pénitentiaire par une autre personne détenue.* »

établissement pénitentiaire fait courir un risque spécial au détenu, celui de mourir assassiné par son codétenu¹⁹⁷³, rapprochant encore le statut du détenu de celui des usagers du service public de droit commun¹⁹⁷⁴. Il a toutefois refusé de reconnaître un tel régime de responsabilité en cas de violences entre codétenus n'ayant pas entraîné la mort ou encore en cas de suicide du détenu¹⁹⁷⁵, cet élargissement bien que proposé n'ayant pas été retenu en raison du nombre de personnes concernées et donc pour des raisons pécuniaires¹⁹⁷⁶.

555- Ce refus est discutable si l'on se place sous l'angle du risque spécial qui pèse sur le détenu ou encore sous l'angle du développement de la protection des droits des détenus. Il présente néanmoins un avantage. Le système de responsabilité sans faute, s'il permet une indemnisation des

¹⁹⁷³ M. TINEL, *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, *op. cit.*, pp. 207-210.

¹⁹⁷⁴ Par exemple, en cas de risque particulier, il existe une jurisprudence similaire pour les usagers du service public hospitalier : V. CAA Lyon, 21 déc. 1990, req. n° 89LY01742, *Cts Gomez, Lebon*, p. 498 ; *AJDA* 1991. 167 ; JOUGUELET et LOLOUM, *AJDA*, 1991, p.126 ; BON et TERNEYRE, *D.*, 1991, p. 292 ; MOREAU, *JCP*, 1991. p. 21698) : « *Considérant que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle créée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engageant, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier* »

¹⁹⁷⁵ Le juge n'hésite pas à rappeler que « *la responsabilité de l'État en cas de préjudice matériel ou moral résultant du suicide d'un détenu peut être recherché pour faute des services pénitentiaires en raison notamment d'un défaut de surveillance ou de vigilance* », mais qu'« *une telle faute ne peut toutefois être retenue qu'à la condition qu'il résulte de l'instruction que l'administration n'a pas pris, compte tenu des informations dont elle disposait, en particulier sur les antécédents de l'intéressé, son comportement et son état de santé, les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre de sa part pour prévenir le suicide* ». CE, 28 décembre 2017, req. n°400560 ; C. BIGET, « *Suicide d'un détenu et faute de l'administration* », *AJDA*, 2018, p. 16.

¹⁹⁷⁶ SENAT, *Compte-rendu intégral*, Séance du jeudi 5 mars 2009, pp. 2462-2464. À titre d'exemple, en 2013, il y a eu 2 homicides en détention alors qu'il y a eu 106 suicides dans l'enceinte de la prison auxquels s'ajoutent 17 suicides de personnes écrouées hors détention. V.. Chiffres de la direction de l'administration pénitentiaire, *op. cit.*

victimes en démontrant uniquement le préjudice et le lien de causalité avec le service, permet à l'État d'échapper à l'appréciation du système carcéral par le juge qui n'a plus besoin de chercher une faute de la part de l'administration pénitentiaire. Un tel système, favorable à court terme, pourrait donc avoir pour effet pervers de masquer les dysfonctionnements des prisons françaises et donc d'empêcher une connaissance collective des lacunes carcérales, souvent source d'amélioration (caractère infamant de la faute). En outre, dans le cas du suicide notamment, reconnaître une responsabilité sans faute de l'État conduirait à faire primer de manière encore plus prégnante l'impératif de sécurité sur la liberté du détenu, et plus particulièrement sur son autonomie personnelle. Au surplus, l'application généralisée d'un régime de responsabilité fondée sur l'exigence d'une faute simple – hors cas particuliers des homicides entre détenus -, s'apparente au régime classique de la responsabilité administrative appliqué à l'utilisateur du service public, et rapproche une fois encore le détenu du statut d'utilisateur du service public de droit commun.

556- Pour autant, l'évolution engagée est inachevée. Effectivement, plusieurs questions se posent quant au montant des indemnités accordées aux victimes par le juge en cas de condamnation de l'État ou quant aux possibilités de mise en cause de la responsabilité de l'État à raison des conditions structurelles de détention. Si le développement des recours en référés a permis d'accélérer l'indemnisation des détenus ou encore d'enjoindre à l'administration d'agir pour leur assurer des conditions de détention dignes, il apparaît en réalité que ces recours, certes complémentaires, demeurent lacunaires.

B) L'amélioration des délais d'action du juge grâce aux référés

557- La responsabilité de l'administration pénitentiaire peut être engagée et le détenu peut espérer obtenir l'indemnisation de son préjudice comme l'amélioration de ses conditions de détention grâce au pouvoir d'injonction du juge. Mais sous quels délais ? Un recours au fond prend plusieurs mois

voire plusieurs années. L'utilité de recours en référés, s'inscrivant dans une logique de célérité, pousse donc le détenu et son conseil à explorer cette voie. Elle s'est avérée efficace et a donc prospéré en matière d'indemnisation (1). En revanche, si les référés et notamment le référé-liberté, permettent une amélioration rapide des conditions de détention, celle-ci s'avère en réalité fort limitée puisque le juge accepte uniquement d'intervenir lorsqu'une réponse rapide et n'engageant pas les politiques pénales peut être adoptée (2).

1. L'indemnisation rapide du détenu

558- En raison de l'intérêt d'une procédure en référé et malgré les craintes du juge administratif de préjudicier au principal, s'inspirant du référé civil de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile, le pouvoir réglementaire a permis au juge des référés de recevoir des demandes de provision¹⁹⁷⁷. Il a estimé, tout comme le commissaire du gouvernement dans l'affaire *Gaz de France*, qu'il est « conforme à une bonne administration de la justice que les dommages causés aux particuliers par le fonctionnement des services publics ou des ouvrages publics soient rapidement réparés dès lors que le principe de cette réparation ne souffre pas de discussion »¹⁹⁷⁸. Néanmoins, tenant compte des réticences du juge administratif, l'article R. 129 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, instaurant une telle possibilité, soumettait l'octroi d'une provision à l'exercice parallèle d'un recours au fond et à la constitution de garanties par le créancier. Cela permettait « au juge administratif de s'assurer que l'administration ne serait pas condamnée à verser une somme, mais non sérieusement contestable, sans avoir l'assurance de pouvoir la récupérer en

¹⁹⁷⁷ C.-A. DUBREUIL, « Le référé provision, référé administratif au fond ? », *RFDA*, 2007, p. 1005.

¹⁹⁷⁸ Conclusions M. ROUGEVIN BAVILLE sur CE, 20 juin 1980, req. n°22496, *Gaz de France, Lebon*.

cas d'erreur commise avant dire droit »¹⁹⁷⁹. Mais, simultanément, cela limitait grandement l'intérêt d'une telle procédure pour le créancier. De ce fait, ce recours n'a été que peu utilisé et il est apparu nécessaire de le remanier pour le rendre plus attractif, mais aussi plus efficace.

559- En marge de la loi du 13 juin 2000, le décret du 22 novembre 2000¹⁹⁸⁰ instaure alors l'article R. 541-1 du code de la justice administrative en vertu duquel « *le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie* ». Cette modification a été réalisée dans un « *quasi-anonymat* » et « *n'a pas bénéficié de l'honneur ni de la loi, ni d'un de ces décrets d'application* », ni même de commentaires de la part de la doctrine¹⁹⁸¹. Pourtant, elle ouvre bien plus largement l'accès au juge des référés aux fins d'obtenir une provision en faisant du référé-provision un recours indépendant. Il n'est plus nécessaire d'effectuer en parallèle un recours au fond, dorénavant il est possible de réaliser un référé-provision "sec". Ce recours est devenu autonome. De plus, cette procédure bien que prévue pour un règlement rapide du litige¹⁹⁸² n'est pas conditionnée par l'urgence¹⁹⁸³ et peut régler définitivement un litige. En effet, comme l'explique Delphine HEDARY, « *l'ordonnance de référé qui accorde une provision règle définitivement le litige s'il n'en est pas fait appel ou si le débiteur ne fait pas usage du mécanisme de l'article R. 541-4 du code de justice administrative qui lui*

¹⁹⁷⁹ C.-A. DUBREUIL, « Le référé provision, référé administratif au fond ? », *op. cit.*

¹⁹⁸⁰ Décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 pris pour l'application de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et modifiant le code de justice administrative, *JORF* du 23 novembre 2000, p. 18611.

¹⁹⁸¹ C.-A. DUBREUIL, « Le référé provision, référé administratif au fond ? », *op. cit.*

¹⁹⁸² CE, 10 juillet 2002, req. n°244411 ; J.-L. PIERRE, « Procédure de référé provision », *Procédures*, 2002, p. 218. Le Conseil d'État rappelle « *que l'objet du référé-provision organisé par l'article R. 541-1 est de permettre le versement rapide d'une provision, assortie le cas échéant d'une garantie, dans les cas où la créance invoquée par le demandeur n'apparaît pas sérieusement contestable* ».

¹⁹⁸³ CE, 20 décembre 2006, req. n°283352.

permet, en l'absence de demande au fond du créancier, dans le délai de deux mois de la notification de l'ordonnance, de saisir le juge du fond d'une requête tendant à la fixation définitive du montant de sa dette »¹⁹⁸⁴. En outre, le juge s'estime dans l'obligation de faire droit à la demande de provision si les conditions sont remplies¹⁹⁸⁵. Puis, tout comme lors d'un recours au principal, le juge contrôle la réalisation de formalités obligatoires préalables à un recours contentieux¹⁹⁸⁶, il peut assortir la provision de l'octroi d'intérêts moratoires¹⁹⁸⁷, demander le sursis à exécution d'une telle ordonnance. De plus, il ne peut pas statuer au fond sur un litige posant la même question sans méconnaître la règle d'impartialité¹⁹⁸⁸.

560- Si le juge est limité par ces formalités procédurales et par l'impossibilité de trancher toute question soulevant une difficulté sérieuse¹⁹⁸⁹ ainsi que l'obligation de contrôler l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, Delphine HEDARY craint tout de même qu'il ne devienne « *une sorte de distributeur automatique d'indemnité à raison des conditions de détention* »¹⁹⁹⁰. Les juges des référés ayant la possibilité de fixer le montant de la provision allouée en tenant compte non seulement du préjudice matériel, mais aussi du préjudice moral¹⁹⁹¹ et n'ayant pas exclu qu'une provision puisse être accordée à raison des conditions de détention

¹⁹⁸⁴ D. HEDARY, « Office du juge du référé provision et conditions de détention », *AJDA*, 2014, p. 237.

¹⁹⁸⁵ CAA Bordeaux, 18 novembre 2003, *Cie générale maritime Antille-Guyane. V. C.-A. DUBREUIL*, « Le référé provision, référé administratif au fond ? », *op. cit.*

¹⁹⁸⁶ CE, 10 juin 2008, req. n°32224.

¹⁹⁸⁷ CE, 2 avril 2004, req. n°256504, *S^é Alstom Power Turbomachines, Lebon* p. 150 ; concl. D. PIVETEAU, *BJCP* 2004, p. 299.

¹⁹⁸⁸ CE 7 décembre 2006, req. n°294210, *Mme A.*

¹⁹⁸⁹ CE, 29 avril 2003, req. n° 250345 ; J.-L. PIERRE, « Procédure de référé provision », *Procédures*, 2003, p. 131.

¹⁹⁹⁰ D. HEDARY, « Office du juge du référé provision et conditions de détention », *op. cit.*

¹⁹⁹¹ CE, 5 décembre 2005, req. n°255612.

jugée indignes¹⁹⁹², dans ses conclusions sous l'arrêt du 6 décembre 2013, elle propose l'instauration d'une grille de critères pour rendre le plus objectif possible ce contentieux. Le Conseil d'État suivra ses conclusions et créera un véritable mode d'emploi du référé provision. Il jugera que « *pour regarder une obligation comme non sérieusement contestable, il appartient au juge des référés de s'assurer que les éléments qui lui sont soumis par les parties sont de nature à en établir l'existence avec un degré suffisant de certitude ; que, dans ce cas, le montant de la provision que peut allouer le juge des référés n'a pas d'autre limite que celle résultant du caractère non sérieusement contestable de l'obligation dont les parties font état ; que, dans l'hypothèse où l'évaluation du montant de la provision résultant de cette obligation est incertaine, le juge des référés ne doit allouer de provision, le cas échéant assortie d'une garantie, que pour la fraction de ce montant qui lui paraît revêtir un caractère de certitude suffisant* »¹⁹⁹³. En outre, concernant les conditions de détention, il tient compte de « *la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de leur vulnérabilité, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la nécessité de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires, la prévention de la récidive et la protection de l'intérêt des victimes* ».

561- Quand bien même il est aujourd'hui encadré, le référé-provision, conditionné, mais non plafonné, est passé de « *parent pauvre du contentieux administratif* » à « *une sorte de référé au fond* »¹⁹⁹⁴. Il est devenu un moyen de traitement rapide des contentieux pécuniaires de l'administration voire

¹⁹⁹² CE, 1^{er} juill. 2009, req. n° 308925, *Garde des Sceaux c/ M^{me} Mouisel*, concl. I. DE SILVA.

¹⁹⁹³ CE, 6 décembre 2013, req. n° 363290, *Thévenot*, *op. cit.* .

¹⁹⁹⁴ C.-A. DUBREUIL, « Le référé provision, référé administratif au fond ? », *op. cit.*

même un « *mode de prévention des contentieux au fond* »¹⁹⁹⁵. Présentant des intérêts pour le requérant comme pour l'administration débitrice, pour qui une provision peut sembler moins infamante qu'une condamnation lors d'un recours de plein contentieux, il est devenu un véritable outil entre leurs mains et est régulièrement utilisé « *en lieu et place d'une action au fond* »¹⁹⁹⁶. Il est devenu plus qu'une simple « *procédure provisoire dans l'attente d'un règlement ultérieur et définitif* », il s'est transformé en « *mode de prévention des contentieux pécuniaires au fond, un mode de règlement définitif que l'on qualifierait volontiers de "référé au fond" si son utilisation à tel dessein n'était pas subordonnée à la réalisation de plusieurs conditions* »¹⁹⁹⁷. En pratique, le juge doit en effet « *se prononcer sur le principe de la responsabilité, mais aussi sur le quantum, le montant de l'indemnisation* » et donc « *non seulement sur le principe de responsabilité non sérieusement contestable, mais aussi sur l'évaluation du préjudice non sérieusement contestable* » tout comme le juge du fond¹⁹⁹⁸.

562- Pour ces raisons, ce recours est fréquemment utilisé en matière pénitentiaire, notamment pour le contentieux relatif à la rémunération du travail pénitentiaire, où il est le premier type de recours à avoir été envisagé en nombre,¹⁹⁹⁹ mais aussi pour le contentieux des conditions de détention indignes. Néanmoins, si dans le premier cas, la créance est bien souvent établie, d'autant que « *l'administration prétend souvent qu'il ne s'agit que d'une simple erreur* », la provision allouée tient difficilement compte des primes éventuelles et du préjudice moral délicat à apprécier. Ce même souci d'évaluation se retrouve dans le second cas, et conduit alors à une sous

¹⁹⁹⁵ *Ibidem.*

¹⁹⁹⁶ H. BELRHALI, « Référé-provision : quand la responsabilité de l'administration est « non sérieusement contestable », *AJDA* 2017 p. 1833

¹⁹⁹⁷ C.-A. DUBREUIL, « Le référé provision, référé administratif au fond ? », *op. cit.*

¹⁹⁹⁸ H. BELRHALI, « Référé-provision : quand la responsabilité de l'administration est « non sérieusement contestable », *op. cit.*

¹⁹⁹⁹ S. GAUCHE, « A la recherche du recours effectif : responsabilité et référés en droit pénitentiaire », *AJDA*, 2017, p. 1837.

évaluation du préjudice au vu de la faiblesse des sommes allouées à la réparation des conditions de détention^{2000 2001}.

563- S'il s'agit bel et bien d'un « *mini-procès indemnitaire* » comme l'écrit Anne JACQUEMET-GAUCHE²⁰⁰², nous rejoignons Hafida BERHALI qui ajoute qu'il n'est toutefois pas possible, malgré la rapidité du juge du référé-provision de parler de « *super procès indemnitaire* », eu égard aux limites évoquées quant au montant des indemnités²⁰⁰³. Nonobstant cela, le développement d'un tel recours conforte une fois encore le détenu dans son statut d'usager du service public pénitentiaire puisqu'il devient à même de demander la sanction rapide de l'administration pour non-respect du droit au fonctionnement normal du service public. Il n'empêche que, s'il lui est possible d'obtenir rapidement une indemnisation du préjudice subi, il se heurte à la difficulté d'obtenir une réelle amélioration de ces conditions de détention par la voie du référé.

²⁰⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰⁰¹ Par exemple, pour l'incarcération d'un détenu pendant plus de quatre ans dans différentes cellules d'une superficie de 10.80 à 12.36 mètres en présence de deux autres détenus, et alors que ces cellules ne comportaient ni ventilation spécifique du cabinet d'aisance, ni cloisonnement véritable avec la pièce principale, le Tribunal administratif de Rouen a accordé 3000 € d'indemnités. V. TA Rouen, 27 mars 2008, req. n°0602590. En 2011, la Cour administrative d'appel a réduit de 9000 € à 3000 € l'indemnité versée à une détenue pour des conditions de détention similaires à celles-présentées ci-dessus. V. CAA Bordeaux, 18 octobre 2011, req. n°11BX00159.

²⁰⁰² A. JACQUEMET GAUCHE, « Responsabilité et référés, une confrontation féconde », *op. cit.*

²⁰⁰³ H. BELRHALI, « Référé-provision : quand la responsabilité de l'administration est « non sérieusement contestable », *op. cit.*. Ajoutons par ailleurs que l'action du détenu pour conditions de détention indignes connaît un délai de prescription identique au délai de droit commun. V., CE, 3 décembre 2018, req. n°412010 ; M.-C. DE MONTECLER, « Prescription de l'action d'un détenu pour conditions de détention indignes », *AJDA*, 2018, p. 2366.

2. L'amélioration insatisfaisante des conditions de détention

564- Le détenu s'est vu reconnaître un droit à des conditions de détention dignes, mais « *si la réparation pécuniaire est fréquemment envisageable, il est, en l'état actuel du droit, impossible de prévenir la survenance d'un préjudice né de conditions de détention indignes* »²⁰⁰⁴. En effet, comme démontré précédemment, si le recours au référé-liberté de l'article L. 521-2 du code de justice administrative a été jugé satisfaisant par la Cour européenne des droits de l'homme pour garantir au détenu l'exercice de son droit au recours effectif face à des conditions de détention non conformes à l'article 3 de la Convention européenne, le juge des référés a toutefois précisé qu'il n'est compétent que pour l'adoption de mesures d'urgence et donc provisoires. Incompétent pour enjoindre à l'administration d'adopter des mesures structurelles pour limiter la surpopulation carcérale ou pour allouer du personnel supplémentaire, il ne dispose pas de moyens suffisants pour remédier aux carences du système pénitentiaire²⁰⁰⁵. De même, si le référé-mesures utiles peut être utilisé lorsque les conditions du référé-liberté ne sont pas remplies et permet au juge de prescrire, à des fins conservatoires ou à titre provisoire, toutes mesures que l'urgence justifie, y compris des injonctions²⁰⁰⁶, il ne peut pas, lui non plus, adopter des actes réglementaires puisque l'article L. 511-1 du code de justice administrative dispose de manière générale que « *le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire* »²⁰⁰⁷. Ce refus relèverait même d'une

²⁰⁰⁴ S. GAUCHE, « A la recherche du recours effectif : responsabilité et référés en droit pénitentiaire », *op. cit.*

²⁰⁰⁵ V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 2 – A – 2. Les évolutions imposées aux juges français (458)

²⁰⁰⁶ CE, 5 février 2016, req. n°393540/393541 ; F. BARQUE, « Le Conseil d'État et le référé-conservatoire : un rééquilibrage stratégique », *JCP A.*, 2016, p. 2205 ; G. EVEILLARD, « Les mesures relevant de l'office du juge du référé mesures utiles (suite) », *Droit administratif*, 2016, p. 28 ; S. DEYGAS, « Les limites du référé dit mesures utiles », *Procédures*, 2016, p. 144.

²⁰⁰⁷ CE, 20 mars 2015, req. n° 385332 ; G. EVEILLARD, « Les mesures relevant de l'office du juge du référé mesures utiles », *Droit administratif*, 2015, p. 47 ; S. DEYGAS, « Le juge du référé mesures utiles ne peut ordonner à l'administration de prendre un acte

« interdiction fondamentale »²⁰⁰⁸ puisqu'« en plus de méconnaître la place respective du juge et de l'administrateur, une telle pente porterait en germe le risque d'un dévoiement de l'exercice du pouvoir réglementaire » en le mobilisant pour répondre aux besoins particulier du demandeur²⁰⁰⁹.

565- Ce refus, s'il restreint l'action du juge des référés et empêche une amélioration rapide des conditions de détention, ne signifie pas pour autant qu'aucune possibilité permettant au juge d'intervenir existe. En effet, un détenu peut solliciter une intervention de la part de l'administration pénitentiaire et son refus, celui d'édicter une norme réglementaire alors qu'elle est compétente pour le faire, pourra faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir²⁰¹⁰. S'ajoute à ce recours la possibilité d'effectuer un référé-suspension face à la carence de l'administration, et le juge pourra alors enjoindre à l'administration de prendre, même à titre uniquement provisoire, les mesures réglementaires nécessaires dans un délai déterminé²⁰¹¹.

réglementaire », *Procédures*, 2015, p. 178 ; E. LANGELIER, « Les mesures réglementaires ne font pas partie des mesures utiles que peut enjoindre le juge des référés », *JCP A.*, 2015, p. 321 ; *JCP G.*, 2015, p. 413 ; CE, ord., 29 mai 2002, req. n° 247100.

²⁰⁰⁸ Conclusions D. BOTTEGHI sur : CE, 16 novembre 2011, req. n°353172 et 353173, *Ville de Paris et société d'économie mixte parisienne* ; E. CHABRIER, « Accident de travaux publics et référé administratif », *Revue juridique de l'économie publique*, 2012, comm. 10 ; E. SPITZ, « Référé liberté et réaménagement des Halles à Paris », *Droit administratif*, 2012, comm. 18 ; B. PACTEAU, « Le référé-liberté administratif, Ouvertures... », *JCP A.*, 2012, p. 2017 ; O. LE BOT, « Quel référé utiliser pour faire cesser un péril imminent ou un danger à la vie des personnes ? La réponse du Conseil d'État », *JCP G.*, 2012, p. 24 ; S. DEYGAS, « Pouvoirs du juge des référés administratifs en présence d'un danger pour la vie créé par l'Administration », *Procédures*, 2012, comm. 27 ; C.-A. DUBREUIL, « Le droit au respect de la vie est une liberté fondamentale », *JCP G.*, 2011, p. 1330.

²⁰⁰⁹ E. CREPEY, « L'exclusion des actes réglementaires du champ du référé-mesures utiles, conclusions sur CE, Section, 20 mars 2015, Section française de l'OPI, n° 385322 », *RFDA*, 2015, p. 491.

²⁰¹⁰ CE, 23 juillet 2010, req. n° 316440/316441.

²⁰¹¹ E. CREPEY, « L'exclusion des actes réglementaires du champ du référé-mesures utiles, conclusions sur CE, Section, 20 mars 2015, Section française de l'OPI, n° 385322 », *op. cit.*

566- En outre, si par principe le juge des référés ne peut pas adopter lui-même de mesure réglementaire, le Conseil d'État a estimé que « *l'obligation de ne prononcer que des mesures présentant un caractère provisoire peut et doit s'effacer lorsqu'aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte* »²⁰¹². Bien que, comme le soulève Édouard CREPEY, il serait « *toute autre chose [...] d'admettre que des mesures réglementaires, ou spécifiquement des mesures structurelles d'organisation du service relevant de la jurisprudence Jamart puissent être justiciables de l'article L. 521-3* », il est possible de voir ici une brèche à exploiter à l'avenir en cas de carence de l'administration pénitentiaire et d'absence d'amélioration des conditions de détention perdurant dans le temps.

567- Puis, parfois, ce recours en référé s'avère être le seul pouvant être exercé notamment lorsque le dommage revêt un caractère collectif et que seul un groupement peut agir. En effet, « *un groupement n'aurait pas d'intérêt à agir en responsabilité, car il n'est pas lui-même victime du dommage* », mais il a intérêt à agir en référé²⁰¹³. Il permet donc à défaut d'efficacité à court terme de faire entendre la parole de collectifs et donc d'alerter sur les mauvaises conditions de détention. Une action non négligeable lorsqu'il apparaît que « *de toute évidence, et sans doute en raison d'un nombre de recours trop peu important et de la faiblesse des sommes allouées en réparation, les recours en responsabilité n'ont pas eu une incidence suffisante pour que les conditions de détention en France soient améliorées* »²⁰¹⁴.

²⁰¹² CE, 31 mai 2007, req. n° 298293 ; E. CREPEY, « L'exclusion des actes réglementaires du champ du référé-mesures utiles, conclusions sur CE, Section, 20 mars 2015, Section française de l'OPI, n° 385322 », *op. cit.*

²⁰¹³ O. LE BOT, « Les référés-libertés et mesures utiles, alternatives à un recours en responsabilité », *AJDA*, 2017, p. 1826.

²⁰¹⁴ S. GAUCHE, « A la recherche du recours effectif : responsabilité et référés en droit pénitentiaire », *op. cit.*

Conclusion du Chapitre 2

568- D'un point de vue théorique, le détenu est aujourd'hui un justiciable comme les autres. Il peut, comme tout usager du service public, saisir le juge administratif pour contester la légalité d'un acte dès lors qu'il a un intérêt à agir, et il peut, dès lors qu'il démontre l'existence d'une faute, engager la responsabilité de l'administration et demander l'indemnisation de son préjudice. Il peut encore agir dans des délais accélérés à l'aide de référés lorsque l'urgence ou la situation l'exige. De fait, la reconnaissance de ce droit à agir en justice permet le développement de procédures contentieuses puisqu'elles étaient auparavant inexistantes ou ne pouvaient aboutir. En outre, la mise en place de l'assistance des personnes détenus par un avocat permet le développement d'un plus grand nombre de procédures contentieuses qui, par une meilleure connaissance des règles de forme et une meilleure aptitude à appréhender les règles de fond, ont plus de chances d'aboutir. Cela devrait donc signifier que les droits des détenus sont garantis et il est d'ailleurs, comme l'écrit Sylvain GAUCHE, « *fréquemment affirmé, de manière sans doute optimiste, que la situation des personnes détenues progresse du fait de l'intervention accrue du juge administratif et de son immixtion dans le milieu carcéral* »²⁰¹⁵. Pourtant, nous venons de le démontrer, les recours contre les sanctions disciplinaires, les recours indemnitaires ou encore les recours en urgence face à des conditions de détention indignes ne s'avèrent pas, en pratique, effectifs. Que ce soit en raison des pouvoirs limités du juge saisi, de son incapacité à prendre des mesures structurelles relevant des choix réalisés en matière de politique pénale ou de la faiblesse de l'indemnisation, les droits du détenu ne sont que partiellement protégés. En outre, quand bien même « *les limites de chacun des recours peuvent partiellement être compensées par les apports de l'autre, il apparaît clairement [qu'] il n'existe pas encore de recours effectif, à même de redresser définitivement les illégalités* »²⁰¹⁶. Face à un tel constat,

²⁰¹⁵ *Ibidem*.

²⁰¹⁶ *V. Ibidem* : à propos des recours en cas de conditions de détention indignes ou en cas de non-respect des taux de rémunération pour le travail pénitentiaire.

même si le détenu a trouvé son juge, le juge administratif, il convient d'admettre qu'il reste encore une étape à franchir, faire de ce juge un juge pleinement efficace.

Conclusion du Titre 1

569- Il est évident que la sécurité reste l'« *éternelle clé de voûte* » du service public pénitentiaire²⁰¹⁷. Nonobstant, l'évolution du droit applicable aux détenus et l'ouverture progressive du prétoire démontrent que « *la mission de sécurité ne sert plus uniquement de justification aux limitations des droits des détenus* ». En effet, « *elle est interprétée de plus en plus largement comme une contrainte à la charge de l'administration* »²⁰¹⁸. Non seulement l'administration doit assurer la surveillance des détenus pour protéger la société, mais elle doit garantir les droits des détenus afin de permettre la réinsertion de ceux-ci. Pour cela, elle ne doit pas porter d'atteinte non justifiée à leurs droits, ne pas accélérer leur désocialisation. Elle doit composer au mieux entre la mission de sécurité et la mission de réinsertion assignées au service public pénitentiaire pour atteindre un équilibre acceptable et ne pas porter d'atteinte trop importante et non justifiée aux droits des détenus en raison de cette mission de sécurité. En effet, comme l'écrit Éric PECHILLON, « *c'est la portée même de la notion de service public pénitentiaire qui évolue dès lors que l'on reconnaît au détenu le statut d'usager* »²⁰¹⁹. S'il est un usager, il a le droit à une prestation - ici une prestation de réinsertion - qui doit être garantie malgré les contraintes pesant sur sa délivrance et malgré les contraintes sécuritaires.

570- Pour autant, et quand bien même « *la logique juridique exige théoriquement qu'à une définition précise corresponde un régime juridique déterminé* »²⁰²⁰, cette mission de sécurité empêche le détenu de devenir un usager du service public de droit commun. Des contraintes spécifiques pèsent sur la relation qu'il entretient avec le service public pénitentiaire. Ces contraintes s'observent tant dans les modalités du contrôle opéré par le juge

²⁰¹⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 485.

²⁰¹⁸ *Ibidem*.

²⁰¹⁹ *Ibid*, p. 281.

²⁰²⁰ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op. cit., p. 10.

que par le droit dérogatoire qui lui est applicable. Ne bénéficiant pas pleinement du régime commun du service public, il ne peut en être qu'un usager *sui generis* du service public.

Titre 2 – Le détenu, un usager du service public *sui generis*

571- Le principe en vertu duquel à toute catégorie juridique doit correspondre un régime juridique déterminé peine à trouver sa pleine effectivité lorsqu'il est question d'étudier le droit pénitentiaire et le statut du détenu. En effet, bien que le détenu ne soit plus un simple assujetti au service public pénitentiaire et qu'il soit progressivement devenu un véritable acteur de sa peine et à ce titre un usager titulaire de droits, il faut admettre que pour déterminer ses droits effectifs « *il faut préalablement fixer les obligations liées à la détention et, consécutivement, les contraintes relatives à la mission de sécurité* », puisque « *ce sont ces dernières qui conditionnent l'ensemble du droit applicable en prison* »²⁰²¹. Ainsi, même si le détenu jouit de nombreux droits, ceux-ci restent encore et toujours limités par les exigences de sécurité. Le détenu, même en tant qu'usager du service public, demeure un "usager incarcéré" (**Chapitre 1**). Néanmoins, ce statut particulier ne doit pas faire oublier la mission première de la peine privative de liberté qu'est la mission de réinsertion. En effet, il est nécessaire de renforcer les garanties permettant l'exercice des droits des détenus pour lui assurer la délivrance d'une prestation individualisée et effective, quand bien même celle-ci rencontre les obstacles de la privation de liberté. Plus encore, la prestation de réinsertion doit être pensée en tenant compte des effets désocialisants de la prison et de ses impératifs sécuritaires. Elle doit être aménagée et adressée au détenu de manière continue, du prononcé de la peine jusqu'à la désistance, c'est-à-dire jusqu'à sa délivrance pleine et entière (**Chapitre 2**).

²⁰²¹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Thèse, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Tome 204, 1998, pp. 182-183, p. 531.

Chapitre 1 : Le détenu, un usager incarcéré soumis aux exigences du principe de sécurité

572- Il ne fait plus aucun doute que le juge administratif est le juge du détenu dans ses relations avec le service public pénitentiaire, lui permettant de s'approcher un peu plus du statut de l'usager du service public de droit commun. Pour autant, le détenu demeure un usager *suis generis* du fait de la spécificité de sa relation avec le service public pénitentiaire, celle-ci étant gouvernée par le principe de sécurité et ses exigences. Cette spécificité se traduit par l'instauration d'un droit dérogatoire, propre à l'enfermement, mis en place par le législateur et le pouvoir réglementaire puis validé par le juge administratif (**Section 1**). En effet, même si le juge a œuvré pour une meilleure garantie des droits du détenu et a progressivement étendu le régime de responsabilité de l'Administration pour qu'il soit mieux protégé, il a choisi de ne pas utiliser toutes les possibilités à sa disposition pour approcher plus encore le droit pénitentiaire du droit commun ou pour assurer une protection maximale des personnes privées de liberté. Dès lors, même si le détenu pourrait être considéré comme un usager du service public à protéger, en raison de sa soumission importante à l'administration pénitentiaire et au caractère forcé et obligatoire de la relation qu'ils entretiennent, une telle protection lui est refusée. En outre, lui reconnaître les droits classiques de l'usager du service public et la protection afférente est actuellement impossible en raison de la situation des établissements pénitentiaires (**Section 2**).

Section 1 : L'instauration d'un droit dérogatoire propre à l'enfermement

573- Le service public pénitentiaire, de par ses missions, diffère des autres services publics et a donc nécessité la mise en place d'un droit particulier, moins protecteur, justifié par les sujétions inhérentes au service comme par les choix effectués en matière de politique pénale (**Paragraphe 1**). Ces choix, contestables, car attentatoires aux droits fondamentaux des détenus, ont pourtant été implicitement validés par le juge administratif puisqu'il a accepté la construction empirique de règles répondant aux obligations sécuritaires, à la fois car il a pu les juger nécessaires, mais aussi, car il a refusé d'aller contre les choix opérés par le législateur (**Paragraphe 2**).

§1 : La construction d'un service public dérogeant au droit commun

574- Le service public pénitentiaire se distingue des services publics traditionnels par la spécificité de la mission qui lui est confiée. Permettant à l'État d'exprimer son pouvoir de contraindre et conçu comme l'arme la plus puissante pour assurer la sécurité de la société, il est un véritable outil aux mains de la puissance publique (**A**) et dépasse le rôle traditionnellement confié aux services publics puisqu'il n'a pas pour seul rôle de prévenir la déviance, mais doit la contrôler (**B**).

A) Un service public au service de la puissance publique

575- Bien que l'école du service public menée par Léon DUGUIT et l'école de la puissance publique menée par Maurice HAURIUO se soient affrontées quant à la notion fondatrice du droit administratif, ces deux administrativistes ont admis que les notions de service public et de puissance publique sont en réalité interdépendantes. En effet, comme l'explique René CHAPUS, « *la notion de service public, telle qu'elle est*

*conçue par Duguit, est de l'ordre des fins : une activité qualifiable de service public est destinée au meilleur service de l'intérêt général » et « la notion de puissance publique est évidemment de l'ordre des moyens, elle se rapporte aux procédés par lesquels l'administration remplit ses missions »*²⁰²². En outre, Maurice HAURIOU, maître de l'école de Toulouse, n'a pas hésité à admettre que la notion de service public « *se confond avec celle de l'utilité publique, car l'utilité publique c'est l'intérêt général en tant qu'il y est donné satisfaction par un service public* » alors qu'il affirmait que c'est cette utilité publique qui justifie les droits de puissance publique dont doit disposer l'Administration²⁰²³.

576- Les relations étroites entre ces deux notions s'illustrent parfaitement dans la réalisation du service public pénitentiaire. D'utilité publique puisqu'assurant l'expression du pouvoir de punir étatique et la sécurité de la société, il est aussi le parangon de l'exercice de la puissance publique. Il s'illustre par une conception de la sécurité spécifique en raison des missions confiées (1) impliquant une faculté de contraindre imposante, symbole des droits de puissance publique à disposition de l'Administration (2).

1. Une conception de la sécurité spécifique

577- De manière générale, la notion de sécurité a une place particulière en droit administratif puisqu'il s'agit d'une composante du triptyque classique de l'ordre public : tranquillité, sécurité et salubrité. Ce triptyque justifie l'utilisation de prérogatives de puissance publique par l'Administration afin de préserver « *la stabilité publique et de sauvegarder la cohérence du tissu social* »²⁰²⁴. Toutefois, comme l'explique Éric PECHILLON, il ne serait pas

²⁰²² R. CHAPUS, *Droit administratif général, Tome 1, 13^{ème} éd.*, Montchrestien, Paris, 1999, p. 3.

²⁰²³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Livre des Recueil généraux des lois et arrêts, 1892, p. 717 et s.

²⁰²⁴ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Tome 204, 1998, pp. 60-61.

satisfaisant « *de concevoir la notion de sécurité comme une simple fraction de l'ordre public* ». Si la sécurité permet effectivement « *d'établir le cadre des moyens administratifs de réglementation, elle possède néanmoins une finalité plus complexe* »²⁰²⁵. Comme nous l'avons souligné précédemment, la sécurité est devenue « *une norme de référence des politiques pénales* »²⁰²⁶ puis a été consacrée en tant que droit fondamental reconnu au profit des administrés²⁰²⁷. Elle est aujourd'hui au sommet des préoccupations étatiques d'un État qui ne cesse, dans le cadre de sa mission régaliennne, de couper « *la tête de l'hydre " violence "* » et de « *rejette[r] l'état de nature hors de la cité* »²⁰²⁸. Un rôle que l'État confie notamment au service public pénitentiaire. Par la mission dont il a la charge, à savoir exécuter les peines privatives de liberté en écartant temporairement de la société des individus ayant commis des infractions et en préparant leur réintégration dans cette société, le service public pénitentiaire collabore étroitement au but premier de l'État, assurer la sécurité de la société. Il participe « *à la surveillance et au maintien de la sécurité* »²⁰²⁹ et « *il est possible de dire que la prison est organisée avant tout pour renforcer l'ordre public* »²⁰³⁰. La sécurité apparaît alors comme « *le fondement des relations juridiques liées au fonctionnement du service public pénitentiaire* »²⁰³¹.

578- Ainsi, cette conception spécifique de la sécurité fait d'elle à la fois le but premier de l'État comme du service public pénitentiaire. Il est donc permis d'envisager la sécurité « *comme une notion juridique influençant la*

²⁰²⁵ *Ibidem*.

²⁰²⁶ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, Littératures, Paris, 2005, p. 48.

²⁰²⁷ V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 1 – Paragraphe 1 – A – 2. La sécurité, nouveau droit fondamental reconnu au profit des administrés (**141**)

²⁰²⁸ M. CUSSON, « La peine dans le cadre d'une théorie de la régulation de la criminalité », in : J. PRADEL (*dir*), *La condition juridique du détenu*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIII, Paris, Cujas, 1993, 316 p.

²⁰²⁹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 94.

²⁰³⁰ *Ibid.*, p. 271.

²⁰³¹ *Ibid.*, p. 31.

conception du droit applicable en prison »²⁰³². Si la sécurité implique la recherche constante de la protection des administrés – quitte à parfois d’ailleurs diminuer leurs libertés²⁰³³ – et est à ce titre créatrice d’obligations pour l’État, dans le cadre particulier du service public pénitentiaire, elle justifie surtout le développement d’un droit dérogatoire au droit commun. Elle permet le développement de prérogatives de puissance publique importantes et « *représente aussi un élément d’interprétation de la légalité par le juge administratif qui aménage son contrôle en fonction de cette mission* »²⁰³⁴. Loin d’être protecteurs du détenu, les impératifs de paix sociale et le développement de la sécurité qui en résulte empêchent alors « *le développement normal d’un statut administratif du détenu* »²⁰³⁵ en confiant au service public pénitentiaire une faculté de contraindre imposante.

2. Une faculté de contraindre imposante

579- John RAWLS dans la *Théorie de la justice* expliquait déjà que le système juridique est un « *système coercitif des règles publiques* »²⁰³⁶. Il « *suppose une réglementation impérative liant les sujets, leur imposant un certain comportement* », il est « *générateur d’obligations, nécessitant l’observation d’une discipline* »²⁰³⁷. C’est d’ailleurs pour cela que les individus acceptent, lors de la conclusion du Contrat social, de sacrifier une part de liberté et de déléguer à l’État le monopole de la contrainte physique légitime. Ils souhaitent instaurer un pouvoir structurant permettant d’assurer la sécurité de la société. Ainsi, « *la faculté de contraindre* » se révèle être « *un élément indispensable du droit positif* », le fondement même

²⁰³² *Ibidem*.

²⁰³³ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – A – 2 . La sécurité, nouveau droit fondamental reconnu au profit des administrés (141)

²⁰³⁴ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 31.

²⁰³⁵ *Ibid.*, p. 271.

²⁰³⁶ *Ibid.* p. 272

²⁰³⁷ E. MASSAT, *Servir et discipline. Essai sur les relations des usagers aux services publics*, L’Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2006, p. 52.

du système juridique²⁰³⁸. En effet, cette faculté de contraindre permet le prononcé de sanctions coercitives, ce qui assure « *l'obligatorité des règles de droit* » et explique « *le respect qu'elles inspirent et qui réside dans la crainte d'une possible répression* »²⁰³⁹. Plus encore, elle justifie les prérogatives de puissance publique détenues par le service public puisqu'il a pour mission de satisfaire les besoins collectifs du public, elle leur donne une légitimité²⁰⁴⁰.

580- Si la peine privative de liberté « *n'est qu'une catégorie d'armes dans l'arsenal des moyens de lutte contre le crime* »²⁰⁴¹, elle en est, à l'heure actuelle, l'arme privilégiée pour assurer la sécurité de la société. Ainsi, dans le cadre de la peine privative de liberté, cette faculté de contraindre impose un cadre juridique strict au service public pénitentiaire et une situation juridique génératrice de nombreuses obligations pour le détenu. Tout d'abord, le détenu, comme tout usager du service public, se trouve dans une situation normée, ici une situation légale et réglementaire. En outre, « *puisque l'impératif d'ordre ne peut pas plus faire l'objet de compromis que d'une adaptation individuelle avec le nouvel entrant* », tous les détenus relèvent d'une situation statutaire. Ils ne peuvent donc ni négocier leur prise en charge ni négocier leurs conditions de détention²⁰⁴². Ensuite, le cadre particulier du service public pénitentiaire, à savoir « *un contexte clos dans lequel les hommes sont contraints de vivre jour et nuit contre leur volonté avec leurs gardiens* »²⁰⁴³, les prisons pouvant être assimilées à des structures

²⁰³⁸ E. KANT, *Métaphysique des mœurs, Première partie*, Doctrine du droit, J. VRIN, 1993 p. 105 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Broché, Paris, 1999, p. 46.

²⁰³⁹ E. MASSAT, *Servir et discipline. Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit.

²⁰⁴⁰ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 2ème éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 64.

²⁰⁴¹ M. CUSSON, « La peine dans le cadre d'une théorie de la régulation de la criminalité », in : J. PRADEL (*dir.*), *La condition juridique du détenu*, op. cit.

²⁰⁴² E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., pp. 281-282.

²⁰⁴³ *Ibid.*, p. 296.

totalitaires²⁰⁴⁴, impose une réglementation stricte, une discipline omniprésente²⁰⁴⁵. Il impose également de laisser une marge de manœuvre raisonnable à l'administration, plus particulièrement au directeur de l'établissement pénitentiaire, pour qu'il puisse agir rapidement et efficacement en cas d'urgence et maintenir l'équilibre souvent précaire de la vie en détention²⁰⁴⁶.

581- De ce fait, le service public pénitentiaire se caractérise par la faculté de contraindre dont dispose l'administration, celle-ci étant renforcée non seulement par le cadre particulier d'exécution de la peine privative de liberté, mais aussi par la mission spécifique qui lui est confiée, assurer la sécurité en opérant le contrôle de la déviance.

B) Un service public de contrôle de la déviance

582- Le service public pénitentiaire se caractérise une fois encore par la spécificité de sa mission, mais aussi par l'ambivalence de celle-ci. S'il bénéficie d'un pouvoir de contraindre particulièrement imposant du fait qu'il n'a pas pour but de prévenir les comportements déviants, mais de les contrôler alors que le passage à l'acte infractionnel a déjà eu lieu (**1**), cette première mission n'est pas totalement exclusive de la seconde. En raison de la double mission allouée à la peine privative de liberté, punir, mais aussi réinsérer, le service public pénitentiaire doit également prévenir la répétition de l'acte infractionnel et donc prévenir les comportements déviants (**2**).

²⁰⁴⁴ V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 2 – Paragraphe 1 – A - 1. Les établissements pénitentiaires, des structures totalitaires (**174**)

²⁰⁴⁵ V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 2 – Paragraphe 1 – B – 2. Un pouvoir exorbitant aux mains du chef d'établissement (**193**)

²⁰⁴⁶ V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 2 – Paragraphe 1 – B – 1. Un outil de gestion de la vie carcérale (**189**)

1. *De la prévention des comportements déviants au contrôle des comportements déviants*

583- Même si, selon Marc ANCEL, « *la meilleure façon de protéger la société [est] d'organiser une véritable prise en charge de ceux qui peuvent être amenés à enfreindre ses lois* », il avait été obligé de conclure que parfois le procès pénal s'avère inévitable. Il s'agit alors non plus de prévenir, mais de prévoir un traitement pour lutter contre la récidive²⁰⁴⁷. Ainsi, alors que comme l'écrit Éric MASSAT, « *l'ensemble des services publics s'efforce par l'imposition de disciplines de prévenir les comportements déviants* »²⁰⁴⁸, le service public pénitentiaire ne peut se limiter à cette fonction. En effet, comme l'hôpital ou l'asile, la prison a également pour rôle de contrôler la déviance. Elle doit assurer la prise en charge des individus « *rejetés par les services traditionnels, les individus en décalage avec les règles sociale de la société, donc déviants vis-à-vis de l'ordre qu'elle instaure* », car ils « *risquent de contaminer toutes les fibres sociétales* »²⁰⁴⁹.

584- De ce fait, la première action du service public pénitentiaire lors de sa mise en relation avec le détenu est de contrôler la déviance alors que celle-ci s'est déjà manifestée. C'est à ce titre et au nom du concept de sécurité qu'est justifiée l'ostracisation des délinquants²⁰⁵⁰. Le service public pénitentiaire doit assurer la garde du détenu à l'écart de la société et assurer la protection des administrés²⁰⁵¹. Pour ce faire, il dispose d'institutions totalitaires²⁰⁵² à

²⁰⁴⁷ Cité par E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, Manuel, Paris, 2010, p. 25.

²⁰⁴⁸ E. MASSAT, *Servir et discipline. Essai sur les relations des usagers aux services publics*, *op. cit.*, p. 108

²⁰⁴⁹ *Ibidem.*

²⁰⁵⁰ V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 1 – Paragraphe 1 - B - 2. La sécurité, un droit justifiant l'ostracisation du délinquant (**149**)

²⁰⁵¹ V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 1 – Paragraphe 2 - La sécurité, prestation à destination des administrés (**155**)

²⁰⁵² V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 2 – Paragraphe 1 – A - 1. Les établissements pénitentiaires, des structures totalitaires (**131**)

même d'assurer un « *contrôle total* », « *une orthopédie intégrale des détenus* » pour les normaliser avant leur retour dans la société libre²⁰⁵³. Par conséquent, les individus condamnés à une peine privative de liberté, signe de leur déviance, sont soumis à « *un univers concentrationnaire où les droits, quasi absents, laissent place à un cortège d'obligations et de règles contraignantes* », « *une discipline parfaite, extrêmement rigoureuse* »²⁰⁵⁴. À l'image d'autres services publics connaissant des usagers incorporés, tels que l'école ou l'armée, il est question, par l'instauration de cette discipline imposante, de faire « *intérioriser aux usagers-reclus le code social* », de « *fabriquer des sujets normaux* »²⁰⁵⁵.

585- Il ne peut donc être nié que si le service public pénitentiaire assure le contrôle des comportements déviants au nom de sa fonction sécuritaire, il remplit également la mission traditionnelle du service, la prévention des comportements déviants, au nom de sa fonction resocialisatrice. Et, si la première justifie cette discipline imposante, la deuxième doit nécessairement la tempérer pour être efficace.

2. De la mission de sécurité à la mission de réinsertion

586- Pour que le service public pénitentiaire puisse assurer ses deux fonctions, l'une ne doit pas trop prendre le pas sur l'autre et « *le caractère infamant de la peine doit donc être ramené à des proportions plus modestes* »²⁰⁵⁶. Mais, surtout, ces deux missions complémentaires doivent être pensées dès le prononcé de la sanction, il doit donc y avoir deux temps au procès pénal. L'un pour « *statuer sur les faits reprochés à la personne* »

²⁰⁵³ E. MASSAT, *Servir et discipline. Essai sur les relations des usagers aux services publics, op. cit.*

²⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 107.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 147.

²⁰⁵⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général, 22^{ème} éd.*, Dalloz, Paris, 2011, p. 418.

et l'autre pour « *rechercher les mesures les mieux adaptées à son état* »²⁰⁵⁷, l'un pour contrôler les comportements déviants et l'autre pour prévenir les comportements déviants. C'est pourquoi la peine privative de liberté doit non seulement écarter les individus de la société pour les normaliser, mais elle doit le faire pour les « *réhabiliter, reclasser, responsabiliser, réadapter ou encore réinsérer* »²⁰⁵⁸.

587- Même si certains, à l'image d'Éric MASSAT, pensent que la resocialisation n'est qu'un objectif prétendu de la peine, et que si la peine privative de liberté « *en raison d'effets désocialisants trop important [...] ne parvient nullement au but prophylactique, ce n'est en aucun cas le signe d'un échec* »²⁰⁵⁹, nous avons pu montrer qu'une évolution enclenchée il y a quelques années avait été consacrée par le législateur en 2014. La réinsertion n'est plus une mission secondaire de la peine, mais en est devenue la première raison d'être, la mission principale²⁰⁶⁰. L'évolution législative n'est cependant pas toujours synonyme d'effets pratiques immédiats. Encore trop souvent, les juges d'instruction persistent à confier au condamné lui-même le sens de sa peine. Ainsi, selon eux, « *qu'il l'invente, la vide ou la comble, la refuse (suicide ou évasion) ou y succombe (introversion névrotique ou repli définitif dans l'autisme), il lui appartient de s'y adapter, de s'accommoder de sa sanction, de sa souffrance, de sa nouvelle impuissance (objet même de la sanction)* »²⁰⁶¹. Or, la peine a un sens qui lui est donné par la société et par le législateur, l'institution doit guider le détenu, l'accompagner vers un retour réussi dans la société libre, même si bien évidemment cela suppose son consentement.

²⁰⁵⁷ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 26.

²⁰⁵⁸ E. MASSAT, *Servir et discipline. Essai sur les relations des usagers aux services publics*, *op. cit.*, p. 147.

²⁰⁵⁹ *Ibidem*.

²⁰⁶⁰ V. Partie 1 - Titre 2 - Chapitre 1 - Section 1 – Paragraphe 2. La réinsertion, fonction principale de la peine privative de liberté (247)

²⁰⁶¹ N. FRIZE, *Le sens de la peine – État de l'idéologie carcérale*, Broché, Paris, 2004, p. 27.

588- En outre, en sus de ses lacunes institutionnelles, il faut reconnaître qu'« *une fois la levée d'écrou prononcée, l'ex-prisonnier subit fréquemment une peine après la peine, c'est-à-dire des sanctions complémentaires et la pesanteur d'un environnement méfiant* »²⁰⁶². Cette stigmatisation de l'ex-détenu s'avère un frein majeur à la réinsertion. Mais, l'évolution de la société prend souvent bien plus de temps que l'évolution législative lorsqu'il s'agit de sujets aussi sensibles, surtout dans un contexte sécuritaire où la peur de l'autre ne cesse d'être engrenée.

589- Malgré ces failles dans l'exécution des missions dévolues à la peine privative de liberté, face à un droit international favorable à la probation et à la réinsertion, le droit français ne peut qu'évoluer et ainsi faire changer les comportements. D'ailleurs, si « *la démarche du droit international pénitentiaire [était] assez éloignée de notre tradition juridique puisqu'il procède essentiellement par interdiction de faire à l'encontre des autorités chargées de l'incarcération et par déclaration de grands principes concrets* », le droit français qui privilégiait l'organisation du service public pénitentiaire à la protection des droits des détenus a évolué en ce sens²⁰⁶³. Néanmoins, nous ne pouvons nier que le droit international continue « *de fixer les bornes de l'inacceptable tandis que le droit interne est chargé d'arrêter les nécessaires dérogations liées aux contraintes de la sécurité* »²⁰⁶⁴. En effet, par le caractère particulier et la difficulté de sa mission, le service public pénitentiaire ne peut se contenter des règles classiques du droit administratif et il a fallu empiriquement construire un droit plus adapté, propre aux exigences de sécurité, même si cela devait éloigner le détenu du statut d'usager du service public de droit commun.

²⁰⁶² E. MASSAT, *Servir et discipline. Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit., p. 148.

²⁰⁶³ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 55.

²⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 57.

§2 : La construction empirique de règles répondant aux obligations sécuritaires

590- Alors que le service public pénitentiaire se symbolise déjà par ses missions particulières ayant poussé le législateur à adopter des règles spécifiques dérogoires du droit commun, le juge administratif a, à son tour, admis que les nécessités du service puissent justifier de telles exceptions (A), allant jusqu'à assurer leur pérennité en refusant d'interférer dans les politiques pénales alors qu'il aurait la possibilité d'imposer une protection renforcée des droits des détenus (B).

A) L'existence de dérogations aux règles classiques du droit administratif

591- En raison des obligations nombreuses qui pèsent sur le service public pénitentiaire qui doit à la fois assurer la sécurité de la société, la sécurité des détenus, leur réinsertion...et de la situation particulière des détenus qui ont menacé l'ordre établi et la paix sociale se définissant alors comme dangereux pour l'État, le juge administratif admet que les droits des détenus puissent être limités, que le chef d'établissement bénéficie d'une marge d'action eu égard aux sujétions inhérentes au service public pénitentiaire (1). De même, il admet que ce groupe particulier d'usagers soit soumis à un régime disciplinaire incompatible avec les exigences du procès équitable puisque toute rupture de l'équilibre précaire de la détention nécessite une réponse rapide et particularisée (2).

1. La tolérance d'exceptions justifiées par les sujétions inhérentes au service public pénitentiaire

592- Il a fallu des années avant que des principes généraux encadrant la vie en détention et reconnaissant des droits au détenu soient proclamés. Jusqu'à l'adoption de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, le code de procédure pénale prévoyait essentiellement des « possibilités » pour le détenu pouvant

être analysées comme de simples « *orientations pour l'action de l'administration* »²⁰⁶⁵. Cette situation s'explique, une fois de plus, par « *le statut de déviant* » du détenu qui impose de le soumettre à une « *discipline particulièrement forte* »²⁰⁶⁶. En outre, elle est confortée par le fait, qu'en détention, la discipline « *occupe une place beaucoup plus importante que le simple maintien de l'ordre* »²⁰⁶⁷. Elle doit non seulement sanctionner le détenu contrevenant au règlement intérieur, mais elle doit également assurer la paix au sein de l'établissement pénitentiaire et la sécurité des administrés en empêchant toute évasion, mais aussi en s'assurant de l'intégration des normes de la vie en collectivité par le détenu. Or, cette discipline, « *les nécessités liées à l'ordre public et social, dans la mesure où le détenu ne peut être totalement assimilé à un citoyen libre respectueux de la législation et des codes sociaux* » et « *les nécessités liées à l'ordre interne pénitentiaire, particulièrement les exigences sécuritaires et disciplinaires* », imposent de restreindre les conditions d'exercice des droits fondamentaux du détenu comme de laisser une marge d'appréciation et d'action importante au chef d'établissement en cas de violation du règlement intérieur²⁰⁶⁸.

593- Ainsi, malgré la consécration des droits des détenus par la loi pénitentiaire, ceux-ci ne peuvent être réalisés de manière identique à ceux des citoyens libres. Il est impératif de tenir compte de la situation particulière du détenu, à savoir la privation de sa liberté d'aller et de venir, mais également le fait qu'il peut être dangereux pour la société puisqu'il en a déjà violé les règles²⁰⁶⁹. De plus, le législateur ne doit pas « *imposer une grille stricte de comportements prédéterminés* », il doit laisser une marge

²⁰⁶⁵ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., pp. 272-273.

²⁰⁶⁶ E. MASSAT, *Servir et discipline. Essai sur les relations des usagers aux services publics*, op. cit., p. 108.

²⁰⁶⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., pp. 329-330.

²⁰⁶⁸ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, Bruxelles, p. 27.

²⁰⁶⁹ V. Sur les droits du détenu et leur mise en œuvre : Partie 1 - Titre 2 - Chapitre 2. Le détenu, sujet du service public pénitentiaire (297)

d'appréciation à l'autorité administrative pour qu'elle puisse assurer le calme au sein de la détention et adapter les sanctions à la population pénitentiaire qui varie selon les établissements et les périodes. Les principes applicables doivent donc pouvoir être évolutifs, ce qui impose de laisser un pouvoir discrétionnaire conséquent à l'administration. C'est pour cela notamment que certains actes restent en dehors du contrôle du juge²⁰⁷⁰ et que le chef d'établissement dispose de la faculté d'ajouter des dispositions au règlement intérieur type, dont la violation sera punie par la sanction de son choix²⁰⁷¹. Toutefois, si ce pouvoir exorbitant du droit commun « apparaît comme une atténuation du principe de légalité, puisque le droit ne dicte pas la conduite à suivre », il n'est « pas arbitraire par le seul fait que le choix ouvert à l'autorité compétente n'est jamais qu'un choix entre des décisions ou des comportements également conformes à la légalité »²⁰⁷². Cela a néanmoins comme conséquence de rendre difficile le contrôle des mesures adoptées par l'administration pénitentiaire par le juge administratif « car il doit qualifier la marge d'appréciation laissée à l'autorité administrative »²⁰⁷³.

594- Cette difficulté n'est d'ailleurs pas la seule rencontrée par le juge puisque la Cour européenne des droits de l'Homme a également instauré des exceptions à l'application de la convention lorsqu'il est question de l'exécution d'une peine privative de liberté. Bien qu'elle ait affirmé avec force que la protection des droits de l'homme ne s'arrête pas aux portes des prisons dès son arrêt *Kudla contre Pologne* elle a rappelé que cette affirmation ne devait pas empêcher de prendre en considération les sujétions inhérentes à l'exécution de la peine privative de liberté. Elle a ainsi précisé que pour que la violation de l'article 3 de la convention soit reconnue, « la

²⁰⁷⁰ V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1 – A – 2. L'existence nécessaire d'actes non susceptibles de recours (529)

²⁰⁷¹ V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 2 – Paragraphe 1 – B – 2. Un pouvoir exorbitant aux mains du chef d'établissement (541)

²⁰⁷² E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 298. Il se réfère ici aux propos de R. CHAPUS quant à la définition du pouvoir discrétionnaire.

²⁰⁷³ *Ibid*, p. 296.

souffrance et l'humiliation infligées doivent en tous cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitime »²⁰⁷⁴. Elle s'est livrée à « une approche contextuelle ou systématique c'est-à-dire en relation avec l'article 5 de la convention relatif au droit à la liberté et à la sûreté » qui autorise le recours à la force légitime et a jugé que « la personne privée de liberté est placée dans une situation particulière, caractérisée par la sujétion ainsi que par la contrainte, et ce, en vertu d'une décision juridictionnelle de nature pénale » adoptée « en réponse à un comportement défaillant contraire à nos codes sociaux et à l'ordre public ». Elle conclut ainsi que l'article 3 « ne saurait donc s'appliquer aux souffrances découlant naturellement d'une peine légitime, sauf à priver d'effet utile la sanction prise en amont dans l'intérêt de la société »²⁰⁷⁵. Une fois de plus, si le détenu doit bénéficier du respect de ses droits en tant que personne humaine, il est ici question d'exception puisqu'il demeure « un sujet soumis à des contraintes irréductibles qui doivent nécessairement être prise en compte »²⁰⁷⁶. Les exigences tirées de l'exécution de la peine privative de liberté justifient donc des dérogations quant à la réalisation des droits du détenu, tout comme elles justifient la particularité de la procédure disciplinaire à laquelle il est soumis lorsqu'il viole le règlement intérieur.

2. La tolérance d'un régime disciplinaire incompatible avec les exigences du procès équitable

595- En établissement pénitentiaire, comme le montre Éric MASSAT, nous observons une « monstration de l'autorité administrative, son archétype

²⁰⁷⁴ CEDH, 26 octobre 2000, req. n°30210/96, *Kudla c.Pologne*, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI.

²⁰⁷⁵ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté*, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., pp. 98-99.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, pp. 126-127.

disciplinaire, son modèle disciplinaire, tant dans sa version répressive que normalisante »²⁰⁷⁷. En effet, en raison de la particularité de la mission du service public pénitentiaire et de la population condamnée à une peine privative de liberté, on ne peut ignorer, comme le souligne d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'Homme, qu'il existe « *dans le contexte carcéral, des raisons pratiques et politiques qui militent pour un régime disciplinaire spécial* »²⁰⁷⁸. De ce fait, s'il existe un « *rapprochement des procédures disciplinaires du droit commun (motivation des décisions, accès à l'avocat, voies de recours notamment), la discipline en prison n'est pas la "justice", pas plus d'ailleurs que la poursuite disciplinaire constitue un succédané de la poursuite pénale* »²⁰⁷⁹. Ce sont ces différentes raisons qui justifient l'acceptation d'un régime disciplinaire distinct du régime pénal et incompatible avec les exigences du procès équitable imposées à ce dernier. Il doit demeurer spécifique et bénéficier d'un droit particulier.

596- Tout d'abord, la sanction disciplinaire « *relève d'une logique de gestion substantiellement différente des finalités de sécurité publique sous-tendues par la sanction pénale* »²⁰⁸⁰. Comme l'explique la circulaire du 2 avril 1996, l'action disciplinaire a pour objet le développement d'« *une vie collective harmonieuse* », préalable nécessaire au « *maintien de l'ordre et de la discipline au sein des établissements pénitentiaires ainsi qu'au respect des droits fondamentaux de chacun* »²⁰⁸¹. En outre, quel que soit le service public, « *l'autorité administrative, même dotée d'une compétence répressive, effectue principalement une tâche consistant dans l'accomplissement de la mission administrative, et donc la répression n'est*

²⁰⁷⁷ E. E. MASSAT, *Servir et discipline. Essai sur les relations des usagers aux services publics, op. cit.*, p. 147.

²⁰⁷⁸ CEDH, 28 juin 1984, req. n°7819/77 7878/77, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, A80, §69.

²⁰⁷⁹ C. CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison, entre spécialisation des fonctions et spécificités des juridictions », RSC, 2006, p. 863.

²⁰⁸⁰ *Ibidem*.

²⁰⁸¹ Circulaire 2 avril 96 relative au régime disciplinaire des détenus, NOR JUS 9640025C.

que l'accessoire »²⁰⁸². Ainsi, cette fonction répressive « *subit forcément, au sein des institutions administratives, l'influence de cet environnement, et l'autorité administrative répressive y est d'autant moins insensible qu'elle a pour rôle premier non pas de juger, mais d'agir* »²⁰⁸³. Ensuite, en conséquence du caractère accessoire de la fonction répressive à la mission "administrative" confiée à l'administration, « *l'administrateur, même quand il est appelé à juger, est d'abord soucieux d'agir* »²⁰⁸⁴. L'action du directeur d'un établissement pénitentiaire est guidée par la nécessité de maintenir ou de rétablir l'ordre en détention, il doit « *permettre un accomplissement ordonné de la mission administrative* »²⁰⁸⁵. De ce fait, il va évidemment prendre en compte « *des considérations de pur fait* » et adopter « *des mesures répressives davantage tributaires d'exigences techniques que d'automatismes juridiques* » se distinguant une fois de plus du droit pénal²⁰⁸⁶. Enfin, si la répression pénale s'adresse à tout membre de la société, la répression administrative et « *les normes dont la violation est ainsi sanctionnée s'imposent uniquement à des personnes non plus en tant que membres de la société, mais incluent dans le groupe plus restreint qu'est l'institution administrative* »²⁰⁸⁷. Les normes gagnent donc en spécificité et s'adaptent aux particularismes de la mission et du groupe considérés. Le groupe considéré est en outre informé de cette réglementation spécifique et accepte de la respecter - y compris s'il y est obligé ce qui est le cas en détention -.

597- Pour toutes ces raisons, la répression administrative s'avère être le « *fruit de la nécessité* »²⁰⁸⁸. Elle demande souplesse et rapidité pour gagner en efficacité et assurer la mission qui lui est confiée. La discipline pénitentiaire, si elle doit garantir les droits des détenus, ne peut « *sous peine*

²⁰⁸² J. MOURGEON, *La répression administrative*, Thèse, Toulouse, 1966, p. 144.

²⁰⁸³ *Ibidem*.

²⁰⁸⁴ *Ibidem*.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 140.

²⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 144.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 9.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*, pp. 2-3.

de dévalorisation complète »²⁰⁸⁹ calquer le droit commun. Appliquer le droit commun et mettre en place une judiciarisation complète de l'instance disciplinaire s'avèreraient sans doute plus respectueux des droits fondamentaux des détenus, mais cela « *n'aurait pour effet que d'alourdir et de ralentir les procédures, ce qui est contraire à l'objectif du maintien de la discipline et de l'ordre en détention* »²⁰⁹⁰. Si l'application du droit commun mène vers une impasse, la répression administrative doit tout de même offrir des garanties *a minima* au détenu. C'est pour cela d'ailleurs que depuis 1996, si le chef d'établissement continue de détenir à la fois les pouvoirs de poursuite, d'instruction, de jugement et d'exécution de la sanction disciplinaire²⁰⁹¹, des règles de procédure plus strictes ont été instaurées et les droits de la défense ont été de mieux en mieux garantis²⁰⁹². Néanmoins, « *en contrepartie des avancées procédurales en matière disciplinaire, la logique sécuritaire de la législation pénitentiaire s'est renforcée depuis plusieurs années* » montrant que cette spécificité du service public pénitentiaire persiste²⁰⁹³. Par exemple, concernant l'affectation des détenus en régime différencié, si le Conseil d'État²⁰⁹⁴ a imposé, soutenant les juges du fond²⁰⁹⁵, la possibilité pour le détenu d'effectuer un recours contre les mesures d'affectation, il a respecté la volonté du législateur, qui malgré une demande en ce sens du Sénat, a refusé avec le loi pénitentiaire de soumettre les décisions de placement en régime plus sévère à une motivation

²⁰⁸⁹ C. CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison, entre spécialisation des fonctions et spécificités des juridictions », *op. cit.*

²⁰⁹⁰ *Ibidem.*

²⁰⁹¹ V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 2 – Paragraphe 1 – B – 2. Un pouvoir exorbitant aux mains du chef d'établissement (**193**)

²⁰⁹² V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – A. La juridictionnalisation de la procédure disciplinaire (**476**)

²⁰⁹³ J. SCHMITZ, « Le juge administratif et les régimes de détention différenciés : entre ouverture du prétoire et limites du contrôle », *RFDA*, 2013, p. 817.

²⁰⁹⁴ Conseil d'État, 6 décembre 2012, req. n°344995, *Ministre de la justice* ; Ch.-A. DUBREUIL, *JCP G.*, 2012, p. 1382 ; Ch.-A. DUBREUIL ; *JCP A*, 2012, p. 881/

²⁰⁹⁵ TA Nantes, 26 juillet 2007, req. n°066227 ; CAA Bordeaux 18 novembre 2008 req. n°07BX01485 ; TA Bordeaux, 14 mai 2009, req. n°0704553.

circonscrite. Malgré les avancées qu'il a pu insuffler en matière de protection des droits des détenus, il refuse ainsi d'interférer directement dans les politiques pénales, et d'agir contre la volonté du législateur ou encore à sa place lorsqu'il s'avère défaillant.

B) Le refus du juge administratif d'interférer dans les politiques pénales

598- Ces dernières années, le juge administratif a fait évoluer sa jurisprudence pour mieux protéger les détenus, que ce soit par la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur ou la condamnation des conditions de détention par exemple. Il a toutefois refusé d'explorer toutes les possibilités qui s'offraient à lui pour assurer au détenu de jouir le plus pleinement possible de ses droits. Ainsi, il continue d'appliquer à l'administration pénitentiaire une obligation de résultat quant à la surveillance du détenu, ce qui implique des règles de sécurité renforcée à destination du détenu quitte à sortir du droit commun **(1)**. Surtout, il refuse de combler les lacunes du législateur ou du pouvoir réglementaire en enjoignant à l'Administration d'adopter des modifications structurelles du service public pénitentiaire, quand bien même celles-ci permettraient au détenu de bénéficier de conditions de détention décentes **(2)**.

1. L'obligation de résultat quant à la surveillance du détenu

599- L'administration pénitentiaire a pour mission d'« *assurer une sécurité optimale au sein des établissements pénitentiaires* » notamment en prévenant tout risque d'évasion²⁰⁹⁶. Cette mission ayant été jugée particulièrement difficile en raison du profil des personnes détenues, le juge administratif n'engage, pour l'instant, la responsabilité de l'administration

²⁰⁹⁶ www.viepublique.fr/politiques-publiques/politique-penitentiaire/mission-garde/

en cas d'évasion, que lorsqu'il existe une faute lourde de la part de l'administration et un lien entre cette faute et le dommage subi par la victime, à savoir l'administré²⁰⁹⁷. Alors que progressivement le régime de la faute simple s'impose dans la quasi-totalité des branches du droit administratif, en la matière, l'administré a encore l'obligation de prouver que l'administration a commis une défaillance grave dans la surveillance du détenu²⁰⁹⁸. Néanmoins, lorsque le dommage est causé par un détenu alors qu'il bénéficie d'une mesure d'exécution de peine telle qu'une permission de sortie ou une liberté conditionnelle, l'administré bénéficie alors du régime de responsabilité de plein droit de l'administration en raison du risque spécial qu'elle a créé en accordant cette mesure²⁰⁹⁹. Cette situation, si elle permet de réaffirmer que l'administré n'est qu'un tiers vis-à-vis du service public pénitentiaire²¹⁰⁰, s'avère confuse voire bipolaire. Le juge aurait pu soit reconnaître que le détenu est pleinement responsable de ses choix et lui faire assumer la responsabilité de ses actes en admettant l'irresponsabilité de l'administration, soit qu'il est entièrement sous la garde de l'administration pénitentiaire qui devient alors responsable des actes du

²⁰⁹⁷ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2 – A – 1. L'administration pénitentiaire responsable de la surveillance des détenus (**157**)

²⁰⁹⁸ CE, 10 mai 1985, req. n°48517, *Mme E. Ramade et autres* ; JCP 1986.II.20603 note GROZALON ; CE, 27 mars 1985, req. n°48517, *Henri* ; JCP 1986.II.20550, note GROZALON.

²⁰⁹⁹ CE, 29 avril 1987, req. n°61015, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Banque populaire de la région économique de Strasbourg*, *Rec.* p. 58 ; AJDA 1987, p.454, chron. G. AZIBERT et R. DE BOISDEFRE ; D. 1988 p. 60, obs. F. MODERNE et BON ; RFDA 1987 p. 831, concl. C. VIGOUROUX. Étendant la jurisprudence relative aux permissions de sortie : CE, 2 décembre 1981, req. n°25861, *Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/ Mme Henry*. Confirmée notamment par CAA, Nantes, 3^{ème} ch., 10 avril 1997, req. n°95NT00108, AJDA 1997 p. 911.

²¹⁰⁰ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 2 – A – 2. Le détenu, un « objet » sous la garde du service public pénitentiaire (**162**). Pierre Bon explique que seuls les tiers peuvent être indemnisés du dommage subi lorsqu'il existe un régime de responsabilité sans faute fondé sur le risque. L'administré est indemnisé en application de la théorie du risque ce qui suppose qu'il n'est pas l'utilisateur du service, mais bel et bien un tiers. V. P. BON, « Où en est la responsabilité de plein droit de l'administration du fait des personnes placées sous sa garde ? », *RFDA*, 2013, p. 127.

détenu sans qu'il soit nécessaire de démontrer que l'administration fait courir un risque spécial, d'une particulière intensité, dès lors qu'elle autorise un aménagement de peine.

600- Actuellement, l'administré est indemnisé, en tant que tiers, en raison soit d'une faute lourde de l'administration, soit du risque spécial qu'elle a fait peser sur lui. Ceci permet à l'administré de bénéficier d'une indemnisation de la part de l'administration et donc de pourvoir au risque d'insolvabilité du détenu. S'il existe cette volonté d'assurer une indemnisation effective à l'administré, le juge refuse pourtant d'instaurer un système de responsabilité de plein droit en cas d'évasion du détenu ou même un glissement vers un système de responsabilité pour faute allégé qui simplifierait l'engagement de la responsabilité de l'administration et donc cette indemnisation, voire rendrait l'indemnisation automatique. Cette situation s'explique par son refus répété de reconnaître que l'administration pénitentiaire assure la garde « *juridique* » du détenu, et non sa seule garde « *matérielle* »²¹⁰¹, et donc d'instaurer un régime de responsabilité fondé sur la garde et non plus sur le risque-danger auquel est soumis l'administré puisqu'il s'avérerait trop coûteux pour l'administration. Pour autant, par cette jurisprudence, le juge administratif continue de faire peser une obligation de résultat sur l'administration pénitentiaire quant à la surveillance du détenu. Même si une faute lourde est nécessaire pour engager la responsabilité de l'administration, et que celle-ci n'assure que la garde matérielle du détenu, laissant à ce dernier la responsabilité de ses actes et sa capacité à faire ses propres choix, le juge n'a pas limité la charge de l'administration à une simple obligation de moyens. Celle-ci s'avérerait certes un peu moins protectrice de l'administré puisqu'il serait plus complexe de prouver l'existence d'une faute lourde, mais elle serait plus protectrice de l'administration comme du détenu. La première verrait sa

²¹⁰¹ La première suppose non seulement la surveillance du détenu, mais également l'organisation et le contrôle, à titre permanent de son mode de vie. Bien que le juge refuse de reconnaître que l'administration pénitentiaire opère une garde juridique du détenu, en raison de sa situation de soumission à l'administration imposée par son entrée en détention, une telle assimilation s'avère possible.

responsabilité engagée moins fréquemment et le second souffrirait moins de la peur qu'a l'Administration de se faire condamner lorsqu'elle adopte ses décisions. Par exemple, la circulaire du 18 novembre 2014 relative aux escortes médicales pourrait enfin trouver une pleine application, et l'escorte serait réellement adaptée à la dangerosité du détenu qui aujourd'hui encore est bien trop souvent soumis au port d'entraves et au dispositif de sécurité renforcé quitte à entraîner une violation du secret médical ou un refus de soin²¹⁰².

601- De même, si le juge refuse d'admettre que l'administration pénitentiaire réalise une véritable mission de garde du détenu, par l'obligation de résultat qu'il fait peser sur l'administration en matière de surveillance et par l'instauration d'un régime de responsabilité de plein droit lorsque le détenu bénéficie d'une mesure d'exécution de la peine en milieu ouvert, il instaure une véritable responsabilité du fait d'autrui. L'administration pénitentiaire est donc « amenée à répondre du comportement de ses usagers » et alors « le juge ne participe pas beaucoup à l'émancipation du détenu ni à sa responsabilisation »²¹⁰³. Ce refus perd alors tout intérêt pratique quant à la réalisation de l'objectif de réinsertion du détenu alors même qu'il le justifie. La reconnaissance d'un système de responsabilité fondée sur la garde pourrait pourtant pallier cette difficulté, puisque la notion de garde si elle « impose directement des obligations à la charge de l'administration », lui accorde également « des prérogatives nouvelles »²¹⁰⁴. L'administration pénitentiaire pourrait utiliser ces prérogatives quant à l'organisation de la vie quotidienne du détenu pour mettre en place des actions de resocialisation et de responsabilisation, par le développement par exemple des régimes différenciés, des actions d'éducation... Néanmoins, nous ne pouvons pas nier que l'instauration d'un régime de responsabilité fondé sur la garde serait, comme nous l'avons

²¹⁰² V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – B – 1. L'accès aux soins, un droit garanti, mais perfectible (319)

²¹⁰³ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 279.

²¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 499.

évoqué, plus coûteux pour l'administration, serait infantilisant pour le détenu entièrement soumis à l'administration dans la gestion de son quotidien, et complètement tributaire de la volonté de l'administration pénitentiaire. Le développement d'obligations en matière de réinsertion ne serait possible que si l'administration accepte de prendre les risques qui y sont liés tels que le développement des libertés du détenu ou qu'elle y est contrainte.

602- Bien qu'aucune solution ne soit pleinement satisfaisante, il appert que dans le système de responsabilité choisi par le juge, le grand perdant s'avère être le détenu. L'administré bénéficie d'un système d'indemnisation plus protecteur, et l'administration, si elle doit assumer la responsabilité du fait du détenu ne le fait que dans des cas strictement encadrés et donc peu nombreux. Le détenu, quant à lui, n'est reconnu ni comme un être indépendant doté d'un libre arbitre ni comme un être dont l'administration accepterait d'assumer la charge et les échecs en cas de resocialisation ratée. Il souffre une fois encore d'un statut hybride montrant les difficultés du législateur, de l'administration et du juge à le définir. Pourtant, face aux silences répétés de l'administration, le juge administratif aurait pu, comme il l'a fait sur d'autres points, imposer un système à même de garantir non seulement la réalisation de la mission de sécurité allouée à l'administration pénitentiaire, mais également la mission de réinsertion. Ce refus semble s'expliquer par le choix du juge administratif de ne pas interférer dans les politiques pénales mises en œuvre et de conditionner les systèmes de responsabilité sans faute à ceux instaurés par le législateur en 2009. Un choix que l'on retrouve également en matière de référés relatifs aux conditions de détention lorsque le juge administratif refuse d'enjoindre à l'administration de réaliser des modifications structurelles du service public pénitentiaire.

2. *Le refus d'enjoindre des modifications structurelles du service public pénitentiaire*

603- Dans de nombreux arrêts, le juge administratif des référés a affirmé qu'il n'était compétent que pour l'adoption de mesures d'urgence et donc provisoires, et qu'il était donc incompétent pour adopter des mesures structurelles ou réglementaires²¹⁰⁵. Son refus d'adopter de tels actes, qui traduirait même une interdiction fondamentale puisque ce n'est pas « *au juge de faire œuvre d'administration* »²¹⁰⁶, semble toutefois contournable lorsque les circonstances l'exigent. En effet, dans un arrêt en date du 16 novembre 2011, s'il n'a en l'espèce retenu aucune atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et n'a donc pas adopté de telles mesures, le Conseil d'État a, lorsqu'il rappelait son champ de compétences en matière de référés, ouvert une brèche en suggérant qu'il lui était possible, lorsque les circonstances l'exigent, de passer outre l'interdiction qui lui était faite d'adopter des mesures structurelles ou réglementaires²¹⁰⁷. Il a, dans un premier temps, rappelé que « *pour prévenir ou faire cesser un péril dont il n'est pas sérieusement contestable qu'il trouve sa cause dans l'action ou la carence de l'autorité publique, le juge des référés peut, en cas d'urgence, être saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, afin qu'il ordonne la suspension de*

²¹⁰⁵ V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 – B – 2. L'amélioration insuffisante des conditions de détention (**564**)

²¹⁰⁶ E. CREPEY, « L'exclusion des actes réglementaires du champ des référés mesures utiles », *RFDA*, 2015, p. 491.

²¹⁰⁷ CE, 16 novembre 2011, n°353172-353173 ; E. CHABRIER, « Accidents de travaux publics et référé administratif », *Revue juridique de l'économie publique*, février 2013, comm. 10 ; E. SPITZ, « Référé liberté et réaménagement des Halles à Paris », *Droit administratif*, 2012, comm. 18 ; B. PACTEAU, « Le référé-liberté administratif. Ouvertures... », *JCP A*, 2012, p. 2017 ; O. LE BOT, « Quel référé utilisé pour faire cesser un péril imminent ou un danger à la vie des personnes ? La réponse du Conseil d'État », *JCP G.*, 2012, p. 24 ; S. DEYGAS, « Pouvoirs du juge des référés administratifs en présence d'un danger pour la vie créé par l'Administration », *Procédures*, 2012, comm. 27 ; Ch.-A. DUBREUIL, « Le droit au respect de la vie est une liberté fondamentale », *JCP G.*, 2011, p. 1330.

la décision administrative, explicite ou implicite, à l'origine de ce péril, soit sur le fondement de l'article L. 521-3 du même code, afin qu'il enjoigne à l'autorité publique, sans faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative de prendre des mesures conservatoires destinées à faire échec ou à mettre un terme à ce péril ; qu'il peut, en particulier, suspendre la mise en œuvre d'une action décidée par l'autorité publique et, le cas échéant, déterminer au besoin après expertise, les mesures permettant la reprise de cette mise en œuvre en toute sécurité ». Puis, affirmant que le droit à la vie est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 512-2 du code de justice administrative, il n'a pas hésité à ajouter que « *lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence ; qu'il peut, le cas échéant, après avoir ordonné des mesures d'urgence, décidé de déterminer dans une décision ultérieure prise à brève échéance les mesures complémentaires qui s'imposent et qui peuvent être très rapidement mise en œuvre* ».

604- S'il cantonne le référé mesures utiles à l'adoption de mesures conservatoires et donc par définition temporaires et ciblées, il n'exclut pas la possibilité de saisir le juge du référé suspension afin qu'il enjoigne à l'administration de prendre les mesures réglementaires voulues dans un délai déterminé, même si ces mesures ne seront sans doute adoptées qu'à titre provisoire. Plus encore, il semble autoriser le juge du référé-liberté à adopter toute mesure nécessaire dès lors qu'une liberté fondamentale peut être atteinte. Ce référé pourrait alors devenir un outil majeur aux mains des détenus pour lutter contre l'indignité de leurs conditions de détention. Dès ses conclusions sur cet arrêt, Damien BOTTEGHI a d'ailleurs mis en exergue cette potentialité et n'a pas hésité à affirmer que les éléments qui allaient être posés dans le cas d'espèce « *doivent valoir pour toutes les situations*

d'action ou de carence présentant un danger imminent » allant jusqu'à évoquer le « *droit pénitentiaire* »²¹⁰⁸.

605- Effectivement, alors qu'il incombe au juge du référé liberté d'ordonner toutes mesures nécessaires pour la sauvegarde d'une liberté, y compris les mesures non sollicitées par le requérant²¹⁰⁹, lui permettre d'adopter des mesures structurelles ou réglementaires lorsque les mesures d'urgence sont insuffisantes, rend sa saisine encore plus intéressante face aux problèmes systémiques rencontrés par les prisons françaises, l'insalubrité des bâtiments et la surpopulation carcérale. Cela suppose toutefois que les conditions d'ouverture du référé liberté soient remplies : l'existence d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 512-2 du code de justice administrative, d'une mesure administrative manifestement illégale et d'une situation d'urgence. Concernant la première condition, il ne paraît pas contestable que le droit à la vie et l'interdiction des actes de torture et des traitements inhumains ou dégradants soient des libertés fondamentales protégées au titre du référé-liberté. Concernant les deux suivantes cela s'avère plus compliqué et nécessite sans doute une prise de position de la part du juge administratif. Tout d'abord, il doit admettre que la carence de l'administration, son abstention, est assimilable à une mesure administrative manifestement illégale. Cette reconnaissance paraît envisageable sans trop de difficultés puisque la loi pénitentiaire de 2009 réaffirme le droit à des conditions de détention dignes du détenu, tout comme la possibilité de bénéficier d'un encellulement individuel par exemple, ou encore l'existence de nombreux droits qui se trouvent bafoués en raison de la surpopulation carcérale et/ou du mauvais état des établissements. Ensuite, le juge doit juger la situation urgente au point de nécessiter une intervention dans les 48 heures. Si cette condition ne semble pas remplie puisque l'état des prisons ne paraît pas, de prime abord, mauvais au point de causer la mort d'un détenu en 48 heures

²¹⁰⁸ D. BOTTEGHI, « Modalités de saisine et pouvoirs du juge du référé pour faire cesser un péril causé par l'action ou la carence de l'autorité publique », *Lebon* 2011.

²¹⁰⁹ CE, 30 mars 2007, req. n°304053, *Ville de Lyon* ; F. MELLERAY, « Le juge du référé liberté fondamentale peut statuer par des mesures ne présentant pas un caractère provisoire », *Droit administratif*, 2007, comm. 90.

ou encore que les conditions de détention ne sont jugées dégradantes qu'après un laps de temps conséquent, il ne faut pas s'arrêter à cette première analyse. En effet, de mauvaises conditions de détention ou la présence d'un codétenu avec qui la cohabitation dans un espace beaucoup trop restreint est difficile peut, par exemple, pousser un détenu au suicide. De même, la proximité entre les détenus peut entraîner très rapidement une rixe ou une mutinerie pouvant causer la mort d'une ou plusieurs personnes. Puis, s'il est aujourd'hui nécessaire que l'indignité des conditions de détention soit prolongée pour qu'une violation de l'article 3 de la Convention européenne soit reconnue, de sorte à s'adapter aux difficultés rencontrées par l'administration pénitentiaire, nous pourrions imaginer que de telles conditions de détention, en elles-mêmes, constituent une violation de l'article 3 sans exiger une quelconque condition de durée. Dans ce cas, les exigences posées par le Conseil d'État seraient remplies et le juge pourrait enfin combler les lacunes existantes et imposer des mesures à même d'améliorer les conditions de détention et de réduire la surpopulation carcérale. Ce choix n'a toutefois pas encore été opéré par les juges du Palais Royal qui continuent pour l'instant de refuser d'interférer de manière trop importante sur les politiques pénales validant une fois de plus, empiriquement, une situation dérogeant aux règles de droit commun.

Section 2 : Le détenu, un usager du service public pénitentiaire à protéger

606- En raison de son passé de délinquant qui l'a conduit en prison, dans la pensée collective, le détenu est souvent perçu comme un homme violent qui s'oppose aux règles collectives et donc à l'Administration. Cette image est d'ailleurs celle véhiculée par les médias comme par le cinéma ou la littérature. Il s'avère alors difficile d'imaginer le détenu comme une personne soumise à l'Administration, vulnérable, et dont les droits sont sans cesse violés. Pourtant, lorsque l'on analyse les rapports qu'il entretient avec l'administration pénitentiaire, le détenu est fréquemment qualifié d'assujetti au service public, d'usager forcé du service public, ce qui démontre qu'il est la partie faible de la relation instaurée avec le service public pénitentiaire. Sa soumission aux règles est d'ailleurs l'un des arguments les plus utilisés pour lui refuser la qualité d'usager du service public. Pourtant, alors qu'on lui refuse cette qualité lorsqu'il est question de lui accorder des droits, on la lui reconnaît dès qu'elle permet de lui imposer un régime moins protecteur face aux lacunes de l'administration. Ainsi, le détenu peine à être perçu comme un usager vulnérable du service public pénitentiaire (**Paragraphe 1**) quand bien même il voit ses droits limités par les nombreuses sujétions inhérentes au service public pénitentiaire (**Paragraphe 2**).

§ 1 : Le détenu, un usager vulnérable sous la garde du service public pénitentiaire

607- Le détenu souffre de l'ambivalence de son statut, parfois assimilé à un usager du service public pénitentiaire, parfois à un assujetti au service public pénitentiaire. Cette ambivalence, aussi justifiée soit-elle, ne devrait pas être utilisée aux fins d'appliquer systématiquement au détenu le régime qui lui est le moins favorable. Sa soumission au service public pénitentiaire devrait au contraire lui permettre d'être perçu comme une personne vulnérable, ne jouissant pas d'une pleine liberté dans sa relation avec

l'administration pénitentiaire²¹¹⁰. Le détenu pourrait à ce titre obtenir un statut proche de celui du majeur protégé qui, comme lui, n'est plus à même de prendre les bonnes décisions pour lui-même et pour les autres et doit donc voir sa liberté restreinte (A). Il pourrait également, en cas de dommage né d'un dysfonctionnement du service public pénitentiaire, être assimilé à un tiers bénéficiant d'un régime de responsabilité plus favorable puisque, tout comme lui, il n'a pas accepté de subir les risques inhérents du service, la relation existant lui ayant été imposée (B).

A) Le détenu, bénéficiaire possible du statut de majeur protégé

608- Le détenu, par son assujettissement au service public pénitentiaire, se révèle fragile, partie faible dans la relation qu'il entretient avec le service public pénitentiaire et qui lui a été imposée. L'altération de sa volonté et de sa liberté d'aller et de venir le rapproche, si l'on retient l'approche usuelle de la peine faisant du détenu un assujetti au service public pénitentiaire, du majeur protégé tel qu'il est défini par la loi du 5 mars 2007 (1) et dont le statut, plus protecteur que celui du détenu puisqu'il encourage l'autonomie et à ne prescrire que les mesures de protection nécessaires, pourrait inspirer les réformes à venir (2).

1. Le détenu, un majeur protégé au sens de la loi du 5 mars 2007

609- La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs²¹¹¹ et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 a redéfini à l'article 425 du code civil le majeur pouvant bénéficier d'une protection juridique. Il s'agit de « *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison*

²¹¹⁰ V. Partie 1- Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1 – A – 2. Le détenu, un être humain en situation de vulnérabilité (363)

²¹¹¹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), *JORF* du 7 mars 2007, p. 4325.

d'une altération médicalement constatée soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté ». Cette loi a opéré en outre un glissement sémantique pour ne parler dorénavant non plus de majeur incapable, mais de majeur protégé, montrant ainsi le « *souffle humaniste qui l'inspire* »²¹¹². Il s'agit en effet d'assurer « *la protection du faible que la vie a broyé* »²¹¹³. Pour ce faire, « *le droit a opéré, sous l'influence discrète des droits fondamentaux et des droits de l'homme, un mouvement de balancier sans précédent en faveur des majeurs souffrant d'altération de leurs facultés personnelles* », il a « *permis à ces personnes de passer du statut "d'interdit", mis au banc de la société au statut de "personne vulnérable" dont la dignité doit être respectée* »²¹¹⁴.

610- Cette définition du majeur protégé comme l'esprit de la loi qui l'a inspirée nous incite à réaliser une comparaison voire une assimilation entre le majeur protégé et le détenu. Tout d'abord, d'un point de vue certainement plus philosophique que juridique, la loi du 5 mars 2007 entend protéger une catégorie de personnes mises à l'écart de la société qui « *manque singulièrement d'homogénéité* »²¹¹⁵ et qui se caractérise par la difficulté du droit à la saisir, tout comme nous avons pu l'observer pour le détenu, condamné à une peine privative de liberté pour des raisons fort variables. En outre, selon Philippe MALAURIE, « *lorsqu'il s'agit de majeurs protégés, plus encore que pour toute autre réalité juridique, il n'y a pas que le droit, la faiblesse et la fragilité de la personne lui échappent en partie* »²¹¹⁶, un constat que nous aurions pu également exprimer pour le détenu. Or, c'est là

²¹¹² P. MALAURIE, « Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés », *JCP G.*, n°16, 2010, p. 431.

²¹¹³ *Ibidem*.

²¹¹⁴ *Majeurs protégés – La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ?*, Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, Dossier ENM, Droit de la famille, 2011, n°2.

²¹¹⁵ F. MARCHANDIER, « Majeur protégé », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, décembre 2016.

²¹¹⁶ P. MALAURIE, « Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés », *op. cit.*

que se situe tout l'enjeu de la définition et de la protection du majeur protégé, « [affirmer] *fortement au-delà de toute technique le respect de la dignité humaine* », affirmer que « *même déchu, vieilli, moribond ou misérable, l'être humain a une transcendance, dans son identité et sa condition corporelle, spirituelle et sociale* »²¹¹⁷. Un enjeu similaire à celui de la protection des détenus et qui a inspiré sans nul doute la loi pénitentiaire adoptée le 24 novembre 2009, soit juste quelques mois plus tard. Il s'agit, pour les majeurs protégés comme pour les détenus, par le biais de la notion de dignité, d'assurer la protection de « *la personne dont la valeur ne saute pas aux yeux et qui se trouve incapable d'en assurer elle-même la promotion* », la personne vulnérable²¹¹⁸²¹¹⁹. La loi a pour objectif de « [scénariser] *la valeur réelle, dans un effet d'emphase rendu nécessaire par le risque que cette valeur soit sous-estimée* ». Comme le souligne Elisabeth G. SLEDZIEWSKI, la notion de dignité n'est d'ailleurs utilisée « *qu'à partir du moment où la valeur normale d'un être souffre d'un déficit de reconnaissance et qu'il devient urgent d'y remédier* » « *d'où le caractère à la fois diéctique, didactique et revendicatif de ce discours sur la valeur cachée auquel s'assimile l'idée de dignité* »²¹²⁰.

611- Ensuite, au-delà de cet aspect philosophique, des caractéristiques du détenu se retrouvent à la lecture de l'article 425 du code civil. De par son environnement, tout détenu souffre, sans conteste, d'une altération de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté. Non seulement sa faculté de déplacement est réduite, la peine de prison étant une peine privative de la liberté d'aller et de venir, mais nous avons pu déjà le démontrer tous ses droits sont, malgré leur inscription dans les textes

²¹¹⁷ *Ibidem*.

²¹¹⁸ E. G. SLEDZIEWSKI, « La dignité du sujet vulnérable », *Droit de la famille*, n°2, février 2011.

²¹¹⁹ Le détenu est fréquemment qualifié de personne vulnérable par le juge administratif notamment lors de litiges liés aux mauvaises conditions de détention. V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1 – A – 2. Le détenu, un être humain en situation de vulnérabilité (363)

²¹²⁰ E. G. SLEDZIEWSKI, « La dignité du sujet vulnérable », *op. cit.*

limités, par cette privation de liberté en raison des sujétions inhérentes au service public pénitentiaire et à la réalisation de l'objectif de sécurité qui lui est assigné. La seule différence existant alors entre le majeur protégé et le détenu réside dans la constatation médicale de l'altération des facultés corporelles. Celle-ci, si elle empêche une assimilation entière du détenu au majeur protégé de l'article 425 du code civil, ne doit pas empêcher d'opérer une comparaison de leur statut pour étudier le droit applicable au détenu.

612- De surcroît, il arrive fréquemment que le détenu souffre d'une altération de ses facultés mentales de nature à empêcher l'expression de sa volonté et cette altération pouvant être médicalement constatée permettrait alors au détenu de jouir pleinement du statut de majeur protégé. En effet, si déjà les détenus sont une population à risque plus touchée par la maladie avant l'incarcération, l'enfermement est un lui-même générateur de nombreux facteurs de stress, tels que la perte de liberté et des repères identitaires sociaux, la honte de l'incarcération, la promiscuité, la violation de l'intimité, l'inactivité ou encore la misère affective, pouvant générer une angoisse et conduire à l'apparition de nombreuses pathologies et à l'altération des facultés mentales²¹²¹. Ce risque est en outre accru par certains régimes de détention plus restrictifs comme la mise à l'isolement ou le placement en cellule disciplinaire qui peuvent provoquer des effets autodestructeurs chez le détenu, voire le conduire au suicide²¹²², par la vétusté des établissements pénitentiaires, les mauvaises conditions de détention et la surpopulation carcérale. Puis, si « *la prison est en soi un*

²¹²¹ P. COUV RAT, « Santé et système pénitentiaire, Applications et implications de la loi du 18 janvier 1194, Rapport de synthèse du 31^{ème} Congrès de l'association française de criminologie », *RSC*, 1997, p. 169 ; B. TRAYNARD, *Psychiatrie en milieu pénitentiaire, cas particulier du quartier disciplinaire et de son impact sur la santé mentale*, Thèse de médecine, Lille, 2010, p. 64 ; HAUT COMITE DE LA SANTE PUBLIQUE, *Santé en milieu carcéral, Rapport sur l'amélioration de la prise en charge sanitaire des détenus*, janvier 1993, p. 20.

²¹²² B. TRAYNARD, *Psychiatrie en milieu pénitentiaire, cas particulier du quartier disciplinaire et de son impact sur la santé mentale*, *op. cit.*, p. 100 ; CCNE, *La santé et la médecine en prison*, Avis n°94, 2006, p. 25. Précisons que le taux de suicide en prison est 10 fois supérieur au taux de suicide global en France.

facteur d'aggravation des troubles mentaux »²¹²³, il y a également de plus en plus de personnes déjà atteintes de pathologies psychiatriques qui sont condamnées à des peines privatives de liberté. La nouvelle rédaction des articles 122-1 et 122-2 du code pénal a conduit à la condamnation de nombreuses personnes atteintes de troubles mentaux, démontrant ainsi une lacune du système judiciaire. Avant la réforme de 1994, l'ancien article 64 du code pénal disposait qu'« *il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* ». Depuis, les articles 122-1 et 122-2 du code pénal opèrent une distinction entre l'« *abolition du discernement* » et l'« *altération du discernement* » de la personne au moment des faits. Ceci a conduit à une pénalisation de plus en plus forte des malades mentaux. Les experts privilégient l'altération du discernement et « *les tribunaux préfèrent incarcérer les malades mentaux que de prendre le risque de les faire interner ; ils estiment en effet que leur surveillance est mieux garantie par le personnel pénitentiaire que par le personnel soignant* »^{2124 2125}. D'autant que la réduction parallèle des capacités en hospitalisation dans les services de psychiatrie a conforté les magistrats dans leur démarche puisqu'ils ont pris en considération l'insuffisance de lits et de structures de prise en charge à l'extérieur des murs de la prison. Ajoutons que cet état de fait a pu entraîner le passage à l'acte infractionnel de malades non traités²¹²⁶. Ces différents éléments combinés font qu'il existe aujourd'hui un taux de pathologies psychiatriques 20 fois plus élevé en prison que dans la population générale²¹²⁷ et que 20 % des détenus au moins sont atteints de

²¹²³ INSPECTION GENERALE DES AFFAIRES SOCIALES, INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *Rapport d'évaluation, L'organisation des soins en détention*, juin 2001, 182 p.

²¹²⁴ P. HENNION-JACQUET, « Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux et si la justice s'arrêtait aux portes des prisons ? », *RDSS*, 2009, p. 509.

²¹²⁵ Pour précision, selon le CCNE, le taux d'irresponsabilité pénale était de 17% au début des années 1980 pour passer à seulement 0.17% en 1997 et se stabiliser ensuite. V. CCNE, *La santé et la médecine en prison, op. cit.*, p. 38.

²¹²⁶ V. VIOUJAS, « Les soins psychiatriques aux détenus, des modifications mineures pour une problématique de santé publique majeure », *RDSS*, 2011, p. 1071.

²¹²⁷ CCNE, *La santé et la médecine en prison, op. cit.*, p. 8.

maladies psychiatriques que seul l'hôpital peut soigner ou accompagner²¹²⁸, autant de détenus qui pourraient bénéficier du statut de majeur protégé.

613- Enfin, la comparaison trouve son point d'achoppement dans les problématiques auxquelles le législateur doit faire face pour instaurer le statut du majeur protégé et du détenu. Pour le premier, il doit rechercher « où se situe le point idéal d'intervention du curateur ou du tuteur pour parvenir à une protection efficace dans le plus grand respect des libertés du majeur »²¹²⁹ et donc comment « concilier efficacement le besoin de protection que nécessite l'état de ces personnes [...] avec la sauvegarde de leur autonomie alors que par définition elles ont perdu une part de leur autonomie »²¹³⁰. Pour les seconds, il doit assurer une protection efficace de la société tout en garantissant le respect des droits du détenu et en préparant sa réinsertion, il doit mettre en place des mesures contraignantes tout en responsabilisant le détenu et en lui assurant une certaine autonomie pour permettre un retour réussi dans la société libre. Les questions soulevées sont relativement proches, il est donc intéressant de comparer les solutions adoptées et d'analyser comment les solutions existant pour le majeur protégé pourraient être appliquées au détenu.

2. L'intérêt de l'application du statut de majeur protégé au détenu

614- Les principes directeurs applicables au statut du majeur protégé sont énoncés à l'article 415 du code civil : « les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire [...]. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité

²¹²⁸ *Ibid.*, p. 38.

²¹²⁹ L. PECAUD-RIVOLIER, T. VERHEYDE, « Réforme de la protection des majeurs : premier bilan », *AJ Famille*, 2012, p. 119.

²¹³⁰ *Majeurs protégés – La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ?*, Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, Dossier ENM, *op. cit.*

des personnes. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique ». La mesure de protection doit donc être nécessaire, respectueuse des droits et libertés du majeur protégé, dans l'intérêt de ce dernier et la plus respectueuse possible de son autonomie « *même si cette précision induit évidemment que toute mesure de protection est une aliénation, une restriction à la liberté* »²¹³¹. Ces principes, pour nombre d'entre eux, sont énoncés dans la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 et/ou dans la loi pénale du 15 août 2014, mais leur application pourrait parfois s'inspirer du statut du majeur protégé se révélant plus protecteur.

615- Concernant la nécessité de la mesure de protection, il existe de manière similaire le principe de la nécessité de la peine privative de liberté. Les deux se déclinent de manière identique, la mesure doit être subsidiaire, proportionnée et individualisée. La mesure de protection doit avoir un caractère exceptionnel et les différentes mesures existant (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) « [commandent] *de choisir parmi toutes les mesures de protection qui s'offrent au juge, celle qui apparaît la moins contraignante* »²¹³². Il est au demeurant « *crucial d'adapter la protection à la personnalité du sujet et à la réalité de son vécu* »²¹³³ comme d'assurer un suivi de la mesure de protection. Quant à elle, la peine privative de liberté doit être « *proposée qu'en dernier recours* »²¹³⁴ et « *individualisée* »²¹³⁵. Elle doit également faire l'objet d'un suivi lors de son exécution à l'aide du projet d'exécution des peines par le juge d'application des peines²¹³⁶.

²¹³¹ F. MARCHANDIER, « Majeur protégé », *op. cit.*

²¹³² *Ibidem.*

²¹³³ C. JONAS, « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », *Droit Fam.*, 2007-8, n°12-14.

²¹³⁴ Art. 132-19 du CP. V. aussi Art. 132-24 du CP sur les alternatives à la détention.

²¹³⁵ Art. 132-1 du CP

²¹³⁶ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 2 – B – 1. La réinsertion, une prestation individualisée au bénéfice direct du détenu (**291**)

616- Concernant le respect des droits fondamentaux, là encore le parallèle est frappant. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 avait notamment pour objet de rappeler l'existence de ces droits en faveur du détenu, de les énumérer et d'expliquer quelles sont les seules restrictions possibles pour éviter toute limite non justifiée à leur exercice. Le but est de garantir l'effectivité des droits en assurant au détenu la possibilité d'effectuer un recours devant le juge lorsqu'il allègue une violation de ceux-ci.

617- C'est plus concernant l'intérêt du majeur protégé et de la protection de son autonomie qu'il y a matière à puiser des éléments utiles pour parfaire le statut du détenu. En effet, alors que l'article 415 du code civil énonce sans difficulté que la finalité de la mesure de protection est « *l'intérêt de la personne protégée* », l'article 130-1 du code pénal n'évoque que « *la protection de la société* » et les « *intérêts de la victime* ». L'intérêt du détenu, s'il est abordé par l'objectif d'amendement et de réinsertion, n'est pas consacré. Il semble secondaire. Pourtant, si les intérêts de la société et de la victime sont essentiels et ne peuvent être occultés, ils ne devraient pas empêcher la prise en compte de l'intérêt du détenu dans le prononcé de la peine et dans son exécution. Au contraire, ils sont intrinsèquement liés puisque l'intérêt du détenu permet de mieux individualiser la peine et donc de lutter plus efficacement contre tout risque de récidive. Au surplus, même si l'intérêt du détenu était consacré, il pourrait rester cantonné à ce qu'il est, à l'image de l'intérêt du majeur protégé, un outil de meilleure individualisation de la mesure, n'autorisant ni la modification de la règle de droit ni sa modération²¹³⁷. Sa reconnaissance n'en serait pas moins intéressante pour autant sur le plan des principes. Elle conforterait l'importance d'assurer l'individualisation de la peine et d'accorder une plus grande autonomie au détenu afin de la responsabiliser avant sa libération pour qu'il réussisse son retour dans la société libre.

²¹³⁷ F. MARCHANDIER, « Majeur protégé », *op. cit.* Il précise que l'intérêt de la personne protégée n'a pas cette « *supériorité traditionnellement attachée à l'intérêt de l'enfant et qu'il ne semble pas davantage promis à une application aussi large malgré sa place dans les principes directeurs* ».

618- Si le statut de majeur protégé n'est pas exempt de critiques quant à sa mise en œuvre puisque « *les professionnels ont fait état de leur malaise et de leur sentiment de solitude face à des pouvoirs publics taisant malgré les inquiétudes exprimées par le Parlement et [...] par la Cour des comptes, des textes complexes à mettre en œuvre et des moyens jugés insuffisants* »²¹³⁸, le législateur aurait tout intérêt à s'intéresser aux outils existants afin de parfaire le statut du détenu pour assurer une meilleure efficacité de la peine. De même, si une assimilation du détenu au majeur protégé reviendrait à l'infantiliser et n'est donc pas souhaitable, le détenu ou son avocat aurait tout intérêt à soutenir le rapprochement du statut de détenu à celui de majeur protégé lors d'un litige pour obtenir une protection renforcée de ses droits. Au demeurant, un tel rapprochement suppose de souligner la particulière vulnérabilité du détenu et son absence de consentement expresse à la peine privative de liberté, et de faire valoir *a minima* qu'il n'a pas accepté les risques inhérents au service public pénitentiaire et qu'il devrait donc obtenir une protection renforcée en cas de dommage et non souffrir du régime de responsabilité pour faute de l'administration en cas de dommage causé à l'utilisateur de droit commun.

B) Le détenu, un usager n'acceptant pas les risques inhérents au service public pénitentiaire

619- Entré en relation avec le service public pénitentiaire de manière forcée, le détenu ne peut être assimilé à un usager classique du service public. Il n'en retire pas le même bénéfice, puisqu'il n'obtient pas systématiquement une prestation de la part du service public pénitentiaire et, surtout, il n'accepte pas d'être soumis aux risques inhérents au service (1). De ce fait, d'autant plus lorsque cette qualité lui est refusée dès qu'elle est à son avantage, il ne devrait pas se voir appliquer le régime de responsabilité de droit commun de l'utilisateur du service public. Il devrait bénéficier d'un régime de responsabilité allégé à l'image de celui applicable aux tiers qui,

²¹³⁸ L. PECAUD-RIVOLIER, T. VERHEYDE, « Réforme de la protection des majeurs : premier bilan », *op. cit.*

tout comme lui, n'ont pas demandé à entrer en relation avec le service public (2).

1. Le détenu, usager forcé du service public pénitentiaire

620- Alors que l'usager du service public est « *réputé accepter les risques inhérents au fonctionnement de l'institution en contrepartie des avantages reçus* » ce qui justifie « *le régime de la responsabilité pour faute défavorable aux usagers victimes par un certain souci d'équité du juge administratif désireux d'alléger la responsabilité du service public* », l'application de cette théorie du détenu se révèle, comme l'écrit Éric PECHILLON, à la fois « *peu convaincante* » et « *parfaitement inadaptée* »²¹³⁹.

621- Peu convaincante tout d'abord, car le détenu ne consent ni au système répressif²¹⁴⁰ ni à la peine prononcée à son encontre²¹⁴¹ obligeant les juristes à théoriser des fictions juridiques nécessaires à la cohérence du système mis en place. S'il ne souscrit pas à l'exécution de la peine privative de liberté, il est peu probable qu'il accepte de subir les risques inhérents au service public pénitentiaire tels que la surpopulation carcérale, la vétusté des établissements pénitentiaires, la violence, la dégradation physique et mentale. Parfaitement inadaptée ensuite, car en l'état actuel du droit le détenu ne reçoit comme avantages que ceux que l'administration pénitentiaire accepte de lui donner. La réinsertion, avantage principal de la peine privative de liberté, et seule prestation pouvant être délivrée au détenu par le service public pénitentiaire, n'est pour l'heure pas reconnue en tant que telle, cantonnée au statut de standard guidant l'exécution de la peine²¹⁴².

²¹³⁹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 386.

²¹⁴⁰ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 1 : Le caractère fictif du consentement au système répressif (87)

²¹⁴¹ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 1 – B : Le consentement du criminel à la peine, une utopie (102)

²¹⁴² V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 – A – 1. Un standard devant guider l'exécution de la peine privative de liberté (378)

Par conséquent, qualifier le détenu, bien souvent encore assimilé à un assujetti au service public ou à un bénéficiaire forcé obligé de recevoir les prestations du service public aux statuts beaucoup moins protecteurs, à un usager du service public de droit commun lorsque ce concept s'avère « être le critère de délimitation du domaine d'application du système de la faute »²¹⁴³ a pour seul objectif de le priver du bénéfice d'un régime de responsabilité qui lui serait plus favorable en cas de dommage subi durant son incarcération. Cela s'avère évidemment préjudiciable pour le détenu qui ne bénéficie alors ni pleinement des droits de l'usager de droit commun du service public qui devraient être le pendant de ce régime de responsabilité pour faute, ni du régime de responsabilité allégé applicable aux tiers victimes du service public par exemple.

2. Le détenu, bénéficiaire d'un système de responsabilité du service public allégé

622- Jean DU BOIS DE GAUDUSSON explique que l'usager du service public tel qu'il est défini en droit de la responsabilité est « celui qui provoque, utilise ou subit l'activité du service public » et que sont donc « considérés comme tels les usagers du service public, mais aussi le bénéficiaire forcé, l'assujetti qui reçoit aucun avantage direct de l'administration »²¹⁴⁴. L'usager en droit de la responsabilité est « tout particulier qui subit un dommage du fait de l'administration alors qu'un certain rapport de droit existe entre lui et le service qui lui cause un dommage »²¹⁴⁵. Pourtant, s'il est concevable que l'usager obtenant un avantage de la part du service public ou tirant profit de l'utilisation, souvent gratuite, du service public, accepte les risques inhérents au service public et soit à ce titre soumis à un

²¹⁴³ Citation de MOREAU in : J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, Thèse, Bordeaux, 1967, p. 227.

²¹⁴⁴ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., p. 228-229.

²¹⁴⁵ *Ibidem*.

régime de responsabilité pour faute en cas de mauvaise organisation, mauvais fonctionnement ou absence de fonctionnement du service public, il n'en est pas de même pour la personne subissant un « *rapport obligatoire et contraint avec l'administration* »²¹⁴⁶. En effet, « *quand l'administré est soumis passivement à l'action administrative, lorsque l'usager est obligé, en droit ou en fait, de recevoir des prestations d'un service public, il n'a pas accepté de supporter les risques qui pourraient se produire* »²¹⁴⁷. L'assimiler à un usager de droit commun n'est au demeurant pas imposé par le principe d'égalité devant le service public, qui implique certes que les personnes placées dans des situations identiques soient traitées de manière identique, mais permet que des personnes placées dans des situations différentes soient traitées de manière différente. Pour assurer une réelle effectivité du principe d'égalité, le détenu devrait au contraire être assimilé à un tiers²¹⁴⁸, ce qui lui permettrait de bénéficier d'un système de responsabilité allégée voire même d'un système de responsabilité sans faute lorsqu'il existe des risques particuliers au service public, ce qui est le cas en détention²¹⁴⁹. Cela lui permettrait de bénéficier d'un meilleur système d'indemnisation lorsqu'il subit un dommage découlant de la vétusté des établissements pénitentiaire ou de la surpopulation carcérale, sans avoir au préalable à solliciter de nombreuses expertises démontrant les fautes commises par l'administration tel le mauvais entretien des établissements. Un avantage considérable lorsque l'on sait que le fonctionnement normal du service public pénitentiaire est actuellement impossible à garantir empêchant le détenu de voir ses droits fondamentaux protégés.

²¹⁴⁶ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*

²¹⁴⁷ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, *op. cit.*

²¹⁴⁸ Comme d'autres services publics, le service public pénitentiaire n'aurait donc que des bénéficiaires indirects, il n'aurait plus d'usagers.

²¹⁴⁹ CE, 24 juin 1949, *Consorts Lecomte* ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 727

§2 : Le détenu, un usager aux droits limités par les sujétions inhérentes au service public pénitentiaire

623- En tant qu'usager du service public pénitentiaire, le détenu devrait bénéficier du droit au fonctionnement normal du service public²¹⁵⁰ et *a minima* de conditions de détentions dignes. La Cour européenne des droits de l'Homme est même allée jusqu'à utiliser « *la notion de "bien-être" des détenus, notion vague et empreinte d'une subjectivité certaine* » pour « *étendre le bénéfice de la protection contenue au sein de l'article 3 à des détenus dont les conditions matérielles de détention objectivement inacceptables se répercutent sur la vie quotidienne et donc sur leur bien-être général* »²¹⁵¹. Mais, en pratique, la situation préoccupante des prisons françaises freine la protection effective des droits du détenu. Elle ne permet de garantir au détenu ni un droit au fonctionnement normal du service (**A**) ni le respect des lois du service public (**B**) éloignant une fois encore son statut du statut de droit commun de l'usager du service public.

A) L'impossibilité actuelle à garantir le droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire

624- Malgré des améliorations progressives des conditions de détention – ou au moins des tentatives d'améliorations – et la construction constante de nouvelles places de prison, les prisons françaises ne sont toujours pas en mesure d'assurer le droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire. Les conditions de détention sont fréquemment condamnées par les juges français et européens (**1**) et montrent la pérennité de cette situation et les difficultés à la résorber (**2**).

²¹⁵⁰ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 - Paragraphe 1 : L'acquisition d'un droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire (**358**)

²¹⁵¹ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 121-124.

1. Des conditions de détention condamnables

625- Depuis plusieurs années, il est fréquemment question de la surpopulation carcérale et de nouveaux “records” font la une des médias. Mais ces “records historiques”, toujours plus élevés, s'ils permettent sans doute une prise de conscience de l'état des prisons par la société, n'ont pas permis d'endiguer le phénomène de l'inflation carcérale. En 2018, la barre des 70 000 personnes incarcérées²¹⁵² a été franchie, plus de 70 000 détenus pour seulement 59 813 places soit un taux d'occupation de plus de 117 %. Il faut en outre préciser que ce taux ne concerne en réalité qu'une partie des établissements pénitentiaires. Il y a d'une part les établissements pour peines où sont détenues les personnes jugées coupables et condamnées à des moyennes ou longues peines. Ils comportent des *numerus clausus*, une fois le nombre de places atteint, plus personnes n'y est incarcéré. Il y a d'autre part les maisons d'arrêt et les quartiers maisons d'arrêt où sont placés les prévenus en attente de jugement et les condamnés à de courtes peines. Ce sont eux qui connaissent la surpopulation carcérale. Ainsi, alors qu'il y a 191 établissements pénitentiaires, la surpopulation carcérale se concentre uniquement dans les 131 maisons d'arrêt ou quartiers maisons d'arrêt. Si le taux brut d'occupation carcérale est de 117 %, il s'avère donc peu représentatif. En réalité, il existe un taux d'occupation carcérale de 140 % dans les maisons d'arrêt et certains établissements atteignent même un taux de plus de 200 % d'occupation²¹⁵³. Selon l'Observatoire international des prisons, actuellement 53 établissements connaissent « *des situations extrêmes de suroccupation avec une densité supérieure à 150 %* »²¹⁵⁴.

²¹⁵² DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, 1^{er} janvier 2018, 17 p.

²¹⁵³ A. LEFEVRE, *Projet de loi de finances pour 2017*, Justice, 24 novembre 2016.

²¹⁵⁴ OIP, *70 170 personnes incarcérées, 53 prisons en surpopulation extrême, 1667 matelas au sol*, Communiqué de presse, 6 août 2018.

626- La surpopulation carcérale a des conséquences directes et néfastes sur la vie en détention et le fonctionnement des établissements pénitentiaires. En effet, sans surprise, elle ne permet pas « *au service public pénitentiaire d'assurer correctement la prise en charge du public qui lui est confié* ». Il faut d'ailleurs souligner qu'« *aucun autre service public en France ne prend en charge, de manière permanente, un nombre de personnes qui dépasse aussi largement sa capacité maximum* »²¹⁵⁵. Ainsi, alors que les maisons d'arrêt et les quartiers maisons d'arrêt accueillent près de 15 000 détenus en surnombre, près de 1 700 d'entre eux dorment sur un matelas à même le sol, faute de place pour mettre un lit supplémentaire dans la cellule, où les lits superposés sont déjà légion²¹⁵⁶. Ce « *paroxysme de l'indignité* » engendre de nombreuses difficultés pratiques. Par exemple, si « *dans la journée le matelas est poussé sous les lits superposés pour libérer l'espace afin de circuler dans la cellule, la nuit, les codétenus enjambent celui qui est au sol pour aller aux toilettes* »²¹⁵⁷. De même, le manque d'espace implique qu'il est impossible d'ajouter des meubles supplémentaires, imposant aux détenus de se partager le mobilier existant. Ce manque d'intimité et cette promiscuité impactent sur les rapports de force existant entre les codétenus, au désavantage bien évidemment des plus faibles, tout comme cette suroccupation a des effets négatifs globaux sur la détention.

627- La suroccupation est source de tensions entre les détenus et pour les surveillants pénitentiaires. Elle entraîne un développement des risques sanitaires puisqu'en plus de jouer sur le bien-être psychique des détenus²¹⁵⁸, elle favorise les risques d'épidémies et empêche la maintenance du parc immobilier. Alors que les établissements pénitentiaires sont déjà pour nombre d'entre eux vétustes, en cas de suroccupation, non seulement la dégradation des lieux est amplifiée, mais « *de simples travaux de réfection*

²¹⁵⁵ A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *AJ Pénal*, 2018, p. 344.

²¹⁵⁶ OIP, *70 170 personnes incarcérées, 53 prisons en surpopulation extrême, 1667 matelas au sol*, *op. cit.*, A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *op. cit.*

²¹⁵⁷ A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *op. cit.*

²¹⁵⁸ Rappelons que nombre d'entre eux souffrent déjà de troubles psychiatriques.

des peintures dans les cellules ou d'entretien des douches sont particulièrement compliqués à réaliser, faute de place pour libérer les locaux »²¹⁵⁹. À ceci s'ajoute la multiplication des mouvements des détenus qui allonge les temps d'attente. En effet, la suroccupation des établissements engendre un manque d'effectifs pour les personnels pénitentiaires. Le nombre de ceux-ci ne correspond pas au nombre de détenus, mais au nombre de places normalement disponibles²¹⁶⁰. Les personnels sont donc débordés et ne peuvent plus effectuer leurs tâches de manière correcte. Un problème amplifié lui aussi par la difficulté à pourvoir les postes comme le montrent l'exemple du recrutement de personnel soignant²¹⁶¹ ou le nombre de postes de surveillants pénitentiaires vacants²¹⁶². Obtenir un rendez-vous médical, bénéficier d'un suivi efficace en cas de maladie constatée s'avère donc difficile, tout comme l'accès aux activités pourtant imposées par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Les temps d'attente s'allongent face à l'impossibilité d'augmenter le nombre de places dans une classe ou dans une formation, le nombre d'emplois ... Une situation qui met à mal la mission de sécurité comme la mission de réinsertion confiées au service public pénitentiaire et ce dès l'arrivée en détention.

628- Le flux tendu des entrées en détention ne permet ni une gestion efficace des entrées en cellule ni une préparation effective à la sortie de détention. Alors qu'en principe l'administration doit respecter de nombreux critères lors de l'affectation en cellule – séparation des prévenus et des condamnés, séparation des primodélinquants et des récidivistes, séparations des fumeurs et des non-fumeurs, prise en compte de la nature de l'infraction, de l'âge, des traits de caractères... - face à l'absence de places

²¹⁵⁹ A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *op. cit.*

²¹⁶⁰ CGLPL, *Avis du 22 mai 2012 relatif à la surpopulation carcérale*, *JORF* du 13 juin 2012.

²¹⁶¹ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – B – 1. L'accès aux soins, un droit garanti, mais perfectible (**365**)

²¹⁶² Comme le rapporte Pierre JANUEL, Eric CIOTTI évoquait en 2017 1800 postes vacants dans les prisons. P. JANUEL, « Le rapport d'étonnement des députés sur l'état des prisons », *Dalloz actualité*, 9 novembre 2017.

disponibles, elle ne peut assurer le respect de ses obligations et chaque changement de cellule devient « *un véritable casse-tête* »²¹⁶³. Ensuite, alors que la surpopulation génère une augmentation des incidents, l'administration n'est plus à même d'avoir une réaction rapide pourtant nécessaire au bon équilibre de la détention²¹⁶⁴. La suroccupation conduit au contraire « *les personnels à s'accommoder de marges de tolérance par rapport à la règle posée par le code de procédure pénale ou le règlement intérieur de l'établissement* »²¹⁶⁵, ce qui s'avère contre-productif lorsqu'il est question de réapprendre le respect des règles pour ne pas récidiver. Enfin, elle ne permet pas d'assurer correctement la préparation à la sortie et donc la mission de réinsertion allouée au service public pénitentiaire. Outre le fait que les détenus condamnés à de courtes peines fréquentent des détenus condamnés à des peines supérieures à deux ans qui attendent une place en établissement pour peines, qu'ils vivent dans des conditions de détention indignes et font face à la maladie, la violence et le non-respect des règles, leur prise en charge par les intervenants ayant pour rôle de les réinsérer et devant élaborer avec eux un projet de sortie se trouve également affectée. Les services pénitentiaires d'insertion et de probation, Pôle emploi, les missions locales comme les organismes de lutte contre les addictions ont tellement de dossiers à traiter qu'il s'avère impossible de consacrer le temps nécessaire à chaque détenu. On entre alors dans « *la spirale de l'inflation carcérale* »²¹⁶⁶ puisque cette absence de préparation est « *un véritable frein à la prévention de la récidive* »²¹⁶⁷, la réinsertion étant le seul moyen

²¹⁶³ A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *op. cit.*

²¹⁶⁴ V. Partie 1 - Titre 1 - Chapitre 2 - Section 2 – Paragraphe 1 – B – 1. Un outil de gestion de la vie carcérale (188)

²¹⁶⁵ A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *op. cit.*

²¹⁶⁶ OIP, 70 170 personnes incarcérées, 53 prisons en surpopulation extrême, 1667 matelas au sol, *op. cit.*

²¹⁶⁷ A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *op. cit.*

efficace de lutter contre la récidive et donc de réduire sur le long terme le nombre de personnes incarcérées²¹⁶⁸.

629- Malgré une prise de conscience du législateur qui a constaté au fil des ans « une inadéquation durable entre la population carcérale et la capacité du parc immobilier »²¹⁶⁹, « une surpopulation carcérale préoccupante, rendant bien souvent impossible la mise en œuvre de projets de réinsertion des détenus »²¹⁷⁰ ou encore le « malaise carcéral »²¹⁷¹ et les « besoins considérables de l'administration pénitentiaire »²¹⁷², les députés restent encore étonnés de l'état des prisons lorsqu'ils prennent le temps de les visiter²¹⁷³. En effet, malgré les nombreuses condamnations pour condition de détention indignes²¹⁷⁴, ils ne peuvent que constater la pérennité de l'état critique des prisons. Selon Florent BOUDIE, cette situation est « le résultat de l'inconséquence des gouvernements successifs » qui ont tour à tour « repousser la patate chaude »²¹⁷⁵. Force est de constater que s'ils ont tous proposé des solutions que ce soit la construction de nouvelles places de détention, la réhabilitation de places vétustes ou la modification de la politique pénale de l'enfermement, ils n'ont trouvé aucune solution efficace. La surpopulation carcérale se révèle pérenne et difficile à résorber.

²¹⁶⁸ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 1 - Section 1 : La réinsertion, seule fonction permettant à la peine privative de liberté d'être efficace (215)

²¹⁶⁹ M. J.-R. LECERF, *Projet de loi de finances pour 2015*, Tome VIII Administration pénitentiaire, 20 novembre 2014.

²¹⁷⁰ M. H. PORTELLI, *Projet de loi de finances pour 2016*, Tome VIII, Administration pénitentiaire, 19 novembre 2015.

²¹⁷¹ M. A. LEFEVRE, *Projet de loi de finances pour 2017*, Justice, 24 novembre 2016.

²¹⁷² M. A. MARC, *Projet de loi de finances pour 2018*, Administration pénitentiaire, 23 novembre 2017.

²¹⁷³ P. JANUEL, « Le rapport d'étonnement des députés sur l'état des prisons », *op. cit.*

²¹⁷⁴ L'OIP recense 33 établissements condamnés par la justice française, 3 établissements condamnés par la Cour européenne des droits de l'Homme et 6 établissements qui font actuellement l'objet d'un recours devant la Cour européenne.

²¹⁷⁵ Propos cités par P. JANUEL, « Le rapport d'étonnement des députés sur l'état des prisons », *op. cit.*

2. Une situation pérenne difficile à résorber

630- Avant toute chose, « *il convient de se défaire de l'idée commune selon laquelle les effectifs des personnes emprisonnées sont liés à l'état de la délinquance du pays et que, plus la criminalité augmenterait, plus les prisons se rempliraient. La relation entre celle-ci et la population pénale est très indirecte* »²¹⁷⁶. Ainsi, ce n'est pas l'augmentation de la délinquance qui a conduit à la surpopulation carcérale, les chiffres de la délinquance n'ayant pas augmenté proportionnellement au nombre de détenus. En revanche, plusieurs causes ont pu être identifiées et elles semblent toutes liées à la mise en place d'une politique pénale sécuritaire. En effet, il a été établi qu'ont influé sur le taux d'occupation des prisons la correctionnalisation d'anciennes contraventions ouvrant l'enfermement à un panel d'infractions élargi comme les délits routiers, la mise en place de jugements rapides telle la comparution immédiate, la suppression des grâces présidentielles collectives, la création des peines-plancher même si elles ont depuis été supprimées ou encore la plus grande fermeté dont les juges ont preuve ces dernières années²¹⁷⁷. En effet, « *entre 2008 et aujourd'hui la durée moyenne de détention est passée de 8,6 mois à 11,5 mois, soit un allongement de 3 mois en dix ans* »²¹⁷⁸. Au surplus, l'échec de la lutte contre la récidive pérennise cette augmentation. Tout cela « *rappelle que les pouvoirs publics et les juges privilégient toujours l'enfermement à toute autre réponse pénale* »²¹⁷⁹ et ce même si l'enfermement doit être la peine de dernier recours en matière délictuelle comme le prévoit l'article 132-24 du code pénal. Cela s'illustre d'ailleurs une fois de plus dans les réponses apportées

²¹⁷⁶ CGLPL, *Avis du 22 mai 2012 relatif au nombre de personnes détenues*, JORF du 13 juin 2012, p. 77.

²¹⁷⁷ *Ibidem.*; OIP, *Comment expliquer la surpopulation des prisons françaises*, Communiqué de presse, 19 août 2017, M. M. LECERF, *Précit.*

²¹⁷⁸ A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *op. cit.*

²¹⁷⁹ OIP, *70 170 personnes incarcérées, 53 prisons en surpopulation extrême, 1667 matelas au sol*, *op. cit.*

par les gouvernements successifs. Si certains ont proposé le développement d'alternatives à la peine privative de liberté, tous ont proposé la création de nouvelles places de prison.

631- Alors qu'en 25 ans, 30 000 places supplémentaires ont été construites²¹⁸⁰, les programmes immobiliers de ces dernières années prouvent que la création de nouvelles places dans les établissements pénitentiaires ne semble jamais suffisante. En effet, alors que le programme "13200"²¹⁸¹ touchait à sa fin, la surpopulation carcérale était plus présente que jamais et le "nouveau programme immobilier" voyait le jour en 2011²¹⁸² annonçant 24 000 places supplémentaires, réduites à 9 700 places par le gouvernement suivant²¹⁸³. Arrivé à échéance en 2017, un nouveau programme de construction a alors été annoncé dès 2018. Bien que le président ait déclaré lors d'un discours devant les élèves de l'Ecole Nationale de l'Administration Pénitentiaire en date du 6 mars 2018 que « *l'emprisonnement ne cesse d'augmenter parce qu'au fond cela reste la solution qui contente symboliquement le plus de monde* » et qu'il faut « *sortir d'une philosophie dans laquelle on a tout pensé par la prison* »²¹⁸⁴, il a, à son tour, annoncé un projet de 15 000 places supplémentaires à l'horizon 2027 dont 7 000 à l'horizon 2022²¹⁸⁵. L'enchaînement de tous ces programmes immobiliers montre pourtant l'« *inadéquation durable entre la population carcérale et les capacités du parc immobilier* »²¹⁸⁶ et semble

²¹⁸⁰ *Ibidem.*

²¹⁸¹ Programme de création de 13200 places de prison mis en place par la Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice*, *JORF* du 10 septembre 2002, p. 14934.

²¹⁸² M. MERCIER, Garde des Sceaux, *Nouveau programme immobilier pénitentiaire*, 5 mai 2011.

²¹⁸³ Loi n°2012-409 du 27 mars 2012 *de programmation relative à l'exécution des peines*, *JORF* du 28 mars 2012, Annexe.

²¹⁸⁴ E. MACRON, *Discours devant les élèves de l'Ecole Nationale de l'Administration Pénitentiaire*, 6 mars 2018.

²¹⁸⁵ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice*, *JORF* du 24 mars 2019 ; *Compte-rendu du conseil des ministres*, 20 avril 2018.

²¹⁸⁶ M. J.-R. LECERF, *Projet de loi de finances pour 2015*, *op. cit.*

indiquer que l'augmentation constante du nombre de places en détention n'est pas suffisante pour endiguer le phénomène de surpopulation carcérale. Plusieurs raisons laissent penser que s'il est nécessaire d'améliorer les conditions de détention, et pour cela de construire des places de prison répondant aux exigences de dignité et permettant à la peine d'assurer son rôle resocialisateur, la réponse à la surpopulation carcérale ne se trouve pas uniquement dans ces constructions successives qui ont déjà montré leurs limites.

632- Tout d'abord, la construction de nouvelles places de prison ne doit pas masquer la dégradation des places de prison existantes. Or, « *depuis dix ans, la maintenance du parc immobilier carcéral souffre d'un sous-investissement chronique et notoire* » entraînant « *une dégradation précoce des établissements existants et l'augmentation du coût des rénovations futures* ». Ainsi, « *en 2017, 35,7 % des cellules du parc immobilier carcéral sont considérées comme vétustes* »²¹⁸⁷ malgré l'augmentation annuelle du budget de la justice et de l'administration pénitentiaire depuis plusieurs années. Les fonds étant alloués à la construction de nouvelles places de prison, au coût particulièrement important, la rénovation des places existantes a souvent été reportée alors qu'en parallèle la surpopulation carcérale engendrait leur dégradation précoce. Mettre l'accent en priorité sur la rénovation des places existante, moins coûteuse, pourrait pourtant permettre d'assurer de meilleures conditions de détention aux personnes privées de liberté dans un délai plus court, une rénovation prenant en principe moins de temps qu'une construction. Pour autant, nous ne pouvons occulter les difficultés liées à la réalisation de travaux dans des locaux occupés tels qu'évoqués précédemment. Mais la principale raison empêchant les travaux demeure toutefois une raison financière démontrant une fois de plus le caractère inextricable de la situation. L'Administration ne dispose pas des moyens nécessaires à la réalisation des travaux en raison des partenariats public/privé qu'elle a mis en place pour assurer la construction

²¹⁸⁷ M. MERCIER, Garde des Sceaux, *Nouveau programme immobilier pénitentiaire, op. cit.*

des nouveaux établissements²¹⁸⁸. Si les partenariats public/privé permettent, à l'aide du "principe de lissage", de repousser ou diminuer les crédits portés sur les dépenses d'investissement et donc fatalement sur les constructions existantes ou à venir, cette manière de combler le manque de moyens de l'État s'avère à terme plus coûteux pour l'Administration. Il s'agit à l'aide de ce dispositif « *de financer la construction et la gestion d'un équipement public par un prestataire privé moyennant le versement d'une redevance durant toute la période d'amortissement, souvent sur trente ans* »²¹⁸⁹. Il permet d'attendre la réception de l'ouvrage pour le paiement, mais engage ensuite l'État sur de longues années, avec tous les risques que cela implique comme a pu le souligner la Cour des comptes²¹⁹⁰. Ce procédé induit un paiement différé des loyers, un coût élevé de fonctionnement et des charges à long terme, la Cour des comptes va jusqu'à qualifier le partenariat public/privé de « *fuite en avant pour les finances publiques* » évoquant le « *risque de conduire à une impasse* ». Les établissements construits à l'aide de ce dispositif coûtent en réalité, à terme, plus chers à l'État, car « *les coûts de fonctionnement y sont plus élevés que la maîtrise d'ouvrage classique puisque la personne publique doit supporter des taux d'emprunts plus élevés que les emprunts d'État pour rémunérer la dette projet* » auxquels s'ajoutent « *le surcoût liés aux frais financiers* »²¹⁹¹. Ce procédé réduit donc de manière plus que conséquente le budget disponible de l'Administration pénitentiaire, obligée de payer les redevances en cours, et l'empêche, faute de moyens, d'assurer la maintenance des établissements en gestion publique, entraînant leur dégradation accélérée. En outre, la majorité des places nouvellement construites demeurent des places traditionnelles en établissement fermé à sécurité renforcée, ce qui s'avère « *sous optimal sur*

²¹⁸⁸ V. sur cette question : Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* du 24 juillet 2015, p. 12602.

²¹⁸⁹ T. COUSTET, « Immobilier de la justice, il faut « renoncer » au partenariat public-privé », *Dalloz actualité*, 5 janvier 2018.

²¹⁹⁰ COUR DES COMPTES, *La politique immobilière du Ministère de la Justice, Mettre fin à la fuite en avant*, décembre 2017, 171 p.

²¹⁹¹ T. COUSTET, « Immobilier de la justice, il faut « renoncer » au partenariat public-privé », *op. cit.*

le plan économique » puisque la construction d'établissement à sécurité allégée aurait un coût d'investissement moindre, mais aussi sur le plan pénal puisque cela ne permet pas de « *mettre en adéquation les catégories d'établissements et les profils* » pour une meilleure individualisation de la peine et une meilleure réinsertion²¹⁹².

633- Face à cette réalité et son incapacité à résorber la surpopulation carcérale, l'État est conscient de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de respecter l'engagement pris avec la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, permettre l'encellulement individuel. De ce fait, après un premier moratoire adopté parallèlement à la loi de 2009 et reportant cette obligation du 31 décembre 2014, il a adopté un deuxième moratoire pour reporter cette obligation au 31 décembre 2019²¹⁹³. Il vient au demeurant d'en adopter un troisième pour un report au 31 décembre 2022²¹⁹⁴.

634- La construction de places de prison supplémentaires ayant montré ses limites, il a été proposé en parallèle le développement d'alternatives à la peine privative de liberté de sorte à limiter le nombre d'entrée en détention, particulièrement pour des courtes peines. Cette solution développée par la loi du 15 août 2014²¹⁹⁵ supprimant les peines-plancher et instaurant notamment la contrainte pénale, ne semble toutefois pas avoir eu les effets espérés puisqu'en 2018 encore « *un détenu sur trois passe moins d'un an en prison, durée trop courte pour engager une quelconque action durant le temps de détention* »²¹⁹⁶. Il appert effectivement qu'en raison de leur impopularité, leur régime complexe ou en raison du manque de moyens des

²¹⁹² Loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 *de finances pour 2012*, JORF du 29 décembre 2011, p. 22441.

²¹⁹³ Moratoire sur l'encellulement individuel au 31 décembre 2019 modifiant l'article 100 de la loi pénitentiaire ; article 106 de la Loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 *de finances rectificative pour 2014*, JORF du 30 décembre 2014, p. 22898.

²¹⁹⁴ Article 90 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (1)* ; JORF du 24 mars 2019.

²¹⁹⁵ V. Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 – A. Le développement des alternatives à la détention (706)

²¹⁹⁶ A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *op. cit.*

services pénitentiaires d'insertion et de probation, les peines alternatives à la détention ne sont que trop peu souvent prononcées. Pourtant, reprenant les conclusions du rapport commandé par le Ministre de la Justice et consacré aux « *Sens et efficacité des peines* »²¹⁹⁷, le Gouvernement affirme à nouveau dans le projet de loi déposé qu'il est impératif de « *prendre des mesures efficaces afin d'éviter le prononcé de peines d'emprisonnement fermes qui se révèlent injustifiées ou inefficaces pour lutter contre la récidive* ». Il propose, à son tour, « *une nouvelle peine autonome de détention à domicile sous surveillance électronique, ainsi qu'une unique mesure de probation, aisément prononçable par les juridictions, résultant de la fusion de la peine de contrainte pénale avec le sursis mise à l'épreuve* », et la simplification des modalités d'exécution des peines « *dans le respect des exigences de prévention de la surpopulation carcérale et de la récidive* ». Il propose pour cela également l'interdiction des peines privatives de liberté inférieures ou égales à un mois, l'exécution sous forme aménagée des peines de un à six mois, ainsi que des peines de six mois à un an lorsque la personnalité et la situation du condamné le permettent, et la systématisation de la sortie de détention par le procédé de la libération sous contrainte²¹⁹⁸. Si ce projet confirme la volonté de développer les alternatives à l'incarcération en parallèle de la construction de places de prison supplémentaires, cela nécessite du temps avant que des effets suffisants soient observables et que la disparition de la surpopulation carcérale puisse être espérée. Il est donc difficile pour ne pas dire impossible d'assurer au détenu son droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire avant plusieurs années, tout comme il paraît actuellement difficile de lui assurer le respect des lois du service public.

²¹⁹⁷ B. COTTE, J. MINKOWSKI, « Sens et efficacité des peines », *Chantiers de la Justice*, Ministère de la justice, 2018, 44 p.

²¹⁹⁸ *Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, n° 463, déposé le 20 avril 2018.

B) L'impossibilité d'assurer le respect des lois du service public

635- Les mauvaises conditions de détention et la surpopulation carcérale empêchent de rendre effectif le droit au fonctionnement du service public pénitentiaire et empêchent donc ce service public de respecter les règles de fonctionnement auxquelles il devrait être soumis, telles les lois de Rolland. En raison de ces difficultés matérielles, il se révèle en effet incapable d'assurer l'égalité de traitement des détenus (1) comme un suivi efficace durant l'exécution de leur peine tel que le principe de continuité du service public devrait le leur garantir (2).

1. *Le non-respect du principe d'égalité de traitement de tous les détenus*

636- Le principe d'égalité devant le service public est « *la traduction concrète de l'égalité de tous en droits, de l'égalité de tous devant la loi et de l'égalité de tous devant les charges publiques* »²¹⁹⁹. Il impose de fournir une prestation « *de la même nature et de la même importance* » à tous les usagers du service public²²⁰⁰. Cette prestation ne doit pas pour autant être identique en fait puisque « *l'égalité aujourd'hui ne saurait être l'uniformité* »²²⁰¹. En effet, après avoir admis qu'une prestation différente peut être délivrée lorsque les usagers sont placés dans des situations différentes²²⁰², le Conseil d'État a énoncé que « *le principe d'égalité n'atteint réellement son but que s'il est aussi vecteur de l'égalité des chances* » et que cette action « *peut passer par une différenciation des droits dès lors que l'intérêt général résultant de l'objectif de réduction des inégalités rend juridiquement possible une dérogation raisonnable apportée*

²¹⁹⁹ S. TRAORE, *L'usager du service public*, L.G.D.J., Systèmes Droit, Paris, 2012, p. 103.

²²⁰⁰ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, *op. cit.*, p. 178.

²²⁰¹ D. SIMON, *Le renouvellement des droits de l'usager à un fonctionnement égal, neutre, et adapté du service public*, Thèse, Pau, 2007, p. 199.

²²⁰² CE, 10 mai 1974, req. n°88032/88148, *Denoyez et chorques*.

au principe d'égalité des droits »²²⁰³. Ce « droit à la différence »²²⁰⁴ implique tout de même une harmonisation des prestations pour n'admettre que des différences de traitement objectivement justifiées. Or, une telle pratique est délicate à mettre en pratique dans le cas des détenus.

637- Tout d'abord, si le principe de l'égalité devant la loi pénale a été consacré par le Conseil constitutionnel²²⁰⁵ sur la base de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²²⁰⁶, ce principe vient se heurter au principe de l'individualisation des peines consacré lui aussi par le législateur et le Conseil constitutionnel²²⁰⁷. Confronté à ces deux principes, le Conseil constitutionnel a admis qu'il est possible d'appliquer des conditions de détention strictes à certains condamnés et des conditions de détention plus libérales à d'autres sans violer l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dès lors que tous les condamnés à une même peine peuvent accéder à un même régime de détention s'ils

²²⁰³ Conseil d'État, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité*, Documentation française, Paris, 1997.

D. SIMON, *Le renouvellement des droits de l'usager à un fonctionnement égal, neutre, et adapté du service public*, *op. cit.*, pp. 271-272.

²²⁰⁵ CC, 27 juillet 1978, n°78-97 DC *Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises*, *JORF* du 29 juillet 1978, p. 2949 ; L. PHILIP, « [Note sous décision n°78-97 DC] », *RDP*, 1979 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, « [Note sous décision n°78-97 DC] », *Pouvoirs*, novembre 1978, p. 175 ; C. FRANCK, « [Note sous décision n°78-97 DC] », *AJDA*, 1979 ; D. NGUYEN QUOC, « [Note sous décision n°78-97 DC] », *JCP G.*, 1980.

²²⁰⁶ « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »

²²⁰⁷ Loi n°2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647 ; CC, 29 mars 2019, n°2019-770 QPC, *M. Chamsoudine C. [Lecture donnée aux jurés par le président de la cour d'assises avant le vote sur l'application de la peine]*, *JORF* du 30 mars 2019 ;

remplissent les conditions requises²²⁰⁸, reconnaissant « a contrario la possibilité d'invoquer le principe d'égalité au profit des condamnés »²²⁰⁹. Toutefois, la répartition des condamnés et leur affectation par le service public pénitentiaire ne peuvent pas, en pratique, respecter totalement le principe d'égalité. Alors que lors de leur arrivée en détention les détenus connaissent une période d'observation durant laquelle vont être dressés leurs traits de personnalité et décelés leurs besoins afin de mettre en place un parcours d'exécution de peine individualisé²²¹⁰, les conclusions de cette période d'observation ne vont pas être nécessairement prises en compte lors de la procédure d'affectation. Selon Éric PECHILLON, « il faut en effet détacher la procédure d'affectation de l'observation proprement dite. Les résultats de la seconde n'entraînent aucun droit à l'interprétation de la première. Il s'agit de deux procédures distinctes, qui concernent séparément l'ordre interne de l'administration pénitentiaire »²²¹¹. Pourtant, pour une réelle égalité de traitement, la phase d'observation couplée aux critères d'affectation inscrits au code de procédure pénale²²¹² devrait être un outil utilisé lors de l'adoption de la décision de classement. Néanmoins, si cela semble possible en théorie – pour ne pas dire logique -, la pratique est bien plus complexe. La surpopulation carcérale empêche matériellement l'administration pénitentiaire de jouir d'un choix d'affectation suffisant, elle l'empêche même de respecter les critères généraux d'affectation. Elle ne permet pas une individualisation réelle de la décision d'affectation, ni d'assurer une égalité de traitement de détenus aux profils identiques. Au surplus, il faut rappeler que certains des critères de répartition se veulent subjectifs à l'image du critère de dangerosité²²¹³.

²²⁰⁸ CC, 27 juillet 1978, n°78-97 DC, *op. cit.* ; E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 72.

²²⁰⁹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*

²²¹⁰ Art 717-1 CPP

²²¹¹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, pp. 242-243.

²²¹² Art. 717-1 CPP

²²¹³ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 – Paragraphe 1 – B. La neutralisation, fonction prédominante de la peine privative de liberté (147)

638- Ensuite, si un parcours d'exécution de peine individualisé est mis en place pour les détenus²²¹⁴, les conditions de détention et la surpopulation carcérale empêchent une fois encore une mise en adéquation entre les besoins décelés chez le détenu et les moyens que l'institution peut lui offrir. Alors que le projet d'exécution de peine a pour objectif de « *définir les modalités de prise en charge* »²²¹⁵ du détenu, qu'il peut être traduit en termes de travail, formation, activité socio-éducative ou démarche de soins²²¹⁶, toutes ces propositions ne peuvent trouver une application en raison du nombre limité de places ou l'absence de personnel suffisant. La réalité de l'exécution du parcours d'exécution de peine va donc varier grandement en fonction du type d'établissement dans lequel le détenu est affecté et de son taux d'occupation, en fonction de l'établissement en lui-même et des activités qu'il est en mesure de proposer, de sa taille, de sa zone géographique ou encore en fonction du régime d'incarcération auquel le détenu est soumis.

639- En outre, même si un règlement intérieur type a été mis en place à l'article 728 du code de procédure pénale pour lutter contre les différences de traitement importantes existant entre les différents établissements, chaque chef d'établissement continue de bénéficier d'une marge d'appréciation conséquente impliquant de fait une différence de traitement potentielle. Par exemple, l'article R. 57-7-3-4° du code de procédure pénale permet au chef d'établissement de sanctionner un détenu qui n'aurait pas respecté les dispositions du règlement intérieur de l'établissement tout en lui laissant à l'article R. 57-6-18 de ce même code une latitude d'action pour modifier le règlement intérieur type en l'adaptant aux spécificités de son établissement.

640- Enfin, le juge lui-même a parfois une interprétation de l'égalité de traitement sujette à critique. Par exemple, s'il ne doit pas tenir compte de

²²¹⁴ Art. 717-1 du CPP, Circulaire AP 2000-08 du 21 juillet 2000 *généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peines*, NOR JUSE0040058C, *BO min justice*, n° 83

²²¹⁵ Circulaire AP 2000-08 du 21 juillet 2000, *op. cit.*

²²¹⁶ Annexe 1 circulaire

l'origine pénale du détenu lorsqu'il doit statuer sur un litige existant entre un détenu et le service public pénitentiaire, le juge administratif a parfois eu tendance pour éviter toute critique à « *présente[r] la situation du détenu comme un bloc uniforme* »²²¹⁷ pour dégager une approche administrative de la détention. Ceci permet d'assurer de prime abord une égalité de traitement entre les détenus, mais peut paraître parfois excessif puisque le juge fait abstraction du passé du détenu quand bien même celui-là influe sur la personnalité du détenu et les risques d'évasion ou de violence dangereux pour le service public pénitentiaire. À l'inverse, dans le contentieux liés aux conditions de détention, la Cour européenne des droits de l'Homme est allée trop loin dans la différenciation de traitement des détenus suivant leurs caractéristiques en mettant en place une protection particularisée par le biais de l'article 3 de la Convention, alors même que celui-ci a normalement une valeur absolue²²¹⁸.

641- Cette interprétation variable du principe de l'égalité de traitement et les limites pratiques à son effectivité nuisent subséquentement à l'instauration d'un suivi efficace du détenu durant l'exécution de sa peine.

2. *Les difficultés à instaurer un suivi efficace du détenu durant l'exécution de sa peine*

642- Avant même son exécution, la peine privative de liberté souffre des difficultés à assurer la continuité du service public judiciaire. Alors que pour être comprise et pédagogique la sanction doit être prononcée rapidement après la commission de l'acte infractionnel, mais également rapidement mise à exécution, les délais de jugement et d'incarcération demeurent souvent trop longs. Parfois, la peine privative de liberté intervient même

²²¹⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 262

²²¹⁸ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 - Section 2 – Paragraphe 1 – B – 2. La protection limitée du détenu en tant qu'usager du service public pénitentiaire (376)

alors que les condamnés ont déjà retrouvé une place au sein de la société, n'entraînant alors que des effets contre-productifs.

643- Puis, une fois incarcéré, le détenu souffre des conditions de détention actuelles empêchant la réalisation de son projet d'exécution de peine, outil pourtant essentiel à la réinsertion. Ce projet individualisé se traduit par la constitution d'un livret individuel définissant les modalités de prise en charge et d'observations du détenu, prenant en compte ses besoins et les traduisant en termes d'action durant l'incarcération. Il a été créé pour assurer « *la garantie dans le temps d'une continuité du suivi et de l'évaluation des individus* »²²¹⁹. Or, en pratique, plusieurs obstacles empêchent le projet d'exécution de peine de produire les effets escomptés. En premier lieu, l'observation et le suivi du condamné à l'aide « *d'évaluations régulières et approfondies* »²²²⁰ nécessaires à la mise en place d'un projet actualisé, « *réaliste et adapté* » prenant en compte les activités et les régimes de détention offerts dans les différents établissements se voient limités par le nombre insuffisant d'agents pénitentiaires, débordés en raison de la suroccupation carcérale. Ensuite, le projet doit tenir compte des activités et des régimes de détention offerts par l'établissement dans lequel il est incarcéré, mais ceux-ci vont varier en cas de transfert. Dans ce cas, il devient difficile d'assurer la continuité du projet mis en place. Bien qu'« *en cas de transfèrement du condamné, son livret est remis à l'établissement d'affectation* »²²²¹, ce qui peut déjà parfois prendre du temps, la pérennité des activités n'est pas assurée. Un problème démultiplié par les difficultés pour trouver une place en détention empêchant de prendre en compte d'autres critères que le simple taux d'occupation et le régime de détention lors d'un transfert.

644- Cette situation intrinsèquement liée à la situation préoccupante des prisons françaises emporte des conséquences matérielles et juridiques majeures sur l'exécution de la peine privative de liberté. Non seulement elle

²²¹⁹ Circulaire AP 2000-08 du 21 juillet 2000, *op. cit.*

²²²⁰ *Ibidem.*

²²²¹ Annexe III.2

ne permet pas d'assurer au détenu des conditions de détention décentes, mais elle empêche la peine d'atteindre l'objectif fixé, préparer le détenu à sa sortie de détention pour assurer sa réinsertion. Le service public pénitentiaire ne peut pas assurer la continuité du service public qui lui impose pourtant « *de fournir les prestations prévues par les règles du service* »²²²².

²²²² G. JEANNOT, *Les usagers du service public*, PUF, Que sais-je ?, 1998, Paris, p. 29.

Conclusion du Chapitre 1

645- Le détenu est un usager du service public pénitentiaire, mais en raison des exigences de sécurité qui pèsent sur l'administration, il se révèle soumis à un droit dérogatoire fait d'exceptions sans cesse renouvelées. Il montre une fragmentation de la catégorie de l'usager du service public, validée par les autorités étatiques comme par le juge administratif puisque l'un comme l'autre mettent en place ce droit dérogatoire. Plus encore, si le juge accepte de contrôler les actes de l'administration pénitentiaire et constate la violation des droits des détenus, il se refuse tout de même à enjoindre à l'administration des modifications structurelles du service public pénitentiaire. De ce fait, malgré une évolution majeure de la protection des droits des détenus et l'adoption de textes protecteurs, il continue de souffrir de conditions de détention indignes. Cela va pourtant à l'encontre même de la mission du service public pénitentiaire puisqu'il doit assurer la réinsertion du détenu, mission pourtant déjà « *entravée par la nécessité de protéger la sécurité publique qui commande de limiter l'autonomie du détenu et d'assurer une emprise rassurante sur lui* »²²²³. Elle fait de lui un « *usager captif, placé à l'instar de l'assujetti à la merci d'une administration omnipotente* » et la prestation de réinsertion, qui devrait être le but premier du service public pénitentiaire, soumise aux aléas de la détention, aux particularismes de chaque établissement et à la volonté des agents de l'administration, « *devient le vecteur d'une domination d'autant plus efficace qu'elle est plus latente* »²²²⁴. Cette situation n'est pas satisfaisante et si le détenu doit demeurer un usager *suis generis* du service public en raison des impératifs de sécurité qui pèsent sur l'administration pénitentiaire, il doit néanmoins devenir le véritable adressataire des prestations du service public pénitentiaire. Les modalités d'exécution de la peine privative de liberté doivent garantir au détenu le respect des droits qu'il détient en tant

²²²³ I. DENAMIEL, *La responsabilisation du détenu dans la vie carcérale*, L'Harmattan, Paris, 2006, p. 16.

²²²⁴ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in : *Psychologie et Science administrative*, PUF, 1985, p. 44.

qu'usager du service public pénitentiaire, et la peine doit prendre son sens, celui d'être efficace et d'assurer un retour réussi à la société.

Chapitre 2 : Le détenu, un usager incarcéré adressataire de prestations à garantir

646- Alors que la situation des prisons françaises est « *alarmante* », que pour 60 010 places au 1^{er} avril 2019 les prisons comptent 71 828 personnes détenues, le service public pénitentiaire ne peut pas « *assurer correctement la prise en charge du public qui lui est confié* »²²²⁵. Bien qu'il soit difficile d'envisager pour l'opinion publique un système pénal différent, repensé, « *il est indispensable d'avoir le courage d'expliquer à nos concitoyens que cette situation ne peut pas perdurer et que dans un grand nombre de cas, la peine exécutée en milieu ouvert [...] serait plus efficace pour prévenir la récidive que l'emprisonnement, qui doit être réservé aux délinquants les plus dangereux et qui ont commis les actes les plus graves* »²²²⁶. Plus encore, il est nécessaire de prendre conscience que la surpopulation carcérale empêche le service public pénitentiaire de fonctionner normalement et donc de délivrer les prestations dues au détenu, qu'il s'agisse de son droit à bénéficier de conditions de détention décentes ou encore de son droit à obtenir la prestation de réinsertion, quand bien même ceux-ci sont les garants d'un retour à la société réussi et d'une lutte contre la récidive efficace. S'il est nécessaire que le service public pénitentiaire soit à même de remplir ses obligations (**Section 1**), la situation carcérale impose de prendre des mesures plus globales. En effet, l'échec de la prison est manifeste. Comme l'explique Paul-Roger GONTARD, « *certes sa mission de neutralisation temporaire vis-à-vis de la société reste globalement accomplie compte tenu du faible nombre d'évasions et de fugues des condamnés* », « *mais cette sécurisation devient moins évidente lorsqu'il s'agit d'observer les actes répréhensibles commis à l'intérieur de la détention, ou surtout après l'étude du taux de récidive des sortants de*

²²²⁵ A. JEGO, « Les conséquences de la surpopulation en détention », *AJ Pénal*, 2018, p. 344.

²²²⁶ *Ibidem*.

prison »²²²⁷. Il est donc urgent de repenser le système pénal dans sa globalité pour permettre au service public pénitentiaire de remplir sa fonction principale, la réinsertion des condamnés (**Section 2**).

²²²⁷ P.-R. GONTARD, *L'utilisation européenne des prisons ouvertes, l'exemple de la France*, Thèse, Université d'Avignon et des pays du Vaucluse, Droit privé, 2013, p. 55

Section 1 : Le service public pénitentiaire, un service public débiteur d'obligations

647- Tout service public est instauré dans le but de remplir une mission d'intérêt général et il bénéficie à de nombreux administrés. Le service public est alors débiteur d'obligations envers eux et plus encore envers ses usagers avec qui il entretient une relation plus étroite. Il a notamment deux obligations principales qui découlent des droits parallèles de l'usager du service public, l'obligation de garantir le droit au fonctionnement normal du service public, en respectant notamment les lois du service public²²²⁸ (**Paragraphe 1**) et l'obligation de garantir le droit à l'obtention de la prestation de service public qu'il s'est engagé à délivrer²²²⁹ (**Paragraphe 2**).

§1 : L'obligation de garantir le droit au fonctionnement normal du service public

648- Le premier droit de l'usager du service public est le droit au fonctionnement normal du service public. La qualité d'usager du service public étant parfois refusée au détenu dans sa relation avec le service public pénitentiaire, cela impliquerait alors de lui refuser de bénéficier du droit à être détenu dans de bonnes conditions. Pourtant, quand bien même le refus de sa qualité d'usager du service public serait maintenue – bien que nous ayons démontré que cette qualité doit lui être reconnue puisqu'il en remplit les exigences -, il ne peut être nié qu'il demeure un usager de l'établissement pénitentiaire. Il demeure donc *a minima* un usager de l'ouvrage public et est, à ce titre, titulaire de droits dont le droit au

²²²⁸ CE 25 juin 1982, req. n° 19101, *Bertin, Lebon T*; CE 25 juin 1969, req. n° 69449, *Vincent, Lebon* 334. Concernant le détenu en tant qu'usager du service public pénitentiaire : V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1. L'acquisition d'un droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire (**172**)

²²²⁹ Concernant le détenu en tant qu'usager du service public pénitentiaire : V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2. Le développement d'une droit à l'obtention de la prestation de réinsertion par le détenu (**197**)

fonctionnement normal de l'ouvrage (A). Il doit donc bénéficier *a minima* de conditions de détention décentes, un droit de mieux en mieux protégé comme le prouve le développement des actions en garantie dudit droit (B).

A) Le détenu, un usager *a minima* de l'ouvrage public titulaire de droits

649- Dans ses travaux consacrés à la notion d'usager du service public, Yann DURMARQUE a observé que l'usage est « *le fondement essentiel de la notion d'usager* », mais aussi que ce fondement se retrouve autant dans la notion la notion d'usager du service public que dans celle d'usager de l'ouvrage public. Il écrit alors que « *l'usager est toute personne, qui utilise un service public ou un ouvrage public, cet usage ne l'amenant pas à participer directement à l'organisation ou au fonctionnement dudit service ou à l'accomplissement d'un travail public sur ledit ouvrage, et qui bénéficie au cours de cet usage d'une prestation, c'est-à-dire d'un avantage délivré à titre principal et à des conditions optimales de sécurité par une activité de service public, pour répondre à un besoin individuel ou dans le but de satisfaire un intérêt général objectif* »²²³⁰. Surtout, il précise que la prestation qui est délivrée à l'usager de l'ouvrage public est simplement celle « *d'aménagement et d'entretien normal que tout usager est en droit de recevoir au moment où il utilise un ouvrage public* ». Ainsi, si la question de la prestation de réinsertion délivrée au détenu par le service public pénitentiaire fait encore l'objet de débats, la prestation découlant de l'utilisation de l'établissement pénitentiaire par le détenu semble établie. Le détenu est titulaire d'un droit au fonctionnement normal de l'établissement pénitentiaire, ouvrage public (1), et donc également d'un autre droit qui en découle, celui d'obtenir réparation du fait du mauvais fonctionnement de l'ouvrage public et donc du fait des mauvaises conditions de détention (2).

²²³⁰ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, Thèse, Lille II, 1997, pp. 445-446.

1. *Le détenu, titulaire du droit à être détenu dans de bonnes conditions*

650- Les usagers de l'ouvrage public, bénéficiant de l'existence de cet ouvrage, ne peuvent pas se prévaloir de tout dommage qui résulterait de son utilisation. Le Conseil d'État rappelle qu'ils ne sont donc couverts qu'en cas de « *défaut d'entretien normal de l'ouvrage* »²²³¹, et que seul ce défaut permet d'engager la responsabilité de l'administration. Il peut être intéressant ici de rappeler qu'il s'agit d'un régime de responsabilité pour faute présumée : cela peut de prime abord paraître simplifier l'indemnisation des victimes, mais moins que le régime de responsabilité sans faute qui profite aux tiers. Autrement dit, le fait d'être usager est moins favorable que d'être tiers. Toutefois, si ce cadre peut paraître restrictif, il se révèle en réalité souple et très protecteur de l'usager. Il ouvre au détenu une possibilité d'action importante contre l'administration pénitentiaire du fait de ses conditions de détention, d'autant que le maître d'ouvrage reste seul responsable des dommages et ne peut se prévaloir des fautes commises par le maître d'œuvre²²³².

651- Tout d'abord, le juge administratif « *interprète très extensivement la notion de défaut d'entretien normal* », « *assimilant au défaut d'entretien normal les vices de conception, défaut de signalisation ou d'éclairage, voire la violation d'une consigne d'exploitation de l'ouvrage* »²²³³. En outre, il réalise une appréciation non pas subjective de la correction du comportement de l'administration, mais une appréciation objective « *du seuil d'anormalité au-delà duquel les aléas résultant de l'utilisation d'un ouvrage public ne peuvent être laissés à la charge de l'usager sans heurter*

²²³¹ CE, Sect., 24 janvier 1963, *Ville de Cannes, Lebon* 268.

²²³² CE, Ass., 26 février 2003, req. n°251172, *M. Courson*.

²²³³ J.-P. DUBOIS, *Travaux publics*, Dalloz, Juillet 2018.

le principe d'égalité devant les charges publiques »²²³⁴. Ainsi, les usagers de l'ouvrage public bénéficient, par exception au principe *auctori incumbat probatic*, d'une présomption de faute de la part de l'administration dès lors qu'ils établissent l'existence d'un préjudice causé par un mauvais entretien ou une mauvaise exploitation de l'ouvrage. Si cette présomption n'est pas irréfragable et que l'administration peut s'exonérer de sa responsabilité en établissant l'entretien normal ou l'absence de défaut d'entretien normal de l'ouvrage²²³⁵, et s'il arrive parfois que le juge utilise son pouvoir directeur de l'instruction pour aider le défendeur à apporter cette difficile preuve négative de « *l'absence de défaut d'entretien normal* »²²³⁶, l'existence de la présomption de faute s'avère très favorable à l'utilisateur, bien qu'elle laisse la possibilité à l'administration de se voir exonérer de toute responsabilité. En effet, elle est « *de nature à favoriser l'utilisateur-détenu dans la mesure où sa charge probatoire est considérablement allégée* »²²³⁷.

652- De plus, bien que la jurisprudence admette que l'administration puisse se prévaloir de la force majeure dès lors qu'elle ne pouvait pas prévoir la détérioration soudaine de l'ouvrage²²³⁸, la force majeure supposant un événement extérieur au fait administratif, imprévisible et irrésistible, est rarement reconnue. En matière pénitentiaire et lorsqu'il est question des mauvaises conditions de détention dues à la détérioration des établissements

²²³⁴ *Ibidem.* ; CE, 5 décembre 1979, *Sitbon, Lebon* 452 ; CE, 6 février 1987, *Mme Ouerdane, Lebon* 957 ; CE, 27 février 1981, *Société les assurances générales de France et autres, Lebon* 956.

²²³⁵ CAA Bordeaux, 27 février 1992, *Autoroutes du Sud de la France c. Binien Lebon* 958 ; CAA Lyon, 24 décembre 2007, *Min de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer* ; CE, Sect., 13 octobre 1972, *Caisse générale de réassurances mutuelles agricoles de l'Est et Société mutuelle d'assurance l'Auxiliaire, Lebon* 635

²²³⁶ CE, 13 février 1987, *Vieville, Lebon* 997.

²²³⁷ E. MASSAT, *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, Thèse, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2006, p. 414.

²²³⁸ CE, 10 mars 1967, *Delle Ruban c. Société de l'autoroute Esterel-Côte d'Azur, Lebon* 101 ; CAA Bordeaux, 27 février 1992, *Autoroute du Sud de la France c. Binien, Lebon* 1358

pénitentiaires et à la surpopulation carcérale, il paraît difficile pour l'administration de se prévaloir d'un cas de force majeure. Si l'administration pénitentiaire n'influe pas directement sur le nombre de détenus, les peines et leur mise à exécution relèvent du juge judiciaire, et que le fonctionnement anormal peut s'expliquer par un événement extérieur au fait administratif, qu'il peut même être jugé irrésistible, puisque l'administration, comme le juge administratif a déjà pu l'affirmer, est impuissante face à l'augmentation du nombre de détenus et n'a aucune compétence pour imposer une modification structurelle de la politique pénale²²³⁹, les mauvaises conditions de détention ne peuvent pas, en tout état de cause, être considérées comme imprévisibles. Dès lors, alléguer le cas de force majeure est irrecevable. Et, quand bien même l'imprévisibilité de l'événement pourrait susciter quelques hésitations quant à son caractère autonome, elle demeure un critère nécessaire et cumulatif à la reconnaissance de l'existence d'un cas de force majeure²²⁴⁰. C'est pour cela qu'indépendamment de l'intention fautive de l'administration pénitentiaire, dès lors qu'une atteinte à la dignité du détenu du fait de ses conditions de détention est constatée, le juge administratif retient désormais une présomption de faute²²⁴¹. Il n'a d'ailleurs pas hésité à franchir une étape supplémentaire en affirmant que les « *contraintes pesant sur le service public pénitentiaire, tant en ce qui concerne l'application des règles de sécurité que la gestion d'une situation difficile résultant de la surpopulation carcérale et de l'état du parc pénitentiaire, ne sauraient avoir pour effet d'écarter* » les dispositions du code de procédure pénale concernant la

²²³⁹ CE, 28 juillet 2017, req. n°410677 ; F. CLEMMY, « Le juge du référé liberté confronté à la carence de l'administration pénitentiaire », *JCP A.*, 2017, comm. 549.

²²⁴⁰ Alors que certaines chambres de la cour de cassation se contentaient de l'irrésistibilité, estimant que l'imprévisibilité n'était qu'un critère permettant de caractériser l'irrésistibilité (Cass. Com., 26 juin 2001, n°97-18410 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, n° 97-21-823), l'assemblée plénière a réaffirmé la conception classique de la force majeure et le caractère autonome et nécessaire du critère d'imprévisibilité (Cass. Ass. Plénière, 14 avril 2006, n°02-11-268).

²²⁴¹ J. SCHMITZ, « Responsabilité de l'État en raison des conditions de détention », *AJDA*, 2017, p. 637 .

dignité des conditions de détention²²⁴². Il a même ajouté que la faute de l'administration pénitentiaire est retenue en dépit des « *efforts mis en œuvre par l'administration dans le but d'améliorer les conditions de ses établissements et des contraintes inhérentes à l'exercice des missions qui lui sont confiées* »²²⁴³ comme du contexte de surpopulation carcérale²²⁴⁴.

653- Enfin, l'administration ne peut pas invoquer le fait du tiers pour s'exonérer de la responsabilité lorsqu'il est question du fonctionnement normal de l'ouvrage²²⁴⁵, ce qui renforce, une fois de plus, la protection de l'utilisateur de l'ouvrage public. Néanmoins, l'administration peut tenter de s'exonérer de responsabilité en prouvant la faute de la victime, une faute qu'elle n'hésite pas à rechercher et à laquelle le juge administratif est sensible²²⁴⁶. Il accepte ainsi d'exonérer totalement l'administration s'il n'existe aucun lien direct entre l'ouvrage et l'accident²²⁴⁷

654- Tous ces éléments, malgré le caractère réfragable de la présomption de faute de l'administration, démontrent un rapprochement vers un système de responsabilité sans faute des maîtres d'ouvrage envers les usagers en cas de fonctionnement anormal de l'ouvrage public. Un rapprochement qui semble confirmer les membres du Conseil d'État lorsqu'ils s'expriment

²²⁴² CAA Douai, ord., 26 avril 2012, req. n°11DA01130/11DA00455/11DA01120/11DA01096/11DA01105

²²⁴³ CAA Douai, ord., 20 juillet 2012, req. n°11DA01527

²²⁴⁴ CAA Bordeaux, 18 octobre 2011, req. n°11BX00159, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés*, AJDA 2012, p. 63 : le ministre « *ne peut utilement invoquer les contraintes liées aux missions confiées aux services pénitentiaires comme, notamment, l'obligation pour l'établissement d'accueillir les détenus qui lui sont adressés, pour exonérer l'État de sa responsabilité ou pour l'atténuer* ».

²²⁴⁵ CE, 18 mai 1973, req. n°82672, *Ville de Paris c. Dijon, Lebon*. 361

²²⁴⁶ CE, Sect., 26 juin 1992, req. n° 114728, *Cne de Béthoncourt c/ Cts Barbier, Lebon*, p. 268, concl. LE CHATELIER ; MAUGÛE et SCHWARTZ, AJDA, 1992, p. 650, ROUAULT, JCP G. 1992, p. 2187.

²²⁴⁷ CE, 20 juin 2007, req. n° 256974, *Boutin, Lebon*, p. 1047 ; CE, 26 novembre 1993, req. n° 108851, *SCI Les Jardins de Bibémus, Lebon*, p. 327.

sur cette jurisprudence²²⁴⁸ ou encore la nature des dommages qui peuvent découler du défaut de fonctionnement normal de l'ouvrage. En effet, il a longtemps été établi que les dommages accidentels, résultant d'un fait ponctuel lié à l'ouvrage public sont régis par un système de responsabilité pour faute, alors que les dommages permanents c'est-à-dire résultant de manière durable de l'absence de fonctionnement normal de l'ouvrage public sont régis par un système de responsabilité sans faute²²⁴⁹. Aujourd'hui, il est préféré une distinction du régime de responsabilité basé sur la qualité de la victime, selon laquelle l'usager serait soumis à un régime de responsabilité pour faute, mais, pour autant, le détenu souffre d'un dommage permanent lorsqu'il est question de mauvaises conditions de détention, ce dommage loin d'être ponctuel peut être subi pendant plusieurs mois voire plusieurs années. Loin de l'instantanéité de l'accident, une telle situation doit donc engendrer un système de responsabilité allégé, à l'image du système de responsabilité sans faute.

655- C'est d'ailleurs ce qu'a retenu le Conseil d'État en reconnaissant dans un premier temps que toute atteinte à la dignité humaine est de nature à engendrer un préjudice moral, sans que le requérant n'ait à se justifier davantage²²⁵⁰. Puis, en admettant que si des courtes périodes de détention passées dans des conditions de détention indignes peuvent engendrer un préjudice²²⁵¹, la durée des manquements constatés fait partie des critères à prendre compte puisqu'« *une détention très courte dans des conditions déplorables est moins dégradante qu'une détention durable dans de mauvaises conditions* »²²⁵². En effet, comme le souligne Aurélie BRETONNEAU, « *des conditions de vie indignes sont de plus en plus difficiles à supporter avec le temps* » et « *chaque instant supplémentaire de soumissions à des conditions indignes portent en germe un préjudice*

²²⁴⁸ J.-P. DUBOIS, *Travaux publics, op. cit.*

²²⁴⁹ J. PETIT, G. EVEILLARD, *L'ouvrage public*, Litec, Paris, 2009, p. 229

²²⁵⁰ CE, 5 juin 2015, req. n°370896, *Langlet*.

²²⁵¹ CE, 13 janvier 2017, req. n°389711, *Lebon*, p. 6, J. SCHMITZ, *AJDA*, 2007, p. 637.

²²⁵² Conclusions D. HEDARY sur CE, Sect., 6 décembre 2013, req. n°363290, *Thévenot, Lebon*, p. 309 ; *AJDA*, 2014, p. 237.

marginalement plus lourd que le précédent »²²⁵³. Le juge doit donc prendre en compte l'aggravation croissante du préjudice au fil du temps, ce qu'il accepte désormais de faire²²⁵⁴. Plus encore, comme l'analyse Yannick FAURE et Clément MALVERTI, « *la créance relative à la réparation d'un préjudice présentant un caractère évolutif doit être rattaché à chacune des années au cours desquelles ce préjudice a été subi* », et doit être mise en place une « *forme de séquençage du dommage conduisant à une prescription glissante d'année en année* »²²⁵⁵. Ainsi, même si le délai de prescription est atteint pour les premières années de préjudice, l'évaluation du préjudice tiendra compte du préjudice subi sur les périodes prescrites²²⁵⁶.

656- Au surplus, l'existence d'un dysfonctionnement de l'ouvrage public doit permettre la saisine du juge des référés pour qu'il puisse ordonner, en urgence, des mesures à même de faire cesser ledit dysfonctionnement. Pour autant, comme nous avons déjà pu l'observer, alors que l'article L. 991-1 du code de justice administrative permet au juge de prescrire à l'administration toute mesure qu'implique l'exécution de sa décision, celui-ci s'interdit pour l'heure de prononcer des mesures structurelles influant sur les politiques pénales²²⁵⁷. Le détenu, soumis à des conditions de détention indignes, ne peut alors qu'espérer une légère amélioration de celles-ci. Il peut également espérer une indemnisation, mais celle-ci se révèle, une fois encore, relativement faible face au préjudice subi.

²²⁵³ Conclusions A. BRETONNEAU, sur CE, 31 octobre 2018, req. n°410611, *AJDA*, 2018, p. 2187 ; *RFDA*, 2018, p. 1131.

²²⁵⁴ CE, 31 octobre 2018, req. n°410611, *AJDA*, 2018, p. 2187 ; *RFDA*, 2018, p. 1131.

²²⁵⁵ Y. FAURE, C. MALVERTI, « Conditions indignes de détention : le prix du temps », *AJDA*, 2009, p. 279.

²²⁵⁶ C'est ce raisonnement que retient le Conseil d'État le 31 octobre 2018 en faisant évoluer les montants mensuels alloués à titre d'indemnisation des mauvaises conditions en tenant compte de la période prescrite.

²²⁵⁷ CE, 28 juillet 2017, req. n°410677.

2. *Le détenu, titulaire d'un droit à réparation du fait des mauvaises conditions de détention*

657- En principe, dès lors qu'il remplit les conditions pour être indemnisé, tout dommage doit être réparé en intégralité, « *la personne qui a subi un préjudice a droit à la réparation de celui-ci, en ce sens qu'elle doit être replacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit* »²²⁵⁸. Ce principe, rappelé aussi bien par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux²²⁵⁹ que par Benoit MORNET, conseiller à la Cour de cassation ayant travaillé sur le référentiel d'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès²²⁶⁰, a pour objectif de permettre à l'indemnisation « *de compenser au mieux les effets des dommages subis* »²²⁶¹. C'est pourquoi, lorsqu'il est question de dommages qui se perpétuent dans le temps à l'image des conditions de détention indignes, le préjudice est évalué au jour du jugement et il est possible, en cas d'aggravation ou de perpétuation du préjudice, de solliciter une indemnisation complémentaire²²⁶². Pour autant, malgré de tels principes gouvernant l'évaluation de la réparation du préjudice subi, et bien que le droit à réparation du détenu du fait des conditions indignes ait été reconnu, l'indemnisation de celui-ci se révèle bien loin de remplir l'objectif fixé.

658- En effet, alors que la cour d'appel de Douai²²⁶³ n'hésite pas dès 2009 à déduire de l'existence des conditions de détention intolérables et indignes une « *atteinte au respect de la dignité inhérente à la personne humaine [entraînant], par elle-même, un préjudice moral par nature et à ce titre*

²²⁵⁸ Comité des ministres, Résolution (75)7 relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès, 14 mars 1975.

²²⁵⁹ ONIAM, *Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*, 1^{er} janvier 2018, 30 p.

²²⁶⁰ B. MORNET, *L'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès*, septembre 2018, 122 p.

²²⁶¹ ONIAM, *Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, op. cit.*, p. 3.

²²⁶² J.-P. DUBOIS, *Travaux publics, op. cit.*

²²⁶³ CAA Douai, 12 novembre 2009, req. n°09DA00782

indemnisable »²²⁶⁴, la reconnaissance de l'existence d'un préjudice moral s'avère non seulement en réalité très verrouillée, mais également insuffisante à garantir une réparation intégrale des préjudices subis. Verrouillée tout d'abord, car, comme le démontre Julia SCHMITZ²²⁶⁵ et le rappelle récemment Hafida BELRHALI, le juge tient compte des conditions particulières d'exercice des missions de l'administration pénitentiaire et instaure ainsi, depuis un arrêt du 13 janvier 2017²²⁶⁶, « *des critères restrictifs pour considérer des conditions de détention indignes* »²²⁶⁷. Insuffisante ensuite, car « *l'indemnisation ne répare pas, stricto sensu, le préjudice moral* », elle n'est qu'« *un pis-aller* »²²⁶⁸. En outre, « *l'indemnisation de la douleur morale conduit, presque irrémédiablement ; à ne jamais satisfaire le principe d'une réparation intégrale* ». Il est « *impossible de déterminer avec une précision suffisante l'étendue du dommage de l'esprit* », il est donc toujours surévalué ou sous-évalué²²⁶⁹. Au-delà du fait qu'il est question de sous-évaluation en matière pénitentiaire²²⁷⁰, une réparation plus juste suppose d'allonger la liste des préjudices découlant de l'existence de conditions de détention indignes. En effet, « *mieux rattacher chaque indemnisation aux différents préjudices gravitant autour de la douleur morale permettrait d'assurer une meilleure réparation financière tout en préservant l'essentiel, les sentiments, d'une valorisation économique peu admissible* »²²⁷¹. Plusieurs chefs de préjudices

²²⁶⁴ M.-E. BAUDOIN, C.-A. DUBREUIL, « Le juge administratif des référés et la protection de la dignité des détenus », *JCP A*, 29 mars 2010, 2112.

²²⁶⁵ *Ibidem*.

²²⁶⁶ CE, 13 janvier 2017, req. n°389711.

²²⁶⁷ H. BELRHALI, A. JACQUEMET-GAUCHE, « Trop ou trop peu de responsabilité ? Deux voix critiques deux voies », *AJDA*, 2018, p. 2055.

²²⁶⁸ S. HOURSON, « L'indemnisation de la douleur morale », *AJDA*, 2018, p. 2062.

²²⁶⁹ *Ibidem*.

²²⁷⁰ V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 - Paragraphe 2 – B – 1. L'indemnisation rapide du détenu (558). En outre, l'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès se révèle bien moins conséquente devant le juge administratif que devant le juge judiciaire comme le prouvent les référentiels respectifs de l'ONIAM et de Benoît MORNET.

²²⁷¹ S. HOURSON, « L'indemnisation de la douleur morale », *op. cit.*

semblent au demeurant envisageables tels que les souffrances endurées, les troubles dans les conditions d'existence, le préjudice d'agrément ou encore, pourquoi pas, le préjudice d'anxiété pour le simple fait de courir le risque lors de la mise sous écrou de subir des conditions de détention indignes²²⁷². L'élargissement de l'indemnisation à de nouveaux postes de préjudices donnerait en outre plus de poids au développement de nouvelles actions en justice aux mains des détenus et permettrait peut-être de faire bouger les lignes de la politique pénale afin d'assurer la garantie de conditions de détention décentes.

B) Le développement possible d'actions en garantie du respect de la dignité des conditions de détention

659- Si le détenu doit obtenir réparation du fait des mauvaises conditions de détention qu'il subit, il serait bénéfique de développer des moyens d'action plus efficaces pour garantir l'obtention d'une telle réparation. Face à un contentieux sériel et aux difficultés pratiques liées à la détention – difficultés à communiquer avec son avocat notamment –, la mise en place d'une action de groupe permettrait d'élargir le champ des requérants et donc d'obliger l'administration à agir pour garantir des conditions de détention décentes **(1)**. À défaut d'une telle procédure en droit interne, l'adoption d'un arrêt pilote par la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait imposer à

²²⁷² Comme le souligne Caroline LANTERO, le juge n'a pas hésité, dans l'affaire du Médiateur, à franchir « *une étape supplémentaire en reconnaissant l'existence d'un préjudice d'anxiété du fait de l'exposition à un risque qui ne s'est pourtant pas réalisé* » même s'il a imposé à la victime d'apporter tout élément de preuve nécessaire à la justification du préjudice invoqué. Une telle ouverture vers un nouveau type de préjudice pourrait se voir étendue au détenu, qui en l'état des conditions matérielles des établissements pénitentiaires et face à la surpopulation carcérale chronique, risque de subir des conditions de détention indignes. V. CE, 9 novembre 2016, req. n°393108 ; C. LANTERO, « Le recours banalisé aux présomptions dans le contentieux de la responsabilité », *AJDA*, 2018, p. 2067.

l'État français d'adopter les mesures nécessaires pour endiguer le phénomène de surpopulation carcérale (2).

1. La création d'actions de groupe pour les détenus

660- Depuis de nombreuses années, une réflexion sur le développement des actions collectives en droit administratif est menée, même si ce n'est qu'en 2016 que de telles actions ont enfin été instaurées par le législateur²²⁷³. Ces actions, inspirées du droit nord-américain notamment, peuvent être définies « *comme la voie de droit par laquelle un seul justiciable peut, au nom d'une catégorie de personnes dont il est reconnu habilité à porter les intérêts, demander que soit établi par un jugement ayant autorité de chose jugée, la réparation du préjudice ou les droits individuels de tous les membres de cette assemblée, tiers au procès* » ou comme « *une procédure contentieuse conduisant, à la demande d'un "requérant pilote" (test claimant) agissant pour le compte d'une catégorie prétendument lésée, au prononcé d'un jugement dont la solution s'applique à tous les justiciables relevant de cette catégorie* »²²⁷⁴. Elles ont pour avantages de permettre la réduction du phénomène des séries, c'est-à-dire des « *requêtes ayant un objet analogue et soulevant la même question de droit, présentées concomitamment devant une ou plusieurs juridictions* »²²⁷⁵ et donc d'éviter l'encombrement des tribunaux, mais aussi d'améliorer l'accès au juge pour les justiciables

²²⁷³ La question avait déjà été abordée dans les conclusions de A. BERNARD sur l'arrêt du Conseil d'État en date du 23 juin 1972, mais le Conseil d'État avait tranché le litige sans se prononcer sur la recevabilité du recours des personnes morales aux actes n'affectant que les intérêts de leurs membres. V. CE, Sect., 23 juin 1976, req. n°75048, *Syndicat des météaux CFDT des Vosges et a., Lebon 474*. S'ensuit depuis de nombreux rapports : COMMISSION DE REFORME DE L'ACCES AU DROIT ET A LA JUSTICE (Paul BOUCHET), *La réforme de l'accès au droit et à la justice*, Documentation française, 2001, p.32 ; G. CERRUTI et M. GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, Ministère de la Justice, 2005, 71 p. , Rapport de Philippe BELAVAL, *L'action collective en droit administratif*, 2009, 43 p.

²²⁷⁴ P. CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif ? », *RFDA*, 2009, p. 651.

²²⁷⁵ *Ibidem*.

notamment lorsqu'il est question de petits préjudices pour lesquels une action individuelle s'avérerait trop coûteuse.

661- Bien qu'intéressantes par ce qu'elles permettent, la transposition des actions collectives en droit français se heurte à plusieurs difficultés. Outre la volonté d'éliminer « *les travers qui conduisent à une judiciarisation excessive des rapports sociaux et donc à l'instrumentalisation du procès à des fins économiques* »²²⁷⁶, en vertu de la jurisprudence constante *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* datant de 1906²²⁷⁷, « *un groupement ne peut agir contre un acte qui ne concerne directement et individuellement que l'un ou plusieurs de ses membres, et qui n'a pas d'impact négatif sur la catégorie elle-même* »²²⁷⁸, à moins qu'il ne détienne un mandat de chacun des intéressés. Cette jurisprudence empêche donc d'appliquer la technique américaine de l'*opt-out* en vertu de laquelle une action collective peut être intentée par une personne morale et toute personne concernée est présumée se joindre à l'action, à moins de s'exclure expressément du groupe²²⁷⁹. D'autant qu'une telle possibilité a été rejetée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 25 juillet 1989 puisqu'il est venu alors rappelé que « *la liberté personnelle, qui a valeur constitutionnelle, s'oppose [...] à ce qu'une action en justice soit introduite au nom d'une personne sans qu'elle y ait donné son accord ou au moins que, informée de l'intention d'une personne morale d'introduire cette action, elle ne s'y soit pas opposée* »²²⁸⁰. Eu égard

²²⁷⁶ *Ibidem*.

²²⁷⁷ CE, 28 décembre 1906, req. n°25521, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, Lebon*.

²²⁷⁸ *Ibidem*. Le Conseil d'État a ainsi jugé : « *Considérant que les indemnités réclamées ne doivent pas profiter à l'association requérante elle-même, mais à ses membres pris individuellement ; que dès lors ladite association (...) n'a pas qualité pour présenter une telle réclamation au nom de ses membres, à défaut d'un mandat de chacun de ceux-ci* ». V. CE, 7 mai 1947, *Association des sinistrés de Ponbaud, Lebon 181*.

²²⁷⁹ P. KIPANI, « De la nécessité d'une action collective en droit administratif français, Éléments de droit comparé », *JCP G.*, 2013, doctrine 190.

²²⁸⁰ CC, 25 juillet 1989, 89-256 DC, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, *JORF* du 28 juillet 1989, p. 9501 ; B.

à la publicité nécessaire pour que toute personne potentiellement concernée soit informée de l'action et de sa possibilité de s'y opposer, seule la technique de l'*opt-in*, en vertu de laquelle toute personne qui souhaite se joindre à l'action doit se manifester, demeurerait donc envisageable en droit administratif français.

662- Moins facile à mettre en œuvre que la technique de l'*opt-out* nord-américaine, la technique de l'*opt-in* offre néanmoins une avancée considérable en droit administratif. En principe, dans cette matière, chacun des administrés ayant subi un préjudice ou ayant vu ses droits bafoués doit lui-même déposer un recours à moins de confier à un tiers un mandat de représentation. À défaut, une personne morale ne peut former un recours pour excès de pouvoir que pour la défense d'un intérêt collectif et celui-ci, s'il est fondé, ne pourra aboutir qu'à la disparition de l'acte litigieux, mais aucunement à l'indemnisation des membres du groupement atteints dans leurs droits individuels²²⁸¹. Ces procédures de droit commun ne permettent donc aucunement de lutter contre les contentieux sériels qui se sont pourtant développés depuis plusieurs années. Par ailleurs, les tentatives de mutualisation des informations sur les séries au sein des tribunaux et de mise en place d'arrêts pilotes pour guider les affaires similaires développées à la fin des années 1990 et au début des années 2000 n'ont donné que peu de résultats²²⁸². Face à de tels échecs, le législateur a donc finalement fait entrer l'action de groupe dans le droit administratif lors de l'adoption de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du

GENEVOIS, « [Note sous décision n°89-256 DC] », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, p. 473.

²²⁸¹ V. CE, 29 juillet 2002, req. n° 141112, *Griesmar, Rec.*, 2002, p. 284 ; *AJDA*, 2002, p. 823 ; CE, ord., 29 octobre 2008, req. n° 321413/321705/ 321774, *Association Cap 21 et autres.* ; CE, ord., 9 décembre 2005, req. n° 287777, *Mme Allouache et a.* ; *Dr. Adm* ; 2006, p. 1 ; CE, Sect., 18 janvier 2013, req. n° 354218, *Syndicat de la magistrature*, M. TOUZEIL-DIVINA ; *JCP A.*, 2013, p. 70.

²²⁸² P. CASSIA, « Vers une action collective en droit administratif ? », *op. cit.*

XXI^{ème} siècle²²⁸³. Cette nouveauté présente de nombreux intérêts pratiques, mais elle se révèle toutefois limitée puisqu'elle est réservée à des domaines particuliers mentionnés à l'article L. 77-10-1 du code de la justice administrative, à savoir la lutte contre les discriminations, les dommages environnementaux, le traitement des données personnelles et les questions de santé publique. Pour autant, ces différents domaines relèvent d'une procédure identique, « *une sorte de "loi cadre" [fournissant] un socle commun à l'action de groupe* » afin de permettre à de nouvelles actions de groupe potentielles de se greffer à cette procédure. Une action des détenus à l'encontre du service public pénitentiaire en raison du caractère indigne des conditions de détention pourrait donc être envisagée à l'avenir en raison de son caractère sériel et de la multiplication des recours en raison de l'augmentation constante de la surpopulation carcérale. Elle faciliterait grandement la protection des droits des détenus pour qui il est complexe d'intenter des recours face aux difficultés de contacter son avocat et de préparer sa défense, mais aussi face au traitement des détenus procéduriers en détention qui sont souvent mal perçus par l'administration. Au demeurant, cette possibilité pourrait être confiée à des associations déjà existantes à l'image de l'Observatoire internationale des prisons ou encore l'Association des Avocats pour la Défense des Droits des détenus (A3D), aux différents barreaux français ou encore à des autorités administratives indépendantes telles que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ou le Défenseur des droits.

663- Sur la forme, l'article L. 77-10-3 du code de justice administrative énonce que « *lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur* » puis ajoute que « *cette action peut être exercée en vue de la cessation du*

²²⁸³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1), JORF du 19 novembre 2016.

manquement [...], soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices, soit de ces deux fins ». Ainsi, bien que l'article L. 77-10-1 limite l'action de groupe à des domaines préfixés, cette définition apparaît « *en raison de la généralité des termes employés, extrêmement accueillante : toute personne, tout dommage, tout manquement de même nature peuvent en relever* »²²⁸⁴. On peut en déduire qu'elle appelle au développement des actions de groupe dans le futur et le contentieux des conditions de détention indignes n'aurait aucune difficulté à entrer dans le champ d'application de cet article. En outre, l'article L. 77-10-4 dispose que peuvent intenter une action de groupe les associations agréées ou les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins et dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte, ce qui là encore ne poserait pas de difficultés dans le contentieux qui nous intéresse.

664- Sur le recours en lui-même, il présenterait une fois encore de nombreux intérêts en matière pénitentiaire. Dans un premier temps, la personne ayant qualité pour agir doit mettre en demeure celle à l'encontre de laquelle elle envisage d'agir par la voie de l'action de groupe de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis²²⁸⁵. Puis, à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la réception de la mise en demeure, elle peut saisir le juge administratif. Celui-ci détient alors des pouvoirs importants. Il peut enjoindre à la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public de cesser ou de faire cesser le manquement constaté, mais également de prendre toutes les mesures utiles à cette fin, dans un délai qu'il fixe et sous astreinte²²⁸⁶. Enfin, concernant l'indemnisation en elle-même, le législateur s'est inspiré de la procédure existant en droit de la consommation²²⁸⁷ et a

²²⁸⁴ X. DOMINO, « Innovation : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA*, 2017, p. 19.

²²⁸⁵ Article L. 77-10-5 du CJA

²²⁸⁶ Article L. 77-10-6 du CJA

²²⁸⁷ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation*, *JORF* du 18 mars 2014, p. 5400.

instauré une procédure en deux phases. Dans un premier temps, le juge statue sur la responsabilité du défendeur puis, le cas échéant, définit le groupe de personnes à l'égard desquelles elle est engagée, les critères de rattachement au groupe, les préjudices susceptibles d'être indemnisés et les délais dans lesquels les personnes répondant aux critères de rattachement et souhaitant se prévaloir du jugement de la responsabilité pour obtenir réparation de leur préjudice peuvent adhérer au groupe²²⁸⁸. Afin de protéger efficacement les administrés et de leur permettre de se prévaloir de ce jugement en responsabilité, le défendeur reconnu responsable doit adopter les mesures de publicité les plus adaptées. Au surplus, une information contenant tous les éléments précités est mise en ligne sur le site du Conseil d'État. Puis, dans un second temps, une procédure d'indemnisation est mise en œuvre. Précisons toutefois que tout appel est suspensif « *afin d'éviter des versements et contre-versements en trop grand nombre* »²²⁸⁹.

665- Cette action de groupe, telle qu'elle a été pensée, se veut protectrice des administrés. L'objectif est de les informer le mieux possible de leurs droits et de faciliter leur recours devant le juge administratif. En outre, le juge administratif dispose de pouvoirs étendus face à l'organisme jugé responsable ce qui montre qu'il « *s'affirme comme un juge dont les pouvoirs sont diversifiés pour s'adapter au mieux aux difficultés qu'il a à résoudre et vider le mieux possible les litiges dont il est saisi* »²²⁹⁰, toujours dans ce souci de protection. Étendre cette possibilité aux détenus connaissant des conditions indignes poursuivrait des objectifs similaires puisque cela préviendrait l'engorgement des tribunaux tout en assurant aux détenus ayant souvent des difficultés à saisir le juge, de faire valoir leurs droits et d'obtenir une indemnisation pour les préjudices subis. Dans cette attente, une autre action peut toutefois avoir un effet équivalent, et peut-être même imposer la création de l'action de groupe pour le contentieux sériel des mauvaises

²²⁸⁸ X. DOMINO, « Innovation : la médiation et l'action collective en droit administratif », *op. cit.*

²²⁸⁹ *Ibidem.*

²²⁹⁰ *Ibidem.*

conditions de détention. Il s'agit de la procédure de l'arrêt pilote de la Cour européenne des droits de l'Homme.

2. *L'adoption d'un arrêt pilote par la Cour européenne des droits de l'Homme*

666- Depuis qu'elle a inséré, le 2 février 2011, un article 61 dans son règlement, la Cour européenne des droits de l'Homme « *peut décider d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote et adopter un arrêt pilote lorsque les faits à l'origine d'une requête introduite devant elle révèlent l'existence, dans la Partie contractante concernée, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues* ». Cette nouvelle procédure a pour « *but de traiter de grands groupes d'affaires identiques tirant leur origine d'un même problème sous-jacent* » à l'aide d'un seul arrêt et présente donc de nombreux avantages²²⁹¹. En effet, dès lors que la Cour décide « *d'office ou à la demande de l'une ou des deux parties* » d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote, la requête bénéficie d'un « *traitement prioritaire* »²²⁹². La Cour va alors « *déterminer s'il y a eu violation de la Convention* » et, le cas échéant, « *identifier le dysfonctionnement de la législation interne qui est à l'origine de la violation* », « *donner des indications claires au Gouvernement quant à la manière d'éliminer ce dysfonctionnement* » et « *susciter la création d'un recours interne apte à s'appliquer aux affaires similaires [...] ou au moins conduire au règlement de toutes les affaires de ce type pendantes devant la Cour* »²²⁹³. En outre, elle pourra « *fixer [...] un délai déterminé pour l'adoption [desdites] mesures* » et « *ajourner l'examen de toutes les requêtes procédant des mêmes motifs dans l'attente de l'adoption des*

²²⁹¹ CEDH, Note d'information du greffier, *La procédure de l'arrêt pilote*.

²²⁹² Article 61-2 du règlement de la CEDH

²²⁹³ *Ibidem.* ; Article 61-3 du règlement de la CEDH

mesures »²²⁹⁴. Elle va aussi « *aider les autorités nationales à éliminer le problème systémique mis en évidence* », et ainsi permettre une mise en adéquation du droit national avec les exigences de la Convention, tout en assurant une meilleure protection des requérants qui « *obtiendront plus rapidement un redressement si un recours effectif est mis en place au niveau national que si chaque affaire est traité individuellement à Strasbourg* »²²⁹⁵. Au demeurant, pour assurer un redressement aux requérants, « *si la partie contractante concernée ne se conforme pas au dispositif de l'arrêt pilote, la Cour, sauf décision contraire, reprend l'examen des requêtes qui ont été ajournées* »²²⁹⁶.

667- En raison de l'intérêt que présente l'arrêt pilote, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas hésité à l'utiliser dès son adoption, notamment en matière pénitentiaire. Elle a, le 10 janvier 2012, rendu un arrêt pilote contre la Russie pour qu'elle remédie aux conditions de détention inadéquates de ses prisons et mette en place des mesures préventives de règlement des litiges²²⁹⁷. Elle a également rendu un arrêt similaire à l'encontre de la Bulgarie²²⁹⁸ puis de la Hongrie²²⁹⁹. Aussi, elle n'a pas hésité le 8 janvier 2013 à condamner l'Italie en raison du caractère structurel de la surpopulation endémique de ses prisons²³⁰⁰, situation similaire en de nombreux points à celle que connaît la France aujourd'hui. Bien que la Cour ait jugé récemment dans l'affaire *Yengo c. France*²³⁰¹ que le pouvoir d'injonction du juge des référés en cas de conditions de détention

²²⁹⁴ Article 61-4 et 61-6 du règlement de la CEDH.

²²⁹⁵ CEDH, *Note d'information du greffier, La procédure de l'arrêt pilote*.

²²⁹⁶ Article 61-8 du règlement de la CEDH

²²⁹⁷ CEDH, 10 janvier 2012, req. n°42525/07, 60800/08, *Anayev et autres. c. Russie*.

²²⁹⁸ CEDH, 27 janvier 2015, req. n° 36925/10, 21487/12, 72893/12 ; *Neshkov et a. c. Bulgarie*.

²²⁹⁹ CEDH, 10 mars 2015, req. n°14097/12, 45135/12, 73712/12, et al., *Varga et autres c. Hongrie*.

²³⁰⁰ CEDH, 27 mai 2013, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani et autres c. Italie*.

²³⁰¹ CEDH, 21 août 2015, req. n°50494/12, *Yengo c. France*.

indignes serait un recours préventif satisfaisant, eu égard aux limites inhérentes au recours en référé et rappelées par le juge administratif – la possibilité d’adopter uniquement des mesures urgentes et provisoires et l’impossibilité d’adopter des mesures structurelles ²³⁰², ce recours se révèle insatisfaisant et insuffisant pour endiguer la surpopulation carcérale et remédier aux conditions de détention indignes que connaissent les prisons françaises. La menace d’une condamnation par un arrêt pilote plane donc sur la France qui aurait donc tout intérêt à s’inspirer des mesures imposées à l’Italie par la Cour.

668- Dans l’affaire *Torreggiani et autres c. Italie*, pour lutter contre la surpopulation carcérale endémique existante, le Cour européenne des droits de l’Homme a encouragé l’Italie « à réduire le nombre de personnes incarcérées, notamment en appliquant des mesures punitives non privatives de liberté et en réduisant au minimum le recours à la détention provisoire »²³⁰³. Elle a d’ailleurs rappelé les recommandations du comité des ministres existant en la matière et préconisant le développement des alternatives à la détention²³⁰⁴ et la nécessité d’instaurer en droit interne un recours préventif et un recours compensatoire complémentaires. Suite à cette condamnation, les réponses de l’Italie ne se sont pas fait attendre. Elle a adopté deux décrets-lois successifs en juillet et décembre 2013²³⁰⁵ et elle a transmis son plan d’actions au comité des ministres chargé du suivi de l’exécution des arrêts²³⁰⁶. Ce plan d’action « regroupe les différentes mesures que l’État envisage d’adopter pour la résolution du problème » à savoir « l’adoption de mesures législatives en matière de politique pénale

²³⁰² V. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2 – B – 2. L’amélioration insuffisante des conditions de détention (**564**)

²³⁰³ CEDH, 27 mai 2013, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani et autres c. Italie*, §94.

²³⁰⁴ Comité des ministres, Recommandation R(99)22 *concernant le surpeuplement des prisons et l’inflation carcérale*, 30 septembre 1999.

²³⁰⁵ Décret loi du 1^{er} juillet 2013 n°78/2013 ; Décret loi du 23 décembre 2013 n°146/2013.

²³⁰⁶ Secrétariat général du Comité des ministres DH-DD (2013) 1368, *Plan d’action du 29 novembre 2013 en application de l’arrêt Torreggiani et autres c. Italie*

limitant le recours à l'enfermement, la construction et la rénovation des établissements pénitentiaires, l'instauration de mesures visant à réorganiser la vie en détention et enfin la création de recours juridictionnels préventifs et compensatoires »²³⁰⁷. Concrètement, l'Italie a adopté à la fois des « mesures visant à réduire le recours à l'enfermement » afin « d'infléchir la croissance carcérale en maîtrisant le flux des personnes entrant en détention et de réduire la surpopulation en diminuant la durée de la détention et en permettant la sortie anticipée des personnes détenues »²³⁰⁸ et des « mesures visant à garantir l'effectivité des droits » en instaurant un recours préventif et un recours compensatoire²³⁰⁹. Le recours compensatoire nommé “remedi risar citori”, de par son originalité, se révèle particulièrement intéressant. En effet, « il permet une réparation du préjudice en nature lorsque cela est possible, en cas de détention contraire à la dignité humaine » et cette réparation se traduit par la possibilité pour les détenus d'obtenir un jour de réduction de peine pour dix jours de détention contraire à l'article 3 de la Convention²³¹⁰. Elle a ainsi également pour effet de réduire la durée de détention, autre moyen de diminuer la surpopulation carcérale. Enfin, une autre des réponses apportées par l'Italie s'avère particulièrement pratique. Il s'agit de la création d'un système informatique de suivi en temps réel de l'espace et de la population carcérale. Il « permet de connaître la situation de chaque détenu dans sa cellule et de réaffecter les détenus dans les établissements, le but étant qu'aucun d'entre eux ne souffre plus d'un espace inférieur à 3m² »²³¹¹ et donc au juge de mieux orienter les détenus que ce soit lors de leur primoaffectation ou lors de leur

²³⁰⁷ S. GALLUT, « L'efficacité des mesures juridiques italiennes mises en œuvre à la suite de l'arrêt pilote Torreggiani », *AJ Pénal*, 2018, p. 349.

²³⁰⁸ L'Italie a ainsi favorisé les alternatives à la détention et développé les possibilités d'exécuter la peine privative de liberté à l'extérieur des établissements pénitentiaires. Elle a également facilité la sortie de détention à l'aide d'aménagements de peine ou de réductions de peines.

²³⁰⁹ S. GALLUT, « L'efficacité des mesures juridiques italiennes mises en œuvre à la suite de l'arrêt pilote Torreggiani », *op. cit.*

²³¹⁰ *Ibidem.*

²³¹¹ *Ibidem.*

transfert. Alors que, face à l'incapacité de l'État français à résorber la surpopulation carcérale, une demande d'arrêt pilote à son encontre est pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme, ces solutions innovantes présentent un intérêt tout particulier.

669- Le 12 juin 2016, plusieurs requêtes ont été déposées devant la Cour européenne par l'A3D (Avocats pour la défense des droits des détenus), le Conseil national des barreaux, l'ordre des avocats du barreau de Lyon, Marseille, Paris et Rennes, et le syndicat des avocats de France afin que la Cour prononce un arrêt pilote pour inciter « *les autorités internes à mener à bien les projets de réforme concernant les missions et les conditions de fonctionnement des établissements pénitentiaires, en rappelant l'impératif incontournable de la réduction de la surpopulation pénitentiaire et du respect des engagements internationaux de la France* » et les inviter « *à élaborer une stratégie globale de lutte contre la surpopulation carcérale, assortie d'une série de mesures convergentes de nature à infléchir les évolutions des statistiques pénitentiaires* »²³¹². Ces requêtes se basent sur le caractère structurel de la surpopulation dans les établissements pénitentiaires français, comme le démontre la répétition des mêmes constats et des mêmes recommandations par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté²³¹³. Elles soulignent l'absence d'effet suffisant de la promotion des peines dites alternatives et de la construction de places supplémentaires tout en démontrant que la surpopulation carcérale a des incidences importantes sur les droits de la défense des prévenus comme sur le droit de l'application des peines. Il s'avère effectivement que « *les conditions de détention dégradées ainsi que la surpopulation carcérale constituent de réels obstacles dans l'accès par la personnes détenue*

²³¹² CEDH, *Tierce intervention, A3D, Conseil national des barreaux, Ordres des avocats au Barreau de Lyon, Marseille, Paris et Rennes, et Syndicat des avocats de France, Affaire J.M.B. et autres c. France*, 12 juin 2016 ; CEDH, *Tierce intervention, A3D, Conseil national des barreaux, Ordres des avocats au Barreau de Lyon, Marseille, Paris et Rennes, et Syndicat des avocats de France, Affaire FR et autres c. France*, 12 juin 2016

²³¹³ CGLPL, *Rapport d'activité 2015*, Dalloz, 2016, p. 5.

condamnée à des aménagements de peine »²³¹⁴. Elles limitent l'accès aux activités hors cellule pourtant essentielles pour démontrer la volonté de réinsertion prise en compte dans les aménagements de peine et dans les réductions de peine supplémentaires, l'accès aux surveillants pénitentiaires dont le nombre est calculé en fonction du nombre de places de l'établissement et non du nombre de détenus, l'accès aux services pénitentiaires d'insertion et de probation ou encore l'accès au juge. Elles entraînent, en outre, une augmentation de la violence et accélèrent la désocialisation induite par la privation de liberté, allant à l'encontre des objectifs de la peine. Si les requêtes soulignent l'existence de mesures marginales par lesquelles les juges prennent en compte la situation d'incarcération dans leurs jugements²³¹⁵, elles mettent aussi en exergue leurs limites et la nécessité de « *mesures structurelles pour limiter les atteintes portées à la dignité humaine des personnes détenues* »²³¹⁶.

670- Quoi qu'il en soit, que l'État français anticipe une éventuelle condamnation de la Cour ou attende qu'elle l'oblige à sortir de l'inertie dont il fait preuve, il est important de tenir compte de l'exemple italien dans le choix des mesures à adopter. Car, si nombre de ces mesures sont particulièrement intéressantes en raison de leur caractère innovant, comme l'explique Solène GALLUT, elles ont rapidement montré leurs limites. Elles ont fait preuve d'une « *efficacité relative* » puisque « *si la surpopulation carcérale a connu une baisse très importantes dans les années qui ont suivi l'arrêt Torreggiani, elle est de nouveau en hausse depuis 2016* »²³¹⁷. Le taux

²³¹⁴ CEDH, *Tierce intervention*, *op. cit.*

²³¹⁵ Par exemple, la cour d'appel de Montpellier a jugé que « *la situation de surpopulation carcérale est susceptible, d'une part de soumettre l'appelant à des conditions de détention indignes contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et perturberait, d'autre part, l'efficacité de la peine privative de liberté à laquelle il a été condamné* », mais cet exemple reste très marginal. V. CA Montpellier, CHAP, 18 juin 2014, req. n°14/00566.

²³¹⁶ CEDH, *Tierce intervention*, *op. cit.*

²³¹⁷ S. GALLUT, « *L'efficacité des mesures juridiques italiennes mises en œuvre à la suite de l'arrêt pilote Torreggiani* », *op. cit.*

de récidive demeure élevé, tout comme le nombre de personnes détenues en attente de jugements et les facteurs conjoncturels « *comme le changement des pratiques policières et judiciaires sous l'effet du poids de l'opinion publique et des tendances au populisme pénal* » ne permettent plus à ces mesures de lutter efficacement et de manière pérenne contre la croissance carcérale²³¹⁸. Les réformes initiées montrent ici leurs limites, tout comme le manque de moyens humains et financiers pour les mener à terme. Pour éviter un même échec, la France, qui observe des problématiques similaires, doit « *tirer les enseignements de l'expérience italienne* » et entreprendre « *une réflexion plus approfondie sur la place de la prison dans le système pénal* » en réalisant « *une vue d'ensemble du problème de la surpopulation carcérale* », autant d'éléments qui ont fait défaut à l'Italie se voyant dans l'obligation d'agir en urgence²³¹⁹. Seule cette réflexion globale permettra à la France de garantir aux détenus des conditions de détention dignes et l'obtention de la prestation de réinsertion, mission essentielle de la peine privative de liberté et seul moyen efficace de lutter à long terme contre la récidive et donc contre la croissance carcérale.

§2 : L'obligation de garantir le droit à l'obtention de la prestation

671- L'utilisateur du service public se définit comme tel du fait de la relation qu'il entretient avec le service public. Il est entré en relation avec ce dernier pour se voir délivrer une prestation. Cette prestation est au cœur de la relation existant entre l'utilisateur et le service public et, si l'utilisateur doit respecter les conditions d'entrée en relation avec le service public et le règlement de celui-ci, le service public doit alors respecter lui aussi ses engagements. Il se trouve dans l'obligation de fournir la prestation promise **(A)** et doit donc, pour remplir cet objectif, assurer la continuité du service public jusqu'à la délivrance effective de cette prestation **(B)**.

²³¹⁸ *Ibidem.*

²³¹⁹ *Ibidem.*

A) L'obligation de fournir la prestation promise

672- Comme nous l'avons énoncé précédemment²³²⁰, « *le droit essentiel au statut de l'usager* » est le droit à l'obtention de la prestation²³²¹ (1). De ce fait, l'usager du service public détient également, en principe, le droit au maintien de son statut d'usager jusqu'à la délivrance effective de cette dernière (2).

1. Le droit de l'usager à l'obtention de la prestation

673- Le droit à l'obtention de la prestation est un droit objectif de l'usager du service public qui est au fondement même de sa relation avec le service public. Toutefois, nous l'avons relevé également, il est nécessaire de distinguer les services publics ayant l'obligation de délivrer une prestation de ceux délivrant une prestation supplémentaire à titre accessoire à leur mission principale, cette distinction engendrant des conséquences notables sous l'angle des droits de l'usager. En effet, dans le premier cas, « *le service est obligé d'accorder la prestation à tout candidat usager qui le demande – et qui remplit les conditions exigées –* », dans le second cas, l'attribution de la prestation n'étant plus qu'une simple faculté, « *le service n'a pas l'obligation de l'accorder; il jouit d'un pouvoir discrétionnaire, l'usager ne peut avoir de droits* »²³²². L'usager bénéficiant uniquement d'une « *faveur* » ne saurait jouir du droit à la prestation de service public, il n'est qu'« *un usager anormal ou exceptionnel* », sa qualité d'usager demeurant « *précaire* »

²³²⁰ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 2. Le développement d'un droit à l'obtention de la prestation de réinsertion par le détenu (377)

²³²¹ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1997, p. 245

²³²² J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, Thèse, Bordeaux, 1967, pp. 132-133.

et révocable », incomplète²³²³. Ainsi, la responsabilité de l'administration ne pourrait être engagée pour défaut de délivrance de la prestation, celle-ci étant optionnelle et ne générant aucun droit à.

674- À l'inverse, lorsque la délivrance de la prestation s'avère être la mission principale du service public, l'utilisateur détient alors un droit à la fourniture de la prestation promise. Il a, à ce titre, non plus seulement un droit objectif à la prestation, mais un droit subjectif qui se traduirait, selon Roger BONNARD, par « *le pouvoir d'exiger* » le fonctionnement normal du service public et l'obtention de la prestation due²³²⁴. Ce pouvoir reste néanmoins conditionné par les rapports existants entre l'utilisateur du service public et l'administration. L'administration doit avoir une obligation juridique à l'égard de l'utilisateur et cette obligation doit être établie en tenant compte, non seulement de l'intérêt général, mais aussi d'intérêts particuliers individualisés de l'utilisateur²³²⁵.

675- Concernant l'utilisateur détenu du service public pénitentiaire, bien que sa situation se révèle une fois encore ambivalente, force est de constater que la réinsertion est, si ce n'est la mission principale du service public pénitentiaire, l'une des missions principales de celui-ci, et que la prestation de réinsertion tient compte non seulement de l'objectif global de sécurité, mais également des intérêts particuliers de chaque détenu pour permettre un retour réussi dans la société libre. L'existence d'une peine individualisée lors de son prononcé puis lors de son exécution *via* le projet individuel d'exécution de peine conforte donc l'idée selon laquelle le détenu devrait bénéficier d'un droit à l'obtention de la prestation de réinsertion. Le détenu devrait donc, en outre, bénéficier du droit au maintien de sa qualité d'utilisateur du service public jusqu'à la délivrance pleine et entière de la prestation due.

²³²³ *Ibidem*.

²³²⁴ Cité par J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'utilisateur du service public administratif, op. cit.*, p. 141.

²³²⁵ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'utilisateur du service public administratif, op. cit.*, p. 141.

2. *Le droit au maintien de la qualité d'usager jusqu'à l'obtention de la prestation*

676- Selon Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « *le droit au maintien de la qualité d'usager doit [...] s'entendre comme le droit de rester usager jusqu'à réception intégrale des prestations prévues par la loi et constituant l'objet même du service sauf exclusion réglementaire ou décision volontaire de l'usager* »²³²⁶. Ainsi, si la prestation n'a pas été délivrée, la qualité d'usager du service public ne peut se perdre que sous certaines conditions. Soit elle est retirée pour des raisons disciplinaires, soit l'administré ne remplit plus les conditions nécessaires pour pouvoir en bénéficier, soit l'usager ne souhaite pas ou plus l'obtention de la prestation à laquelle il a droit²³²⁷.

677- Il n'est « *pas toujours aisé de préciser l'intensité concrète de ce droit de l'usager* »²³²⁸, surtout dans le cadre particulier du détenu, usager du service public pénitentiaire. En effet, concernant la prestation de réinsertion, elle nécessite, pour être effective, un acte de volonté de la part du détenu sinon elle ne peut être délivrée pleinement. Ainsi, bien qu'imposée par le législateur qui donne pour rôle à la peine de réinsérer, cette prestation va pouvoir être refusée par le détenu. Mais, ce refus, sera lourd de conséquences puisque le détenu ne sera alors plus qu'assujéti au service public pénitentiaire et soumis aux prescriptions sécuritaires. Il perdra alors le bénéfice des droits de l'usager du service public simultanément à la perte du droit à l'obtention de la prestation, ces droits étant conditionnés par l'existence d'une prestation de service public. Toutefois, le refus du détenu sera difficile à évaluer et à être jugé comme définitif puisque la peine s'inscrit dans un laps de temps parfois long, permettant au détenu d'évoluer et de changer. Seule une renonciation expresse au droit à la réinsertion pourrait alors permettre une protection suffisante de celui-ci.

²³²⁶ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, op. cit., pp. 57-58.

²³²⁷ *Ibid.*, pp. 55-58.

²³²⁸ *Ibid.*, p. 58

678- Ensuite, concernant le retrait de la qualité d'usager pour des raisons disciplinaires, cela s'avère complexe dans le cadre pénitentiaire. Si la sanction disciplinaire peut priver le détenu de certains outils utiles à la réinsertion (déclassement d'emploi, interdiction de parloirs...), elle ne peut le priver de la prestation de réinsertion dans son ensemble sans le priver de tout espoir de libération. Toute peine ayant une fin, il demeure obligatoire pour l'administration de préparer la sortie de détention pour éviter tout risque de récidive. La privation de prestation à titre disciplinaire ne peut donc être que temporaire et partielle, il s'agirait ici plutôt d'une suspension de prestation pour cause disciplinaire.

679- Enfin, quant à la condition que le détenu respecte les conditions exigées par le service pour obtenir la prestation, là encore des particularités apparaissent. Le détenu qui achève sa peine et quitte l'établissement pénitentiaire remplit-il encore les conditions nécessaires pour être reconnu en tant qu'usager du service public pénitentiaire ? Si l'acte d'écrou et la privation de liberté sont nécessaires non, d'autant plus s'il sort de détention sans aménagement de peine. Pour autant, sa sortie de détention signifie-t-elle que la prestation de réinsertion a bel et bien été délivrée ? Rien n'est moins sûr et la réinsertion ne pourra s'observer qu'une fois le détenu dehors. Il devrait donc, s'il le souhaite, pouvoir continuer à bénéficier du statut d'usager du service public jusqu'à la délivrance effective de la prestation et donc continuer à bénéficier du principe de continuité du service public. Mais là encore surgissent des questions quant aux modalités d'évaluation de la délivrance de la prestation. Doit-on attendre la réhabilitation de l'ex-détenu pour estimer que la prestation a bien été délivrée ? Et le détenu peut-il jusqu'à ce moment demeurer usager du service public pénitentiaire ?

B) La continuité du service public jusqu'à la délivrance de la prestation

680- La continuité du service public est, selon René CHAPUS, « *sans doute le principe pour lequel la doctrine classique a eu le plus de*

considération »²³²⁹. Il a d'ailleurs été reconnu en tant que principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel²³³⁰ et en tant que principe fondamental par le Conseil d'État²³³¹. Cette qualification s'explique par l'origine du principe de continuité du service public. Il n'est qu'« *une transposition du principe de la continuité de l'État au niveau administratif* »²³³² or la continuité de la vie nationale est l'un des principes clés de système juridique étatique²³³³. Essentielle politiquement comme socialement, la règle de la continuité du service public est donc devenue « *l'essence même du service* »²³³⁴ et a acquis un caractère contraignant. Non seulement le service public ne peut être supprimé que sous certaines conditions strictes, il doit, s'il fonctionne, le faire de manière continue. Cette obligation du service public envers l'usager est d'ailleurs l'une des expressions du droit au fonctionnement normal du service qui lui a été reconnu (1). Dans le cadre du service public pénitentiaire, une telle obligation impose un suivi régulier du détenu jusqu'à la réalisation de la mission du service public et donc jusqu'à la réinsertion de ce dernier (2).

²³²⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général, Tome 1, 13^{ème} éd.*, Montchrestien, 1999, p. 580.

²³³⁰ CC, 25 juillet 1979, n°79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, *JORF* du 27 juillet 1979, p. 33 ; D. TURPIN, « Le droit de grève face à un nouveau principe à valeur constitutionnelle », *Droit social*, 1980, p. 441 ; M. PAILLET, « [Note sous décision n°79-105 DC] », *D.*, 1980, p. 101 ; H.-C. BEGUIN, « [Note sous décision n°79-105 DC] », *JCP G.*, 1981, p. 19457 ; L. FAVOREU, « [Note sous décision n°79-105 DC] », *RDP*, 1979, p. 1705 ; L. HAMON, « Grève et continuité du service public : mirage de la conciliation ou modalité de l'arbitrage ? », *D.*, 1980, p. 336 ; P. AVRIL, « [Note sous décision n°79-105 DC] », *Pouvoirs*, 199, p. 196 ; A. LEGRAND, « [Note sous décision n°79-105 DC] », *AJDA*, 1980, p. 191.

²³³¹ CE, 13 juin 1980, req. n°17995, *Mme Bonjean*, Lebon.

²³³² G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 2^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 512.

²³³³ CC, 30 décembre 1979, n°79-111 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à continuer à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants*, *JORF* du 31 décembre 1979, p. 39.

²³³⁴ Conclusions TARDIEU, CE, 7 août 1909, req. n°37317, *Winkell*, Lebon.

1. *Une obligation tirée du droit au fonctionnement normal du service*

681- Chaque usager du service public acquiert un droit au fonctionnement normal du service public du fait de la relation particulière qu'il entretient avec lui²³³⁵. Le principe de continuité du service public en est l'expression. En effet, la « *bonne administration* »²³³⁶ s'exprime par la régularité du fonctionnement du service public, par la régularité de la délivrance de la prestation promise et due à l'usager. Ainsi, « *si l'usager ne peut avoir droit à un service parfait, au moins doit il pouvoir régulièrement accéder au service* »²³³⁷ et le service public doit être à même d'« *offrir la prestation selon des conditions normales* »²³³⁸. C'est à cette fin d'ailleurs que l'autorité responsable d'un service public doit en assurer le fonctionnement en toutes circonstances, sauf cas exceptionnel de force majeure, sous peine de voir sa responsabilité engagée sur le fondement de la faute²³³⁹. Plus qu'un droit au fonctionnement normal du service public, il s'agit alors de la consécration pour les usagers d'un droit au fonctionnement régulier du service²³⁴⁰. Cela « *signifie que l'accès au service doit être assuré de façon satisfaisante, que le service doit fonctionner de manière ponctuelle et régulière, qu'il ne peut être interrompu sans raison majeure de manière anticipée* »²³⁴¹. Une obligation qui se traduit en outre par l'encadrement rigoureux du droit de

²³³⁵ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 2 – Paragraphe 1 - L'acquisition d'un droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire (358)

²³³⁶ CE, 17 mars 2006, req. n°279822.

²³³⁷ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public, op. cit.*, p. 570.

²³³⁸ *Ibidem*.

²³³⁹ CE, 10 janvier 1902, req. n°94624, *Compagnie nouvelle du gaz Déville-lès-Rouen, Lebon* ; CE 30 mars 1916, req. n°59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Lebon*.

²³⁴⁰ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public, op. cit.*, p. 572.

²³⁴¹ *Ibid.*, p. 576

grève dans les services publics. S'il est aujourd'hui reconnu²³⁴², même en cas de grève, les prestations doivent être allouées aux usagers. De plus, même si dans la mesure où la grève répond à l'exercice d'un droit, il n'est pas certain que l'interruption de la prestation qui en résulte puisse engager la responsabilité du gestionnaire du service, quand bien même elle serait à l'origine de dommages particuliers pour l'utilisateur²³⁴³. Néanmoins, si le dommage outrepassé les charges normales que l'utilisateur est en mesure de supporter, il peut espérer obtenir réparation²³⁴⁴.

682- Pour autant, et quand bien même l'état du droit semble être protecteur de l'utilisateur, le service public pénitentiaire peine à assurer le droit au fonctionnement normal du service public au détenu. Du fait de la vétusté des établissements et de la surpopulation carcérale, il n'arrive pas à fournir à chaque détenu des conditions de détention décentes et n'est pas en mesure d'assurer de manière régulière les prestations nécessaires à la réalisation de l'objectif de réinsertion de la peine. Il n'est pas capable de mettre en place un projet d'exécution de peine réellement individualisé, faute de pouvoir assurer de nombreuses activités au sein des différents établissements, et n'est pas capable de réaliser un suivi régulier de ce projet²³⁴⁵. Le principe de continuité du service public devrait pourtant imposer aux établissements pénitentiaires d'assurer un suivi régulier du détenu jusqu'à sa réinsertion, de tenir compte de l'évolution de sa situation pour observer si la prestation a été délivrée et si la mission du service public a été achevée et remplie.

²³⁴² CE, 7 juillet 1950, req. n°01645, *Dehaene, Lebon*, 1950, p. 426 ; Conclusions GAZIER, *JCP G.*, 1950, p. 15681 ; GERVAIS, *D.*, 1950, p. 538 ; WALINE, *RDP* ; 1950, p. 691 ; LIET-VEAUX, *Rev. Adm.*, 1950, p. 366.

²³⁴³ CE, 5 mars 1986, req. n°56289, *Ville de Paris*.

²³⁴⁴ CE, 6 novembre 1985, req. n°48630.

²³⁴⁵ V. Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 2 – B – 2. Les difficultés à instaurer un suivi efficace du détenu durant l'exécution de sa peine (**642**)

2. Une obligation imposant un suivi régulier du détenu jusqu'à sa réinsertion

683- Pour le détenu, trop souvent, la prestation de réinsertion disparaît avec l'échéance de la peine prononcée. Si elle se prolonge hors de détention, ce n'est que par l'existence de mesures de sûreté à l'image du contrôle judiciaire ou du placement sous surveillance électronique, assurant la continuité de la peine jusqu'à son terme. Pourtant, atteindre le terme de la peine est loin de signifier que la mission de réinsertion du service public pénitentiaire est remplie et que la prestation promise au détenu a été délivrée. Atteindre le terme de la peine est loin de signifier que la personne qui a été condamnée est dorénavant réinsérée. Si nous reprenons la définition de la réinsertion délivrée par le Conseil de l'Europe²³⁴⁶, il est question d'« *un processus conduisant le prévenu à réintégrer la société d'une manière positive et bien menée* », l'amenant jusqu'à la désistance c'est-à-dire jusqu'« *au moment où il met un terme à ses activités délinquantes et mène une vie respectant la loi par le développement de son capital humain [...] et social* ». Or, cet accompagnement fait défaut dans le système pénal actuel où les sorties sèches demeurent légions et où, même lorsque des mesures d'aménagement des peines sont prononcées, le suivi consiste essentiellement à s'assurer de l'absence de nouvelles infractions et s'arrête, là aussi, dès le terme de la peine échu. La définition de la réinsertion sous-tend pourtant que la délivrance de la prestation ne peut s'observer qu'une fois la peine purgée et sur le moyen voire le long terme. Il serait alors nécessaire, d'autant plus face à des conditions de détention désocialisantes, de proposer à l'ex-détenu un dispositif lui permettant d'être accompagné lors de sa sortie de détention et de trouver une place, sa place, au sein de la société libre sans tomber à nouveau dans la délinquance. Un dispositif lui permettant d'apprendre ou réapprendre les règles de vie en société, l'aidant à trouver une formation ou un emploi, un logement... Des missions pour lesquelles les services pénitentiaires d'insertion et de

²³⁴⁶ Comité des ministres, *Rec (2010)1 sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation*, 20 janvier 2010.

probation ou les travailleurs sociaux sont malheureusement aujourd'hui trop débordés. Ce dispositif devrait pourtant, sans doute, être au fondement du système carcéral pour assurer l'efficacité de la sanction pénale et lutter contre la récidive. Le service public pénitentiaire devrait être repensé de sorte à devenir un service public prestataire d'une mission de réinsertion envers tous les condamnés.

Section 2 : Le service public pénitentiaire, un service public prestataire d'une mission de réinsertion élargie

684- Le service public pénitentiaire doit certes garantir les droits des personnes détenues de sorte qu'elles bénéficient de conditions de détention dignes, mais il doit également leur assurer la délivrance de la prestation de réinsertion qui leur est due, seule cette prestation donnant un sens à long terme à la peine privative de liberté et garantissant son efficacité²³⁴⁷. En effet, alors que la peine privative de liberté est temporaire, seule la réinsertion peut assurer l'absence de récidive et la sécurité de la société lors de la libération du condamné. Pour être efficace, cette prestation, essentielle, ne peut toutefois être pensée uniquement durant la privation de liberté, elle doit être pensée du prononcé de la peine à la réalisation effective de la réinsertion et individualisée. Continue, elle doit ainsi être délivrée en amont de l'exécution de la peine privative de la liberté – lors du prononcé de la peine - et poursuivie en aval de la libération – de la sortie de la détention jusqu'à la désistance effective -.

685- Affirmée comme le nouvel objectif principal de toute peine par la loi du 15 août 2014²³⁴⁸, la réinsertion est en outre reconnue comme nécessaire à l'efficacité de toute sanction pénale. C'est en son nom que la peine la plus adaptée au condamné va être choisie par le juge, qu'une peine alternative à l'emprisonnement va pouvoir être prononcée, que des aménagements de peine ou que des mesures de suivi post-peine vont être mis en œuvre. Cette prestation de réinsertion, délivrée au détenu, se révèle alors commune à tous les condamnés, y compris à ceux qui ne sont pas écroués. À l'origine du choix de la peine, elle est le fil rouge de toute sanction pénale **(Paragraphe 1)**.

686- Cette prestation de réinsertion apparaît alors non seulement comme le fondement de la peine privative de liberté mais aussi comme la clé de voûte

²³⁴⁷ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 1. La fonction dispensatrice du service public pénitentiaire (214)

²³⁴⁸ Art. 130-1 du CP

d'un système pénal repensé qui serait plus lisible pour les citoyens. Globalisé et simplifié, ce système assurerait un équilibre plus stable entre les différentes fonctions de la peine toute en la rendant plus efficace. En faisant de la réinsertion une prestation au bénéfice de tous les condamnés devenus usagers du service public pénitentiaire, ce système permettrait à la fois une meilleure individualisation de la peine et un meilleur suivi de son exécution. Il permettrait donc de rendre son sens à la peine tout en lui garantissant une meilleure efficacité (**Paragraphe 2**).

§ 1 : Du détenu au condamné usager du service public pénitentiaire

687- Nous avons démontré que le détenu, en tant qu'usager du service public pénitentiaire, doit bénéficier d'une prestation de réinsertion et que cette prestation doit être délivrée de manière continue du fait de sa spécificité, du prononcé de la peine jusqu'au retour réussi dans la société libre. La réinsertion doit donc être pensée dès le prononcé de la peine et dès son choix. Elle va alors guider également le prononcé de peines alternatives à la détention. Ce choix de peine, moins sévère en raison de la situation individuelle du condamné, est pris en tenant compte tout particulièrement des conséquences désocialisantes de l'emprisonnement et de l'impact négatif qu'il pourrait avoir sur le condamné. Ce choix a donc pour objectif de sanctionner l'individu tout en permettant de favoriser sa resocialisation - ou au moins de ne pas favoriser sa désocialisation - de sorte à ce qu'il ne récidive pas. Il démontre l'importance de la fonction resocialisatrice de la peine, devenue son objectif principal (**A**). À ce titre, il ne peut conduire à offrir au condamné un statut qui s'avérerait moins protecteur que celui qu'il aurait obtenu lors de la mise à exécution d'une peine privative de liberté. Dans un système pénal pensé de manière globale, c'est donc la condamnation pénale qui devrait faire du condamné un usager du service public pénitentiaire, celui-ci étant *a minima* un usager des services pénitentiaires d'insertion et de probation lors de l'exécution de sa peine (**B**).

A) La réinsertion, fonction principale de toutes les sanctions pénales

688- Toute peine remplit, en principe, trois fonctions. Elle doit être dissuasive, rétributive et resocialisante²³⁴⁹. Néanmoins, la recherche d'un équilibre entre ces fonctions s'est toujours révélée difficile, l'une de ces fonctions prenant bien souvent le pas sur les autres. Longtemps, la fonction resocialisante de la peine a ainsi été mise de côté notamment avec le développement des politiques pénales sécuritaires, quand bien même le développement initial de la peine privative de liberté avait été justifié par l'équilibre qu'il permettrait entre punition, dissuasion et réinsertion. Mais, sous l'impulsion des textes supranationaux et dans l'optique de rendre la sanction pénale plus efficace sur le long terme, il est apparu que la réinsertion est un outil nécessaire à l'efficacité de toute peine (1), et qu'elle doit donc être l'objectif poursuivi dans toute condamnation pénale et notamment lors du choix de la peine prononcée (2).

1. La réinsertion, outil nécessaire à l'efficacité de la peine

689- Puisque la peine doit sanctionner pour montrer la désapprobation de la société à la suite de la commission d'un acte infractionnel, mais également permettre de prévenir la commission d'une nouvelle infraction, comme l'analyse la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, le processus répressif doit être pensé en deux temps, qui ne peuvent être réfléchis indépendamment, mais doivent s'imbriquer l'un dans l'autre. Le temps « *de la séparation* », où la société montre à l'infractionneur qu'il s'est placé, par son acte, en dehors de cette société dont il a violé les lois, et montre ainsi l'importance du respect des normes communes du groupe, puis le temps « *de la réinsertion, de la réintégration du condamné par la prise de conscience de son acte qui lui permet d'assumer sa responsabilité pénale,*

²³⁴⁹ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 1 – Paragraphe 1 – B – 2. La fluctuation des fonctions dévolues à la peine (43)

par l'effectuation de la peine qui n'a d'intérêt social que si elle le renvoie dans le champ du "normal" et assure le dépassement de sa situation initiale de mise à l'écart »²³⁵⁰. Ce propos, valable pour la peine privative de liberté, l'est pour toutes les peines. Elles ont toutes un objectif similaire, maintenir la cohésion sociale, et supposent donc la dissuasion de la commission de tout nouvel acte infractionnel, la désistance de chaque condamné. Cet objectif commun s'observe dès le développement des peines alternatives à la détention lors de la réforme AMOR impulsée par la doctrine de la défense sociale. Alors qu'il est établi que les conditions de détention et les courtes peines privatives de liberté peuvent être criminogènes, sont développées de nouvelles mesures pénales, réalisées en milieu ouvert, et surtout tournées vers la réinsertion. Si le terme en lui-même n'est pas encore utilisé par les textes, il en est évidemment question²³⁵¹.

690- Bien que la peine privative de liberté reste la peine principale, de nombreuses alternatives à celle-ci sont alors créées à l'image du sursis mise à l'épreuve, du travail d'intérêt général, du placement sous surveillance électronique ou encore plus récemment de la contrainte pénale et du sursis probatoire. Ayant pour objectif de ne pas soumettre le condamné aux effets désocialisants de la prison, leur existence n'est liée qu'à une seule volonté, permettre à la peine d'être efficace et pour cela de sanctionner tout en permettant au condamné de retrouver une place dans la société afin de ne pas réitérer. Leur développement est en outre encouragé par les textes supranationaux qui affirment explicitement que la resocialisation doit être l'objectif poursuivi par la sanction pénale et qui, pour ce faire, incitent les États à prononcer plus de peines alternatives à la détention²³⁵². Pour exemple, alors que des textes consacrés plus particulièrement à la peine privative de liberté à l'instar des règles pénitentiaires européennes insistent sur l'importance de la préparation du détenu à sa réintégration dans la

²³⁵⁰ CNCDH, *Réflexions sur le sens de la peine*, 24 janvier 2002.

²³⁵¹ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 1 – Paragraphe 2 – A – 2. Le développement de la doctrine de la Défense sociale nouvelle (253)

²³⁵² V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 1 – A – 1. La réinsertion, rôle majeur de la peine privative de liberté (263)

société²³⁵³, d'autres commencent à pointer le caractère indispensable des peines alternatives. Dès 1990, l'Organisation des Nations-Unies²³⁵⁴ encourage « *la collectivité à participer davantage au processus de la justice pénale et plus particulièrement au traitement des délinquants ainsi qu'à développer chez ces derniers le sens de leur responsabilité envers la société* »²³⁵⁵. Selon les Règles de Tokyo, « *dans leurs systèmes juridiques respectifs, les États membres s'efforcent d'élaborer des mesures non privatives de liberté pour offrir d'autres formules possibles afin de réduire le recours à l'incarcération, et pour rationaliser les politiques de justice pénale, eu égard au respect des droits de l'homme, aux exigences de la justice sociale et aux besoins de réinsertion des délinquants* »²³⁵⁶. Ainsi, « *pour que soit assurée une grande souplesse permettant de prendre en considération la nature et la gravité du délit, la personnalité et les antécédents du délinquant et la protection de la société, et pour que soit évité un recours inutile à l'incarcération, le système de justice pénale devrait prévoir un vaste arsenal de mesures non privatives de liberté* »²³⁵⁷. Des principes similaires sont affirmés par le Conseil de l'Europe peu après. En 1992, le Comité des ministres déclare que les sanctions et mesures appliquées dans la communauté « *constituent des moyens importants de lutte contre la criminalité et qu'elles évitent les effets négatifs de l'emprisonnement* ». De ce fait, il estime qu'elles « *présentent une réelle utilité, aussi bien pour le délinquant que pour la communauté, puisque le délinquant est à même de continuer à exercer ses choix et à assumer sa responsabilité sociale* » et que « *l'exécution des sanctions pénales au sein de la communauté plutôt que par un processus de mise à l'écart peut offrir à*

²³⁵³ Recommandation Rec (2006)2 du Comité des Ministres aux États membres *sur les règles pénitentiaires européennes*, 11 janvier 2006.

²³⁵⁴ *Règles minima des Nations-Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo)*, adoptées par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/110 du 14 décembre 1990.

²³⁵⁵ Règle 1.2.

²³⁵⁶ Règle n°1.5.

²³⁵⁷ Règle n°2.3.

long terme une meilleure protection de la société »²³⁵⁸. Dans une nouvelle recommandation relative à la probation, il ajoute en 2010, que « *les services de probation ont pour but de réduire la commission de nouvelles infractions en établissant des relations positives avec les auteurs d'infractions afin d'assurer le suivi (y compris un contrôle, le cas échéant), de les guider et de les assister pour favoriser la réussite de leur insertion sociale* ». Selon le Conseil de l'Europe, « *de cette manière, la probation contribue à la sécurité collective et à la bonne administration de la justice* »²³⁵⁹.

691- Bien que, comme l'écrit Raymond GASSIN en 1996, « *il n'existe aucun texte général qui affirme que la sanction pénale a, en droit français, pour fonction essentielle la "resocialisation du délinquant"* »²³⁶⁰, la réinsertion apparaît déjà comme un outil nécessaire à l'efficacité de toute peine. Elle est envisagée comme le fil rouge de la peine privative de liberté tout autant que comme l'objectif visé lors du choix de la sanction prononcée par le juge. Un état de fait que le législateur va progressivement consacrer pour établir un nouvel équilibre au sein des différentes fonctions de la peine et faire de la resocialisation sa fonction principale.

2. La nouvelle priorisation des fonctions de la peine

692- Dès 1996, Guy-Pierre CABANEL, dans son rapport au Premier Ministre concernant la prévention de la récidive, rappelle que « *la sanction pénale doit, dans toute la mesure du possible, constituer un instrument de réinsertion sociale* », et qu'il faut « *valoriser, autant que faire se peut ce*

²³⁵⁸ Recommandation Rec. N° R(92)16 du Comité des Ministres aux États membres relatives aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, 19 octobre 1992.

²³⁵⁹ Recommandation Rec(2010)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation, 20 janvier 2010.

²³⁶⁰ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », RSC, 1996, p. 155.

rôle de la peine »²³⁶¹. Bien que cette période voit plutôt l'adoption de lois sécuritaires successives, en 2005, un premier pas est alors franchi par le législateur puisqu'il inscrit à l'article 132-24 du code pénal que « *la nature et le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la sécurité, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* »²³⁶². Bien que « *l'utilisation du verbe "concilier" laisse accroire que la protection de la société et la réinsertion seraient deux objectifs contradictoires* »²³⁶³, que la sécurité soit une fois encore mentionnée en tant qu'objectif prioritaire et que cet article soit noyé au milieu de nombreux autres articles du code pénal, il mentionne pour la première fois, de manière certes indirecte, la réinsertion comme l'un des objectifs de la peine.

693- Bien que cet état du droit s'avère encore lacunaire, ce n'est qu'en 2012 qu'une nouvelle réforme verra le jour. Alors qu'en 2010 le Comité contre la torture a montré ses inquiétudes quant aux « *nombreuses lois récentes visant un durcissement des peines et une diminution de la récidive, avec comme corollaire direct un recours accru à la détention* » et a recommandé à la France « *d'envisager un recours plus important à la substitution de peines non privatives de liberté aux peines d'emprisonnement encourues en*

²³⁶¹ G.-P. CABANEL (prés.), *Pour une meilleure prévention de la récidive, Rapport au premier ministre*, Collection des rapports officiels, La documentation française, Paris, 1996, p. 92.

²³⁶² Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 *relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, JORF du 13 décembre 2005, p. 19152, art. 4.

²³⁶³ D. RAIMBOURG (prés.), Assemblée Nationale, *Rapport relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *Précit*. En outre, comme le souligne ce rapport « *le fait de placer sur le même plan la protection de la société et les intérêts de la victime sous-entend que le droit pénal pourrait avoir une fonction vindicative, alors que le droit pénal moderne s'est construit en opposition au droit pénal médiéval fondé sur la "loi du Talion" »*.

l'état actuel »²³⁶⁴, le changement de Gouvernement opéré à la suite des élections présidentielles, entraînera une nouvelle réforme pénale. Tirant les leçons des échecs précédents, liés notamment à la précipitation dans laquelle les lois pénales ont été adoptées, Christiane TAUBIRA, alors ministre de la Justice, décide de mettre en place une conférence de consensus pour penser cette réforme. Le 12 septembre 2012, un comité de douze experts d'horizons divers est nommé. Il réalise de nombreuses auditions avant de remettre son rapport le 20 février 2013²³⁶⁵. Ce dernier rappelle, conformément aux textes supranationaux et diverses recommandations, que si la prison est « *la forme la plus évidente et la mieux admise des peines* », elle n'offre à la société « *qu'une sécurité provisoire* ». N'étant pas efficace pour lutter contre la récidive, elle ne devrait être qu'une peine parmi d'autres et non la peine de référence. En outre, selon ce comité, une peine n'est efficace que si elle est individualisée et tournée vers la réinsertion. S'inspirant de ce rapport, la Ministre de la Justice déposera un projet de loi ; il sera présenté en Conseil des Ministres le 9 octobre 2013. En raison de nombreux désaccords au sein du Gouvernement, le texte sera beaucoup retravaillé, et certaines mesures telles que la suppression de la rétention de sûreté ou l'éventuel caractère automatique de la libération conditionnelle vont disparaître. Malgré cela, après un passage en commission mixte paritaire le 8 juillet 2014 et une validation par le Conseil constitutionnel le 7 août 2014²³⁶⁶, la loi sera promulguée le 15 août 2014²³⁶⁷. Très axée sur l'individualisation de la peine

²³⁶⁴ Comité contre la Torture, *Rapport périodique de la France (CAT/C/SR.946)*, 10 mai 2010.

²³⁶⁵ Conférence de consensus, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Paris, 20 février 2013, 40 p.

²³⁶⁶ Seul un article relatif aux peines accessoires a été sanctionné. CC, 7 août 2014, n°2014-696 DC, *Loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, *JORF* du 17 août 2014, p. 13659 ; P. CONTE, « Humeur de rentrée », *Droit pénal*, 2014, n°9, p. 1 ; V. PELTIER, « Validation constitutionnelle de la contrainte pénale », *Droit pénal*, 2014, n°10, p. 34 ; E. DREYER, « Une bien étrange décision... », *Gaz. Pal.*, 19 au 21 octobre 2014, p. 3 ; E. BONIS-GARÇON, « Contrainte pénale », *Rev. Pénit.*, 2014, p. 927.

²³⁶⁷ Loi n°2014-896 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647.

et la réinsertion, elle supprime les peines planchers, met en place des mesures de justice restaurative, crée une nouvelle peine appelée contrainte pénale axée vers la réinsertion, mais surtout ajoute le nouvel article 130-1 du Code pénal. Placé en prélude au titre III du Code pénal consacré aux peines. Il instaure le principe général selon lequel : « *Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». Si une fois de plus, l'objectif de sécurité est mentionné en premier, et celui de réinsertion en second, il s'agit cette fois d'une véritable consécration textuelle. Surtout, l'examen du projet de loi initial et des dispositions adoptées – même si c'est dans une moindre mesure – démontre une réelle volonté de faire de l'objectif de réinsertion une priorité et de le rendre effectif.

694- En effet, confrontée aux résultats de la politique pénale menée au cours des dix dernières années, la commission des lois de l'Assemblée nationale a pu observer que la politique pénale sécuritaire n'entraîne que « *l'aggravation des sanctions encourues et la recherche de boucs émissaires* », alors même que « *l'augmentation du nombre de personnes incarcérées ne constitue pourtant en rien la garantie d'un renforcement de la sécurité* ». Au contraire, « *elle est même contre-productive à moyen comme à long terme* »²³⁶⁸. En effet, la politique pénale sécuritaire a entraîné « *la confusion entre prévention de la récidive et lutte contre une dangerosité non avérée* » comme le relève la Commission nationale consultative des droits de l'homme²³⁶⁹. Laisant croire aux citoyens que le risque de récidive peut toujours être évité, elle a entraîné le développement de l'idée selon laquelle « *la récidive est le résultat d'une réponse laxiste de la justice aux actes de la délinquance* », impliquant nécessairement le durcissement des sanctions et faisant de la peine privative de liberté la seule peine efficace²³⁷⁰.

²³⁶⁸ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, n°652, 23 janvier 2013.

²³⁶⁹ CNCDH, *Avis sur la prévention de la récidive*, 21 février 2013.

²³⁷⁰ *Ibidem*.

Or, les études²³⁷¹ démontrent que cette politique sécuritaire n'a pas fait baisser de manière significative la délinquance. Elle a, en revanche, contribué à l'accroissement de la surpopulation carcérale, problématique majeure des politiques pénales actuelles et elle a, en outre, vidé « *la peine du sens qui doit être le sien dans une société démocratique, sans pour autant traiter efficacement les situations de récidive* »²³⁷². Tournée uniquement vers la répression et l'exclusion, elle en a oublié une fonction majeure de la peine, la réinsertion. Pourtant, si une personne ne trouve pas ou ne retrouve pas de place dans la société à sa sortie de détention, il paraît illusoire d'espérer qu'elle ne récidivera pas. Et, pour poursuivre un tel objectif, l'enfermement reste dans nombre de cas une réponse inadaptée²³⁷³. Le législateur l'a d'ailleurs lui-même rappelé avec la loi pénitentiaire de 2009 en réaffirmant le caractère exceptionnel de la privation de liberté, mais cette loi n'a eu que peu d'effets, le législateur continuant en parallèle de mener une politique sécuritaire quitte à soumettre les institutions pénales à des exigences contradictoires²³⁷⁴. Souhaitant mettre fin aux contradictions existantes et réaffirmer le caractère essentiel de la fonction resocialisatrice

²³⁷¹ V. notamment : A. KENSEY, *La population des condamnés à de longues peines : apports de la sociodémographie pénale à la controverse sur le rôle des aménagements de peine dans la lutte contre la récidive*, Thèse, Lille, 2005, 528p. ; A. KENSEY, *Prisons et récidive, Des peines de plus en plus longues : la société est-elle vraiment mieux protégée ?*, Armand Colin, Paris, 2007, 249 p. ; A. KENSEY, *La récidive des sortants de prison, éléments statistiques*, Cahiers de la sécurité, INHESJ, n°12, 2010 ; A. KENSEY, A. BENAOUA, *Les risques de récidive des sortants de prisons, Une nouvelle évaluation*, Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques, 2011 ; P. MBANZOULOU, M. HERZOG-EVANS, S. COURTINE, *Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice, Savoirs et pratiques*, L'harmattan, 2012, 253 p.

²³⁷² Conférence de consensus, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Rapport du jury de consensus remis au Premier Ministre, Paris, 20 février 2013, 38 p.

²³⁷³ CNCDH, *Avis sur la prévention de la récidive*, op. cit. La CNCDH avait d'ailleurs tenu des propos similaires un an plus tôt. V. CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à l'exécution des peines*, 26 janvier 2012.

²³⁷⁴ R. BADINTER, P. BEAUVAIS, « À propos de la nouvelle réforme pénale », *Dalloz*, 2014, p. 1829.

de la peine dans la lutte contre la récidive, la loi du 15 août 2014 s'affirme alors comme « *un texte de réaction* »²³⁷⁵ en réponse aux échecs de la politique pénale précédente. S'inscrivant dans un processus de réflexion dépassionné et raisonné, elle répond à la nécessité de repenser l'architecture pénale pour une meilleure efficacité de la peine.

695- Avec cette loi, la prévention de la récidive reste une priorité de la politique pénale, mais les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif évoluent. Il s'agit de passer « *d'une culture idéologique de l'invocation – voire de l'incantation – à une logique pragmatique de recherche de solutions efficaces* »²³⁷⁶. Alors que « *l'utilité de la prison est devenue sujette à caution* »²³⁷⁷, il est question de promouvoir « *de nouvelles mesures, mieux adaptées à notre temps, plus intelligentes, de punir, en particulier, la petite délinquance* »²³⁷⁸. Pour cela, la peine de prison ne doit plus être qu'« *une peine parmi d'autres, prononcée seulement lorsqu'il est établi qu'elle est indispensable à la sécurité de la société* »²³⁷⁹ et le milieu ouvert doit être repensé « *non plus comme une "mesure angélique", mais bien comme une partie intégrante de la pénalité* »²³⁸⁰. Avant de mettre en place des mesures

²³⁷⁵ J. PRADEL, « Un législateur bien imprudent : à propos de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 », *JCP G.*, 15 septembre 2014, doct. 952.

²³⁷⁶ D. RAIMBOURG (*prés.*), Assemblée Nationale, *Rapport relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, n°1974, 27 mars 2014.

²³⁷⁷ M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *AJ Pénal*, 2014, p. 448.

²³⁷⁸ R. BADINTER, P. BEAUVAIS, « À propos de la nouvelle réforme pénale », *op. cit.* Ces auteurs expliquent les raisons qui les amènent à cibler particulièrement la petite délinquance : « *car la surpopulation carcérale, et les conditions de détention qu'elle génère, concernent essentiellement les courtes peines d'emprisonnement, dont l'efficacité pour lutter contre la récidive est depuis longtemps controversée* ».

²³⁷⁹ Conférence de consensus, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, *op. cit.*

²³⁸⁰ M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *op. cit.*

concrètes répondant à ces impératifs, il est apparu indispensable de définir, enfin, de manière claire les fonctions et les finalités de la peine.

696- En effet, malgré l'adoption de l'article 132-24 du code pénal susmentionné, aucune définition claire des fonctions de la peine n'était présente dans le code pénal comme dans le code de procédure pénale. Les fonctions et les finalités de la peine, c'est-à-dire le rôle alloué à la sanction par l'État et les objectifs poursuivis par celle-ci, n'étaient ni différenciés, ni différenciables, compliquant le prononcé comme l'exécution de la peine par les professionnels qui ne savaient plus quel point privilégier. La loi du 15 août 2014 vient combler ces lacunes en insérant l'article 130-1 selon lequel : « *afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1) de sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2) de favoriser son amendement, sa réinsertion ou sa réinsertion* ». Cette formulation vient distinguer les fonctions de la peine, à savoir « *sanctionner* » et « *réinsérer* » des objectifs poursuivis par ses fonctions, mais dont le bénéfice reviendra au corps social tout entier, à savoir « *protéger la société* », « *prévenir la récidive* » et « *restaurer l'équilibre social* »²³⁸¹. Elle a également « *le mérite de ne plus opposer, comme naguère, "la sanction du condamné" et sa "réinsertion"* »²³⁸², ces deux fonctions étant au contraire complémentaires comme le rappelle le garde des Sceaux²³⁸³. Par ailleurs, cette disposition a été complétée par l'article 132-1 du Code pénal qui affirme de manière limpide que « *toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée* »²³⁸⁴. Le

²³⁸¹ J.-H. ROBERT, « Réforme pénale. Punir dehors. Commentaire de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 », *Droit pénal*, n°9, septembre 2014, étude 16.

²³⁸² *Ibidem*.

²³⁸³ C. TAUBIRA, au nom de J.-M. AYRAULT, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, Assemblée nationale, n°1413, 2 octobre 2013.

²³⁸⁴ Un second alinéa complète cette disposition en disposant : « *dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale* ».

législateur a, de cette manière, choisi de faire « *de l'individualisation le levier de la réforme pour remplir la fonction prioritaire d'insertion et de réinsertion du condamné* »²³⁸⁵ et de redonner au juge sa liberté d'appréciation. Ainsi, si la punition apparaît toujours en premier dans l'article 130-1 du code pénal, il ne semble pas qu'elle soit la fonction principale de la peine. En effet, la rédaction de la loi de 2014, tout comme l'étude des travaux préparatoires, montrent un réel souhait de tourner prioritairement la peine vers la réinsertion afin de lutter contre la désocialisation et donc la récidive. L'objectif assigné à la peine est d'être efficace comme l'indique d'ailleurs le titre de la loi remanié à de multiples reprises. Et, l'efficacité de la peine ne s'entend plus de la sévérité de la peine ou de la rétribution, mais de l'amendement et de la réinsertion, quelles que soient les proclamations incantatoires du Code pénal ou du politique. Elle repose sur deux piliers rappelés par Christiane TAUBIRA : « *mieux individualiser les peines lors de leur prononcé* » et « *construire un parcours d'exécution des peines efficace dans la prévention des risques de récidive* »²³⁸⁶, piliers qui démontrent que cette loi aspire à rendre effectif l'objectif de réinsertion.

697- Pour cela, il est indispensable de penser la peine de manière continue dans le temps, d'assurer un suivi du condamné de sa prise en charge par la justice à sa réinsertion effective. Avant même de repenser l'échelle des peines, il est donc indispensable d'assurer une continuité effective de la mission de réinsertion confiée au service public pénitentiaire. Si le détenu devient un usager du service public pénitentiaire par son entrée en détention symbolisée par l'acte d'écrou, il ne serait pas déraisonné d'imaginer que toute personne placée sous main de justice, c'est-à-dire toute personne condamnée à une peine privative de liberté, une peine alternative à l'incarcération ou bénéficiant d'un aménagement de peine, entre en relation

²³⁸⁵ M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *op. cit.*

²³⁸⁶ C. TAUBIRA, au nom de J.-M. AYRAULT, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *op. cit.*

avec le service public pénitentiaire de par la mise en exécution de sa peine ou de son aménagement de peine et en devient lui aussi un usager.

B) L'élargissement du statut d'usager du service public pénitentiaire à toutes les personnes placées sous main de justice

698- Comme nous l'avons développé précédemment, l'usager bénéficiaire du service public est un utilisateur du service public qui tire profit de son fonctionnement, qui « *perçoit un avantage à titre principal, quand bien même il serait soumis par ailleurs à des prescriptions annexes* »²³⁸⁷. Il perçoit une prestation qui se caractérise par son individualisation c'est-à-dire qui est mise en place de « *façon spécifique en raison de la situation économique, sociale, voire psychologique de l'individu, et suivant des conditions particulières d'attribution* »²³⁸⁸. En raison du rôle alloué à la sanction pénale depuis la loi du 15 août 2014, la réinsertion étant devenue la fonction principale de toute peine, les condamnés semblent être devenus, de manière générale, des usagers bénéficiaires du service public pénitentiaire. En effet, suite au prononcé de la peine, le juge adopte un mandat judiciaire en confiant l'exécution et le suivi au service pénitentiaire d'insertion et de probation. Cet acte symbolise l'entrée en relation de la personne placée sous main de justice avec le service public pénitentiaire (1) et conditionne la délivrance d'une prestation individualisée par ce dernier consistant justement en la mise en place d'une peine la plus adaptée possible à la situation du condamné dont il va assurer le suivi (2).

²³⁸⁷ Y. DURMARQUE, *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, op.cit., p. 255

²³⁸⁸ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, op. cit., p. 684.

1. *Le mandat judiciaire d'exécution de la peine, acte d'entrée en relation avec le service public pénitentiaire*

699- Martine HERZOG-EVANS rappelle, lorsqu'elle évoque notamment les missions du service pénitentiaire d'insertion et de probation, qu'« *aucun service exécutif ne peut avoir en charge des personnes condamnées sans s'appuyer sur un mandat judiciaire* »²³⁸⁹. L'acte par lequel le magistrat confie le suivi de l'exécution de la peine et la mise en œuvre de la mission de réinsertion qui lui est intrinsèque est ainsi un mandat judiciaire, il s'agit plus précisément du mandat judiciaire d'exécution de la peine. Cet acte semble de prime abord bien différent de l'acte d'écrou du greffe pénitentiaire symbolisant l'acte d'entrée en détention de la personne privée de liberté que nous avons pu définir comme acte administratif récognitif ou encore comme acte administratif condition²³⁹⁰. Pourtant, il se révèle lui aussi pouvoir être qualifié d'acte administratif conditionnant l'entrée en relation du condamné avec le service public pénitentiaire et permettant au condamné d'obtenir le statut d'usager du service public pénitentiaire.

700- Tout d'abord, bien que le service public de la justice ait un visage particulier, une jurisprudence constante opère une distinction entre les actes d'organisation du service public de la justice – reconnus comme des actes administratifs dont le contentieux relève du juge administratif – et les actes d'exécution du service public de la justice – reconnus comme des actes juridictionnels dont le contentieux relève du juge judiciaire -²³⁹¹. Les mesures d'exécution des jugements judiciaires, dont fait partie le mandat d'exécution de la peine, sont donc, en principe, des actes juridictionnels dont le contentieux relève du juge judiciaire. Néanmoins, il existe des exceptions à ce principe et certains actes, même s'ils ont pour objet

²³⁸⁹ M. HERZOG-EVANS, « Service pénitentiaire d'insertion et de probation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.

²³⁹⁰ V. Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2 – Paragraphe 2 – À- 2. L'écrou, acte conditionnant le statut du détenu. (113)

²³⁹¹ TC, 27 novembre 1952, *Officiers ministériels de Cayenne*, p. 642 ; G. VEDEL, *JCP G.*, 1953, n°7598; TC, 15 décembre 1980, p. 512, P. DELVOLVE, *D.* 1981, p. 109.

d'assurer l'exécution du service public de la justice, se sont vus reconnaître un caractère administratif. C'est le cas notamment des mesures relatives à l'administration pénitentiaire. En effet, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'actes détachables de l'exécution du service puisqu'il est indéniable qu'il est question de l'exécution d'un jugement, le fait que le service public pénitentiaire soit un service public administratif a pu justifier une requalification de certains actes le liant au service public de la justice. La fiche pénale ou l'acte d'écrou ont par exemple été qualifiés d'actes administratifs. De même, nombre des actes du juge d'application des peines qualifiés autrefois de "mesures d'administration judiciaire" sont aujourd'hui reconnus comme des actes administratifs. Le juge a d'ailleurs posé pour règle que seuls les actes qui se rapportent à la nature et aux limites de la peine sont des actes judiciaires et que les actes qui concernent le fonctionnement administratif du service public pénitentiaire ne relèvent que de la juridiction administrative, à l'image des actes de placement à l'extérieur, de placement en semi-liberté, des autorisation de sorties sous escorte ou encore des permissions de sortir²³⁹². Concernant plus particulièrement le mandat judiciaire confiant l'exécution de la peine au service pénitentiaire d'insertion et de probation, il s'agit d'un acte qui n'intervient ni quant à la nature ni quant aux limites de la peine, il est uniquement question de confier son exécution au service public pénitentiaire d'insertion et de probation, et donc uniquement question du fonctionnement administratif de ce service. Il appert donc que cet acte est bel et bien un acte administratif.

701- Ensuite, concernant sa classification au sein des actes administratifs, il convient de faire un parallèle avec l'acte d'écrou. Tout comme celui-ci, le mandat d'exécution de la peine est un acte qui « *permet d'attester l'existence [d'un fait ou d'une situation] afin que puissent être tirées les conséquences juridiques qui y sont attachées* » même s'il se borne « à

²³⁹² TC, 22 février 1960, *Dame Fargeau d'Epied*, Rec. p. 855 ; CE, Sect., 5 juillet 1971, req. n°74850, *Veuve Picard*.

entériner quelque chose qui préexiste »²³⁹³. Il est question pour le magistrat, qui peut intervenir en tant qu'autorité administrative dans l'exercice de certaines de ses attributions telles que l'exécution de la peine²³⁹⁴, de « *manifeste[r] sa volonté que des effets de droit soient attachés à la situation considérée* »²³⁹⁵. Cette acte a pour objet de rendre applicable au condamné une norme juridique qui, bien que la peine ait été choisie par le juge, ne lui était pas encore applicable, ne pouvait pas encore être mise en œuvre. C'est donc à la suite de cet acte que naît pour le condamné un statut qu'il n'avait pas auparavant, celui de personne placée sous main de justice. Ce statut lui permet de bénéficier d'une prestation de la part du service public pénitentiaire d'insertion et de probation, similaire à la prestation accordée au détenu, puisqu'il s'agit d'une prestation de réinsertion.

2. La réinsertion, prestation individualisée délivrée par le service public pénitentiaire

702- Selon l'article 23 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009²³⁹⁶, « *les personnels des services pénitentiaires d'insertion et de probation sont chargés de préparer et d'exécuter les décisions de l'autorité judiciaire relatives à l'insertion et à la probation des personnes placées sous main de justice, prévenues ou condamnées* » et « *à cette fin, ils mettent en œuvre les*

²³⁹³ B. SEILLER, « Acte administratif – Identification », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015, p. 2-3

²³⁹⁴ René CHAPUS rappelle ainsi que « *la détermination de la compétence judiciaire, en matière du contentieux du service de la justice judiciaire, ne procédant pas d'un critère organique, il ne faut pas s'étonner que des magistrats judiciaires puissent être considérés comme agissant, dans l'exercice de certaines de leurs attributions, avec la qualité d'autorités administratives et que le contentieux de leurs décisions et comportement relève de la juridiction administrative* ». V. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 935.

²³⁹⁵ B. SEILLER, « Acte administratif – Identification », *op. cit.*

²³⁹⁶ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, *JORF* du 25 nov. 2009, p. 20192.

politiques d'insertion et de prévention de la récidive, assurent le suivi ou le contrôle des personnes placées sous main de justice et préparent la sortie des personnes détenues ». Pour ce faire, le service pénitentiaire d'insertion et de probation « favorise l'accès aux droits et aux dispositifs d'insertion de droit commun des détenus et personnes qui lui sont confiées par les autorités judiciaires » et « s'assure en particulier pour les personnes libérées de la continuité des actions d'insertion engagées »²³⁹⁷. En outre, « le juge d'application des peines, le procureur de la République et les autres magistrats mandants communiquent, le cas échéant, pour chaque dossier dont le service est saisi, des instructions particulières relatives à la finalité de la mesure et au contenu des obligations à respecter » laissant toutefois le service pénitentiaire d'insertion et de probation définir les modalités de mise en œuvre de la prise en charge des personnes condamnées²³⁹⁸.

703- À la lecture des textes fondant la compétence de cette branche spécifique du service public pénitentiaire qu'est le service pénitentiaire d'insertion et de probation, il ne fait aucun doute que sa mission principale consiste en la délivrance d'une prestation de réinsertion au bénéfice des personnes placées sous main de justice. En outre, cette prestation, individualisée en raison du principe pénal de l'individualisation de la peine justifiant le prononcé d'une peine spécifique à chaque condamné, est également particularisée durant son exécution. Le service pénitentiaire d'insertion et de probation s'assure du suivi des mesures prononcées pour parfaire leur exécution. Il adresse régulièrement des rapports d'évaluation au juge mandant²³⁹⁹ et peut proposer des aménagements de peine ou une

²³⁹⁷ Art. D. 573 du CPP

²³⁹⁸ Art. D. 577 du CPP

²³⁹⁹ Les agents en charge du dossier envoient un rapport d'évaluation chaque semestre ou chaque année pour une peine de plus de deux ans. Ils peuvent également envoyer des rapports ponctuels en cas de modification importante, en cas d'incident ou sur demande du magistrat. V. Art. D 574 du CPP.

modification des mesures de contrôle ou des obligations prévues initialement par le juge²⁴⁰⁰.

704- Au demeurant, par cette action, le service pénitentiaire d'insertion et de probation a également pour rôle d'assurer la continuité de la peine jusqu'à la réinsertion du condamné, la continuité du service public pénitentiaire de sa saisine par le juge pour l'exécution de la peine prononcée jusqu'à la désistance du condamné. C'est d'ailleurs à cette fin que les services de probation du milieu fermé et du milieu ouvert ont fusionné lors de l'adoption du décret du 13 avril 1999 et ont été placés tous deux sous l'égide de l'administration pénitentiaire²⁴⁰¹. Le service pénitentiaire d'insertion et de probation assure ainsi la continuité entre le dedans et le dehors. Il pallie aux lacunes observées dans la continuité du service public pénitentiaire lorsqu'il est pensé uniquement sous l'angle des établissements pénitentiaires. Reconnaître un seul et même statut aux différentes personnes placées sous main de justice, le statut d'utilisateur-bénéficiaire du service public pénitentiaire, permettrait de parfaire cette volonté d'assurer la continuité de la mission de réinsertion mise en exergue par la fusion des différents agents de probation d'autant que, comme a pu l'observer Charles FORTIER, la délivrance de la prestation « *est l'objet même du principe de continuité* »²⁴⁰². Cela permettrait également de repenser le système pénal actuel en le faisant reposer sur des fondations communes que seraient la réinsertion et l'efficacité de la peine, non sur la sévérité de la peine et la prépondérance de la peine privative de liberté.

§2 : Une évolution possible vers un système pénal repensé et réorganisé

²⁴⁰⁰ Art. D. 575 du CPP

²⁴⁰¹ Décret n°99-276 du 13 avril 1999 *modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation*, *JORF* du 14 avril 1999, p. 5478.

²⁴⁰² C. FORTIER, « Le défi de la continuité du service public de l'éducation nationale : assurer les remplacements », *AJDA*, 2006, p. 1822.

705- Les réformes pénales s'enchaînent depuis vingt ans et la conclusion est toujours la même, comme l'illustre une fois encore la réforme initiée en 2018²⁴⁰³. Fruits des "Chantiers de la justice" lancés en octobre 2017²⁴⁰⁴, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice²⁴⁰⁵ expose à son tour que « *l'état de nos juridictions et de nos prisons ne répond pas aux attentes des citoyens* » et qu'il est plus que nécessaire de « *lancer des réformes structurelles dans de nombreux domaines* ». Si le projet ne va malheureusement pas au bout de ce qui nous semble nécessaire puisqu'il est mentionné dès l'exposé des motifs que « *l'objectif n'est pas de réformer en profondeur l'architecture de notre procédure pénale, mais de simplifier autant qu'il est possible les règles existantes* », cela semble être un premier pas dans cette direction. Il est en effet question tout de même d'« *instaurer une nouvelle échelle des peines* », de « *prononcer des peines adaptées* » et d'« *assurer l'exécution effective des peines prononcées* ». Pour cela, tout comme la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales avant lui, le projet de loi propose « *de réécrire l'échelle des peines correctionnelles* » et « *de prendre des mesures efficaces afin d'éviter le prononcé de peines d'emprisonnement fermes qui se révèlent injustifiées ou inefficaces pour lutter contre la récidive* » (A). Il propose également de simplifier les modalités d'exécution de la peine privative de liberté « *afin de faciliter un retour anticipé, mais encadré du condamné à la liberté, dans le respect des exigences de prévention de la surpopulation carcérale et de la récidive* » (B). Deux objectifs sans cesse rappelés sans être atteints de manière efficiente à l'heure actuelle, alors qu'ils permettraient à la peine privative de

²⁴⁰³ Nicole BELLOUBET soulève que « *les très nombreuses modifications législatives intervenues depuis près de vingt ans ont rendu le droit de la peine particulièrement complexe, souvent incohérent et peu efficace* ».

²⁴⁰⁴ Il s'agit d'une méthode de travail collaborative pour la rédaction de projets de lois où les acteurs de terrain font remonter aux ministères leurs expériences et initiatives. L'un des 5 chantiers portait sur l'amélioration et la simplification de la procédure pénale. Les conclusions de cette consultation ont été déposées le 15 janvier 2018.

²⁴⁰⁵ Texte n°463 (2017/2018) de Mme Nicole BELLOUBET, Garde des sceaux, Ministre de la justice, déposé au Sénat le 20 avril 2018, 693 p.

liberté de retrouver son sens perdu en atteignant l'objectif qui lui est assigné, permettre un retour réussi du condamné dans la société une fois sa peine exécutée.

A) Le développement des alternatives à la détention

706- Aujourd'hui, malgré le développement des alternatives à la détention avec notamment la création de la contrainte pénale par la loi du 15 août 2014, « *près de 90 000 peines prononcées sont des courtes peines d'emprisonnement, de moins de six mois* » et « *elles ne permettent pas un réel travail de prévention de la récidive* ». En outre, « *près de 10 000 sont d'une durée inférieure ou égale à un mois* » et « *se révèlent particulièrement désocialisantes* » effet aggravé encore par la surpopulation carcérale²⁴⁰⁶. Dans la continuité de la réforme adoptée en 2014, le projet de loi rappelle alors qu'il est nécessaire de « *développer les alternatives à [l'] incarcération lorsque d'autres solutions s'avèrent préférables en vue de prévenir la récidive, particulièrement pour les courtes peines* ». Si la suppression des dispositifs juridiques conduisant au prononcé automatique des peines d'emprisonnement par la loi du 15 août 2014 et le développement des aménagements de peine *ab initio* pour lutter contre les courtes peines d'emprisonnement initié par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 ont permis de franchir une première étape (1), il est loisible d'observer que l'inscription dans les textes de nouvelles peines alternatives à l'emprisonnement n'a pas été suffisante à faire baisser le nombre de peines privatives de liberté prononcées. La loi du 23 mars 2019²⁴⁰⁷ propose donc à nouveau le développement des peines exécutées en milieu ouvert permettant de palier les effets désocialisants des courtes peines d'emprisonnement (2).

²⁴⁰⁶ Texte n°463 (2017/2018) de Mme Nicole BELLOUBET, Garde des sceaux, Ministre de la justice, déposé au Sénat le 20 avril 2018, 693 p.

²⁴⁰⁷ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice*, JORF du 24 mars 2019.

1. *La suppression des peines automatiques et le développement des aménagements de peine ab initio*

707- La suppression des peines automatiques. Les travaux préparatoires à la loi du 15 août 2014 comprenait de nombreuses propositions, mais, lors de leur examen devant les deux chambres du Parlement, elles ont fait l'objet de modifications. Pour autant, la suppression des mécanismes pénaux favorisant l'emprisonnement a obtenu l'assentiment des différentes institutions sans réelle difficulté. Partant du fait que « *les trajectoires de sortie de la délinquance sont rarement uniformes et la commission d'une nouvelle infraction n'est pas nécessairement le signe d'un ancrage avéré dans la délinquance* » et que les dispositifs d'aggravation systématique de la sanction pénale pour les récidivistes « *ne [tiennent] pas compte des facteurs du passage à l'acte* » et « *[limitent] considérablement la capacité du juge à adapter la réponse aux circonstances de l'espèce et à la capacité de l'auteur à s'inscrire dans un parcours de réinsertion* »²⁴⁰⁸, il est apparu « *fondamental de restaurer pleinement la faculté d'appréciation du juge dans la détermination de la sanction la plus adaptée pour faire cesser le trouble causé à la cohésion nationale en œuvrant au reclassement du condamné* »²⁴⁰⁹. Pour ce faire, la loi du 15 août 2014 a, tout d'abord, abrogé les peines-plancher dont le bilan a été plus que critiqué. L'Assemblée nationale les a « *jugées inefficaces en matière de lutte contre la récidive et à l'origine d'une hausse de l'incarcération ainsi que d'un allongement du quantum des peines prononcées* »²⁴¹⁰. Selon elle, « *premier des symboles de*

²⁴⁰⁸ J.-P. MICHEL (prés.), *Projet de loi tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales*, Rapport n°641 du Sénat, 18 juin 2014, pp. 24-25.

²⁴⁰⁹ C. TAUBIRA, au nom de J.-M. AYRAULT, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *op. cit.*

²⁴¹⁰ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, *op. cit.* La Conférence de consensus a également rappelé que « ce mécanisme est sans effet scientifiquement évalué sur la

cette politique idéologique, confuse et inefficace » qu'est la politique pénale sécuritaire, les peines-plancher n'ont pas amélioré la sécurité des français, mais n'ont fait qu'alimenter « *la surpopulation carcérale, à l'origine d'une dégradation préoccupante des conditions de détention de nature à porter atteinte au respect de la dignité humaine* »²⁴¹¹. Ensuite, pour des raisons similaires, cette loi a prévu que la révocation du sursis simple ne sera plus automatique, mais devra être réalisée par la juridiction de jugement prononçant la nouvelle condamnation²⁴¹², ce qui permettra en outre de réguler les problèmes relatifs à l'appréciation des seuils d'aménagements de peine²⁴¹³. Concernant ces derniers, malgré plusieurs propositions pour les abaisser intervenues lors de l'examen du projet de loi, ils n'ont pas été modifiés afin de permettre le développement des aménagements de peine *ab initio*.

708- Le développement des aménagements de peine *ab initio*. Depuis la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, l'article 132-25 du code pénal prévoit que « *lorsque la juridiction de jugement prononce une peine égale ou inférieure à deux ans d'emprisonnement, ou, pour une personne en état de récidive légale, une peine égale ou inférieure à un an* », elle peut décider de l'aménager afin qu'elle soit exécutée en tout ou partie en milieu ouvert²⁴¹⁴. Il s'agit d'un élargissement du champ des peines susceptibles de

récidive et qu'il a de surcroît contribué notablement à la surpopulation carcérale ». V. Conférence de consensus, *op. cit.*

²⁴¹¹ D. RAIMBOURG (prés.), Assemblée Nationale, *Rapport relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *op. cit.*

²⁴¹² V. en ce sens : Art. 132-36 du CP

²⁴¹³ CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, 29 mars 2014, p. 6.

²⁴¹⁴ L'article 132-25 du code pénal précise les cas ouvrant droit à cet aménagement. Il doit être justifié pour chaque condamné par « *l'exercice d'une activité professionnelle, même temporaire, du suivi d'un stage ou de son assiduité à un enseignement, à une formation professionnelle ou à la recherche d'un emploi* », « *sa participation essentielle à la vie de sa famille* », « *la nécessité de suivre un traitement médical* » ou « *l'existence d'efforts sérieux de réadaptation sociale résultant de son implication durable dans tout autre projet caractérisé d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive* ».

bénéficiaire d'un aménagement de peine *ab initio*, c'est-à-dire prononcé par la juridiction de jugement elle-même, puisque la loi antérieure limitait ce type d'aménagement aux reliquats de peine inférieurs à un an. Élargissement bénéfique à l'objectif de réinsertion assigné à la peine, puisque les aménagements de peine *ab initio* présentent de nombreux avantages. En effet, ils évitent « *l'incarcération du condamné, le choc que celui-ci peut induire et ses effets immédiats sur la situation sociale de l'intéressé* ». Ils permettent une meilleure cohérence du dispositif pénal ; la décision d'aménagement étant prise par la juridiction qui prononce la peine et non par le juge d'application des peines avant la mise à exécution de la sanction, elle ne donne pas l'impression de revenir sur la décision du juge du fond. Enfin, ils entraînent « *une exécution plus rapide de la peine sous une forme dont l'efficacité en matière de lutte contre la récidive est démontrée* »²⁴¹⁵. Alors que la Commission des lois de l'Assemblée nationale a évoqué une avancée importante, le Gouvernement a souhaité abaisser les seuils d'aménagement de peine de deux ans à un an pour les non-récidivistes et de un an à six mois pour les récidivistes, expliquant que des seuils trop hauts entraînaient une perte de sens vis-à-vis de la peine de privation de liberté prononcée²⁴¹⁶. Mais, lors de l'examen du projet de loi, le Sénat a « *considéré que la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 avait défini un équilibre satisfaisant en fixant à deux ans d'emprisonnement (un an pour les récidivistes) le quantum permettant à une personne condamnée à une peine de prison de bénéficier d'un aménagement de peine* » et déposé un amendement pour maintenir le droit en vigueur²⁴¹⁷. Lors de l'examen de la loi par la Commission mixte paritaire, un accord a été trouvé et il a été proposé « *de suivre le Sénat en conservant la solution prévue par la loi*

²⁴¹⁵ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, op. cit.

²⁴¹⁶ C. TAUBIRA, au nom de J.-M. AYRAULT, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, op. cit.

²⁴¹⁷ J.-P. MICHEL (prés.), *Projet de loi tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales*, op. cit.

pénitentiaire du 24 novembre 2009 »²⁴¹⁸. Ce choix s'avère cohérent dans le cadre d'une politique souhaitant limiter le recours à l'emprisonnement et favoriser les sanctions exécutées en milieu ouvert, plus efficaces en termes de réinsertion. D'autant que la loi du 15 août 2014 vise à multiplier les aménagements de peine *ab initio* par la création, à l'article 132-70-1 du Code pénal, d'une possibilité de césure entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine « *lorsqu'il apparaît nécessaire d'ordonner avant le prononcé de la sanction, des investigations complémentaires sur la personnalité et la situation sociale du prévenu* »²⁴¹⁹. Tous soulignent les avantages de cette « *innovation majeure* »²⁴²⁰ permettant de « *réduire le recours à l'emprisonnement décidé faute d'autre solution* » et « *d'éviter les incarcérations contre-productives sur le plan de l'insertion et de la réinsertion des condamnés* »²⁴²¹. Ainsi, ces deux mesures couplées l'une à l'autre permettront sans doute, comme l'espère Guillaume BEAUSSONIE, « *de mettre fin à certaines pratiques contestables, par exemple l'absence d'aménagement de peine ab initio par la juridiction, faute d'éléments suffisants relatifs à la personnalité du condamné, ou encore le prononcé par elle d'un emprisonnement inférieur ou égal à deux ans sans mandat de dépôt afin que l'aménagement de peine puisse être confié au juge de l'application des peines sur le fondement de l'article 723-15 du code de procédure pénale* »²⁴²². Ces mesures s'inscrivent dans la démarche globale

²⁴¹⁸ D. RAIMBOURG (prés.), Assemblée Nationale, *Rapport relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, op. cit., p. 4.

²⁴¹⁹ C. TAUBIRA, au nom de J.-M. AYRAULT, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, op. cit. L'article 132-70-1 a d'ailleurs été précisé lors de la navette parlementaire afin que soit expressément inscrit que les investigations complémentaires portent « sur sa personnalité ou sa situation matérielle, familiale et sociale ».

²⁴²⁰ CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, 29 mars 2014, p. 6.

²⁴²¹ D. RAIMBOURG (prés.), Assemblée Nationale, *Rapport relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, op. cit.

²⁴²² G. BEAUSSONIE, « Loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RSC*, 2014, p. 809.

initiée par le projet de loi, à savoir le développement des sanctions pénales exécutées en milieu ouvert, démarche poursuivie par la loi du 23 mars 2019.

2. *Le développement des peines exécutées en milieu ouvert*

709- Pour lutter contre la surpopulation carcérale, l'Assemblée nationale avait déjà proposé en 2013 dans un rapport consacré aux moyens de lutte contre la surpopulation de « *promouvoir les peines non privatives de liberté* », soulignant à cette occasion que, par ailleurs, « *elles sont toujours moins coûteuses que des peines d'emprisonnement* ». Elle avait alors suggéré la création d'une nouvelle peine en milieu ouvert « *la contrainte pénale* », peine qui permettrait un accompagnement socio-éducatif individualisé de la personne condamnée à l'aide d'obligations et d'interdictions destinées à prévenir la récidive et à favoriser son insertion ou sa réinsertion dans la société²⁴²³. Reprenant cette même idée, le jury de la Conférence de consensus a rappelé que « *les peines non privatives de liberté ne sont pas suffisamment utilisées par les juridictions, dont la pratique reste largement déterminée par un recours à la détention* », et a proposé la création de « *la peine de probation* » en reprenant les mêmes caractéristiques²⁴²⁴. Devenue la « *star législativo médiatique* »²⁴²⁵ de la réforme initiée en 2013, la contrainte pénale – dénomination finalement retenue – sera consacrée à l'article 131-4-1 du code pénal par la loi du 15 août 2014. Toutefois, le texte adopté s'est progressivement éloigné des propositions initiales, proches des travaux de Pierre-Victor TOURNIER. Cet auteur proposait une sanction, qu'il avait nommé « *contrainte pénale communautaire* », dénuée de « *référence à un quantum d'emprisonnement*

²⁴²³ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, op. cit.

²⁴²⁴ Conférence de consensus, op. cit.

²⁴²⁵ M. HERZOG-EVANS, « Loi Taubira : derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu », *AJ Pénal*, 2014, p. 456.

“épée de Damoclès” qui pourrait, en définitive, être appliquée en cas de nouvelle infraction ou du non-respect des conditions de la mise à l’épreuve », « uniquement définie par un temps de probation vécu “dans la communauté” ». La création de cette nouvelle peine devait permettre l’abolition progressive des différents types de sursis « *sauf à vouloir ajouter une nouvelle lame au couteau suisse que constitue le système de sanctions pénales de notre pays* »²⁴²⁶. Concentrant toutes les mesures possibles en milieu ouvert, elle aurait alors offert une simplification et une meilleure lisibilité du système pénal pour les acteurs judiciaires comme pour les citoyens. Mais, bien que la conférence de consensus soit restée proche de cette proposition originelle, en préconisant « *de fusionner au sein de cette nouvelle peine de probation les différentes peines et mesures non privatives de liberté de nature différente qui existent actuellement de manière éparse* » et de faire de cette peine « *clairement distincte de l’emprisonnement* », non pas une peine alternative à la prison, mais « *une peine à part entière* », en raison des débats, parfois houleux, ayant eu lieu au sein du Gouvernement comme lors de l’examen de la loi par le Parlement, le texte adopté est en définitive bien différent.

710- D’abord, concernant le caractère principal ou alternatif de la contrainte pénale, le texte a beaucoup évolué et fait diminuer significativement la portée que l’on pouvait attendre d’une telle sanction. Alors qu’en 2013 l’Assemblée nationale évoquait « *une peine principale pour certains délits en lieu et place de la courte peine privative de liberté actuellement prévue* »²⁴²⁷, que la Commission nationale consultative des droits de l’homme recommandait « *l’instauration d’une troisième catégorie de peine principale* »²⁴²⁸, le Gouvernement a opté, dans son projet de loi, pour une « *peine alternative aux peines correctionnelles susceptibles d’être prononcées par une juridiction correctionnelle à l’encontre des personnes*

²⁴²⁶ P.-V. TOURNIER, « La contrainte pénale communautaire, Créer une sanction carcérale qui ne sera pas un sursis à exécution d’une sanction carcérale », *AJ Pénal*, 2013, p. 127.

²⁴²⁷ D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), Assemblée nationale, *Rapport d’information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, op. cit.

²⁴²⁸ CNCDH, *Avis sur la prévention de la récidive*, 21 février 2013.

physiques lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas cinq ans »²⁴²⁹. Bien que l'Assemblée nationale ait proposé d'étendre le champ d'application de la contrainte pénale à tous les délinquants quelle que soit la peine encourue²⁴³⁰ et le Sénat qu'elle puisse être proposée à titre de peine principale pour une série de délits pour lesquels de courtes peines d'emprisonnement sont actuellement encourues et n'impliquant pas de violence aux personnes²⁴³¹, en raison des moyens nécessaires pour sa mise en place, le texte initial sera finalement conservé, quitte à prendre le risque de voir peu de contraintes pénales prononcées. Toutefois, la Commission mixte paritaire a proposé que le statut de la peine de contrainte pénale soit réétudié à l'issue d'une période d'application suffisante pour évaluer le texte²⁴³².

711- Ensuite, bien que la réforme vise une rénovation des méthodes de probation, et que supprimer les peines alternatives autonomes aurait « *l'avantage de simplifier le système* », le jury de la conférence de consensus a, dès l'origine, préféré se limiter à l'ajout d'une nouvelle peine. Il a expliqué que « *les peines alternatives et la peine de contrainte pénale poursuivent des objectifs distincts et complémentaires et ne s'adressent pas aux mêmes justiciables* ». La peine de contrainte pénale doit « *être réservée à certains profils identifiés en amont qui ont besoin d'un réel accompagnement et pour lesquels les problématiques à traiter en terme de prévention de la récidive et de réinsertion justifient un suivi le plus souvent pluridisciplinaire* »²⁴³³. Elle se distinguerait ainsi du sursis avec mise à l'épreuve puisqu'il ne s'agit plus seulement de contrôler l'exécution

²⁴²⁹ C. TAUBIRA, au nom de J.-M. AYRAULT, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *op. cit.*

²⁴³⁰ D. RAIMBOURG (prés.), Assemblée Nationale, *Rapport relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *op. cit.*

²⁴³¹ J.-P. MICHEL (prés.), *Projet de loi tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales*, *op. cit.*

²⁴³² D. RAIMBOURG (prés.), Assemblée Nationale, *Rapport relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *op. cit.*

²⁴³³ Conférence de consensus, *op. cit.*

d'obligations. Si ce choix est critiquable, il n'a pourtant pas fait l'objet d'amendements particuliers par le Parlement, contrairement à la sanction encourue en cas d'inexécution des obligations fixées par la contrainte pénale.

712- La manière de sanctionner la violation de la contrainte pénale a fait l'objet de propositions variées. Alors que le souhait de couper tout lien avec l'emprisonnement a été maintes fois répété, dès le projet de loi il est non seulement prévu « *qu'en cas d'inobservation par la personne condamnée des mesures, obligations et interdictions qui lui sont imposées ou de nouvelle condamnation pour un délit, le juge d'application des peines pourra, d'office ou sur réquisition du procureur, renforcer l'intensité du suivi ou compléter les obligations ou interdictions auxquelles le condamné est astreint* », mais surtout que « *dans les cas où cette réponse est insuffisante pour assurer l'effectivité de la peine, le juge pourra saisir par requête motivée le président du Tribunal de grande instance ou un juge par lui désigné afin que soit mis à exécution contre le condamné un emprisonnement d'une durée qui ne peut excéder la moitié de la durée de la peine de contrainte pénale prononcée par le tribunal, ni le maximum de la peine encourue* »²⁴³⁴. Cette proposition est en accord avec celle du jury de la Conférence de consensus qui estime que « *le non-respect des règles et des conditions fixées dans le plan de probation n'entraînera pas automatiquement une "sanction-couperet"* », mais renoue tout de même avec la privation de liberté et ses effets parfois délétères sur la réinsertion. L'amendement du Sénat, non retenu en Commission mixte paritaire, de créer un délit autonome pour le non-respect des obligations résultant d'une contrainte pénale présentait le même travers puisqu'il s'agissait d'un délit puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende²⁴³⁵. L'épée de Damoclès évoquée par Pierre-Victor TOURNIER demeure donc bien présente, elle est même posée sur la tête du délinquant dès le prononcé

²⁴³⁴ C. TAUBIRA, au nom de J.-M. AYRAULT, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, op. cit.

²⁴³⁵ J.-P. MICHEL (prés.), *Projet de loi tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales*, op. cit.

de la contrainte pénale puisque c'est la juridiction de jugement qui fixera *a priori* la durée d'emprisonnement applicable en cas d'inobservation de la contrainte pénale.

713- Même si la contrainte pénale permet un suivi renforcé et évolutif du condamné grâce à des évaluations régulières et donc un renouveau de la probation française, par le maintien d'un lien fort avec la peine privative de liberté, on est loin du « *changement radical de paradigme* » espéré par certains auteurs²⁴³⁶. Et, s'il s'agit tout de même d'un pas important vers l'individualisation de la peine, puisque la contrainte pénale s'inscrit dans « *une démarche continue, autrement dit une adaptation constante à l'individu que devient celui qui exécute sa peine* » et « *la peine est décentrée de l'infraction, pour ne plus s'axer qu'autour de la personne condamnée et de son traitement pénal* »²⁴³⁷, ce dispositif portait en lui les germes de son échec. Remanié de manière plus que conséquente, son utilisation s'est avérée complexe et n'a donc pas connu un grand succès auprès des juridictions. Malgré son intérêt, ce dispositif n'est utilisé qu'environ 2 000 fois par an²⁴³⁸, alors que le sursis mise à l'épreuve est prononcé plus de 80 000 fois par an, bien que « *cette mesure ne bénéficie pas des modalités de suivi de la contrainte pénale, qui garantissent une évaluation renforcée par le service public pénitentiaire* ». La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice propose donc « *de fusionner la contrainte pénale et le sursis mise à l'épreuve en étendant les larges possibilités d'adaptation et du suivi de la première au second* » en créant « *le sursis probatoire* »²⁴³⁹.

²⁴³⁶ J.-C. BOUVIER, « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ Pénal*, 2013, p. 132.

²⁴³⁷ G. BEAUSSONIE, « Loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *op. cit.*

²⁴³⁸ MM. F.-N. BUFFET ET Y. DETRAIGNE, *Rapport n° 11 (2018-2019) sur le projet de loi (procédure accélérée) de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et sur le projet de loi organique (procédure accélérée) relatif au renforcement de l'organisation des juridictions, fait au nom de la commission des lois*, 3 octobre 2018, 504 p.

²⁴³⁹ Texte n°463 (2017/2018) de Mme Nicole BELLOUBET, Garde des sceaux, Ministre de la justice, déposé au Sénat le 20 avril 2018, 693 p.

Une proposition qui reprend certains points déjà présents dans les travaux préparatoires de la loi du 15 août 2014 et qui devrait permettre d'accroître l'efficacité de cette peine tout en multipliant son utilisation par le juge, lors de sa mise en application le 24 mars 2020.

714- La loi du 23 mars 2019, toujours dans l'objectif de prononcer des peines plus efficaces et mieux individualisées, modifie l'article 132-19 du code pénal qui interdira à partir du 24 mars 2020 toute « *peine d'emprisonnement ferme d'une durée inférieure ou égale à un mois* » et disposera que « *si la peine est inférieure ou égale à six mois, elle doit, sauf impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement* ». Ainsi, sauf motivation expresse du juge démontrant qu'aucune autre sanction n'est davantage adaptée que la peine privative de liberté, il ne devrait plus y avoir de peine privative de liberté inférieure à six mois. Cette loi crée en outre une nouvelle peine autonome, la peine de détention à domicile sous surveillance électronique²⁴⁴⁰. D'une durée maximale de six mois, elle a pour objet de « *permettre au juge correctionnel de prononcer une peine de détention qui s'exécute hors établissement pénitentiaire et sans intervention préalable du juge d'application des peines* », intervention aujourd'hui nécessaire dans le cadre du placement sous surveillance électronique. Cette loi, si elle œuvre pour le développement des peines alternatives à l'enfermement, comporte toutefois une limite aux aménagements de peine possibles actuellement puisqu'elle conditionne un tel aménagement aux peines de moins d'un an²⁴⁴¹ afin de faire en sortes que « *l'exécution en établissement pénitentiaire des peines supérieures à un an [devienne] systématique* » alors que les aménagements de peine sont pour l'instant possible pour les peines de deux ans²⁴⁴².

²⁴⁴⁰ Art. 131-4-1 du CP, version à venir au 24 mars 2020.

²⁴⁴¹ Art. 464-2 du CPP, version à venir au 24 mars 2020.

²⁴⁴² Texte n°463 (2017/2018) de Mme Nicole BELLOUBET, Garde des sceaux, Ministre de la justice, déposé au Sénat le 20 avril 2018, 693 p.

715- Quoi qu'il en soit, la loi du 23 mars 2019 a pour objectif global, tout comme la précédente, de « *renforcer la cohérence et l'efficacité des peines encourues en matière correctionnelle* » par la réécriture de l'échelle des peines et le développement des peines alternatives à la détention. Elle envisage ainsi, « *dans un but de prévention de la récidive, une intervention renforcée des services pénitentiaires d'insertion et de probation [...] tant en présentiel, pour aider les magistrats dans la recherche de la sanction la plus adaptée, eu travers d'enquêtes de personnalités abouties, due dans l'exécution de la peine* »²⁴⁴³. Cela suppose concomitamment de repenser la peine privative de liberté, de son prononcé à son exécution. Elle ne doit être prononcée que lorsqu'elle est la plus à même de permettre la resocialisation du délinquant et doit être construite de sorte à permettre un retour progressif et réussi dans la société libre. Elle doit être axée comme toute peine autour de la délivrance de la prestation de réinsertion.

B) Le développement des modalités de détention différenciées lors de l'exécution de la peine privative de liberté

716- Les règles pénitentiaires européennes, desquelles s'inspire la France, posent comme principe que « *chaque détenu doit rapidement être évalué pour déterminer le risque qu'il fait peser sur la collectivité en cas d'évasion et la probabilité qu'il tente de s'évader* » afin qu'il soit « *soumis à un régime de sécurité correspondant au niveau de risque identifié* »²⁴⁴⁴. Une évaluation qui doit être effectuée non seulement lors de l'arrivée du détenu en détention, mais doit également être effectuée à nouveau plusieurs fois durant l'exécution de la peine pour une adaptation continue de ce niveau de sécurité en vue de penser le retour à la société²⁴⁴⁵. La phase d'observation du détenu lors de sa mise sous écrou et son suivi à l'aide du parcours d'exécution de peine sont donc essentiels à la délivrance de la prestation de

²⁴⁴³ *Ibidem.*

²⁴⁴⁴ RPE 51-3 et 51-4

²⁴⁴⁵ RPE 51-5

réinsertion auquel il a droit en tant qu'usager du service public pénitentiaire. Toutefois, pour prendre sens, il est indispensable que des modalités de détention adaptées lui soient proposées pour lui permettre de retrouver progressivement la liberté dont il a été privé sans qu'il ne récidive. L'Administration a pris conscience de ce besoin. Le projet de réforme de la justice souligne d'ailleurs que s'il est nécessaire de mettre en œuvre un plan pénitentiaire et de créer des nouvelles places de prison pour atteindre l'objectif d'encellulement individuel sans cesse repoussé, il faut également mettre en place des « *structures avec un niveau de sécurité adapté à la fois à des peines de durée peu importante ou pour préparer la sortie de détenus dont le potentiel de réinsertion est avéré* » et développer les activités en détention²⁴⁴⁶. Pour autant, cette prise de conscience semble souvent enfermée par le carcan sécuritaire qui s'est imposé ces dernières années, amenant à critiquer la mise en place des régimes différenciés existants (1) et à souligner l'insuffisance des dispositifs permettant une ouverture progressive des portes de la prison (2) malgré des avancées notables en la matière.

1. La mise en place de régimes différenciés en prison fermée

717- Historiquement, comme l'explique Stéphane ENGELEGUELE, « *le régime progressif repose sur le traitement individualisé des délinquants en fonction de leur personnalité, et d'après un classement préalable. Il consiste en étapes successives que le condamné doit franchir pendant son incarcération, et qui doivent le préparer au reclassement* »²⁴⁴⁷. Affirmé au huitième principe de la réforme pénitentiaire de mai 1945, il s'imposait à tout détenu qui en fonction de « *son attitude* » et « *son degré d'amendement* » passait étape par étape de l'encellulement à la semi-liberté

²⁴⁴⁶ Texte n°463 (2017/2018) de Mme Nicole BELLOUBET, Garde des sceaux, Ministre de la justice, déposé au Sénat le 20 avril 2018, 693 p.

²⁴⁴⁷ S. ENGELEGUE, « Le Préambule de la constitution de 1946 et la réforme pénitentiaire », in : *Le préambule de la constitution de 1946*, PUF, 1996, p. 225.

avant de réintégrer la société²⁴⁴⁸. Mise de côté dès 1960 dans son caractère obligatoire, l'idée d'un régime de détention avec un niveau de sécurité variable ne disparût pas pour autant et recommença à émerger dans les années 1990 pour se développer, dans la pratique et hors de tout cadre légal au début des années 2000. Il est alors question non plus de régime progressif, mais de régimes différenciés entre les détenus suivant leur conduite et leur aptitude à la réinsertion.

718- Le développement progressif des régimes différenciés. Alors qu'un régime unique "portes ouvertes" était développé depuis 1985 dans de nombreux établissements pour peines, permettant aux détenus de circuler librement la journée à l'aide d'une clé ou d'une carte magnétique programmée en fonction de leur emploi du temps et de subir un enfermement en cellule uniquement la nuit, et ce « *afin de compenser l'allongement de la durée des peines, en favorisant une certaine sociabilité en détention ainsi que l'accès aux activités* »²⁴⁴⁹, nous assistons en 2002 au retour d'un régime fermé unique en maison centrale et au développement d'un système de régimes différenciés dans certains centre de détention. Selon Gaëtan CLIQUENNOIS, ce retour en arrière s'explique à la fois par « *l'évolution du profil de la population pénitentiaire affectée en centre de détention* » et par l'hostilité des personnels et des syndicats face au développement du régime "portes ouvertes"²⁴⁵⁰. Suite au programme 13000, les centres de détention voient arriver des détenus auparavant affectés en maisons d'arrêt ou maisons centrales et non plus seulement des détenus en fin de peines ou condamnés à de courtes peines. Face à la diversité de la population pénale présente dans les établissements, instaurer un régime "portes ouvertes" pour tous n'est pas envisagé et mettre en place un régime uniforme a pour effet l'application de règles de sécurité qui ne s'imposent pas toujours à tous. L'idée d'une individualisation du régime de détention refait surface. Ainsi, dès le 22 octobre 1990, une circulaire prévoit d'adapter

²⁴⁴⁸ J. PINATEL, « Chronique pénitentiaire », RSC, 1946, p. 142.

²⁴⁴⁹ OIP, *Le guide du prisonnier*, La découverte, Guides, Paris, 2012, p. 91.

²⁴⁵⁰ G. CLIQUENNOIS, *La réduction des risques et la responsabilisation de la prise de décision en établissements pour peines*, Thèse, sociologie, Paris, 2009, 544 p.

les régimes de vie au profil des condamnés et préconise la mise en place d'une commission d'affectation pluridisciplinaire que le chef d'établissement consulterait avant toute décision d'affectation²⁴⁵¹. Cela pouvait sembler positif, mais, dans le même temps, le personnel vit de plus en plus mal la possibilité pour les détenus de s'abstraire « *en partie du lien physique de dépendance caractérisant habituellement les relations surveillants/détenus* ». Il voit dans l'instauration de régimes différenciés la possibilité de « *restaurer des relations de dépendance et de discrétionnarité dans un contexte de judiciarisation (notamment pour les sanctions disciplinaires) et de raréfaction des moyens formels de contrôle* »²⁴⁵². Ces objectifs pour le moins opposés vont faire naître des doutes sur les objectifs réellement poursuivis par la mise en œuvre des régimes différenciés, d'autant que le cadre légal adopté en 2009 se révèle peu protecteur.

719- La loi pénitentiaire et le cadre légal des régimes différenciés. Alors qu'il existe des établissements pratiquant trois types de régimes différents – un régime “ouvert” dans lequel le détenu est libre de circuler au sein de la zone d'hébergement et de se rendre aux activités proposées, un régime “semi-ouvert” dans lequel une telle possibilité est limitée à un nombre d'heures restreint et un régime “fermé” dans lequel le détenu est confiné dans sa cellule et ne peut en sortir que lorsqu'un surveillant vient lui ouvrir la porte et le conduire à une activité-, et « *afin d'anticiper les critiques attendues dans le cadre des débats parlementaires* »²⁴⁵³, l'administration pénitentiaire a tenu à rappeler plusieurs principes relatifs à la mise en place des régimes différenciés avant l'examen et l'adoption de la loi pénitentiaire²⁴⁵⁴. Elle a tout d'abord défini cette pratique comme un « *vecteur de l'individualisation de la peine* » et comme un « *outil pertinent*

²⁴⁵¹ Circulaire du 22 octobre 1990 portant sur le régime de détention des établissements du programme 13 000, JUSE9040078C.

²⁴⁵² G. CLIQUENNOIS, *La réduction des risques et la responsabilisation de la prise de décision en établissements pour peines*, op. cit.

²⁴⁵³ OIP, *Le guide du prisonnier*, op. cit., p. 83.

²⁴⁵⁴ Note du 20 juillet 2009. DAP, 00665, relative aux modalités de mise en œuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires.

de gestion de la détention ». Puis, elle a souligné que le placement en régime différencié se fait à la suite d'une phase d'observation en quartier arrivant et après décision de la commission pluridisciplinaire basée sur la personnalité du détenu, qu'elle n'entraîne « aucune restriction quant au régime de détention de droit commun et quel que soit le régime appliqué » et que les détenus conservent « tous les droits afférents au régime de détention prévu par les textes » effectuant une distinction entre les droits des détenus et les « modalités concrètes de prise en charge de détenus en fonction du degré d'autonomie qui peut leur être accordé ». Elle a précisé en outre que le système de régimes différenciés ne peut pas être utilisé à titre de sanction par le personnel pénitentiaire et que les affectations, initiales comme ultérieures, ne doivent être décidées qu'en fonction de la capacité du détenu à respecter les règles de vie en société et du parcours d'exécution de peine.

720- Cette note semble avoir reçu un accueil favorable de la part des parlementaires, puisque l'article 89 de la loi pénitentiaire vient modifier l'article 717-1 du code de procédure pénale pour affirmer que le régime de détention des condamnés est « déterminé en prenant en compte leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale ». S'il ajoute que le choix du régime de détention n'intervient qu'après une phase d'observation et la mise en place d'un parcours d'exécution de peine, mais également que « le placement d'une personne détenue sous un régime de détention plus sévère ne saurait porter atteinte aux droits » qui lui sont reconnus, ce cadre légal s'avère néanmoins insatisfaisant, car relativement peu protecteur.

721- Un cadre législatif trop peu protecteur des détenus. Les débats autour de la loi pénitentiaire tout comme son adoption ont suscité de nombreuses réactions et critiques quant aux régimes différenciés. Ainsi, Thomas HOMMARBERG, alors Commissaire européen aux droits de l'homme, avait demandé à la France de ne pas légaliser ces pratiques²⁴⁵⁵,

²⁴⁵⁵ T. HOMMARBERG, *Rapport du commissaire européen aux droits de l'homme faisant suite à la visite en France du 21 au 23 mai 2008*, Comm. EDH (2008). 34.

Jean-Marie DELARUE, alors Contrôleur général des lieux de privation de liberté, a souligné « *la ségrégation inhérente à ce système* »²⁴⁵⁶ et le Comité de prévention de la torture des Nations-Unies a « *pris note avec préoccupation du fait que la loi pénitentiaire [...] semble doter l'administration pénitentiaire d'une vaste discrétion permettant [...] une différenciation de régime de détention sur la base d'une classification des détenus sur des critères subjectifs, tels que la personnalité ou la dangerosité* »²⁴⁵⁷. De même, l'Observatoire international des prisons a évoqué un système donnant à l'Administration la possibilité « *de respecter ou non les droits de la personne en fonction du tableau de personnalité qu'elle dresse* »²⁴⁵⁸.

722- En effet, non seulement les critères retenus par la loi du 24 novembre 2009 pour décider de l'affectation d'un détenu dans un régime ouvert ou fermé sont relativement flous – personnalité, dangerosité²⁴⁵⁹ - et laissent ainsi place à l'arbitraire du personnel pénitentiaire pour lequel le comportement du détenu devient le point de référence au prononcé d'un placement en régime plus strict, la pratique confirme qu'un placement en régime fermé peut intervenir en réponse à un comportement susceptible de constituer une faute disciplinaire et être utilisée ainsi en guise de sanction déguisée²⁴⁶⁰. En outre, bien que la note de l'administration pénitentiaire et la loi précisent qu'une affectation en régime différencié ne doit porter aucune atteinte aux droits du détenu, « *la suppression de la liberté de circulation a nécessairement per se un impact direct sur les activités disponibles* »²⁴⁶¹. Elle rend difficile voire empêche l'accès au travail ou à des nombreuses

²⁴⁵⁶ CGLPL, *Rapport d'activité 2008*, Dalloz, Paris, 2009, p. 160

²⁴⁵⁷ *Observations générales du CPT, 6^{ème} Rapport périodique de la France, (CAT/C/FRA/4-6)*, 27 et 28 janvier 2010, point 21.

²⁴⁵⁸ H. DE SUREMAIN, OIP, « Un dispositif attentatoire aux droits de la personne », *L'humanité*, 21 septembre 2009.

²⁴⁵⁹ V. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 1 – Paragraphe 1 – A – 2. Le durcissement de la peine, mécanisme étendu par l'utilisation explicite du concept de dangerosité (227)

²⁴⁶⁰ OIP, *Le guide du prisonnier, op. cit.*, p. 91.

²⁴⁶¹ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire, Dalloz-action*, Paris, 2012, p. 806.

activités pour le détenu et complique donc l'accès aux aménagements de peine, ceux-ci étant accordés en tenant compte des activités favorables à la réinsertion réalisées par le détenu. Au surplus, alors que beaucoup espéraient que le règlement intérieur type des établissements pénitentiaires vienne encadrer la pratique des régimes différenciés, le décret du 30 avril 2013 se contente d'affirmer qu'en maison d'arrêt²⁴⁶² comme en maison centrale²⁴⁶³ la personne est enfermée la nuit et ne peut sortir de sa cellule la journée que lorsque les déplacements sont justifiés, et qu'en centre de détention s'il est possible que des aménagements à un tel régime soient mis en place ils ne sont pas obligatoires, mais tiennent compte des critères sus évoqués²⁴⁶⁴. Surtout, ce décret permet de restreindre les droits des détenus

²⁴⁶² Article 42 : « la personne détenue est enfermée dans sa cellule durant la nuit. Elle ne peut librement sortir de sa cellule durant la journée. Les déplacements hors de celle-ci doivent être justifiés par l'accès à la promenade, par un rendez-vous qui lui est fixé, par une convocation qui lui est adressée ou par une inscription à une activité.

²⁴⁶³ Article 47 : Dans les maisons centrales et dans les quartiers maison centrale, établissements qui comportent une organisation et un régime de sécurité renforcé, la personne détenue est enfermée dans sa cellule durant la nuit. Elle ne peut librement sortir de sa cellule durant la journée. Les déplacements, hors de la cellule, doivent être autorisés par un personnel pénitentiaire et justifiés par l'accès à la promenade, par un rendez-vous qui lui est fixé, par une convocation qui lui est adressée ou par une inscription à une activité. Ils sont accompagnés par un personnel pénitentiaire. La personne détenue prend ses repas seule en cellule.

²⁴⁶⁴ Article 48 : I. — Dans les centres de détention et dans les quartiers centre de détention, établissements qui comportent un régime principalement orienté vers la réinsertion sociale, la personne détenue est enfermée dans sa cellule pendant la nuit. Elle accède aux zones de parloirs et aux services de santé sur prise de rendez-vous préalable. Elle accède aux zones de travail, de formation professionnelle, d'enseignement et d'activités socioculturelles encadrées après inscription et selon les horaires fixés dans son emploi du temps. Elle accède sur demande aux douches et aux postes téléphoniques situés sur la cour de la détention.

Elle accède à la cour de promenade sans inscription préalable et a librement accès aux postes téléphoniques qui s'y trouvent placés, pendant les horaires d'ouverture de ces équipements.

Ses déplacements sont accompagnés par le personnel pénitentiaire. Elle prend ses repas seule en cellule.

en raison des « *contraintes inhérentes à la détention* » et afin d'assurer le « *maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements* »²⁴⁶⁵, nous ne pouvons que penser que des contraintes plus fortes existent en régime fermé obligeant alors à un encadrement plus strict des droits. Enfin, le contrôle exercé par le juge administratif sur les décisions d'affectation en secteur fermé s'est révélé « *fantomatique* »²⁴⁶⁶. Si le Conseil d'État a accepté d'exercer son contrôle sur ce type de mesure, jugeant qu'une telle décision fait grief au détenu, il n'a pas interdit cette pratique la jugeant légitime dans le cas d'un détenu perturbant le bon fonctionnement de l'établissement. Plus encore, il a jugé qu'elle ne fait pas suffisamment grief pour que le chef d'établissement soit tenu d'organiser un débat contradictoire préalable à l'adoption d'une telle mesure ou de motiver sa décision²⁴⁶⁷. Le contrôle opéré est donc plus que restreint.

723- Comme l'écrit Béatrice PASTRE-BELDA, « *l'absence d'encadrement de cette pratique et, corrélativement, le risque de transformation de cette pratique en outil disciplinaire à la disposition du personnel pénitentiaire sont fortement critiquables, d'une part, à l'aune des exigences d'accessibilité et de prévisibilité des règles de droit et, d'autre part, à l'aune*

II. — Des aménagements, qui tiennent compte de la personnalité, de la santé et de la dangerosité de la personne détenue, peuvent être apportés au I pour accompagner par une plus grande autonomie les efforts de celle-ci en matière de réinsertion sociale. Ils concernent notamment : — les horaires de l'ouverture des portes des cellules pendant une partie de la journée ; — la circulation de la personne à l'intérieur de son unité d'hébergement pendant les horaires d'ouverture des portes de cellule ; — l'accompagnement des mouvements en dehors de l'unité d'hébergement ; — l'accès aux postes téléphoniques situés sur la coursière pendant les horaires d'ouverture des portes de cellule ; — l'accès aux douches durant les horaires d'ouverture des portes de cellule ; — l'accès aux salles d'activités non encadrées situées au sein de son unité d'hébergement ; — la prise de repas en commun. Lors de chaque mouvement, la personne détenue doit pouvoir justifier de son identité et du motif de son déplacement.

²⁴⁶⁵ Décret n° 2013-368 du 30 avril 2013 *relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires*, *JORF* du 3 mai 2013, p. 7609.

²⁴⁶⁶ OIP, *Le guide du prisonnier*, *op. cit.*, p. 91.

²⁴⁶⁷ CE, 28 mars 2011, req. n°316977, *Bennay* ; Ch.-A. DUBREUIL, « Nouvelle restriction du champ des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral », *JCP G.*, 2011, p. 430.

des exigences européennes »²⁴⁶⁸. En effet, quand bien même l'administration aurait justifié la mise en place des régimes différenciés par les règles pénitentiaires européennes, celles-ci ne mentionnent ni ne préconisent les régimes différenciés, et n'évoquent qu'une différenciation des régimes de détention. Alors qu'elles préconisent que « *la vie en prison [soit] alignée aussi étroitement que possible sur les aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison* » et que « *chaque détention [soit] gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté* »²⁴⁶⁹, elles ne prévoient que la possibilité de mettre en place des mesures de sécurité spécifiques, eu égard au risque d'évasion du détenu et au risque qu'il pourrait faire courir à la collectivité²⁴⁷⁰.

724- L'administration elle-même semble avoir pris conscience des lacunes du système en place puisqu'elle l'a fait évoluer avec la création du "régime respect", testé en 2015 à Mont-de-Marsan puis étendu progressivement à d'autres établissements. Si ce régime montre des améliorations, il demeure cependant, lui aussi, plus que perfectible.

725- La mise en place du "régime respect". Inspiré du modèle espagnol développé depuis 2001, le "régime respect" permet aux détenus volontaires, suite à la signature d'un contrat d'engagement par lequel ils acceptent de justifier de 15 à 25 heures d'activités par semaine, de respecter de nombreuses obligations en matière de convivialité, entretien de la cellule, hygiène corporelle, ponctualité..., d'intégrer un régime de détention dans lequel ils disposent d'une liberté de déplacement dans l'ensemble du bâtiment concerné en journée et participent à des commissions en vue d'organiser des aspects quotidiens de la vie en détention. Permettant aux détenus de passer au moins huit heures par jour en dehors de leur cellule comme le recommande le comité de prévention de la torture et de susciter l'engagement des détenus afin d'obtenir une plus grande autonomie, ce

²⁴⁶⁸ B. PASTRE-BELDA, « Les régimes de détention et la question de l'individualisation du parcours de détention », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Dalloz, Paris, 2013, p. 161.

²⁴⁶⁹ 5 et 6^{èmes} principes fondamentaux des RPE

²⁴⁷⁰ RPE 17.2

système a été encouragé par Jean-René LECERF dans son *Livre blanc sur l'immobilier pénitentiaire*²⁴⁷¹. Il présente des avantages, comme n'hésite pas à l'écrire le Contrôleur général pourtant hostile aux régimes différenciés précédents, même s'il montre encore des lacunes²⁴⁷².

726- Ce régime de détention a la particularité de ne pas être réservé aux centres de détention, mais étendu aux maisons d'arrêts, dans lesquels il n'existe qu'un régime "portes fermées". Il permet ainsi aux détenus de ce type d'établissement de bénéficier d'une plus grande autonomie en allégeant les contraintes sécuritaires aux détenus demandant à bénéficier d'un tel régime et acceptant de se soumettre aux règles inscrites dans le contrat d'engagements. Au demeurant, la grande majorité des détenus sont éligibles au bénéfice de ce régime puisque seuls les détenus particulièrement surveillés ou les détenus qualifiés de dangereux en sont exclus²⁴⁷³.

727- Néanmoins, s'il se révèle particulièrement intéressant en maison d'arrêt, il s'avère l'être beaucoup moins en établissement pour peines où il existe déjà le régime "portes ouvertes". En effet, le "régime respect" est bien moins souple que ne l'est le "régime portes ouvertes" puisqu'il conditionne l'ouverture des portes de la cellule en journée au respect de nombreuses obligations présentes dans l'acte d'engagement telles que le respect d'une heure de lever, l'obligation de faire son lit... , acte d'engagement qui se révèle d'ailleurs être en réalité un règlement intérieur de la détention puisque l'administration ne mentionne aucune obligation qui lui incomberait. Ayant amené à la disparition du "régime portes ouvertes" dans certains centres de détention le « régime respect » n'a donc conduit qu'à l'ajout d'obligations supplémentaires pour les détenus, pourtant jugés suffisamment respectueux pour avoir été affectés en "régime portes ouvertes". De ce fait, si selon le Contrôleur général le "régime respect" « doit être étendu en tant que régime de base au sein des maisons d'arrêt,

²⁴⁷¹ J.-R. LECERF, *Livre blanc sur l'immobilier pénitentiaire*, 4 janvier 2017, p. 53.

²⁴⁷² CGLPL, *Avis du 12 décembre 2017 relatif aux modules de respect dans les établissements pénitentiaires*, JORF du 14 mars 2018.

²⁴⁷³ Il n'en demeure pas moins que faire reposer l'exclusion du régime respect sur la notion de dangerosité se révèle une fois encore contestable.

convertissant l'affectation en régime fermé en exception dûment motivée », il ne doit pas conduire à la suppression du “régime portes ouvertes” en centre de détention, mais « *ne peut être qu'un régime intermédiaire conduisant vers un régime ouvert* »²⁴⁷⁴.

728- En outre, si “le régime respect” nécessite une évaluation fréquente des détenus, l'octroi de bons et de mauvais points ne semble pas être une solution optimale, reproduisant les dérives arbitraires déjà existantes en raison de l'impossibilité matérielle de faire un compte-rendu circonstancié quotidien pour chaque détenu. En plus, elle se révèle contraire au principe d'égalité de traitement entre les détenus, l'octroi de bons points ouvrant droit à des gratifications matérielles ou à des facilités de communication avec les proches. Un simple contrôle par les surveillants, moins infantilisant et plus égalitaire devrait être mis en place et le “régime respect” ne doit être qu'« *un outil de prise en charge et non une récompense* »²⁴⁷⁵.

729- Surtout, tout comme pour les régimes différenciés classiques, « *l'implantation d'un régime de respect dans un établissement n'exonère pas l'administration de son devoir de porter une réelle considération aux secteurs fermés* ». Bien au contraire, elle devrait prendre « *plus fortement en considération les personnes qui, maintenues en secteur fermé, paraissent les plus réfractaires aux règles et les plus éloignées des objectifs d'insertion, de réinsertion et de prévention de la récidive prévus par la loi pénitentiaire* »²⁴⁷⁶. En effet, s'il est évident que « *la population pénale n'est certainement pas prête dans son ensemble à intégrer de tels modules* »²⁴⁷⁷, les détenus affectés en “régime portes fermées” nécessitent une prise en charge plus importante afin que leur réinsertion soit mise en place et il ne faut pas réduire les possibilités d'activités à leur égard, mais les développer contrairement à la pratique courante existant.

²⁴⁷⁴ CGLPL, Avis du 12 décembre 2017 relatif aux modules de respect dans les établissements pénitentiaires, *op. cit.*

²⁴⁷⁵ J.-R. LECERF, *Livre blanc sur l'immobilier pénitentiaire*, 4 avril 2012, p. 57

²⁴⁷⁶ *Ibidem.*

²⁴⁷⁷ *Ibidem.*

730- De nombreuses évolutions peuvent encore être espérées tant « *la réflexion sur les régimes différenciés basée autour d'une notion strictement physique – portes ouvertes ou portes fermées – démontre là toute la difficulté à penser le service public pénitentiaire de manière plus ambitieuse qu'actuellement* »²⁴⁷⁸. Il serait en effet pertinent, pour assurer une meilleure individualisation de la peine et permettre au service public pénitentiaire de délivrer une prestation de réinsertion efficace, d'assurer une continuité de la prise en charge en allégeant progressivement les règles sécuritaires pesant sur le détenu jusqu'à sa libération. Pour cela, il faudrait, non seulement continuer à développer les systèmes permettant l'ouverture progressive des portes des cellules, mais penser à l'ouverture progressive des portes des prisons.

2. La mise en place d'une ouverture progressive des portes de la prison

731- Si aujourd'hui les régimes de détention différenciés se multiplient avec 55 des 96 établissements pour peines qui proposent au moins deux régimes différents de détention, les prisons françaises, traditionnellement fermées, peinent à ouvrir leurs portes puisque l'on ne compte que 10 centre de semi-liberté et 20 quartiers de semi-liberté, et seulement 9 quartiers pour peines aménagées. Cela signifie que sur 59765 places officielles, seules 1312 sont prévues en semi-liberté et 611 en quartiers pour peines aménagées²⁴⁷⁹. Au surplus, seule la prison de Casabianda en Corse propose un modèle de prison ouverte. Ceci se traduit par un pourcentage ridicule de 0.3 % de la proportion des places de prison assimilable au modèle ouvert de détention. Un pourcentage d'autant plus éloquent qu'il montre « *le retard de la France*

²⁴⁷⁸ B. PASTRE-BELDA, « Les régimes de détention et la question de l'individualisation du parcours de détention », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, op. cit.

²⁴⁷⁹ Direction de l'administration pénitentiaire, *Chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, 1^{er} janvier 2018, 17 p.

désormais avérée classée dernière parmi les utilisateurs européens des prisons ouvertes loin derrière la moyenne européenne de 13% [...] et très loin derrière la proportion du quart, voire du tiers de certains pays scandinaves »²⁴⁸⁰. Comme l'explique Paul-Roger GONTARD, « ce chiffre interpelle compte tenu de l'indécision dont il témoigne : soit les prisons ouvertes ne donnent pas satisfaction dans ce pays, dans ce cas, pourquoi en conserver une proportion tellement insignifiante, soit celles-ci ont une pertinence, auquel cas comment expliquer une si modique portée à leur utilité ? »²⁴⁸¹. La réponse ne semble pas tranchée puisque les débats sur leurs développements se multiplient, bien que rarement suivis d'effets, comme le montrent le rapport demandé par Jean-Marie BOCKEL, alors secrétaire d'État à la Justice, à Paul-Roger GONTARD²⁴⁸² ou encore le *Libre blanc sur l'immobilier pénitentiaire* rendu en 2017 par Jean-René LECERF²⁴⁸³. Si les modèles ouverts semblent présenter de nombreux intérêts en terme de réinsertion, ils n'ont pas été privilégiés dans les choix français et peinent donc à trouver leur place.

732- L'intérêt d'une carceralité alternative telle que proposée par les modèles ouverts de détention. Dès les années 1950, les établissements ouverts ont fait l'objet d'études et de recommandations. Les Nations-Unies expliquent que « l'établissement ouvert se caractérise par l'absence de précautions matérielles et physiques contre l'évasion (telles que murs, verrous, barreaux, surveillants armés ou autres surveillants spécialement préposés à la sécurité de l'établissement) ainsi qu'un régime fondé sur une discipline consentie et sur le sentiment de la responsabilité du détenu à l'égard de la communauté dans laquelle il vit. Ce régime encourage le détenu à user des libertés offertes sans en abuser ». Puis, elles affirment que « l'établissement ouvert marque une étape importante dans l'évolution des

²⁴⁸⁰ P.-R. GONTARD, *L'utilisation européenne des prisons ouvertes, l'exemple de la France*, op. cit., p. 284.

²⁴⁸¹ *Ibidem*.

²⁴⁸² P.-R. GONTARD, *Rapport de la mission « Prison Ouverte » commandée par le Secrétaire d'État à la Justice*, 2010.

²⁴⁸³ J.-R. LECERF, *Libre blanc sur l'immobilier pénitentiaire*, 4 avril 2012, 140 p.

« systèmes pénitentiaires de notre époque et représente l'une des applications les plus heureuses du principe de l'individualisation de la peine en vue d'une réadaptation sociale » et *« peut contribuer à diminuer les inconvénients que présentent des courtes peines d'emprisonnement »*²⁴⁸⁴. Permettant le passage d'un régime de détention uniquement coercitif à un régime normatif et éducatif, les prisons ouvertes semblent répondre aux exigences d'individualisation de la peine en vue d'une préparation à la sortie et de la lutte contre la récidive par leur intérêt pédagogique. Les détenus ne sont plus dans l'obligation de respecter les règles parce qu'elles leur sont imposées, mais apprennent à les respecter pour ne pas encourir de sanction²⁴⁸⁵ certes, mais aussi dans un objectif d'une vie en collectivité apaisée. L'intérêt est donc bien ici, *« pour atteindre l'objectif de neutralisation, la prison ouverte ne cherche pas à contenir par tous les moyens le détenu à l'intérieur d'une enceinte, comme le font d'autres modèles pénitentiaires, mais doit adopter une autre stratégie, visant à rendre plus profitable le respect des règles plutôt que l'évasion »*²⁴⁸⁶. La neutralisation du détenu ayant violé les règles de vie en société et ayant été mis à l'écart de ce fait n'est pas mise de côté, au contraire elle est pensée sur le long terme pour une neutralisation plus efficace *via* une réinsertion progressive et réussie. Les prisons ouvertes présentent donc de nombreux intérêts pour une politique pénale efficace sur le long terme, mais leur mise en place en France s'est avérée complexe malgré plusieurs expériences et ce en raison des préjugés sur la prison, mais aussi de la difficulté quant au choix des condamnés pouvant bénéficier d'un tel régime.

²⁴⁸⁴ Nations-Unies, AG, *Les établissements ouverts*, recommandations adoptées par la section II, Premier congrès des NU en matière de prévention du crime et de traitement des délinquants, Genève, 22 août-3 septembre 1955, Genève, 1955.

²⁴⁸⁵ Paul Roger GONTARD explique par exemple que « s'il y a peu de barrières à l'infraction dans le régime ouvert, il y a par contre de nombreuses incitations de ne pas en commettre, ou de respecter la règle, en augmentant notamment progressivement les avantages ou les libertés, et en les supprimant en cas de manquement à la règle, ou en faisant craindre le retour en détention fermée en cas d'infraction lourde au règlement ». V. P.-R. GONTARD, *L'utilisation européenne des prisons ouvertes, l'exemple de la France*, *op. cit.*, p. 240

²⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 239.

733- Les difficultés françaises à la mise en place de prisons ouvertes.

Malgré plusieurs tentatives et notamment le développement de 6 établissements ouverts post-guerre²⁴⁸⁷, l'utilisation française des prisons ouvertes au caractère « *parfois original* » et « *dicté[e] par des circonstances locales et occasionnelles propres à chaque établissement* »²⁴⁸⁸ n'a pas réussi à se pérenniser. Cela est probablement dû aux « *préjugés qui nous poussent à attendre d'une prison qu'elle possède des barreaux, des préjugés qui se sont construits à partir de représentations, de modèles mentaux, d'avis d'experts, mais aussi d'un héritage culturel, parfois religieux* »²⁴⁸⁹, mais également à l'importance croissante accordée à l'exigence sécuritaire de la population dans un monde du court-terme. Une prison ouverte demeure une prison et « *tout échec à sa fonction de neutralisation reste contraire à l'une de ses missions, et peut être mal perçu par l'opinion publique et par les décideurs du sujet pénitentiaire* ». Or, dans une société où la demande sécuritaire ne cesse de croître, « *une prison sans dispositif passif de sécurité pourrait passer pour une provocation* »²⁴⁹⁰. Cela explique sans doute la frilosité des parlementaires face à de telles propositions, quand bien même les expériences passées aient pu démontrer « *qu'adoucir la pénibilité des conditions d'exécution des peines pouvait faire au moins aussi bien, si ce n'est mieux, qu'un régime disciplinaire strict* »²⁴⁹¹. Ils ont préféré satisfaire l'exigence d'une prison sécuritaire tout en développant des alternatives à la détention, mettant de côté le régime intermédiaire que pourrait être la prison ouverte. Ce choix montre l'ambivalence des politiques pénales, leur antagonisme, mais aussi la « *schizophrénie carcérale* » de la France où « *les décideurs [renforcent] d'une main le poids et la sécurité des prisons et de l'autre [cherchent] à en extraire le plus possible de condamnés en favorisant les milieux ouverts et mixtes* »²⁴⁹². Il a aussi comme travers de laisser

²⁴⁸⁷ Pour en savoir plus, V. *Ibid.*, p. 292 et s, notamment p. 308 et s.

²⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 337.

²⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 278

²⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 178.

²⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 112

²⁴⁹² *Ibid.*, p. 358.

finalement peu de place à l'alternative que propose la prison ouverte, même si celle-ci peut encore devenir « *la condition d'une nouvelle complémentarité pénologique par rapport aux modalités d'exécution de peine existants* »²⁴⁹³.

734- Si le développement des aménagements de peine et des alternatives à l'incarcération a pour effet de réduire le public carcéral disponible pour un usage des prisons ouvertes – les condamnés présentant des risques faibles pour la collectivité et des facilités de réinsertion n'étant pas ou peu incarcérés -, la prison ouverte pourrait tout de même devenir à la fois une étape intermédiaire entre la prison fermée et le retour à la vie libre pour les longues peines ou encore une alternative préférable à la prison fermée pour les bénéficiaires d'une peine de probation n'en ayant pas respecté les obligations²⁴⁹⁴. Quoi qu'il en soit, ce choix pénologique suppose une stratégie d'ensemble du système pénal et de mettre fin à l'ambivalence dont fait preuve le système pénal actuel. Cette stratégie semble toutefois encore à l'étude comme le prouve le *Livre blanc sur l'immobilier pénitentiaire* de 2017 qui envisage le développement de quartiers de préparations à la sortie et l'expérimentation des prisons ouvertes dans le cadre de ceux-ci.

735- Jean-René LECERF recommande en effet, afin de « *préparer efficacement la sortie pour prévenir la récidive* », de faire « *le choix d'un investissement important dans des quartiers de préparation à la sortie* » qui, s'ils ne seraient pas autonomes d'un point de vue juridique car rattachés à un établissement pénitentiaire, seraient en dehors de leur enceinte. Envisagés comme l'« *occasion de développer de façon déterminée des solutions innovantes en matière de prévention de la récidive et de suivi des populations pénales* », ils sont définis comme des lieux de socialisation permettant une plus grande responsabilisation et une plus grande autonomie des détenus par l'allègement des contraintes sécuritaires. Il est en outre envisagé d'expérimenter des prisons ouvertes dans le cadre de ces quartiers de préparation à la sortie, dans le sens une fois encore d'une préparation à la

²⁴⁹³ *Ibid.*, p. 395.

²⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 420 et s.

sortie plus efficace²⁴⁹⁵. Néanmoins, le terme de quartier de préparation à la sortie ou de prison ouverte n'apparaît pas dans le projet de réforme de la justice, et seul celui de « *structures avec un niveau de sécurité adapté à la fois à des peines de durée peu importante ou pour préparer la sortie de détenus dont le potentiel de réinsertion est avéré* » a été inscrit. Quant au plan pénitentiaire présenté par Nicole BELLOUBET en septembre 2018, il évoque les « *structures d'accompagnement vers la sortie* », probablement assimilables aux quartiers de préparation à la sortie, et les « *quartiers de confiance* », dans lesquels les barreaux aux fenêtres ne seraient pas systématiques, ainsi que des « *prisons expérimentales centrées autour du travail* »²⁴⁹⁶. Mais le terme de prison ouverte, bien que prononcé plusieurs fois dans diverses allocutions ministérielles, n'est nullement mentionné. Un état de fait qui démontre une nouvelle fois, si cela était encore nécessaire, les difficultés françaises à faire évoluer le service public pénitentiaire vers un outil plus moderne de gestion des sanctions pénales.

²⁴⁹⁵ J.-R. LECERF, *Livre blanc sur l'immobilier pénitentiaire*, op. cit.

²⁴⁹⁶ Comité des ministres, Ministère de la justice, *Le plan pénitentiaire*, 12 septembre 2018, 12 p.

Conclusion du Chapitre 2

736- L'étude du système pénal montre « *la psychasthénie de la prison française* », son « *dérèglement fonctionnel* » se traduisant « *par une difficulté et une appréhension à agir avec une conscience douloureuse du trouble* »²⁴⁹⁷. Le législateur a conscience des difficultés qui existent et qui perdurent, mais fait preuve d'atonie dans sa propension à faire évoluer les choses. Il effectue des modifications par petites touches, revenant souvent en arrière, sans mettre en place de réforme de fond efficace dans la manière de penser la prison, mais aussi sa place dans le système pénal global. Alors que Béatrice PASTRE-BELDA évoque « *la difficulté à penser le service public pénitentiaire de manière plus ambitieuse qu'actuellement* » elle ajoute d'ailleurs qu'il est « *nécessaire de passer du combat pour le droit au combat pour le sens de l'exécution de la peine* »²⁴⁹⁸. En effet, de nombreux droits ont été progressivement reconnus au détenu, faisant de lui, à notre sens, un véritable usager du service public pénitentiaire dont le régime juridique est, certes, encore en construction, mais commence à se définir. L'étape suivante est donc de construire un parcours de l'exécution de la peine plus cohérent, moins décousu, dans lequel la prison fermée ne serait plus "la reine de peines", mais bel et bien une peine parmi d'autres, prononcée uniquement lorsque cela s'avère strictement nécessaire. Un parcours d'exécution de la peine guidé par la réinsertion du condamné et non par les peurs de l'opinion publique et des gouvernants. Mais, la France semble s'accommoder du paradoxe de son système pénal qui a pour objectif de réinsérer en enfermant et elle semble hostile à une évolution en profondeur préférant une évolution en douceur, souvent contrainte et retardée par de nombreux retours en arrière.

²⁴⁹⁷ P.-R. GONTARD, *L'utilisation européenne des prisons ouvertes, l'exemple de la France*, *op. cit.*, p. 56.

²⁴⁹⁸ B. PASTRE-BELDA, « Les régimes de détention et la question de l'individualisation du parcours de détention », in : S. BOUSSARD (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, *op. cit.*

Conclusion du Titre 2

737- Il y a vingt ans déjà, Éric PECHILLON écrivait, en introduction de ses travaux, qu' « *en prenant comme hypothèse de départ, à l'instar du Conseil d'État, que l'activité pénitentiaire engendre un certain nombre de notions propres à l'enfermement et fonctionne selon un mode unique, l'on aboutit inévitablement à l'émergence d'un droit dérogatoire, en marge de celui appliqué aux autres services publics* »²⁴⁹⁹. Il complétait ses propos en précisant que « *le résultat pratique est que l'on débouche sur l'émergence d'un droit spécifique, résultant d'une construction empirique* »²⁵⁰⁰. Une telle affirmation se trouve aujourd'hui confortée par l'étude du statut du détenu. Si son appartenance à la catégorie des usagers du service public ne fait plus guère de doutes, que des droits communs et spécifiques lui ont été progressivement accordés, qu'ils sont dorénavant protégés par le juge et qu'il est devenu un véritable acteur de sa peine, l'étude des textes de droit qui lui sont applicables ou encore des arrêts rendus par les juridictions administratives restent empreints de spécificités, de dérogations et d'exceptions. De par le particularisme de la mission de sécurité confiée au service public pénitentiaire, le détenu souffre d'une protection atténuée de ses droits, de nombreuses exceptions étant admises et leur respect étant toujours conditionné par les nécessités du service comme par les risques que son comportement pourrait faire courir à la société, quitte à rendre non absolue la protection de la dignité humaine. Pour autant, le détenu est parallèlement reconnu en tant que personne nécessitant une protection spécifique du fait de son enfermement et de sa particulière vulnérabilité. Le juge admet alors que certaines pratiques vénielles pour un homme libre sont lourdes de conséquences pour un homme emprisonné. Cette singularité du droit pénitentiaire empêche donc, malgré l'affirmation croissante de son droit à l'obtention d'une prestation de réinsertion, l'assimilation pleine et entière du détenu à l'usager du service public de droit commun. Son statut

²⁴⁹⁹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 4.

²⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 5.

s'en approche, de plus en plus, mais il demeure – encore ? – un usager *sui generis* du service public.

Conclusion de la Partie 2

738- Quand bien même le détenu demeure un usager du service public atypique et que « *son statut ne peut se définir si l'on méconnaît l'institution qui le prend en charge* »²⁵⁰¹, l'institution ne doit pas empêcher le développement des droits qu'il détient justement en tant qu'usager du service public. De même, si « *le service public s'efforce d'établir son bien-fondé au regard des normes qui sous-tendent son institution et sa conformité par rapport aux valeurs sociales dominantes* »²⁵⁰² et fait dépendre de celles-ci les prestations qu'il délivre, il ne faut « *jamais perdre de vue le souci primordial d'efficacité exigé par le fonctionnement de ce service public* »²⁵⁰³. Ainsi, si la mission de surveillance confiée au service public pénitentiaire conditionne l'exercice des droits des personnes détenues, elle ne doit pas annihiler la prestation que ce service public doit délivrer au détenu. La délivrance de la prestation de réinsertion ne doit pas souffrir – ou le moins possible – des contraintes particulières liées à l'enfermement pour prendre son sens et garantir la bonne exécution du service public comme l'efficacité de la sanction pénale. Au contraire, la prestation de réinsertion doit être pensée en tenant compte des contraintes de l'enfermement et être continue jusqu'à la délivrance pleine et entière. Seule son effectivité pourra garantir la réussite de la mission de sécurité confiée au service public pénitentiaire.

739- Mais, si cette idée semble admise aujourd'hui et que des travaux sur le sens et l'efficacité de la peine sont menés avant chaque nouvelle réforme de la loi pénale, donner du sens à la peine demeure, selon Nicole BELLOUBET, Ministre de la Justice, « *l'un des chantiers les plus délicats à traiter* ». Tout se passe comme s'il était impossible de fixer l'image d'une peine privative de liberté axée sur la resocialisation. Ainsi, quoique la loi pénale puisse

²⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 531.

²⁵⁰² J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager » in : *Psychologie et Science administrative, op. cit.*, p. 55.

²⁵⁰³ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire, op. cit.*

affirmer, « *contrairement aux principes du droit français, l'enfermement devient la réponse à tous les maux de la société* »²⁵⁰⁴. Plus encore, il demeure en pratique prioritairement pensé *via* des exigences sécuritaires. Si la loi dispose, pour assurer l'efficacité de la peine, la resocialisation des condamnés et la lutte contre la récidive, que l'enfermement doit devenir la peine de dernier recours, qu'il ne doit plus être prononcé pour les courtes peines et qu'il faut développer les alternatives à la détention, elle n'hésite pas à prévoir en parallèle « *de poursuivre le renforcement des équipements des personnels (équipements de protection, "passe-menottes", alarmes portatives individuelles, etc.), d'améliorer la gestion des détenus radicalisés et violents et de renforcer la sécurité globale des établissements* »²⁵⁰⁵ comme le prouve une fois encore la loi du 23 mars 2019. Un état de fait qui limite, en sus de la particularité de l'exécution de la peine privative de liberté, l'assimilation pleine et entière du détenu à la catégorie de droit commun des usagers du service public.

²⁵⁰⁴ CGLPL, *Rapport annuel 2018*, Dalloz, Paris, 2019, 358 p.

²⁵⁰⁵ M. LENA, « Le plan pénitentiaire du Gouvernement », *AJ Pénal*, 2018, p. 385.

Conclusion générale

740- « *La prison est le miroir de la société qui la produit.* »²⁵⁰⁶ De ce fait, « *pour que notre société cesse d'avoir honte de ses prisons, elle doit en assumer la responsabilité et reconnaître qu'il est en son seul pouvoir de la transformer* »²⁵⁰⁷. Ce constat, énoncé il y a dix ans déjà, fait alors écho aux nombreux rapports publiés quelques années en amont qui dénonçaient la situation carcérale alarmante de la France. Malheureusement, malgré l'ampleur médiatique de la dénonciation de l'indignité des conditions de détention, malgré les conséquences qui en ont été tirées et l'adoption de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 proclamant les droits des détenus, ce constat demeure aujourd'hui encore d'actualité et les prisons restent une zone d'ombre dans la protection des droits de l'Homme. Ainsi, comme l'affirme régulièrement le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, si « *la dignité de la personne constitue le fondement de tous les droits* », « *le chemin à faire pour y parvenir reste long et demandera le courage politique dont ont fait preuve ceux qui dans le passé ont amélioré les conditions de détention* »²⁵⁰⁸. Or, ce courage politique semble manquer à nos dirigeants. Malgré les tentatives récentes de rendre à la peine son efficacité et à la réinsertion la place qui est la sienne dans l'exécution de la sanction pénale et plus particulièrement de la peine privative de liberté, « *la loi de programmation de la justice [tout comme la loi relative à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines avant elle] ne permettra pas de modifier en profondeur la situation carcérale* »²⁵⁰⁹. En effet, elle n'impulse pas « *d'évolution sensible des pratiques actuellement en cours dans les tribunaux* », puisque « *la plupart des innovations mises en avant dans le projet ne modifient que de façon marginale l'état du droit*

²⁵⁰⁶ D. PIAU, « La situation de la prison au concret », in : A. DEFLOU (dir.), *Le droit des détenus, Sécurité ou réinsertion*, Dalloz, Paris, 2010, p. 107.

²⁵⁰⁷ *Ibidem.*

²⁵⁰⁸ CGLPL, *Rapport annuel 2018*, Dalloz, Paris, 2019, 358 p.

²⁵⁰⁹ *Ibidem.*

positif »²⁵¹⁰. Déjà prévues par la loi du 15 août 2014 dans leur philosophie, les nouvelles mesures adoptées, « *ni innovantes, ni pertinentes* »²⁵¹¹, risquent de peiner à s'imposer et à faire réellement évoluer le prononcé des peines ou leur exécution. De même, bien qu'il soit affirmé que la peine de prison ne doit être prononcée qu'en dernier recours, le plan pénitentiaire proposé, loin de résoudre les problématiques de la surpopulation carcérale créera sans doute, par la création de nouvelles places en détention, « *un appel d'air en faveur de l'incarcération* » engendrant des dommages collatéraux déjà observés par le passé tels que « *le délaissement de l'entretien et de la rénovation des établissements existants* » faute de moyens²⁵¹².

741- Les lois adoptées récemment semblent ainsi conforter le caractère mythique, voire mystique, de la réinsertion comme fil rouge de l'exécution de la sanction pénale, en faisant de celle-ci une « *chose fabuleuse, chose si rare qu'elle en paraît fabuleuse, sans existence réelle* »²⁵¹³. Pourtant, nous l'avons souligné, la réinsertion ne doit pas se contenter d'être un espoir, un objectif sans valeur contraignante, elle doit être l'objectif principal de la peine et plus particulièrement de la peine privative de liberté. Seule la réinsertion permet un retour réussi du condamné dans la société libre, sa désistance, et donc de lutter efficacement et durablement contre la récidive. Ainsi, « *sanctionner des personnes déviantes en les retirant de la société malgré la violence institutionnelle de cette mesure, ses conséquences en termes de déshumanisation ou de perte des repères et les inévitables atteintes qu'elle entraîne à l'intégrité physique ou mentale, à la dignité ou aux droits peut être un "dernier recours", mais en aucun cas une manière*

²⁵¹⁰ J. GOLDSZLAGIER, « La révolution des peines n'aura pas lieu », *AJ Pénal*, 2018, p. 234.

²⁵¹¹ OIP, *Plan pénitentiaire : l'esbrouffe, nouvel épisode*, Communiqué de presse, 13 septembre 2018.

²⁵¹² *Ibidem*.

²⁵¹³ J.-H. SYR, « Rapport de synthèse », in : *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor*, Université d'été, Aix-en-Provence, 1-21 septembre 1995, PUAM, 1996, p. 229.

durable de protéger la société »²⁵¹⁴. Il faut donc repenser de manière globale la politique pénale et « la société ne doit pas, au nom d'une efficacité sécuritaire que rien ne démontre, céder à la tentation de réduire les libertés fondamentales »²⁵¹⁵. En outre, il faut veiller à ne « pas se laisser éblouir par [certains] “progrès” » dans la protection des droits des détenus, ils peuvent « se révéler être un cadeau empoisonné, ou un piège, qui à terme [justifieraient] l'instauration de la perpétuité réelle, et l'augmentation de la durée des peines de sûreté »²⁵¹⁶.

742- Pour cela, le détenu doit se voir attribuer un statut lui garantissant l'exécution des missions allouées à la peine, à savoir punir, mais aussi – surtout ? - réinsérer. Comme le rêve Christine LAZERGES, la politique criminelle doit être « centrée sur l'homme, ne rejetant pas la répression, ayant foi dans la prévention et la diversification des réponses au phénomène criminel et s'appuyant sur la solidarité dans le respect des droits de l'homme »²⁵¹⁷. Le détenu doit être un sujet de droit, acteur de sa peine et de ses projets de réinsertion. Il ne doit plus être ni pensé ni perçu comme un simple assujetti au service public pénitentiaire, soumis prioritairement à des règles disciplinaires contraignantes et réduit au rang d'objet du service public. Il doit être reconnu en tant qu'usager bénéficiaire du service public pénitentiaire, titulaire d'un droit à être détenu dans des conditions de détention dignes et d'un droit à l'obtention d'une prestation de réinsertion. S'il a des obligations de soumission à la discipline et aux règles de l'institution de par l'infraction qu'il a commise, l'administration pénitentiaire doit être soumise à des obligations en raison de son rôle et de la nécessité de poursuivre l'intérêt général, à savoir la sécurité de la société sur le long terme par l'absence de récidive.

²⁵¹⁴ CGLPL, *Rapport annuel 2018, op. cit.*

²⁵¹⁵ *Ibidem.*

²⁵¹⁶ L. JACQUA, *J'ai mis le feu à la prison*, Jean Claude Gawsewitch, Paris, 2010, p. 35.

²⁵¹⁷ C. LAZERGES, « La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de M. Ancel », *RSC*, 2005, p. 165.

743- Même si le détenu ne peut être reconnu que comme un usager du service public *sui generis* du fait de la particularité de la mission confiée au service public pénitentiaire et des contraintes inhérentes à la détention, ses droits doivent être le mieux garantis possible. Ainsi, puisque, comme le rappelle Edgar MORIN, « *toute théorie, y compris scientifique, ne peut épuiser le réel, et enfermer son objet dans ses paradigmes* » et qu'« *elle est condamnée à demeurer ouverte, c'est-à-dire inachevée, insuffisante, béante sur l'incertitude et l'inconnu* »²⁵¹⁸, la théorie selon laquelle le détenu est un usager du service public pénitentiaire adressataire d'une prestation de réinsertion doit demeurer ouverte jusqu'à faire de lui un usager du service public le plus proche de l'usager de droit commun et que ce statut soit consacré par les textes. Cela est d'autant plus nécessaire que, comme l'analyse Émile DURKHEIM, la criminalité est un « *fait de sociologie normal* ». Selon lui, « *pour que la société puisse évoluer, il faut que l'originalité humaine puisse se faire jour ; or pour que celle de l'idéaliste qui rêve de dépasser son temps puisse se manifester, il faut que celle du criminel, qui est en dessous de son temps, soit possible, l'une ne va pas sans l'autre* ». Cela revient à dire, comme l'avance Mireille DELMAS-MARTY, que « *le rêve d'un monde sans crime n'est autre que le cauchemar totalitaire d'une société qui a cessé d'évoluer* »²⁵¹⁹. De ce fait, il serait utopique - ou dystopique – d'imaginer une société sans crime tout comme il est illusoire, aujourd'hui, de penser le système pénal français sans prison, et donc sans détenu.

²⁵¹⁸ E. MORIN, *Le paradigme perdu : la nature humaine*, Éditions du Seuil, Paris, 1986, p. 229.

²⁵¹⁹ M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, Paris, 2010, 273 p. Elle reprend dans ses écrits les propos du sociologue, ils sont inclus à sa démonstration.

BIBLIOGRAPHIE

MANUELS, TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

ANCEL Marc

- *La Défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, 1954, Cujas, Paris, 184 p.

BECCARIA Cesare

- *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 2006, 187 p.

BENTHAM Jérémie

- *Tactiques des assemblées législatives suivies d'un traité des sophismes politiques*, Bossange, Paris, 1822.
- *Théorie des peines et des récompenses, Tome 2*, Société belge de librairie, Bruxelles, 1840, 368 p.

BERGEAL Catherine

- *Rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire...*, Berger Levrault, coll. Le point sur, 5^{ème} éd., 2004, p. 218 : 433 p.

BIOY Xavier

- *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, Paris, 2013, 661 p.

BONIS-GARCON Evelyne, PELTIER Virginie

- *Droit de la peine*, Lexis-Nexis, Paris, 2019, 866 p. .

BOULOC Bernard

- *Droit de l'exécution des peines*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017, 565 p.
- *Droit pénal général*, 24^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2015, 748 p.

CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, RIVET Thierry (*dir.*)

- *Libertés et droits fondamentaux*, 16^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2010, 907 p.

CAMUS Albert

- *Réflexions sur la guillotine*, Folio, Paris, 2008, 176 p.

CARBONNIER Jean

- *Droit civil*, PUF, Paris, 1955.

CHAPUS René

- *Droit administratif général, Tome 1*, 15^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2001, 1427 p.

COMBESSIE Philippe

- *Sociologie de la prison*, Repères, La Découverte, 4^{ème} éd., 2018, 127 p.

CONTE Philippe, MAISTRE du CHAMBON Patrick

- *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, Paris, 2004, 394 p.

CORNU Gérard (*dir.*)

- *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., PUF, Paris, 2017, 1103 p.

DELMAS-MARTY Mireille

- *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Paris, 1992, 462 p.
- *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, Paris, 2010, 273 p.

DRAGO Roland

- *La confection de la loi*, PUF, 2005, 308 p.

DREYER Emmanuel

- *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 2016, 1395 p.

DUGUIT Léon

- *Traité de droit constitutionnel, Tome premier, La règle de droit – Le problème de l'Etat*, 2^{ème} édition, Librairie Fontemoing et Cie, Paris, 1921, 593 p.

DURKHEIM Emile

- *De la division du travail social*, 12^{ème} éd., PUF, Paris, 1960, 416 p.
- *Définition du crime et fonction du châtement*, 1893.
- *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, coll. « Quadrige Grands textes », Paris, 2007, 144p.

ESPUGLAS Pierre

- *Le service public*, Dalloz, Paris, 2018, 164 p.

FERRI Enrico

- *La sociologie criminelle*, 1892.

FIALAIRE Jacques, MONDIELLI Eric, GRABOY-GROBESCO Alexandre

- *Libertés et droits fondamentaux*, 2^{ème} éd., Ellipses, Paris, 2012, 678 p.

FOUCAULT Michel

- *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris, 2012, 360 p. [réédition]

FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques

- *Droit administratif*, 12^{ème} éd., L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 2018, 733 p.

FRIZE Nicolas

- *Le sens de la peine – État de l'idéologie carcérale*, Broché, Paris, 2004, 96 p.

GAROFALO Raffaele

- *Criminologie*, 1885.

GARRAUD René

- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome II, 2^{ème} éd., 1898, n°491.

GRAMATICA Giovanni Battista

- *Principes de défense sociale*, 1984.

GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève

- *Droit du service public*, 3^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2011, 804 p.

GUIZOT François

- *Traité de la peine de mort en matière politique*, 1822.

HABERMAS Jürgen

- *L'intégration républicaine, Essai de théorie politique*, Fayard, Paris, 1998, 386 p.

HAURIOU Maurice

- *Précis de droit administratif*, 1^{ère} éd., Larose et Tenin, Paris, 1910, 734 p.

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich

- *Principes de la philosophie du droit*, Flammarion, Paris, 1999, 444 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane

- *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 1^{ère} éd., Dalloz, Paris, 2013, 739 p.

HERZOG-EVANS Martine

- *Droit pénitentiaire*, Dalloz-Action, 2012-2013, Paris, 1116 p.

HOBBS Thomas

- *Léviathan*, Folio, Essais, Gallimard, Paris, 2000, 1024 p.

JEANDIDIER Wilfrid

- *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1991, 594 p.

JEANNOT Gilles

- *Les usagers du service public*, PUF, Que sais-je ?, 1998, Paris, 126 p.

KANT Emmanuel

- *Critique de la raison pratique*, PUF, Paris, 2012, 228 p.
- *Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique*, Bordas, Paris, 1993, 190 p.

KELSEN Hans

- *Théorie pure du droit*, Broché, Paris, 1999, 367 p. .

LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène, BOITEAU Claudie, DEFFIGIER Clothilde

- *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., Lexis Nexis, Paris, 2015, 759 p.

LAFFERIERE Edouard

- *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1896, 2^{ème} éd., 739 p.

LEBRETON Gilles

- *Droit administratif général*, 9^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017, 615 p.

LINOTTE Didier, ROMI Raphaël, CADEAU Emmanuelle

- *Droit du service public*, 2^{ème} éd., Lexis Nexis, Paris, 2014, 198 p.

LOCKE John

- *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, Paris, 1999, 381 p.
- *Le second traité du Gouvernement*, PUF, Paris, 1994, 384 p. .

LOMBROSO Cesare

- *L'homme criminel*, 1876.

MAYAUD Yves

- *Droit pénal général*, PUF, Paris, 2018, 784 p.

MESCHERIAKOFF Alain-Serge

- *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1997, 413 p.

MONTESQUIEU

- *Esprit des lois, Tome 1*, Flammarion, Paris, 1993, 486 p
- *Esprit des lois, Tome 2*, Flammarion, Paris, 1999, 638 p.
- *Lettres persanes*, Folio classique, Paris, 2003, 464 p.

MORELLY Étienne-Gabriel

- *Œuvres philosophiques*, Editions Coda, Paris, 374 p.

MORIN Edgard

- *Le paradigme perdu : la nature humaine*, Editions du Seuil, Paris, 1986, p. 229.

NAUD Albert

- *Contre la peine de mort*, 1967.

ODENT Raymond

- *Contentieux administratif, Les cours du droit*, 1970-1971, fasc. 5, p. 932.

ORTOLAN Joseph

- *Cours de législation pénale comparée*, 1838.
- *Elements de droit pénal*, 1856.

PERELMAN Chaïm

- *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 1976, 194 p.

PETITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri

- *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, 2^{ème} éd.*, Economica, Paris, 1992, 1230 p.

PERELMAN Chaïm

- *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 1976, 194 p.

PRADEL Jean

- *Droit pénal général, 20^{ème} éd.*, Editions Cujas, Préférence, Paris, 2014, 777 p.

RAWLS John

- *Théorie de la justice*, Points, Essai, 1997, 672 p.

RICOEUR Paul

- *Le juste*, Esprit, Le Seuil, Paris, 1995, 221 p.

- *Philosophie de la volonté, 1. Le Volontaire et l'Involontaire*, Points, Essais, Paris, 2009, 618 p.

RIVERO Jean

- *Libertés publiques*, 8^{ème} éd., PUF, Paris, 1997, 262 p.

ROSSI Pellegrino

- *Traité de droit pénal*, 1829.

ROUSSEAU Jean-Jacques

- *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 2011, 255 p.

SALEILLES Raymond

- *De l'individualisation de la peine*, 1898.

SUDRE Frédéric

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, Paris, 2011, 902 p.
- *La Convention européenne des droits de l'homme*, 9^{ème} éd., PUF, Paris, 2012, 127 p.

SUDRE Frédéric, PICHERAL Caroline (*dir.*)

- *La diffusion de modèle européen du procès équitable*, La documentation française, Paris, 2003, 353 p.

SUDRE Frédéric, MILANO Laure, SURREL Hélène (*dir.*)

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., PUF, Paris, 2019, 1013 p.

TRUCHET Didier

- *Droit administratif*, 3^{ème} éd., PUF, Paris, 2010, 462 p.

WALINE Jean

- *Droit administratif*, 26^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2016, 787 p.

WEBER Max

- *Le savant et le politique*, Poche, Paris, 2002, 224 p.

MONOGRAPHIES, OUVRAGES SPECIALISES, THESES

BARBELETTE Paskal

- *La situation du détenu face aux sanctions disciplinaires*, Mémoire de DEA, Université Paris II Panthéon-Assas, dir. J. Morange, 2003, 91p.

BELDA Béatrice

- *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 745 p.

BERNARD Marie-Julie

- *L'administration pénitentiaire en France et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Etude du processus de "réception administrative" de la norme supranationale*, Thèse, Grenoble, 2005, 417 p.

BONNARD Roger

- *Des Contraventions de grande voirie*, Thèse, Bordeaux, 1904, 238 p.

CABELGUEN Manuel

- *Dynamique des processus d'adaptation des détenus au milieu carcéral*, Thèse de psychologie, Rennes, 2006, 142 p.

CAIRE Anne-Blandine

- *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Thèse, Limoges, 2010, 508 p.

CALIFANO Nina

- *Sexualité incarcérée – Rapport à soi et rapport à l'autre dans l'enfermement*, L'Harmattan, Sexualité humaine, Paris, 2012, p. 22 et s.

CAMGUILHEM Benoît

- *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, Paris, 2014, 490 p.

CERE Jean-Paul

- *Le contentieux disciplinaire dans les établissements pénitentiaires français à l'aune du droit européen*, Thèse, Pau, 1998, 640 p.
- J.-P. CERE, « Le droit disciplinaire pénitentiaire, entre jurisprudence interne et européenne », *AJ Pénal*, 2005, p. 393

CHAUVENET Antoinette, ORLIC Françoise, BENGUIGUI Georges

- *Le monde des surveillants de prison*, PUF, Paris, 1994, 227 p.

CHOVGAN Vadym

- *Les limitations des droits des détenus : nature juridique et justification*, Thèse, Reims, 2018, 679 p.

CLIQUENNOIS Gaëtan

- *La réduction des risques et la responsabilisation de la prise de décision en établissements pour peines*, Thèse, sociologie, Paris, 2009, 544 p.

COCHE Arnaud

- *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005, 489 p.

COSTA Delphine

- *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 2000, 614 p.

DELAMOTTE Danielle, TOURNEBISE Thierry

- *Face à la délinquance. Un regard novateur sur la prévention de la récidive*, L'Harmattan, Paris, 2012, 144 p.

DENAMIEL Isabelle

- *La responsabilisation du détenu dans la vie carcérale*, L'Harmattan, Paris, 2006, 133 p.

Direction de l'administration pénitentiaire

- *Droits et devoirs de la personne détenue*, Ministère de la justice, Paris, 2009, 176 p.
- *Le fait religieux en prison : configurations, apports, risques*, Coll. Travaux et Documents, n°83, Paris, 2014.

DU BOIS DE GAUDUSSON Jean

- *L'usager du service public administratif*, Thèse, Bordeaux, 1967, 351 p.

DUMONT Gilles

- *La citoyenneté administrative*, Thèse, aParis, 2002, 744p.

DURMARQUE Yann

- *Contribution à une définition de la notion d'usager en droit administratif français*, Thèse, Lille II, 1997, 579p.

ESPUGLAS Pierre

- Conseil constitutionnel et service public, L.G.D.J., Paris, 1994, 321 p.

FALXA Joana

- *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne. Analyse des systèmes anglais, gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme* La gestion du comportement du détenu : essai de droit pénitentiaire, Mare et Martin, Paris, 2016, 855 p.

FERRY Tony

- *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hyper surveillance*, L'Harmattan, Questions contemporaines, Paris, 2012, 249 p.

FRADET Élise

- *Les répressions des violences commises par les détenus dans les établissements pénitentiaires*, Thèse, Poitiers, 2001, 472 p.

GAILLARD Arnaud

- *Sexualité et prison, désert affectif et désirs sous contrainte*, Max Milo, Paris, 2009, 352 p.

GALMARD Marie-Hélène

- *Etat, société civile et loi pénale*, PUAM, Marseille, 2006, 390 p.

GILARDEAU Éric

- *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'Harmattan, Questions contemporaines, Paris, 2011, 194 p.

GIOVANNANGELLI Dominique, CORNET Jean-Philippe, MORMONT Christian

- *Etude comparative dans les 15 pays de l'Union européenne : les méthodes et les techniques d'évaluation de la dangerosité et du risque de récidive des personnes présumées ou avérées délinquants sexuels*, Programme STOP de la commission européenne, Université de Liège, septembre 2000.

GONTARD Paul-Roger

- *L'utilisation européenne des prisons ouvertes, l'exemple de la France*, Thèse, Université d'Avignon et des pays du Vaucluse, Droit privé, 2013, 548 p.

GOUNOT Emmanuel

- *Le principe de l'autonomie de la volonté*, Thèse, Dijon, 1912, 470 p.

GRAS Nicolas

- *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Clermont-Ferrand, 2014, 632 p.

GUASTADINI Christelle

- *Droit pénal et droits de l'homme, La dignité en prison : genèse et avènement*, Buenos Book International, Paris, 2010, 103 p.

HERZOG-EVANS Martine

- *La gestion du comportement du détenu : essai de droit pénitentiaire*, L'Harmattan, Paris, 1998, 632 p.

HILD Barbara

- *La liberté d'expression des personnes incarcérées*, Thèse, Lille, 2018, 660 p.

JACQUA Laurent

- *J'ai mis le feu à la prison*, Jean Claude Gawsewitch, Paris, 2010, 214 p.

JURVILLIERS-ZUCCARO Elisabeth

- *Le tiers en droit administratif*, Thèse, Nancy, 2010, 601 p.

KENSEY Annie

- *La population des condamnés à de longues peines : apports de la socio-démographie pénale à la controverse sur le rôle des aménagements de peine dans la lutte contre la récidive*, Thèse, Lille, 2005, 528p.
- *Prisons et récidive, Des peines de plus en plus longues : la société est-elle vraiment mieux protégée ?*, Armand Colin, Paris, 2007, 249 p.

LANCEVELEE Camille

- *L'intimité sexuelle en prison*, Master recherche de Science-Pô, 2006-2007, sous la Direction de M. le Professeur M. BOZON, pp. 13-22.

LAPENNA Daniel

- *Le pouvoir de vie et de mort*, PUF, Fondements de la politique, 2011, 383 p.

LAROQUE Pierre

- *Les usagers des services publics industriels (transports, distributions d'eau, de gaz et d'électricité) en droit français*, Thèse, Sirey, 1933, 237 p.

LE NAOUR Jean-Yves

- *Histoire de l'abolition de la peine de mort, Deux cents ans de combats*, Paris, Perrin, 2011, 404 p.

LEROYER Anne-Marie

- *Les fictions juridiques*, Thèse, Paris-II, 1995, 619 p.

MASSAT Éric

- *Servir et discipliner – Essai sur les relations des usagers aux services publics*, Thèse, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2006, 322 p.

MBANZOULOU Paul

- *La réinsertion sociale des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, L'Harmattan, Paris, 2000, 320 p.

MBANZOULOU Paul, HERZOG-EVANS Martine, COURTINE Sylvie

- *Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice, Savoirs et pratiques*, L'harmattan, 2012, 253 p.

MEYER Aurélie

- *La réinsertion en prison*, Mémoire, Université Panthéon-Assas, 2010, 123 p.

MILLET Florence

- *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Thèse, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, 356 p.

MORION Camille

- *L'administré : essai sur une légende du droit administratif*, Thèse, Grenoble, 2018.

MOURGEON Jacques

- *La répression administrative*, Thèse, Toulouse, 1966, 588 p.

Observatoire International des Prisons

- *Le guide du prisonnier*, La découverte, Guides, Paris, 2012, 702p.
- *Les conditions de détention en France*, La découverte, Paris, 2012, 336p.

PECHILLON Éric

- *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J..., Paris, 1998, 627 p.

PERDRIX Louis

- *La garde d'autrui*, L.G.D.J., Paris, 2010, 636 p.

PERELMAN Chaïm

- *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974, 350 p.

PERRIER Yves

- *La probation de 1885 à 2005 – Sanctions et mesures dans la communauté*, Dalloz, Paris, 2013, 1220 p.

RAZAC Olivier

- *L'utilisation des armes de neutralisation momentanée en prison. Une enquête auprès des formateurs à l'ENAP*, Dossiers thématiques du CIRAP, juillet 2008.

RIALS Stéphane

- *Le juge administratif et la technique du standard*, Thèse, Paris II, 1978, 581 p.

RIVERO Jean

- *Les mesures d'ordre intérieur. Essai sur le caractère juridique de la vie intérieure des services publics*, Sirey, 1934, 405 p.

SALAS Denis

- *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, Paris, 2005, 286 p.

SAVAUX Éric

- *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Thèse, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 264, Paris, 1997, 382 p.

SFEZ Lucien

- *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, Paris, 1966, 520 p.

SIMON Damien

- *Le renouvellement des droits de l'usager à un fonctionnement égal, neutre, et adapté du service public*, Thèse, Pau, 2007, 800 p.

TINEL Marie

- *Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté*, L.G.D.J., Paris, 2012, 474 p.

TOURNIER Pierre

- *Enfermements : populations, espaces, temps, processus politiques*, L'Harmattan, Paris, 2012, 593 p.

TRAORE Seydou

- *L'usager du service public*, L.G.D.J., Paris, 2012, 212 p.

TRAYNARD Benjamin

- *Psychiatrie en milieu pénitentiaire : cas particulier du quartier disciplinaire et de son impact sur la santé mentale*, Thèse, Lille, 2010, 146 p.

VASSAIL Muriel

- *Le statut des personnes incarcérées, 3 volumes*, Thèse, Aix-Marseille, 1995, 514 p.

VASSEUR Véronique

- *Médecin chef à la prison de la Santé*, Editions de la Seine, Paris, 2000, 201 p.

VAZEIX Coralie

- *Le droit au respect de la vie privée du détenu*, Mémoire, Limoges, 2007, 152 p.

WICKER Guillaume

- *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1997, 441 p.

WOODLAND Philippe

- *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, Thèse, Paris II, 1981, 622 p.

OUVRAGES COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUE

BOUSSARD Sabine (*dir.*)

- *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Dalloz, Paris, 2013, 341 p.

CAHN Olivier, PARROT Karine (*dir.*)

- *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, Cery Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, Cergy, 2013, 147 p.

CAIRE Anne-Blandine (*dir.*)

- *Les fictions en droit – Les artifices du droit : les fictions*, Acte du colloque du 20 mai 2014, L.G.D.J., Centre Michel de l'Hospital, Clermont-Ferrand, 2015, 194 p.

CHASSIN Catherine-Amélie (*dir.*)

- *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Rencontres européennes », Bruylant, Bruxelles, 2006, 312 p.

CICHINNI Marco, PORRET Michel (*dir.*)

- *Les sphères du pénal avec Michel Foucault*, Editions Antipodes, Lausanne, 2007, 303 p.

DEFLOU Arnaud (*dir.*)

- *Le droit des détenus, Sécurité ou réinsertion*, Dalloz, Paris, 2010, 165 p.

GARAPON Antoine, SALAS Denis (*dir.*)

- *La justice et le mal*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1997, 214 p.

HOEPPFNER Hélène, JANICOT Laëtitia, ROBLLOT-TROIZIER Agnès (*dir.*)

- *Les adages en droit*, Colloque organisé le 11 octobre 2013, à la cour administrative d'appel de Paris, , *RFDA*, 2014, pp. 1-35, 201-223.

La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? 50^{ème} anniversaire de la réforme Amor, Université d'été, Aix en Provence, 1-21 septembre 1995, PUAM, 1996, 284 p.

LECUYER Yannick (*dir.*)

- *La perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2012, 200 p.

Majeurs protégés – La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ?, Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, Dossier ENM, Droit de la famille, 2011, n°2.

MBANZOULOU Paul, BAZEX Hélène, RAZAC Olivier, ALAVREZ Joséfina (*dir.*)

- *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, Paris, 2008, 399 p.

PERRIER Jean-Baptiste (*dir.*)

- *Soins et privation de liberté*, L.G.D.J., Editions du Centre Michel de l'Hospital, Clermont-Ferrand, 2015, 189 p.

PRADEL Jean (*dir.*)

- *La condition juridique du détenu*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIII, Paris, Cujas, 1993, 316 p.

PUTMAN Emmanuel, GIACOPELLI Muriel (*dir.*)

- *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, Mare & Martin, Paris, 2015, 423 p.

SCHMITZ Julia (*dir.*)

- *Le droit à la réinsertion des personnes détenues*, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 2016, Toulouse, 164 p.

SYR Jean-Hervé (*dir.*)

- *Punir et réhabiliter*, Economica, Paris, 1990, 135 p.

WIEVORKA Michel (*dir.*)

- *Rendre la justice*, Sciences humaines, Auxerre, 2013, 281 p.

MELANGES

- *Mélanges en hommage à Pierre Lambert. Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 1200 p.
- *Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan, Libertés, Justice, Tolérance*, Bruylant, 2004, 1784 p.
- *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Le droit administratif : Permanences et convergences*, Dalloz, Paris, 2007, 1122 p.
- *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, La Conscience des droits*, L.G.D.J., Paris, 2011, 710 p.
- *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson – Espaces du service public*, Presses universitaires de Bordeaux, Passac, 2013, 1420 p.
- *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges. Politique(s) criminelle(s)*, Dalloz, Paris, 2014, 864 p.
- *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, L'intérêt général*, Dalloz, Paris, 2015, 693 p.

ARTICLES

ALONZO Pierre

- « Notes blanches : les corbeaux de la Place Beauvau », *Libération*, 15 février 2016.

ALVAREZ Joséfina

- « Prison et récidive », *RSC*, 2008, p. 667.

ARBOUSSET Hervé

- « Evasion de détenu(s) et droit administratif », *JCPG*, n°19, 6 mai 2009, doct. 141.

ARNAUD André-Jean

- « Le droit comme produit. Présentation du dossier sur la production de la norme juridique », *Droit et société*, 1994, p. 293.

AUBY Jean-Marie

- J.-M. AUBY, « Le contentieux du service public pénitentiaire », *RDP*, 1917, p. 847.

AUVERGNON Philippe

- « Droit du travail et prison : le changement maintenant ? », *Revue de droit du travail*, 2013, p. 309.
- « Travail en prison : le combat continue ! », *Droit social*, 2016, p. 64.

BACHELET Olivier

- « Droit de vote des détenus : le compromis de Strasbourg. CEDH, gde ch., 22 mai 2012, Scoppola c. Italie (n°3), n°126/05 », *Dalloz Actualité*, 15 juin 2012.

BADINTER Robert

- « La prison après la peine », *Le Monde*, 27 novembre 2007.

BADINTER Robert, BEAUVAIS Pascal

- « A propos de la nouvelle réforme pénale », *Dalloz*, 2014, p. 1829.

BADINTER Robert, BREDIN Jean-Denis

- « La justice en questions », *Le Monde*, 31 octobre, 1^{er} et 2-3 novembre 1969.

BARBATO Jean-Christophe

- « Le renouveau de la garde des personnes en droit administratif », *RFDA*, 2007, p. 780.

BAUDOIN Marie-Elisabeth, DUBREUIL Charles-André

- « Le juge administratif des référés et la protection de la dignité des détenus », *JCP A*, 29 mars 2010, 2112.

BEAU Patrick

- « Evasion », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, octobre 2014.

BEAUSSONIE Guillaume

- « Loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RSC*, 2014, p. 809.
- « L'installation de la victime dans le procès pénal », *AJ Pénal*, 2015, p. 526.

BELDA Béatrice

- « L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, p. 406.

BELOT Mélanie

- « Accès au droit et personnes en situation d'exclusion », *D.*, 2016, p. 944.

BELRHALI Hafida

- « Référé-provision : quand la responsabilité de l'administration est « non sérieusement contestable », *AJDA* 2017 p. 1833

BELRHALI Hafida, JACQUEMET-GAUCHE Anne

- « Trop ou trop peu de responsabilité ? Deux voix critiques deux voies », *AJDA*, 2018, p. 2055.

BERGOIGNAN-ESPER Claudine

- « Les états généraux de la bioéthique, un tournant dans la réflexion », *D.*, 2009, p. 1837

BERGOUGNOUS Georges

- « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, janvier 2013.

BIGET Carine

- « Suicide d'un détenu et faute de l'administration », *AJDA*, 2018, p. 16.

BILOCQ Mélanie

- « Contrôle de plein contentieux des sanctions pénitentiaires », *AJDA*, 2009, p. 2356.

BIOY Xavier

- « Le processus de révision des lois “bioéthique” », *Constitutions*, 2010, p. 132 ; J. BONNARD, « La révision des lois de bioéthique », *D.*, 2010, p. 846.

BON Pierre

- « Note ss. CE, Sect., 11 février 2005, *GIE AXA Courtage* », *RFDA*, 2005, p. 606.
- « Où en est la responsabilité de plein droit de l’administration du fait des personnes placées sous sa garde ? », *RFDA*, 2013, p. 127.

BONICHOT Jean-Claude

- « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l’homme », *AJDA*, 2001, p. 73.

BOTTEGHI Damien

- « Modalités de saisine et pouvoirs du juge du référé pour faire cesser un péril causé par l’action ou la carence de l’autorité publique », *Lebon* 2011.

BOUCHER Julien, BOURGEOIS MACHURAU Béatrice

- « Le juge administratif et le détenu », *AJDA*, 2008, p. 128.

BOUVIER Jean-Claude

- « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ Pénal*, 2013, p. 132.

BRIMO Sara

- « Le droit au travail pénitentiaire : un droit sans doit... et sans travail », *RDSS*, 2013, p. 251.

CARDET Christophe

- « Les procédures disciplinaires en prison : entre spécialisation des fonctions et spécificité des « juridictions » », *RSC*, 2006, p. 863.

CARIO Robert

- « La place de la victime dans l’exécution des peines », *D.* 2003, p. 145.

CARTIER Claudine

- « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria*, n°1, 2008, p. 55.

CASSIA Paul

- « Vers une action collective en droit administratif ? », *RFDA*, 2009, p. 651.

CERE Jean-Paul

- « Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises », *RSC*, 1994, p. 597.
- « A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral, le point de vue du pénaliste, Comm. Sur CE, Ass., 17 février 1995, Marie », *RFDA*, 1995.
- « L'évolution de la discipline pénitentiaire », *CRDF n°3*, 2004, p. 43.
- « Vers un recours contre les sanctions de “déclassement d'emploi” et d' “avertissement” TA de Toulouse, 8 mars 2005 », *AJ Pénal*, 2005, p. 384.
- « Virage ou mirage pénitentiaire ? A propos de la loi du 24 novembre 2009 », *D. Actualités*, 11 décembre 2009.
- « Le Conseil constitutionnel et le travail en prison : une occasion manquée ? », *Dalloz*, 2015, p. 2083.
- « Prison – Organisation générale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, *Dalloz*, janvier 2016.
- « Peine (Nature et prononcé) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, *Dalloz*, janvier 2016.
- « Grève de la faim et déclassement d'emploi », *AJ Pénal*, 2018, p. 162.

CHAPELLE Juliette, BINSARD Robin

- « Le droit de vote en prison ou l'échec de l'exercice de la citoyenneté en détention », *Dalloz Actualité*, 13 juillet 2017.

CHAPUS René

- « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 239.

CHEVALLIER Jacques

- « Figures de l'usager », in : DRAÏ Raphaël (*dir.*), *Psychologie et Science administrative*, PUF, Paris, 1985, 286 p.

CHOQUET J.-P.

- « La suppression des QHS », *Rev. Pénit.*, 1983, p. 33.

CLEMENT Pascal

- « Mieux prévenir la récidive », *AJ Pénal*, 2005, p. 345.

COCHE Arnaud

- « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC*, 2011, p. 21.

COTTE Bruno, MINKOWSKI Julia

- « Sens et efficacité des peines », *Chantiers de la Justice, Ministère de la justice*, 2018, 44 p.

COUSTET Thomas

- « Immobilier de la justice, il faut “renoncer” au partenariat public-privé », *Dalloz actualité*, 5 janvier 2018.

COUVRAT Pierre

- « La politique pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », *RSC*, 1985, p. 233.
- « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *RSC*, 1996, p. 709.
- « Santé et système pénitentiaire, Applications et implications de la loi du 18 janvier 1994, Rapport de synthèse du 31^{ème} Congrès de l'association française de criminologie », *RSC*, 1997, p. 169 .
- « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC*, 1999, p. 376.

CREPEY Édouard

- « L'exclusion des actes réglementaires du champ du référé-mesures utiles, conclusions sur CE, Section, 20 mars 2015, Section française de l'OPI, n° 385322 », *RFDA*, 2015, p. 491.

DANTI JUAN Michel

- « Analyse critique du contenu de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 dite pénitentiaire », *RDPA*, 2010, p. 79.

DAOUD Emmanuel, JACQUIN Adélaïde

- « État d'urgence et contrôle du juge administratif : la grande illusion », *Rue89*, 3 février 2016.
- « La loi renforçant la sécurité intérieure ou la pérennisation de la défense empêchée », *AJ Pénal*, 2017, p. 482.

DE GRAËVE Loïc

- « “Big brother” sous le regard du juge administratif : validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'État. Conseil d'État, 12 déc. 2007, Section française de l'Observatoire international des prisons, req. n°293993 », *RFDA*, 2008, p. 999.

DE LAMY Bertrand

- « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *RSC*, 2009, p. 166.

DE SILVA Isabelle

- « La rénovation du régime de responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires », *AJDA*, 2009, p. 416.
- « Décès violents de détenus en prison. Les évolutions récentes de la responsabilité de l'État », *AJDA*, 2011, p. 142.

DE SUREMAIN Hugues

- « Un dispositif attentatoire aux droits de la personne », *L'humanité*, 21 septembre 2009.

DEGOFFE Michel

- « L'ambiguïté de la sanction administrative », *AJDA*, 2001, p. 27.

DELARUE Jean-Marie

- « Extension et limites du contrôle judiciaire », *Pouvoirs*, n°135, 2010, p. 101.

DELMAS-MARTY Mireille

- « Loi antiterroriste – Nous sommes passés de l'État de droit à l'État de surveillance », propos recueillis par A. CHENUN et J.-B. JACQUIN, *Le Monde Idées*, 11 octobre 2017.

DELVOLVE Pierre

- « Le référendum local », *RFDA*, 2004, p. 7.

DENOIX DE SAINT MARC Renaud

- « Les sanctions administratives », *AJDA*, 2001, p. 148.

DEUMIER Pascale, MAGNON Xavier

- « Les adages en droit public – Propos introductifs », *RFDA*, 2014, p. 3.

DEVILLERS Danièle

- « L'État est responsable des dommages causés par un détenu au cours d'une permission de sortie d'un établissement pénitentiaire », *AJDA*, 1997, p. 837.

DEVYS Christophe

- « Vers une responsabilité de plein droit du fait des personnes dont on a la charge ? Conclusions sur CE, Sect., 11 février 2005, *GIE AXA Courtage* », *RFDA*, 2005, p. 595.

DINTHILHAC Jean-Pierre

- « Contrainte pénale communautaire », *AJ Pénal* 2013, p. 132.

DOMINGO Laurent

- « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2016, p. 100.

DOMINO Xavier

- « Innovation : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA*, 2017, p. 19.

DOMINO Xavier, BRETONNEAU Aurélie

- « *Custodire ipos custodes* : le juge administratif face à la prison », *AJDA*, 2011, p. 1364

DRAGO Roland

- « L'état d'urgence et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 670.

DUBOIS Jean-Pierre

- *Travaux publics*, Dalloz, Juillet 2018.

DUBREUIL Charles-André

- « Le référé provision, référé administratif au fond ? », *RFDA*, 2007, p. 1005.
- « La para-légalité administrative », *RFDA*, 2013, p. 737.
- « Les adages et la rigueur du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 23.

DUFFAR Jean

- « Note sous CE, 26 mai 1978, Garde des Sceaux, Ministre de la justice c. Cts. Wachter », *D.*, 1978, p. 711.

DUMONT Clotilde

- « Radicalisation djihadiste, liberté religieuse et laïcité en prison », *AJ Pénal*, 2016, p. 70.

FABIEN Mathilde

- « Le droit de visite des détenus, l'agrément des aumôniers de prison et le culte des Témoins de Jéhovah », *AJDA*, 2010, p. 272.

FALXA Joana

- « Traitement inhumain ou dégradant : présomption en cas de surpopulation pénitentiaire, arrêt rendu par CEDH, 1^{ère} sect., 12 mars 2015, n°7334/13é », *D.*, 2015, p. 866.

FAURE Yannick, MALVERTI Clément

- « Conditions indignes de détention : le prix du temps », *AJDA*, 2009, p. 279.

FAVOREU Louis

- « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire dans les prisons dites privées », *Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence*, Economica et PUAM, Marseille, 23 et 24 janvier 1987, p. 45.

FIECHTER-BOULVARD Frédérique

- « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ Pénal*, 2012, p. 67.

FORTIER Charles

- « Le défi de la continuité du service public de l'éducation nationale : assurer les remplacements », *AJDA*, 2006, p. 1822.

FORTIS Elisabeth

- « Le risque de récidive et l'application immédiate du placement sous surveillance judiciaire (Crim. 29 avril 2009, n°08-86.690) », *RSC*, 2010, p. 127.

FRYDMAN Patrick

- « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions sous CE, Ass., 11 février 1995 (2 espèces 1) Pascal Marie, 2) Philippe Hardouin », *RFDA*, 1995, p. 353.
- « Les adages en droit public », *RFDA*, 2014, p. 1.

GALLUT Solène

- « L'efficacité des mesures juridiques italiennes mises en œuvre à la suite de l'arrêt pilote Torreggiani », *AJ Pénal*, 2018, p. 349.

GASSIN René

- « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC*, 1996, p. 155.

GAUCHE Sylvain

- « A la recherche du recours effectif : responsabilité et référés en droit pénitentiaire », *AJDA*, 2017, p. 1837.

GAUTRON Virginie

- « De la société de surveillance à la rétention de sûreté, Etapes, faux-semblants et fuites en avant », *AJ Pénal*, 2009, p. 53

GENEVOIS Bruno

- « Conclusions sur Conseil d'État », Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, Rec. 1984, p. 483.

GHESTIN Jacques

- « La notion de contrat », *D.*, 1990, p. 147.

GIACOPELLI Muriel

- « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *RFDA*, 2010, p. 25.
- « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *AJ Pénal*, 2014, p. 448.

GOLDSZLAGIER Julien

- « La révolution des peines n'aura pas lieu », *AJ Pénal*, 2018, p. 234.

GUGLIEMI Gilles-Jean

- « Le JAP est-il un chiroptère ? », *RSC*, 1991, p. 622.

GUYOMAR Mattias

- « La responsabilité du fait des personnes potentiellement dangereuses, Le cas du bénéficiaire d'une libération anticipée. Conclusions sous CE, 15 février 2006, Ministre de la Justice c/ Consorts A. », *RFDA*, 2006, p. 615.
- « Limites des MOI en matière pénitentiaire », *RFDA*, 2008, p. 87
- « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, p. 413.
- « Administration/Citoyens – Sanctions administratives et contrôle du juge », *La Semaine juridique Administration et collectivités territoriales*, n°11, 11 mars 2013, p. 2079.

HABOUZIT Francis

- « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes radicalisées ? », *RSC*, 2018, p. 541.

HAURIOU André

- « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in : *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 233.

HECQUART-THERON Maryvonne

- « De la mesure d'ordre intérieur », *AJDA*, 1981, p. 23.

HENNION-JACQUET Patricia

- « Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux et si la justice s'arrêterait aux portes des prisons ? », *RDSS*, 2009, p. 509.

HERVIEU Nicolas

- « Contrôle juridictionnel accru des décisions de l'administration pénitentiaire et du recul corrélatif des MOI », *Lettre ADL* du 23 janvier 2011.
- « Les peines perpétuelles au prisme européen de la dignité et de la réinsertion sociale des détenus », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 juillet 2013.

HERZOG-EVANS Martine

- « Droit commun pour les détenus », *RSC*, 1995, p. 621.
- « La réforme du régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires, un plagiat incomplet du droit pénal », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1997, p. 9
- « Récidive : surveiller et punir plutôt que prévenir et guérir », *AJ Pénal*, 2005, p. 305.
- « Reconnaissance et limitations des recours des détenus », *D.* 2008, p. 820
- « Application des peines : la prétendue "bonne partie" de la loi pénitentiaire », *AJ Pénal*, 2009, p. 483.
- « Témoins de Jéhovah et prisons, Arrêt rendu par le Collège de la HALDE, 22 février 2010 », *AJ Pénal*, 2010, p. 455.
- « Conférence de consensus : trop de droit, pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D.*, 2013, p. 720
- « Loi Taubira : derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu », *AJ Pénal*, 2014, p. 456.
- « Procédure pénale des faits disciplinaires et citations de témoins à l'aune de l'article 6 », *AJ Pénal*, 2018, p. 429.
- « Service pénitentiaire d'insertion et de probation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.
- « Décret du 13 février 2019 sur la discipline pénitentiaire : un raidissement institutionnel et une occasion manquée », *AJ Pénal*, 2019, p. 139

HOURSON Sébastien

- « L'indemnisation de la douleur morale », *AJDA*, 2018, p. 2062.

HUGO Victor

- « Genève et la peine de mort », Lettre du 29 novembre 1862.

JACQUEMET-GAUCHE Anne, GAUCHE Sylvain

- « Des tensions », *AJDA*, 2015, p. 1289.

JANAS Michaël

- « Le JAP : un acteur essentiel pour lutter contre la récidive », *AJ Pénal*, 2005, p. 347.

JANUEL Pierre

- « Le rapport d'étonnement des députés sur l'état des prisons », *Dalloz actualité*, 9 novembre 2017.

JEGO Alain

- « Les conséquences de la surpopulation en détention », *AJ Pénal*, 2018, p. 344.

JENNEQUIN Anne

- « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme », *RFDA*, 2009, p. 913
- « La dignité de la personne détenue », *RFDA*, 2015, p. 1082

JEZE Gaston

- « De l'exécution des contrats administratifs », *RDP*, 1931, p. 528

JONAS Carol

- « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », *Droit Fam.*, 2007-8, n°12-14.

JULIEN Jérôme

- « Responsabilité du fait d'autrui », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015.

KENSEY Annie

- *La récidive des sortants de prison, éléments statistiques*, Cahiers de la sécurité, INHESJ, n°12, 2010 .

KENSEY Annie, BENAOUA Abdelmalik

- *Les risques de récidive des sortants de prisons, Une nouvelle évaluation*, Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques, 2011.

KIPIANI Patricia

- « De la nécessité d'une action collective en droit administratif français, *Éléments de droit comparé* », *JCP G.*, 2013, doctrine 190.

KOUBI Geneviève

- « De la validité des circulaires administratives antérieures au 1^{er} mai 2009 », *RDSS*, 2010, p. 517.

LANDAIS Claire, LENICE Frédéric

- « Une responsabilité sans faute fondée sur la notion de garde », *AJDA*, 2005, p. 663.

LANTERO Caroline

- « Le recours banalisé aux présomptions dans le contentieux de la responsabilité », *AJDA*, 2018, p. 2067.

LASSERE KLESOW Valérie

- « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^{ème} siècle », *D.*, 2002, p. 1160.

LAVAUD-LEGENDRE Béatrice

- « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *RDSS*, 2010, p. 520.

LAVIELLE Bernard

- « Le JAP est-il toujours un chiroptère ? », *Gaz. Pal.*, 2001, p. 12.

LAZERGES Christine

- « La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de M. Ancel », *RSC*, 2005, p. 165.
- « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *RSC*, 2006, p. 183.
- « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 731.
- « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC*, 2012, p. 274.

LE BOT Olivier

- « Les référés-libertés et mesures utiles, alternatives à un recours en responsabilité », *AJDA*, 2017, p. 1826.

LECLERC Henri

- « De la sûreté personnelle au droit à la sécurité », *Journal du droit des jeunes*, 2006, p. 710.

LEGRAS Claire

- « Sanctions administratives : rétroactivité in mitius et plein contentieux, conclusions sous Conseil d'État, Ass., 16 février 2009, Société Atom », *RFDA*, 2009, p. 259.

LENA Maud

- « Placement sous surveillance judiciaire : application de la loi dans le temps. Arrêt rendu par Cour de cassation, crim., 20 janvier 2009, n°08-83.372 », *Dalloz*, 2009, p. 1326.
- « Le plan pénitentiaire du Gouvernement », *AJ Pénal*, 2018, p. 385.

LESSI Jean, DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis

- « L'obligation, le choix, la grâce », *AJDA*, 2015, p. 443.

LEVY Jean-Daniel

- « Les français et la prévention de la récidive », Note, Conférence de consensus sur la prévention de la récidive. [http://conference-consensus.justice.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/01/contrib_jd_levy.pdf]

LIEBER Sophie-Justine, BOTTEGHI Damien

- « L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ? », *AJDA*, 2009, p. 583.

MALAURIE Philippe

- « Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés », *JCP G.*, n°16, 2010, p. 431.

MARCHANDIER Fabien

- « Majeur protégé », *Répertoire de droit civil*, *Dalloz*, décembre 2016.

MARKUS Jean-Paul

- « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA*, 2001, p. 589.

MAUPIN Emmanuelle

- « Conseiller n'est pas décider », *AJDA*, 2018, p. 2473.

MAYAUD Yves

- « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », *Dalloz*, 2008, p. 1359.

MODERNE Franck

- « Sécurité juridique et sécurité financière », *RFDA* 2006, p. 483.

MOLINIER-DUBOST Marianne

- « A propos d'une autre "jurisprudence immobile", Le contentieux des sanctions disciplinaires infligées au détenu », *AJDA*, 2013, p. 1380.

NADJAR Élodie, LEMOUSSU Pierre

- « Rapport Burgelin : des propositions en vue d'une meilleure prévention de la récidive », *AJ Pénal*, 2005, p. 319.

NICOUD Florence

- « Laïcité et restauration collective : du nouveau dans les prisons », *JCP A*, 14 avril 2014, p. 2116.

Observatoire international des prisons

- « Activités en prison : le désœuvrement », 21 mai 2016.
- Entretien avec Yasmine Bouagga et Corinne Rostaing, « Les activités en prison : un instrument de maintien de l'ordre », 13 mai 2016.
- *Comment expliquer la surpopulation des prisons françaises*, Communiqué de presse, 19 août 2017
- *Blocage des prisons : l'illusion sécuritaire l'emporte*, Communiqué de presse, 26 janvier 2018.
- « Travail en prison, l'État condamné pour un déclassement abusif à Joux-la-Ville », *Communiqué de presse*, 25 juillet 2018.
- *70 170 personnes incarcérées, 53 prisons en surpopulation extrême, 1667 matelas au sol*, Communiqué de presse, 6 août 2018.
- *Plan pénitentiaire : l'esbroufe, nouvel épisode*, Communiqué de presse, 13 septembre 2018.
- *Vidéosurveillance : refuser à une personne détenue l'accès aux images viole les droits de la défense*, Communiqué de presse, 11 octobre 2018.
- « Centre de détention de Nantes : l'État condamné pour les conditions d'accès aux soins au cours d'extractions médicales », *Communiqué de presse*, 7 février 2019.
- « Discipline en prison : un décret scélérat », *Communiqué de presse*, 25 février 2019

PAULIAT Hélène

- « Toute sanction dans le domaine carcéral est susceptible de recours », *JCP A*, 23 mai 2015, p. 2073.

PECAUD-RIVOLIER Laurence, VERHEYDE Thierry

- « Réforme de la protection des majeurs : premier bilan », *AJ Famille*, 2012, p. 119.

PECHILLON Éric

- « L'accès au droit et le droit au recours », *CRDP*, n°3, 2004, p. 49.
- « Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires : une réforme décrétole anachronique ? », *AJ Pénal*, 2013, p. 304.
- « Travail en prison : une mission de service public visant à la réinsertion du détenu ? », *AJ Pénal*, 2014, p. 47.
- « Référé-provision : état de santé des détenus et conditions de détention contraires à la dignité humaine », *AJ Pénal*, 2014, p. 143.

PETIT Bruno, ROUXEL Sylvie

- « Contrats et obligations – Consentement », *JurisClasseur Civil Code - Art. 1109*, 2015, 52 p.

PINATEL Jean

- « Chronique pénitentiaire », *RSC*, 1946, p. 142.

PLANCHARD Anaïs

- « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires franchit les portes des prisons », *Rev. des droits de l'homme/ADL*, 6 juillet 2015.

PONCELA Pierrette

- « La responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard de ses usagers détenus », *RSC*, 2000, p. 232.
- « La procédure disciplinaire carcérale dans la tourmente », *RSC*, 2001, p. 872.
- « Religion et prison, je t'aime moi non plus », *RSC*, 2015, p. 143.

POLLET-PANOUSSIS Delphine

- « Une nouvelle hypothèse du contrôle du milieu carcéral par le juge administratif », *RFDA*, 2009, p. 937.
- « Les sanctions disciplinaires pénitentiaires soumis à un contrôle entier du juge de l'excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 1212.

PONTIER Jean-Marie

- « L'infra-réglementaire, puissance méconnue », *AJDA*, 2014, p. 1251.

PORTMANN Anne

- « Application du contrat de travail en prison : les Sages rejettent la QPC », *Dalloz Actualité*, 17 juin 2013.

PRADEL Jean

- « Un législateur bien imprudent : à propos de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 », *JCP G.*, 15 septembre 2014, doct. 952.

PRELOT Pierre-Henri

- « Le juge administratif et les menus confessionnels dans les prisons », *AJDA*, 2014, p. 2321.

PUYBASSET Michèle

- « Le droit à l'information administrative », *AJDA*, 2003, p. 1307

RAOULT Sacha

- « Récidive : trois ans après la conférence, pourquoi il n'y a toujours pas de consensus », *AJ Pénal*, 2016, p. 25

RAOULT Sacha, MELLON FELLOW Andrew W.

- « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du "chiffre" », *RSC*, 2014, p. 655.

RENAN Ernest

- « Qu'est ce qu'une nation ? », 1882.

RENAUT Marie-Hélène

- « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *RSC*, 2000, p. 319.

ROBERT Jacques-Henri

- « Les murailles du silicium », *JCP G.*, 2006, p. 412.
- « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », *AJDA*, 2001, p. 90.
- « Réforme pénale. Punir dehors. Commentaire de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 », *Droit pénal*, n°9, septembre 2014, étude 16.

ROBESPIERRE (DE) Maximilien

- « Sur l'abolition de la peine de mort », Discours devant l'Assemblée constituante, Séance du 30 mai 1791.

ROBLOT-TROIZIER Agnès

- « Etat d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p. 424.

ROETS Damien

- « La “perpétuité réelle” française : une peine compatible avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC*, 2015, p. 158.

ROMAN Diane

- « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508.

ROUGE Sandra

- « Impôt et Révolution », *Puy de la Recherche, L'individu dans les révolutions, 10 et 11 juin 2015*.

ROUSSEL S.

- « Une personne détenue est un usager d'un ouvrage public ; Note sous Conseil d'État, dixième et neuvième sous-sections réunies, 6 juillet 2015, requête n°373267 », *La Gaz. Pal.*, 28 octobre 2015, pp. 20-22.

SAAS Claire

- « Radicalisation : répression et sécurisation », *AJ Pénal*, 2018, p. 116.

SAENKO Laurent

- « Internet en prison : approche conventionnelle », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 266.

SALAS Denis

- « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJ Pénal*, 2004, p. 430.

SAUVE Jean-Marc

- « Les sanctions administratives en droit public français : état des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA*, 2001, p. 16.

SCHMITZ Julia

- « Le juge administratif et les régimes de détention différenciés. Entre ouverture du prétoire et limites du contrôle », *RFDA*, 2017, p. 817.
- « Responsabilité de l'État en raison des conditions de détention », *AJDA*, 2017, p. 637 .

SEILLER Bertrand

- « Acte administratif – Identification », *Dalloz, Répertoire de contentieux administratif*, 2015.

SEVELY FOURNIE Catherine

- « La rétention de sûreté à l'origine d'un nouveau risque d'erreur judiciaire ? », *AJ Pénal*, 2011, p. 334.

SLAMA Serge

- « Constat d'insalubrité des Baumettes : de la justiciabilité à l'effectivité du contrôle sur les conditions de détention par le juge des référés-liberté », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 décembre 2012.

SLEDZIEWSKI Elisabeth G.

- « La dignité du sujet vulnérable », *Droit de la famille*, n°2, février 2011.

STAECHELE François

- « Le JAP magistrat du siège ou administrateur judiciaire ? », *RSC*, 1991, p. 385.

SUDRE Frédéric, SURREL Hélène

- « Droits de l'homme », *Répertoire de droit international, Dalloz*, juillet 2017.

TCHEN Vincent

- « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFDA*, 1997, p. 597.

TELLIER-CAYROL Véronique

- « La récidive : de quelques paradoxes et incohérences », *AJ Pénal*, 2012, p. 64.

TOURNIER Pierre-Victor

- « La contrainte pénale communautaire, Créer une sanction carcérale qui ne sera pas un sursis à exécution d'une sanction carcérale », *AJ Pénal*, 2013, p. 127.

TRAVIS Jeremy

- « Les sortants de prison et la sécurité publique : Faire face au défi de la réinsertion des détenus », *AJ Pénal*, 2011, p. 388.

TREMOLIERE Alexandre

- « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *RFDA*, 2017, p. 731.

TUOT Thierry

- « L'adage dans la jurisprudence : norme ou outil ? », *RFDA*, 2014, p. 11.

VERGES Étienne

- « La CEDH et la discipline pénitentiaire (à propos de l'article Ezech et Connors c. Royaume-Uni », *Droit pénal*, 2004, Etude 7.

VERPEAUX Michel

- « Référendum local, consultation locale et Constitution », *AJDA*, 2003, p. 540

VIALLA François

- « Fin de vie : ouverture d'une consultation citoyenne virtuelle », *D.*, 2015, p. 326.

VIGOUROUX Christian

- « La valeur de la justice en détention », *AJDA*, 2009, p. 403.

VILLEY Michel

- « Modes classiques d'interprétation du droit », *Archives de philosophie du droit, Tome 17*, 1972, p. 71.

VIOUJAS Vincent

- « Les soins psychiatriques aux détenus, des modifications mineures pour une problématique de santé publique majeure », *RDSS*, 2011, p. 1071.

WOLMARK Cyril

- « Le travail en prison », *Constitutions*, 2015, p. 579.

RAPPORTS, AVIS ET RECOMMANDATIONS

Contrôleur général des lieux de privation de liberté [CGLPL]

L'ensemble des documents est disponible en ligne sur le site www.cglpl.fr

Rapports

- *Rapport d'activités 2011*, Dalloz, Paris, 2012, 324 p.
- *Rapport d'activité 2012*, Dalloz, Paris, 2013, 400 p.
- *Rapport d'activité 2013*, Dalloz, Paris, 2014, 408 p.
- *Rapport d'activité 2015*, Dalloz, Paris, 2016, 189 p.
- *Radicalisation islamiste en milieu carcéral, 2016 : L'ouverture des unités dédiées*, 7 juin 2016, 57 p.
- *Rapport d'activité 2018*, Dalloz, Paris, 2019, 358 p.

Avis

- Avis du 10 janvier 2011 *relatif à l'usage du téléphone par les personnes privées de liberté*, JORF du 23 janvier 2011.
- Avis du 24 mars 2011 *relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté*, JORF du 17 avril 2011.
- Avis du 22 mai 2012 *relatif au nombre de personnes détenues*, JORF du 13 juin 2012.
- Avis du 6 février 2014 *relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté*, JORF du 25 février 2014.
- Avis du 6 février 2014 *relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté*, JORF du 25 février 2014.
- Avis du 11 juin 2015 *sur la prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral*, JORF du 30 juin 2015.
- Avis du 16 juin 2015 *relatif à la prise en charge des personnes détenues au sein des établissements de santé*, JORF du 16 juillet 2015.
- Avis du 5 octobre 2015 *relatif à la rétention de sûreté*, JORF du 5 novembre 2015.
- Avis du 22 décembre 2016 *relatif au travail et à la formation professionnelle dans les établissements pénitentiaires*.
- Avis du 12 décembre 2017 *relatif aux modules de respect dans les établissements pénitentiaires*, JORF du 14 mars 2018.

Recommandations

- *Recommandations en urgence du 12 novembre 2012 relatives au centre pénitentiaire des Baumettes à Marseille.*

Commission nationale consultative des droits de l'homme [CNCDH]

L'ensemble des documents est disponible en ligne sur le site www.cncdh.fr

Rapports

- *Réflexions sur le sens de la peine*, 24 janvier 2002.

Avis

- *Avis sur les « Alternatives à la détention »*, 14 décembre 2006.
- *Avis sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, 20 septembre 2007.
- *Avis sur la prévention de la récidive*, 21 février 2013.
- *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, 27 mars 2014.

CCNE

Avis

- *La santé et la médecine en prison*, Avis n°94, 2006, p. 8.

Cour des comptes

Rapports

- *Les relations de l'administration fiscale avec les particuliers et les entreprises*, février 2012, 214 p.
- *La politique immobilière du Ministère de la Justice, Mettre fin à la fuite en avant*, décembre 2017, 171 p.

Rapports et avis parlementaires

L'ensemble des documents est disponible en ligne sur les sites www.assemblee-nationale.fr et www.senat.fr

Assemblée nationale

- Rapport au nom de la commission d'enquête *sur la situation dans les prisons françaises*, n°2521, 18 juin 2000.
- Rapport d'information n°1718, P. CLEMENT, G. LEONARD (prés.), *La lutte contre la récidive au cœur de la politique pénale*, Assemblée nationale, juillet 2004.
- Rapport d'information n°1310, Commission des lois, Assemblée nationale, G. GEOFFROY et C. CARESCHE (prés.), *Application de la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, Un premier bilan plutôt contrasté*, , décembre 2008, p. 16.
- Rapport d'information par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République *sur les fichiers de police*, D. BATHO, J.-A. BENISTI (prés.), 24 mars 2009.
- Rapport d'information n°652, D. RAIMBOURG, S. HUYGUES (prés.), *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, , 23 janvier 2013, 199 p.

Sénat

- Rapport d'orientation remis au premier ministre, CABANEL G.-P. (prés.), *Pour une meilleure prévention de la récidive*, 1995.
- Rapport de la commission d'enquête *sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France créé en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 février 2000*, n°449, JORF du 29 juin 2000.
- Rapport d'étude *sur l'application de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, J.-R. LECERF et N. BORVO COHEN-SEAT, 4 juillet 2012.
-

Rapports thématiques

- Rapport au Premier Ministre et au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, *La modernisation du service public pénitentiaire*, BONNEMAISON Gilles, février 1989, Paris, p. 18.
- Haut Comité de la Santé Publique, *Santé en milieu carcéral, Rapport sur l'amélioration de la prison en charge sanitaire des détenus*, janvier 1993, p. 18.
- CARTIER Marie-Elisabeth (prés.), *Commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels*, Rapport, avril 1994.
- MIVILUDE, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes*, Assemblée nationale, n°2468, 22 décembre 1995.
- Conseil d'État, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité*, Documentation française, Paris, 1997.
- Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, 1999.
- CANIVET Guy, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, Rapport au Garde des Sceaux*, Ministre de la Justice, La Documentation Française, Paris, 2000, 229 p.
-
- Inspection générale des affaires sociales, Inspection générale des services judiciaires, *Rapport d'évaluation, L'organisation des soins en détention*, juin 2001, 182 p.
- Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice (Paul BOUCHET), *La réforme de l'accès au droit et à la justice*, Documentation française, 2001.
- PIOT Jacques (prés.), *Rapport du groupe de travail présidé par Jacques PIOT, chargé d'étudier le programme d'équipement pénitentiaire pour une période de dix années et les divers aspects du travail et de la formation professionnelle des détenus*, 1979 ; P. Loridant, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la mission de contrôle sur le compte de commerce 904-11 de la Régie Industrielle des Etablissements Pénitentiaires (RIEP)*, 2002.
- WARSMANN Jean-Luc, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines de prison et la préparation des détenus à la sortie de prison*, Ministère de la Justice, Paris, 2003.
- BURGELIN Jean-François, *Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport de la Commission Santé-Justice, juillet 2005, p. 10.

- FENECH Georges, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Rapport au Premier Ministre, Documentation française, 2005.
- Ministère du budget des comptes publics et de la fonction publique, *La Charte du contribuable*, septembre 2005, 32 p.
- Rapport de Philippe BELAVAL, *L'action collective en droit administratif*, 2009, 43 p.
- GONTARD Paul-Roger, *Rapport de la mission « Prison Ouverte » commandée par le Secrétaire d'État à la Justice*, 2010.
- Rapport du jury de consensus remis au premier ministre, *Conférence de consensus : Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, 20 février 2013, Paris, 40
- Agence Nationale d'Appui à la Performance des établissements de santé et structures médico-sociales, *La télémédecine en action : santé des personnes détenues – Eléments de constats et d'analyse sur les organisations retenues*, janvier 2015.
- Direction de l'administration pénitentiaire, *Chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, 1er janvier 2015, 20 p.
- LECERF Jean-René, *Livre blanc sur l'immobilier pénitentiaire*, 4 janvier 2017, p. 53.
- Direction de l'administration pénitentiaire, *Chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, 1^{er} janvier 2018, 17 p.
- Comité interministériel de prévention de la délinquance et de la radicalisation, *Prévenir pour protéger – Plan national de prévention de la radicalisation*, 2018, 31 p.

TABLE DE JURISPRUDENCE

Les paragraphes de la thèse correspondant suivent la référence de la décision.

(Les décisions sont par juridiction et par ordre chronologique)

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

1975-1980

- CC, 15 janvier 1975, n°74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, JORF du 16 janvier 1975, p. 671 : **133**
- CC, 12 janvier 1977, 76-75 DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, JORF du 13 janvier 1976, p. 344 : **143**
- CC, 27 juillet 1978, n°78-97 DC *Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises*, JORF du 29 juillet 1978, p. 2949 : **637**
- CC, 22 novembre 1978, 78-98 DC, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, JORF du 23 novembre 1978 : 76, **222**
- CC, 25 juillet 1979, n°79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, JORF du 27 juillet 1979, p. 33 : **680**
- CC, 30 décembre 1979, n°79-111 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à continuer à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants*, JORF du 31 décembre 1979, p. 39 : **680**
- CC, 9 janvier 1980, 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, JORF du 11 janvier 1980, p. 84 : **143**
- CC, 22 juillet 1980, 80-117 DC, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, JORF du 24 juillet 1980, p. 1867 : **144**
- CC, 30 décembre 1980, 80-126 DC, *Loi de finances pour 1981*, JORF du 31 décembre 1980, p. 3242 : **41**

1981-1990

- CC, 20 janvier 1981, 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, JORF du 22 janvier 1981, p. 308 : **41, 193, 477**
- CC, 29 décembre 1983, 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, JORF du 30 décembre 1983, p. 3871 : **143**
- CC, 25 janvier 1985, n°85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, JORF du 26 janvier 1985, p. 1137 : **145**
- CC, 3 septembre 1986, n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, JORF du 5 septembre 1986, p. 10788 : **222, 233**
- CC, 23 janvier 1987, 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, JORF du 25 janvier 1987, p. 924 : **143**
- CC, 25 juillet 1989, 89-256 DC, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, JORF du 28 juillet 1989, p. 9501 : **661**
- CC, 28 juillet 1989, 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, JORF du 1er août 1989, p. 9679 : **402, 442**

1991-2000

- CC, 13 août 1993, 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, JORF du 18 septembre 1993, p. 11722 : **32, 143**
- CC, 20 janvier 1994, 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, JORF du 26 janvier 1994, p. 1380 : **13, 77, 84**
- CC, 18 janvier 1995, 95-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, JORF du 21 janvier 1995, p. 1154 : **143**
- CC, 9 avril 1996, 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, JORF du 13 avril 1996, p. 5724 : **408**
- CC, 16 juin 1999, 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des*

exploitants de réseau de transport public de voyageurs, JORF du 19 juin 1999, p. 9018 : **143**

- CC, 16 décembre 1999, décision n°99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes, JORF* du 22 décembre 1999, p. 19041 : **419**

2001-2005

- CC, 13 mars 2003, 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure, JORF* du 19 mars 2003, p. 4789 : **143**
- CC, 3 avril 2003, n°2003-468 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, JORF* du 12 avril 2003, p. 6493 : **133**
- CC, 2 mars 2004, 2004-492, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF* du 10 mars 2004, p. 4637 : **143**
- CC, 20 janvier 2005, 2004-510 DC, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, JORF* du 27 janvier 2005, p. 1412 : **408**
- CC, 22 juillet 2005, 2005-520 DC, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, JORF* du 27 juillet 2005, p. 12241 : **42**
- CC, 13 octobre 2005, 2005-524/525 DC, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, JORF* du 20 octobre 2005, p. 16609 : **65**
- CC, 8 décembre 2005, n°2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JORF* du 13 décembre 2005, p. 19162 : **233, 234**

2006-2010

- CC, 27 juillet 2006, 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF* du 3 août 2006, p. 11541 : **40**
- CC, 14 décembre 2006, n°2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, JORF* du 22 décembre 2006, p. 19356 : **133**

- CE , 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n°304053 : **605**
- CC, 09 août 2007, 2007-554 DC, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, *JORF* du 11 août 2007, p. 13478 : **42**
- CC, 17 janvier 2008, 2007-561 DC, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative)*, *JORF* du 22 janvier 2008, p. 1131 : **408**
- CC, 21 février 2008, 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, *JORF* du 26 février 2008, p. 3272 : **80, 238**
- CC, 10 juin 2009, 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *JORF* du 13 juin 2009, p. 9675 : **40, 344**
- CC, 11 juin 2010, n°2010-6/7 QPC, *M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral]*, *JORF* du 12 juin 2010, p. 10849 : **303, 304**
- CC, 2 juillet 2010, n° 2010-10 QPC, *Consorts C. et a.*, *JORF* du 3 juillet 2010, p. 12120 : **486**
- CC, 23 juillet 2010, 2010-15/23 QPC, *Région Languedoc-Roussillon et autres [Article 575 du code de procédure pénale]*, *JORF* du 24 juillet 2010, p. 13727 : **137**
- CC, 2010-25 QPC, *JORF* du 16 septembre 2010, p. 16847 : **144**
- CC, 03 décembre 2010, 2010-74 QPC, *M. Jean-Marc P. et autres [Rétroactivité de la loi pénale plus douce]*, *JORF* du 4 décembre 2010, p. 21117 : **41**

2011-2019

- CC, 14 juin 2013, n°2013-320/321 QPC, *M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées]*, *JORF* du 16 juin 2013, p. 829 : **330**
- CC, 25 avril 2014, n° 2014-393 QPC, *M. Angelo R. [Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires]*, *JORF* du 27 avril 2014, p. 7362 : **499**
- CC, 7 août 2014, n°2014-696 DC, *Loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, *JORF* du 17 août 2014, p. 13659 : **693**
- CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, *JORF* du 26 décembre 2015, p. 24084 : **145**

- CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, JORF du 21 février 2016 : **145**
- CC, 29 mars 2019, n°2019-770 QPC, *M. Chamsoudine C. [Lecture donnée aux jurés par le président de la cour d'assises avant le vote sur l'application de la peine]*, JORF du 30 mars 2019 : **637**

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

1990-2000

- TA Limoges 16 mai 1991, *Rannaud* : **337**
- TA Bordeaux 18 juillet 1996, req. n°9500593 : **547**
- TA Dijon, 15 octobre 1996, *Plichota* : **508**
- TA. Versailles, 10 octobre 1997, req. n°955528, *Mouesca c/ Ministre de la justice* : **157, 338, 550**
- TA Melun, 3 décembre 1997, req. n°9513708, *Mouesca* : **338**
- TA Melun, 19 octobre 1998, *Diez* : **508**
- TA Rouen, 3 févr. 1999, *A., Lebon*, p. 549 : **550**
- TA Caen, 15 février 2000, *Leboulch* : **508**
- TA Toulouse, 22 avril 2000 : **537**
- TA Paris, 28 avril 2000 : **287**
- TA Rouen, 30 juin 2000, *Druelle* : **508**
- TA Marseille, 6 octobre 2000, *Derderian* : **508**

2001-2005

- TA Lille, 1 juillet 2003 : **314**
- TA Versailles ord. réf., 10 septembre 2004, n°044380, *Ali D* : **336**
- TA Toulouse, 8 mars 2005, req. n°0403682 : **498**
- TA Versailles, 10 mars 2005, req. n°0403682 : **497**
- TA Versailles, 24 mars 2005, req. n°0406598 : **312**
- TA Nantes, 10 mai 2005, req. n°032963 : **337**
- TA Rennes, 31 août 2005, req. n°064023 : **497**

- TA Limoges, 1^{er} décembre 2005, *BAJDP* n°7 mars 2006 : **180**
- TA, Limoges, 29 décembre 2005, *BADJ* n°7, mars 2006 : **180, 288, 522**

2006-2010

- TA Paris, 6 juillet 2007, req. n°0613450 : **314**
- TA Nantes, 26 juillet 2007, req. n°066227 : **287, 597**
- TA Amiens, 16 octobre 2007, req. n°0402272, *Quintin et OIP* : **313**
- TA Rouen, 27 mars 2008, req. n°0602590 : **562**
- TA Bordeaux, 14 mai 2009, req. n°0704553 : **287, 597**
- TA Strasbourg, 25 juin 2009, req. n°0800620/0803184 : **514**
- TA Caen 19 janvier 2010, req. n°0900665 : **337**
- TA Pau, 19 janvier 2010, req. n°0902577 : **548, 549**
- TA Caen, 2 février 2010, req. n°0900165, *Amiot* : **553**
- TA Rouen, réf., 11 juin 2010, req. n°1000674 : **374**
- TA Grenoble, 7 novembre 2010 : **315**

2011-2019

- TA Marseille ord., 13 décembre 2012, req. n°1208103 : **462**
- TA Grenoble, 30 avril 2014 : **465**
- TA Fort-de-France, ord., 17 oct. 2014, req. n° 1400673 : **464**
- TA Poitiers, ord., 17 novembre 2016, req. n°1602559 : **308**
- TA Paris, ord., 21 mars 2017, req. n°1703348/9 : **308**
- TA Châlons-en-Champagne, 12 octobre 2017, req. n°1502646 : **539**
- TA Dijon, 20 juin 2018 : **328**
- TA Lyon, 25 septembre 2018, req. n°1606836 : **483**
- TA Nantes, 15 janvier 2019 : **324**

COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

1989-2000

- CAA Nantes, ass. plén., 22 févr. 1989, *Garde des Sceaux, min. Justice c/ Cts Mingot, Lebon*, p. 919 : **550**
- CAA Lyon, 21 déc. 1990, req. n° 89LY01742, *Cts Gomez, Lebon*, p. 498: **554**
- CAA Bordeaux, 27 février 1992, *Autoroutes du Sud de la France c. Binien, Lebon* 958 : **651, 652**
- CAA Lyon, 3 décembre 1996, req. n°86LY00353, *Theis*: **157**
- CAA Bordeaux, 3 février 1997, req. n°95BX00342, *Sakoya* : **163**
- CAA, Nantes, 3^{ème} ch., 10 avril 1997, req. n°95NT00108 : **159, 599**
- CAA Lyon, 3 décembre 1998, req. n°86LY00352, *Theis* : **550**
- CAA Marseille, 28 décembre 2000, *Pin* : **508**

2001-2010

- CAA Paris, 22 janvier 2003, *M. Vigouroux c/ Min. Int.* : **550**
- CAA Douai, 8 juillet 2003, *Département de la Seine Maritime*, req. n° 01DA00529 : **163**
- CAA Bordeaux, 18 novembre 2003, *C^{ie} générale maritime Antille-Guyane* : **559**
- CAA Nancy, 24 mars 2005, req. n°00NC01402 : **337**
- CAA Lyon, 30 juin 2005, req. n°00LY01591, *Ministre de la Justice c. H.* : **337**
- CAA Versailles, 28 juin 2007, req. n°05VR01885 : **497, 498**
- CAA Lyon, 24 décembre 2007, *Min de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer* : **651**
- CAA Nantes, 21 février 2008, req. n°07NT02832 : **287**
- CAA, Lyon, 9 octobre 2008, req. n° 06LY00287 : **195**
- CAA Bordeaux, 18 novembre 2008, req. n°07BX01485 : **287, 597**
- CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, req. n°08BX01040, *Faruk X* : **312**
- CAA Douai, 12 novembre 2009, req. n°09DA00782 : **658**
- CAA, Nancy, 18 février 2010, req. n° 09NC01260 : **195, 514**
- CAA Nancy, 27 mai 2010, req. n°09NC01022 : **287**

2011-2019

- CAA, Marseille, 11 février 2011, req. n° 09MA01739 : **195**
- CAA Bordeaux, 4 octobre 2011, req. n°10BX039217 : **374**
- CAA Bordeaux, 18 octobre 2011, req. n°11BX00159 : **562, 653**
- CAA Douai, ord., 26 avril 2012, req. n°11DA01096 : **374, 653**
- CAA Bordeaux, 6 mai 2012, req. n°11BX01790 : **365**
- CAA Douai, ord., 20 juillet 2012, req. n°11DA01527 : **653**
- CAA Nantes, 27 septembre 2012, req. n°11NT01339 : **498**
- CAA Douai, ord. , 8 mars 2013, req. n°12DA01485 : **375**
- CAA Versailles, 26 mars 2013, req. n°11VE00471 : **374**
- CAA Nancy, 12 mars 2014, req. n°14NC00441-00679-00442-00690-00445-00469-00440-00448 : **374**
- CAA Lyon, 20 mars 2014, req. n°14LY00115 : **315**
- CAA Lyon, 22 juillet 2014, req. n°14LY00113 : **315**
- CAA Nantes, 14 novembre 2014, req. n°14NT00957 : **375**
- CAA Douai, 31 décembre 2014, req. n°13DA00953 : **374**
- CAA Nancy, 12 mars 2015, req. n°14NC00441 : **374, 376**
- CAA Paris, 26 juin 2015, req. n°13PA04250 : **287**
- CAA Lyon, 8 mars 2018, req. n°17LY01076 : **531**

CONSEIL D'ETAT

1902-1920

- CE, 10 janvier 1902, req. n°94624, *Compagnie nouvelle du gaze Déville lès Rouen, Lebon* : **680**
- CE, 6 février 1903, *Terrier* : **131**
- CE, 21 décembre 1906, req. n°19167, *Syndicat des propriétaires et des contribuables de quartier Croix de Seguey Tivoli, Lebon* : **470**
- CE, 28 décembre 1906, req. n°25521, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, Lebon* : **661**
- CE 30 mars 1916, req. n°59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Lebon* : **680**
- CE, 4 janvier 1918, *Mineurs Zulémaro, Rec. p. 9* : **157, 550**
- CE, 4 janvier 1918, *Duchesne, Rec. p. 10* : **157**

1921-1950

- CE, 7 février 1936, req. n°43321, *Jamart* ; Lebon : **423**
- CE, Sect., 4 novembre 1944, req. n°157435, *Korber* : **160**
- CE, 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle*, Lebon, p. 100 : **550**
- CE, 7 mai 1947, *Association des sinistrés de Ponbaud*, Lebon 181 : **661**
- CE, 27 décembre 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne*, Lebon, p. 493 : **550**
- CE, 24 juin 1949, *Consorts Lecomte* : 622
- CE, 7 juillet 1950, req. n°01645, *Dehaene*, Lebon, 1950, p. 426 : **680**

1951-1970

- CE, 29 janvier 1954, req. n°07134, *Notre Dame de Kreisker*, Lebon, p. 64 : **524**
- CE, 19 novembre 1955, *D^{elle} Hoffmann*, Rec. p. 554 : **159**
- CE, Sect., 3 février 1956, *Thouzellier*, Rec. p. 49 : **159**
- CE, 3 octobre 1958, *Rakotoarinovy*, Rec., p. 470 : **157, 550**
- CE, 26 juin 1959, *Rouzet*, Lebon, p. 405 : **550**
- CE, 13 janvier 1961, *Magnier* : **131**
- CE, 31 décembre 1962, *Dame Husson-Chiffre*, Lebon, p. 701 : **550**
- CE, Sect., 24 janvier 1963, *Ville de Cannes*, Lebon 268 : **650**
- CE, 28 juin 1963, *Narcy*, Rec. 1963, p. 694 : **131**
- CE, 21 février 1964, *Ville de Wattrelos*, Lebon , p. **118**
- CE, 10 mars 1967, *Delle Ruban c. Société de l'autoroute Esterel-Côte d'Azur*, Lebon 101 : **652**
- CE 28 avril 1967, *Lafont*, Lebon, p. 182 : **550**
- CE, 8 décembre 1967, req. n°69544, *Sieur K* : **411**
- CE 25 juin 1969, req. n° 69449, *Vincent*, Lebon 334 : **647**
- CE, 11 décembre 1970, req. n°78880, *Crédit foncier de France* : **527**

1971-1980

- CE, Sect., 5 juillet 1971, req. n°74850, *Veuve Picard* : **700**
- CE, Sect., 13 octobre 1972, *Caisse générale de réassurances mutuelles agricoles de l'Est et Société mutuelle d'assurance l'Auxiliaire, Lebon* 635 : **651**
- CE, 18 mai 1973, req. n°82672, *Ville de Paris c. Dijon, Lebon*. 361 : **653**
- CE, 10 mai 1974, req. n°88032/88148, *Denoyez et chorques* : **636**
- CE, 26 avril 1976, req. n°95585 : **508**
- CE, Sect., 23 juin 1976, req. n°75048, *Syndicat des méteaux CFDT des Vosges et a., Lebon* 474 : **660**
- CE, 9 juin 1978, req. n°5911 : **516**
- CE, 5 décembre 1979, *Sitbon, Lebon* 452 : **651**
- CE, 12 mars 1980, req. n°12572, *Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines, Lebon* 1980 : **415**
- CE, 18 avril 1980, *Société nationale industrielle aérospatiale, Rec. p. 190* : **162**
- CE, 13 juin 1980, req. n°17995, *Mme Bonjean, Lebon* : **680**
- CE, 20 juin 1980, req. n°22496, *Gaz de France, Lebon* : **558**

1981-1985

- CE, 27 février 1981, *Société les assurances générales de France et autres, Lebon* 956 : **61**
- CE, 2 décembre 1981, req. n°25861, *Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/ Mme Henry* : **159, 599**
- CE, 5 mars 1982, *Guetre et Ministre de la Culture c/ Commune de Ponts de Cé, Rec. p. 100* : **162**
- CE 25 juin 1982, req. n° 19101, *Bertin, Lebon T* : **647**
- CE, Sect., 27 mai 1983, *Caisse primaire d'assurance maladie des Ardennes et autres, Lebon p. 221* : **166**
- CE, Ass., 27 janvier 1984, req. n°31985, *Caillol* : **494**
- CE, 27 mars 1985, req. n°48517, *Henri* : **158, 599**
- CE, 10 mai 1985s, req. n°48517, *Mme E. Ramade et autres* : **158, 599**
- CE, 6 novembre 1985, req. n°48630 : **680**

1986-1990

- CE, 5 mars 1986, req. n°56289, *Ville de Paris*. : **680**
- CE 14 mai 1986, *Commune de Cilaos, Lebon*, p. 708 : **550**
- CE, 6 février 1987, *Mme Ouerdane, Lebon* 957 : **651**
- CE, 13 février 1987, *Vieville, Lebon* 997 : **651**
- CE, 29 avril 1987, req. n°61015, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Banque populaire de la région économique de Strasbourg, Rec. p. 58* : **159, 599**
- CE, 3 novembre 1989, req. n°85424, *M. Jean-Jacques M* : **415**
- CE, 3 novembre 1989, req. n°64678, *Pitalugue* : **535**
- CE, sect., 27 juillet 1990, req. n° 44676, *Bourgeois, Lebon*, p. 242 : **550**
- CE, 10 octobre 1990, req. n°107266, *Garde des sceaux, Pitalugue*: **415, 535**
- CE, Sect., 9 novembre 1990, req. n°101168, *Theron* : **160, 411**

1991-1995

- CE, Ass., 1^{er} mars 1991, req. n°112820, *Lecun* : **513, 515**
- CE, 15 janvier 1992, req. n°97149, *M. Michel C* : **415**
- CE, sect., 26 juin 1992, req. n° 114728 , *Cne de Béthoncourt c/ Cts Barbier, Lebon*, p. 268 : **653**
- CE, ass., 9 avril. 1993, req. n° 138652, *D., B., G., Lebon*, p. 110 : **550**
- CE, 26 novembre 1993, req. n° 108851 , *SCI Les Jardins de Bibémus, Lebon*, p. 327 : **653**
- CE, Sect., 4 novembre 1994, req. n°157435, *M. François K* : **411**
- CE Ass., 17 février 1995, req. n°97754, *Marie* : **15, 195, 415, 495, 512, 529**

1996-2000

- CE, 9 octobre 1996, req. n°170363, *Société Prigest* : **514**
- CE, avis, 5 avril 1996, req. n°176611 : **514**
- CE, Ass., 30 octobre 1996, *Wanys et Monnier, Rec.*, p. 387 : **294**
- CE, 17 novembre 1997, req. n°16866, *Centre hospitalier spécialisé de Rennes, Lebon*, p. 433 : **365**

- CE, sect., 13 mars 1998, req. n° 89370, *Améon et a., Lebon*, p. 82 : **550**
- CE, 18 mars 1998, req. n°191360, *Druelle* : **160, 180, 415, 537**
- CE, Avis, 29 décembre 1999, req. n° 210147 : **508**
- CE, 5 juillet 2000, *Ministre de l'équipement c/ Chevallier*, *Rec.* p. 294 : **162**
- CE, Avis, 3 octobre 2000, n°365342 : **482**
- CE, 8 décembre 2000, req. n°162995, *Frérot* : **369, 524**
- CE, 20 décembre 2000, req. n° 211284, *Cie d'assurances Zurich International et a., Lebon*, p. 362 : **550**

2001-2002

- CE, 9 février 2001, *Malbeau*, req. n°215405 : **160, 411**
- CE, 21 décembre 2001, req. n°222862 : **408**
- CE, réf., 20 juillet 2001, req. n°236196, *Commune de Mandelieu-la-Napoule* : **157**
- CE, 20 mars 2002, req. n°226803 : **424, 482**
- CE, 10 juillet 2002, req. n°244411 : **559**
- CE, 29 juillet 2002, req. n° 141112, *Griesmar*, *Rec.*, 2002, p. 284 : **662**
- CE, 18 décembre 2002, req. n°233618, *Duvignères* : **524**

2003-2004

- CE, Ass., 26 février 2003, req. n°251172, *M. Courson* : **650**
- CE, 12 mars 2003, req. n°237437, *Frérot* : **415**
- CE, 29 avril 2003, req. n° 250345 : **560**
- CE, 13 mai 2003, req. n°1200991/1201928 : **526**
- CE, 23 mai 2003, req. n°244663, *Chabba* : **157, 551**
- CE, 30 juillet 2003, req. n°252712, *Remli*: **183, 415, 534, 537**
- CE ord., 10 février 2004, req. n°264182 : **460**
- CE, 2 avril 2004, req. n°256504, *S^{té} Alstom Power Turbomachines*, *Lebon* p. 150 : **559**

2005

- CE, 19 janvier 2005, req. n°276512 : **389**
- CE, Sect., 11 février 2005, req. n°252169, *GIE AXA Courtage, Lebon 45* : **163**
- CE, 20 avril 2005, req. n°265326, *Garde des sceaux, Ministre de la justice c/ M. X*, *Lebon 2005* : **114**
- CE, 22 avril 2005, req. n°257406, *Margerand* : **457**
- CE, ord., 27 mai 2005, req. n°280866, *Section française de l'observatoire international des prisons* : **310**
- CE, 8 juillet 2005, req. n°266900, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT* : **415**
- CE, 23 novembre 2005, req. n°284912, *Monné* : **160**
- CE, 5 décembre 2005, req. n°255612 : **560**
- CE, ord., 9 décembre 2005, req. n° 287777, *Mme Allouache et a.* : **662**

2006

- CE, Sect., 1^{er} février 2006, req. n°268147, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ MAIF, Rec. 42* : **163**
- CE ord., 13 mars 2006, req. n°28118, *Bayrou et association de défense des usages des autorités publiques de France* : **457**
- CE, 17 mars 2006, req. n°279822 : **681**
- CE, 24 mars 2006, req. n°288460, *KPMG* : **415**
- CE 7 décembre 2006, req. n°294210, *Mme A* : **560**
- CE, 20 décembre 2006, req. n°283352 : **559**

2007

- CE, 21 mars 2007, req. n°284586 : **510**
- CE, 31 mai 2007, req. n° 298293 : **566**
- CE, 20 juin 2007, req. n° 256974, *Boutin, Lebon*, p. 1047 : **653**
- CE, 9 juillet 2007, req. n°281205, *Delorme c/ Ministre de la justice*: **157, 552**
- CE, 12 décembre 2007, req. n°293993, *Section française de l'Observatoire international des prisons* : **233**
- CE, Ass., 14 décembre 2007, req. n°306432, *M. Payet* : **158, 415, 538**

- CE, 14 décembre 2007, n°290420, *Planchenault* : **329, 415, 427, 495, 538**
- CE, 14 décembre 2007, req. n°290730, *Boussouar* : **415, 427, 538**
- CE, 15 décembre 2007, req. n°403701 : **547**

2008

- CE, 29 février 2008, req. n°308145: **183**
- CE, 29 février 2008, req. n°308147 : **183**
- CE, 9 avril 2008, n°308221, *Rodier* : **322, 542**
- CE, 26 mai 2008, *Département des Côtes-d'Armor, Rec. 907* : **163**
- CE, 10 juin 2008, req. n°32224 : **558**
- CE, 9 juillet 2008, req. n°306666, *Boussouar* : **458, 552**
- CE, ord., 29 octobre 2008, req. n° 321413/321705/ 321774, *Association Cap 21 et autres* : **662**
- CE, 31 octobre 2008, req. n°293785, *Section française de l'OIP* : **370**
- CE, 14 novembre 2008, req. n°315622, *El Shennawy* : **369, 415, 539**
- CE, 17 décembre 2008, req. n°305594, *Section française de l'OIP* : **372, 552**
- CE, 17 décembre 2008, req. n°293786, *OIP* : **539**
- CE, 17 décembre 2008, req. n°292088, *Zaouya* : **552**

2009

- CE, 16 février 2009, req. n°274000, *Atom* : **513**
- CE, 27 mai 2009, req. n°322148, *Miloudi* : **542**
- CE, 1^{er} juill. 2009, req. n° 308925, *Garde des Sceaux c/ M^{me} Mouisel* : **560**
- CE, 13 novembre 2009, req. n° 306517, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Association tutélaire des inadaptés, Rec. 461* : **163, 164**
- CE, 30 novembre 2009, req. n°318589 : **183, 415**
- CE, 28 décembre 2009, req. n°328768 : **539**

2010

- CE, 22 mars 2010, req. n°337534 : **460**
- CE, juge des référés, 20 mai 2010, req n°339259 : **369, 460**
- CE, 15 juillet 2010, req n°340313 : **322, 389**
- CE, 23 juillet 2010, req. n° 316440/316441 : **565**
- CE, 26 novembre 2010, req. n°329564 : **350**

2011

- CE, 23 février 2011, req. n°334022 : **525**
- CE, 28 mars 2011, req. n°316977, *Bennay* : **539, 722**
- CE, 20 mai 2011, req. n°326084, *Biteri* : **515, 516**
- CE, 26 juillet 2011, req. n° 317547 : **539**
- CE, 19 juillet 2011, req. n°335625 : **140**
- CE, 16 novembre 2011, req. n°353172 et 353173, *Ville de Paris et société d'économie mixte parisienne* : **463, 564, 603**

2012

- CE, 6 décembre 2012, req. n°344995 : **533, 539, 597**
- CE ord., 22 décembre 2012, req. n°364584 : **374, 462**

2013

- CE, sect., 18 janvier 2013, req. n° 354218, *Syndicat de la magistrature* : **662**
- CE, 04 février 2013, req. n°344266 : **514**
- CE, 20 mars 2013, req. n°354547, *Association Végétariens de France* : **315**
- CE, 16 octobre 2013, req. n°351115 : **314**
- CE, 13 novembre 2013, req. n°308720 : **389**
- CE, Ass., 13 novembre 2013, req. n°247704, *Dahan* : **516**
- CE, 20 novembre 2013, req. n°354752, *Sarl Tekimmo* : **421**
- CE, 6 décembre 2013, req. n°363290, *Thévenot, Lebon*, p. 305 : **364, 458, 460, 553, 561.**

2014

- CE, 21 mai 2014, req. n° 359672, *Garde des sceaux* : **195, 497**
- CE, 11 juin 2014, req. n°365337 : **312**
- CE, 16 juillet 2014, req. n°377145 : **315**
- CE, 23 juillet 2014, req. n° 379871 : **465**
- CE, 12 novembre 2014, req. n°360264 : **526**
- CE, 30 décembre 2014, req. n°364774, *OIP* : **374**

2015

- CE, 4 février 2015, req. n°383267/68 : **527**
- CE, 25 février 2015, req. n°375724 : **315**
- CE, 20 mars 2015, req. n° 385332 : **564**
- CE, 26 mai 2015, req. n°375133 : **516**
- CE , 01 juin 2015, req. n°380949, *M. Boromé* : **516**
- CE, 5 juin 2015, req. n°370896, *Langlet* : **374, 553, 655**
- CE, ord., 30 juillet 2015, req. n° 392043, *Section française de l'observatoire international des prisons [OIP-SF]* : **464**
- CE, 18 novembre 2015, req. n°380461 : **517**
- CE, 11 décembre 2015, req. n° 394989, *M. J. Domenjoud* : **145**
- CE, 11 décembre 2015, req. n° 394990, *M. C. Verrier* : **145**
- CE, 11 décembre 2015, req. n° 394991, *M. P. Boilleau* : **145**
- CE, 11 décembre 2015, req. n° 394992 : **145**
- CE, 11 décembre 2015, req. n° 394993, *Mme M. Saiter* : **145**
- CE, 11 décembre 2015, req. n° 395002, *Mme S. Crochet* : **145**
- CE, 11 décembre 2015, req. n° 395009, *M. C. Domenjoud* : **145**

2016

- CE, 5 février 2016, req. n°393540/393541 : **564**
- CE, 7 mars 2016, req. n°380540 : **329**
- CE, ord., 28 juillet 2016, req. n°401800, *M. B.* : **152, 176**
- CE, ord., 5 août 2016, req. n°402139, *Ministère de l'intérieur* : **146**
- CE, 9 novembre 2016, req. n°393108 : **658**

2017

- CE, 13 janvier 2017, req. n°389711 : **553, 655, 658**

- CE, 28 juillet 2017, req. n°410677 : **375, 652, 656**
- CE, 15 décembre 2017, req. n°400822 : **328, 464, 483**
- CE, 28 décembre 2017, req. n°394746 : **114**
- CE, 28 décembre 2017, req. n°400560 : **157, 554**

2018

- CE, 29 juin 2018, req. n°408214 : **328**
- CE, 31 octobre 2018, req. n°410611 : **655**
- CE, 14 novembre 2018, req. n°418788 : **341**
- CE, 3 décembre 2018, req. n°412010 : **563**
- CE, 12 décembre 2018, req. n°421294 : **193, 448**

2019

- CE, 30 janvier 2019, req. n°416999 : **369**
- CE, 13 mars 2019, req. n°418102 : **465**
- CE, 15 mars 2019, req. n°414751 : **449**

COUR DE CASSATION

1882-1980

- Cass. Crim. 22 juillet 1882 : 351
- Cass. Crim., 11 décembre 1952, *Bull. crim.*, n°302 : 390
- Cass. Crim. 22 janvier 1953 : 351
- Cass. Crim., 12 février 1963, *Bull. Crim.* n°72 : 390
- Cass. Crim., 20 février 1973, n°72-91.270, *Bull. Crim.*, n°84 : 390
- Cass. Crim., 16 octobre 1974, n°73-92.238, *Bull. crim.*, n°295 : 390
- Cass. Crim., 10 décembre 1975, n°74-91.203, *Bull. Crim.*, n°275 : 390
- Cass. Crim., 21 novembre 1979, 12 mai 1992 : 338

1981-1995

- Cass. Crim., 23 octobre 1989, n°88-84-690 *Bull. crim* n°370 : **76**
- Cass. Crim., 22 mai 1990, n°89-86-896, *Bull. crim.*, n°210 : **76**
- Cass. Crim., 20 décembre 1990 : **411**
- C. cass., Ass. Plèn., 29 mars 1991, n°89-15-231, *Association des centres éducatifs du Limousin c/ Blicek*: **162, 163**
- Cass., ass. plèn., 6 novembre 1992 : **486**
- Cass. Crim., 5 juillet 1993, n°92-86-681, *Bull. Crim.*, n°237 : **76**
- Cass. Crim., 26 septembre 1995, n°95-80-010 : **411**

1996-2005

- Cass. Crim., 19 décembre 1996, *Bull. crim.* n°482 : **386**
- Cass. Crim., 18 décembre 1997, *Bull. Crim.*, n°428 : **386**
- Cass. Crim., 29 janvier 1998, n°97-81-573, *Bull. crim.*, n°37 : **76**
- Cass. Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, n° 97-21-823 : **652**
- Cass. crim., 28 mars 2000, *Bull. crim.* n°120 : **163**
- Cass. Com., 26 juin 2001, n°97-18410 : **62**
- Cass. Crim., 23 juin 2004, n°03-87.647 : **390**

2006-2010

- Cass. Ass. Plènière, 14 avril 2006, n°02-11-268 : **652**
- Cass., Ass. Plèn., 9 mai 2008, *Bull. crim* n°1 : **137**
- Cass. Crim., 20 janvier 2009, n°08-82.807 : **374, 412**
- Cass. crim., 21 janvier 2009, n° 08-83.372 : **234**
- Cass. crim., 29 avril 2009, n°08-86.690 : **234**
- Cass. Crim 25 novembre 2009, n°09-82.971 : **427**

2011-2015

- Cass. crim., 26 juin 2012, *Bull. Crim.* 158 : **137**
- Cass. Crim., 22 mai 2013, n°12-84.448 : **427**
- Cass. Crim., 22 janvier 2014, n°12-83.579 : **489**
- Cass. Crim., 29 septembre 2015, *Bull. Cass. Crim.* n° 212 : **486**

TRIBUNAL DES CONFLITS

- TC, 27 novembre 1952, req. n°01420, *Préfet de la Guyane* : **411, 700**
- TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, *Rec.* 1955 p. 614 : **131**
- TC, 22 février 1960, *Fargeau d'Epied*, *Rec.* p. 855 : **160, 700**
- TC, 15 décembre 1980, *Rec.* p. 512 : **700**
- TC, 4 juillet 1983, req. n°0289, *Caillol* : **411, 415**
- TC, 3 juillet 2000, req. n° 3198 , *Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/ Consorts Primau et Fosset*: **160**
- TC, 14 octobre 2013, req. n°3918 : **331**
- TC, 12 octobre 2015, req. n° C4019, *M. Hoareau*: **411**

COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME / COUR EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME

1962-1980

- Com. EDH, 8 mars 1962, *Ilse Koch c. RFA* : **361**
- CEDH, Plénière, 21 février 1975, req. n°4451/70, *Golder c. Royaume-Uni*, A 18 : **402**
- CEDH, 6 février 1976, req. n°5614/72, *Affaire syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, A20 : **454**
- CEDH, 8 juin 1976, req. n°5100/71-5101/71-5102/71-5354/72-5370/72, *Engel et autres c. Pays Bas*, A 22 : **435**
- Com. EDH, 6 mai 1978, *Kortalla c. Pays Bas* : **361**
- CEDH, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, *Klass et autres c. Allemagne*, A28 : **454**
- CEDH, 27 février 1980, req. n°6903/75, *Deweert c. Belgique*, A35 : **436, 445**

1981-1985

- CEDH, 26 mars 1982, req. n°8269/78, *Adolf c/ Autriche*, A49 : **435**
- CEDH, 15 juillet 1982, req. n°8130/78, *Eckle c. Allemagne*, A51 : **436**
- CEDH, 10 février 1983, req. n°7299/75 et 7486/76, *Albert et Le Compte c. Belgique*, A58 : **444**
- CEDH, 25 mars 1983, req. n°5947/72, 6205/73, 7052/75, 7107/75, 7136/75, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, A61 : **454, 455**
- CEDH, 28 juin 1984, req. n°7819/77 7878/77, *Campbell et fell c. Royaume-Uni*, A80 : **361, 438, 440, 494, 595**
- CEDH, 22 octobre 1984, req. n°8790/79, *Sramek c. Autriche*, A84 : **444**
- CEDH, 26 avril 1985, req. n°8691/79, *Malone c. Royaume-Uni*, A95 : **454**
- CEDH, 23 octobre 1985, req. n°8848/80, *Bentham c. Pays-Bas*, A97 : **444**

1986-1990

- CEDH, 25 août 1987, req. n°9912/82, *Lutz c. Allemagne*, A123 : **438**
- CEDH, 27 avril 1988, req. n°9659/83, 9658/82, *Boyler et Rice c. Royaume-Uni* : **454**
- Com. EDH, 12 mars 1990, req. n°13756/88, *Ouinas c. France* : **354**
- CEDH, 28 juin 1990, req. n°11761/85, *Obermeier c/ Autriche*, A179 : **444**

1991-1995

- CEDH, 24 février 1994, req. n°12547/86, *Benedoun c. France*, A284 : **437**
- CEDH, 19 avril 1994, req. n°16034/90, *Van den Hurk c. Pays-Bas*, A288: **444**
- CEDH, 25 février 1995, req. n°22107/93, *Findlay c. Royaume-Uni*, *Recueil 1997-I* : **445**

1996-1998

- CEDH, 22 février 1996, req. n°17358/90, *Bulut c. Autriche*, *Recueil 1996-II* : **445**
- CEDH, 18 décembre 1996, req. n°22787/93, *Valsamis c. Grèce*, *Recueil 1996-VI* : **454, 455**
- CEDH, 18 mars 1997, req. n°22209/93, *Foucher c. France*, *Recueil 1997-II* : **445**
- CEDH, 27 mars 1998, req. n°9/1197/793/994, *JJ c. Pays Bas*, *Recueil 1998-II* : **467**
- CEDH, 28 octobre 1998, req. n° 90/1997/874/1086, *Assenov et autres c. Bulgarie*, *Recueil 1998-VIII* : **456**

1999-2000

- CEDH, 25 mars 1999, req. n°25444/94, *Pelissier et Sassi c. France*, *Recueil des arrêts et décisions 1999-II* : **445**
- CEDH, 23 septembre 1998, req. n°115/1997/899/1111, *Petra c. Roumanie* : **334**

- CEDH, 28 septembre 1999, req. n°22479/93, *Ozturk c. Allemagne*, *Recueil des arrêts et décisions 1999-VI* : **437, 438**
- CEDH, 6 avril 2000, req. n°26772/95, *Labita c. Italie*, *Recueil des arrêts et décisions 2000-IV* : **456**
- CEDH, 27 juin 2000, req. n°22277/93, *Ihlan c. Turquie*, *Recueil des arrêts et décisions 2000-VII* : **456**
- CEDH, 26 octobre 2000, req. n°30210/96, *Kudla c. Pologne*, *Recueil des arrêts et décisions 2000-XI* : **364, 456, 594**
- CEDH, 16 novembre 2000, req. n°21422/93, *Tanribilir c. Turquie* : **553**

2001

- CEDH, 3 avril 2001, req. n°27229/95, *Keenan c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions 2001-III* : **456, 553**
- CEDH, 19 avril 2001, req. n°28524/95, *Peers c. Grèce*, *Recueil des arrêts et décisions 2001-III* : **366, 373**
- CEDH, 24 juillet 2001, req. n°44558/98, *Valasinas c. Lituanie*, *Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII* : **368**
- CEDH, 15 novembre 2001, req. n°25196/94, *Iwanczuk c. Pologne* : **368**

2002

- CEDH, 15 juillet 2002, req. n°47095/899, *Kalashnikov c. Russie* : **373**
- CEDH, 27 août 2002, req. n° 58188/00, *Didier c. France*, 27 juillet 2002 : **443**
- CEDH, 25 octobre 2002, req. n°54210/00, *Papon c. France*, *Recueil des arrêts et décisions 2002-VII* : **445**
- CEDH, 12 novembre 2002, req. n°26761/95, *Ploski c. Pologne* : **334**
- CEDH 28 novembre 2002, req. n°58442/00, *Lavents c. Lettonie* : **350**

2003

- CEDH, 3 juin 2003, req. n°38565/97, *Cotlet c. Roumanie* : **334, 336**
- CEDH, 9 octobre 2003, req. n°39665/98 et 40086/98, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions 2003-X* : **436, 440**

2004

- CEDH, 16 mars 2004, req. n°57967/00, *Kmetty c. Hongrie* : **456**
- CEDH 7 octobre 2004, req. n°60776/00, *Polechtchouk c. Russie* : **336**
- CEDH, 3^e section, 16 octobre 2004, req. n°71555/01, *Einhorn c. France* : **83**

2005

- CEDH, , Grande chambre, 6 octobre 2005, req. n°74025/01, *Hirst (n°2) c. Royaume-Uni* : **303**
- CEDH, 22 novembre 2005, req. n°33420/96 et 36206/97, *Belkiza Kaya et a. c. Turquie* : **553**
- CEDH, 15 décembre 2005, req. n°73797/01, *Kyprianou c. Chypre*, *Recueil des arrêts et décisions 2005-XIII* : **445**

2006

- CEDH, 4 juillet 2006, req. n°59450/00, *Ramirez Sanchez c. France*, *Recueil des arrêts et décisions 2006-IX* : **370, 376, 455**
- CEDH, 18 janvier 2006, req. n°75833/01, *Schenkamper c. France* : **455**
- CEDH, 29 mars 2006, req. n°64890/01, *Apicella c. Italie* : **456**
- CEDH, 13 septembre 2006, req. n°73786/01, *Cenbauer c. Croatie* : **456**
- CEDH, 23 octobre 2006, req. n°7064/05, *Mamedova c. Russie* : **456**
- CEDH, 23 novembre 2006, req. n°73053/01, *Jussila c. Finlande*, *Recueil des arrêts et décisions 2006-XIV* : **437**

2007

- CEDH, 10 mai 2007, req. n°14437/05, *Modarca c. Moldava* : **373**
- CEDH, 8 juillet 2007, req. n°48787/99, *Ilascu et a c. Moldava et Russie* : **370**
- CEDH, 17 juillet 2007, req. n°68761/01, *Bobek c. Pologne* : **445**
- CEDH, 12 septembre 2007, req. n°70204/01, *Frérot c. France* : **368, 369, 376, 455**
- CEDH, 4 décembre 2007, req. n°44362/04, *Dikson c. Royaume-Uni, Recueil des arrêts et décisions 2007-V* : **334**

2008

- CEDH, Grande chambre, 12 février 2008, req. n° 21906/04, *Kafkaris c. Chypre, Recueil des arrêts et décisions 2008* : **84**
- CEDH, 3 juin 2008, *Pautra c. Roumanie* : **372**
- CEDH, 16 octobre 2008, req. n°5608/05, *Renolde c. France, Recueil des arrêts et décisions 2008* : **372, 553**
- CEDH, 27 novembre 2008, req. n°36391/02, *Salduz c. Turquie, Recueil des arrêts et décisions 2008* : **445**

2009

- CEDH, 9 juillet 2009, req. n°39364/35, *Khider c. France* : **368, 371**
- CEDH, 16 juillet 2009, req. n°57574/00-57572/00, *Sulejmanovic et a. c. Italie* : **375**
- CEDH, 15 octobre 2009, req. n°17056/06, *Micallef c. Malte* : **445**

2010

- CEDH, 5 janvier 2010, req. n°22933/02, *Frasik c. Pologne* : **334**
- CEDH, 12 janvier 2010, req. n°6183/10, *Martzloff c. France* : **465**
- CEDH, 17 février 2010, req. n°12139/10, *Lienhardt c. France* : **465**
- CEDH, 1 mars 2010, req. n°17020/05, *Paradysz c. France* : **324**
- CEDH, 17 mars 2010, req. n°20075/03, *Shilbergs c. Russie* : **456**
- CEDH, 8 avril 2010, req. n°20201/04, *Frodl c. Autriche* : **303**

- CEDH, 14 mai 2010, req. n°37186/03, *Florea c. Roumanie* : **373**
- CEDH, 28 juin 2010, req. n°4871/03, *Skorobogatykh c. Russie*: **456**
- CEDH, 4 octobre 2010, req. n°14146/02, *Artyomov c. Russie* : **456**

2011

- CEDH, 20 janvier 2011, req. n°51246/08, *El Shenawy c. France*: **178, 368, 369**
- CEDH, 10 février 2011, *Preminy c. Russie* : **372**
- CEDH, 11 avril 2011, req. n°60041/08-60054/08, *Greens & MT c. Royaume-Uni* : **303**
- CEDH, 20 avril 2011, req. n°19606/08, *Payet c. France* : **372, 456, 459, 508**
- CEDH, 26 mai 2011, req. n°19868/03, *Duval c. France* : **324**
- CEDH, 7 juillet 2011, req. n°37452/02, *Stummer c. Autriche* : **330**
- CEDH, 30 septembre 2011, req. n°8916/05, *Association les Témoins de Jéhovah c. France* : **314**
- CEDH, 20 octobre 2011, req. n°25001/07, *Stasi c. France* : **372**
- CEDH, 3 novembre 2011, *Illrianvch Schckokin c. Ukraine* : **372**

2012

- CEDH, 10 janvier 2012, req. n°42525/07, 60800/08, *Anayev et autres. c. Russie*. : **373, 456, 667**
- CEDH, 12 janvier 2012, req. n°76556/01-38779/04, *Feldman c. Ukraine n°2* : **334**
- CEDH, 20 janvier 2012, req. n°5774/10, 5985/10, *Mandic et Jovic c. Slovénie* : **456**
- CEDH, 10 février 2012, req. n°48337/09, *Plathey c. France* : **456, 459**
- CEDH, 23 février 2012, *Trosti c. Ukraine* : **350**
- CEDH, 3 avril 2012, req. n°37575/04, *Boulois c. Luxembourg, Recueil des arrêts et décisions 2012* : **440**
- CEDH, 22 mai 2012, req. n°126/05, *Scoppola c. Italie* : **303**
- CEDH, 18 septembre 2012, req. n°25119/09-57715/09-57877/09, *James, Well et Lee c. Royaume-Uni* : **386**

2013

- CEDH, 2 janvier 2013, req. n°40094/05, *Virabyan c. Arménie* : **456**
- CEDH, 10 avril 2013, req. n°53406/10, *Legillon c. France* : **445**
- CEDH, 17 avril 2013, req. n°52013/08, *Mosendz c. Ukraine* : **456**
- CEDH, 25 avril 2013, req. n°40119/09, *Canali c. France* : **373**
- CEDH, 17 mai 2013, req. n°29411/07, *Söyler c. Turquie* : **303**
- CEDH, 27 mai 2013, req. n°43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani et autres c. Italie* : **375, 456, 464, 667, 668**
- CEDH, 4 juillet 2013, req. n°11157/04-15162/05, *Anchugov et Gladkov c. Russie* : **303**
- CEDH, Grande chambre, 9 juillet 2013, req. n°66069/09, *Vinter et a. c. Royaume-Uni, Recueil des arrêts et décisions 2013* : **84, 386**
- CEDH, Grande chambre, 9 juillet 2013, req. n°66069/09, *Vinter et a. c. Royaume-Uni, Recueil des arrêts et décisions 2013* : **83**
- CEDH, 29 octobre 2013, *DF c. Lettonie* : **372**
- CEDH, 31 octobre 2013, req. n°70055/10, *SJ n°2 c. Luxembourg* : **368**

2014

- CEDH 18 mars 2014, req. n°46221/99, *Öcalan c. Turquie* : **350**
- CEDH, 8 juillet 2014, req. n°15018/11-61199/12, *Harakchiev et Tolumov c. Bulgarie* : **386**
- CEDH, 12 août 2014, req. n° 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09, 49036/09, *Firth et autres c. Royaume-Uni* : **303**
- CEDH, 17 septembre 2014, req. n°10865/09, 45886/07, 32431/08, *Mocanu et autres c. Royaume-Uni* : **456**
- CEDH, 25 novembre 2014, req. n°64682/12, *Vasilascu c. Belgique* : **373, 375, 464**

2015

- CEDH, 10 mars 2015, req. n°14097/12, 45135/12, 73712/12, et al., *Varga et autres c. Hongrie* : **667**
- CEDH , 3 février 2015, req. n°57592/08, *Hutchinson c. Royaume-Uni* : **84**
- CEDH, 19 février 2015, req. n°10401/12, *Helhal c. France* : **324**
- CEDH, 10 mars 2015, req. n°14097/12, 45135/12, 73712/12, et al., *Varga et autres c. Hongrie* : **375**
- CEDH, 12 mars 2015, req. n°7334/13, *Mursic c. Croatie* : **375**
- CEDH, 21 août 2015, req. n°50494/12, *Yengo c. France* : **461, 667**

2016

- CEDH, 19 janvier 2016, req. n°17429/10, *Kalda c. Estonie* : **344**
- CEDH, 21 juillet 2016, *Kalenski et Saben c. Bulgarie* : **303**

2017

- CEDH, 25 avril 2017, req. n° 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13, *Rezmives et A. c. Roumanie* : **375**

2018

- CEDH, 7 juin 2018, req. n°17715/08, *Kartvelishvili c. Géorgie* : **483**

INDEX THEMATIQUE

A

- Acte d'écrou : **108 et s.**, 166, 292, 697 et s.
- Action de groupe : **660 et s.**
- Alternatives à la peine privative de liberté : 74, 254, 464, 634, 668 et s., 687 et s., **706 et s.**
- Aménagements de peine : 224 et s., 254, 265 et s., **280 et s.**, 322, 3961, **708 et s.**, 734.
- Arrêt-pilote : **666 et s.**

C

- Conditions de détention : *V. dignité des conditions de détention*
- Consentement à la peine : 87 et s., 94 et s., **102 et s.**, 112 et s., **117 et s.**

D

- Dangereux : 75, 80, **150 et s.**, 182, 219 et s., **227 et s.**, 240 et s., 295 et s.
- Défense sociale nouvelle : 40, **253 et s.**, 263
- Détenus particulièrement signalés : 376
- Dignité :

- dignité des conditions de détention : 257, **365 et s.**, 461 et s., 560, 604 et s., **625 et s.**, **650 et s.**, **659 et s.**

- principe de dignité humaine : 65, 269, 300, **360 et s.**, 364, 396, 609 et s.

• Discipline : 188 et s., 595 et s.

- commission de discipline : 443 et s., **447 et s.**

- cumul des sanctions : 191, 207, **489 et s.**

- pouvoir disciplinaire de l'administration : **193 et s.**, **486 et s.**, 595 et s.

- sanction déguisée : 181 et s., 722

- sanction disciplinaire pénitentiaire : 429, **434 et s.**, **440 et s.**, **475 et s.**, **492 et s.**

Droit à la santé : **320 et s.**

- suspension de peine pour raison médicale : 84, 228, 322

• Droit à la sécurité : 32, 127, **141 et s.**, **149 et s.**, 207

• Droit à la sûreté : 32, 130, **141 et s.**

• Droit à la vie : 366, 456, 553, 603 et s. • Droit à l'obtention de la prestation : **377 et s.**, 381, 388, **671 et s.**, 673, 675, 677

- Droit à une vie familiale normale : *V. Droit au maintien des liens avec l'extérieur*

- Droit au fonctionnement normal du service public : **358 et s.**, 364, 470, **519 et s.**

- Droit au juge : **407 et s.**

- droits de la défense : 424, 445, 449, **481 et s.**

- égalité des armes : 445, 449, 467, 549

- impartialité : 433, 486, 445

- modes de preuve : **547 et s.**

- procès équitable : 40, 408, 443 et s., 591

- Droit au maintien des liens avec l'extérieur

- droit à la correspondance : **335 et s.**

- droit de visite : **349 et s.**

- permissions de sortir : 322 et s. , **346 et s.**, 391, 411, 414, 498

- Droit au travail : **317 et s.**

- Droit de punir : 24 et s., 27 et s., **29 et s.**, 67, 125, 129, 149, 209

- Droit de vote : **301 et s.**

- Droit pénitentiaire : **16**

E

- Egalité devant le service public : 180, 386, 423, 477, 527, 622, **636 et s.**, 728

- Etablissements pénitentiaires :

- institutions totalitaires : **174 et s.**, 580, 584

- Etat d'urgence : 145 et s., 151 et s.

- Evasion : 111, 152, **156 et s.**, 173 et s.

F

- Fouilles : 158, 178, 181 et s., 351, **367 et s.**, 460

G

- Garde : **156 et s.**, 174 et s., 584, 599 et s., 607 et s.

H

- Hospitalisation : 323 et s.

I

- Intégrité : 366, 372

- Intérêt général : 33, 34, 86, 98, 124, 128, **130 et s.**, 203, 210, 286 et s., 575

- Irresponsabilité pénale : 325
- Isolement carcéral : 153, 158, 183 et s., 317, 367, 370, 460, 587 et s., 612

L

- Légalité des délits et des peines : 41, 47, 150, 237, 514
- Liberté de religion : **311 et s.**

M

- Majeur protégé : **609 et s.**
- Mesures d'administration judiciaire : **414**, 455
- Mesures d'ordre intérieur : 195, 413, **415 et s.**, 455, 520 et s.

O

- Obligation d'activités : 277 et s., 333

P

- Peine :
 - critères : **39 et s.**
 - fonctions : **43 et s.**
- Peine de mort : **57 et s.**

- Peine perpétuelle : 75, **82 et s.**, 386 et s.

- Placement sous surveillance électronique : 70, 138, 222, 224 et s., 232 et d., 683

- Principe de la légalité des délits et des peines : 41, 108, 237, 514

- Principe de proportionnalité : 59, 376, 467

- Projet d'exécution de peine : 638, 643, 682

R

- Récidive : 45 et s., 74, 150, **215 et s.**, 216 et s., 247 et s., 280, 295, 630, 692 et s., 705 et s.

- Recours

- effectif : 408, **451 et s.**, 508, 541, 548

- en référé : *V. Référés*

- en responsabilité : **545 et s.**

- gracieux : **503 et s.**

- hiérarchique : 460, **503 et s.**

- pour excès de pouvoir : **493 et s.**, **520 et s.**

- Référés : 430, 463 et s., **557 et s.**, 603 et s., 667

- Liberté : 375, 460 et s., 564, 604 et s.

- Mesures utiles / Conservatoire : 548, 564, 604
- Provision : 559 et s.
- Suspension : 565, 604
- Régimes différenciées : 151, 287, 539, 597, **719 et s.**
 - portes fermées : 729
 - portes ouvertes : 727
 - Respecto : **724 et s.**
- Prisons ouvertes : **731 et s.**
- Règlement intérieur : 158, 180, 190, 385, 423, 639
- Réinsertion: 46 et s., 148 et s., 212, 214, **215 et s.**, 247 et s., 261 et s., 274 et s., **586 et s.**, **688 et s.**
 - droit à : **377 et s.**
 - prestation de : 206, **284 et s.**, 671 et s., 685 et s., **702 et s.**
- Responsabilisation : 601, 735
- Responsabilité : 102, 207, **157 et s.**, **545 et s.**, **599 et s.**, **622 et s.**, **650 et s.**
 - du fait d'autrui : 161
 - du fait de la garde : 162 et s., 165 et s.
 - pour faute lourde : 157 et s., 550 et s.
 - pour faute simple : 158, 550 et s.

- sans faute : 159 et s., 166, 554 et s.
- pour risques : 160, 162, 165
- Rétention de sûreté : 75 et s., **80 et s.**, 150, **235 et s.**
- Risque zéro : 148, 157, 207, 210, 237, 241, 246, 295
- Rotations de sécurité : 158, 183, 371, 415, 538

S

- Sanction disciplinaire : V. *Discipline*
- Sécurité
 - impératifs de : 149 et s., 156 et s., 577
 - principe de : 32 et s., 66, 91, 130 et s., 216, 219, 240 et s.
 - prescription de sécurité : **172 et s.**
 - prestation de sécurité : **155 et s.**
- Service public (définition) : **5 et s.**
- Soumission : 107 et s., 171 et s., 198 et s.
- Suicide : 152, 156, 258, 372, 551 et s., 612
- Surpopulation carcérale : 257, 275 et s., 325, **375**, 461, 464, 564,

604 et s., 621, **625 et s.**, **630 et s.**,
662, 667 et s., 682, 709

- Surveillance (mission de) : 25, 150, **157 et s.**, 169, **173 et s.**, **599 et s.**

T

- Terrorisme : 144 et s., 151 et s., 316 et s.

- Transferts : 183, 367 ; 370 et s., 542

U

- Usage de la force : 179

- Usager de l'ouvrage public : 293, **648 et s.**

- Usager du service public

- assujetti au service public : 10 et s., 22, **24 et s.**, **107 et s.**

- bénéficiaire indirect :
10 et s., **170 et s.**

- bénéficiaire direct : 11, **260 et s.**, 293 et s., 430 et s., 698

- usager contraint : 122, 287, 288 et s.

- usager incorporé :
201 et s.

- usager involontaire : 23, 117 et s.

- utilisateur : 120, 164, 201, 213, 288

V

- Victime (*prise en compte dans la peine prononcée*) : 127, 135 et s., 162, 214, 240

- Volonté générale : 86, 91 et s.

- Vulnérabilité : 359, **363 et s.**, **366 et s.**, 463, 552, 560

TABLE DES MATIERES

Table des abréviations.....	5
Sommaire.....	7
Introduction.....	9
Définitions	13
Intérêt de l'étude et problématique	17
Méthode retenue.....	19
Thèse présentée	21
Partie 1 – L'ambivalence du statut du détenu.....	25
Titre 1 – Le détenu, un assujéti au service public	29
Chapitre 1 – La fonction coercitive du service public pénitentiaire	31
Section 1 : La privation de liberté, une sanction pénale légitime	33
§1 : La peine, symbole du droit de punir de l'État	33
A) Le passage nécessaire de l'état de nature à l'état civil	34
1. Le besoin d'organiser la vie en société	34
2. Le besoin de maintenir la cohésion sociale	38
B) La peine, expression de la Justice.....	40
1. La stabilité des critères de la peine	42
2. La fluctuation des fonctions dévolues à la peine.....	45
§2 : La privation de liberté, symbole du système pénal contemporain	50
A) La privation de liberté devenue « reine des peines ».....	50
1. La Révolution française : la prison, une peine à part entière	51
2. L'abolition de la peine de mort : la prison au sommet de l'échelle des peines.....	53
B) La privation de liberté, axe central des politiques pénales sécuritaires.....	61
1. L'emprisonnement, peine correctionnelle de dernier recours	62
2. La réclusion, peine criminelle systématique.....	66
Section 2 : Le détenu, « usager-involontaire » du service public pénitentiaire	78
§1 : Le caractère fictif du consentement au système répressif	78
A) Le consentement de l'administré au Contrat social, entre mythe et fiction.....	79
1. Un mythe politique nécessaire à la construction de l'État de droit.....	79
2. Une fiction juridique nécessaire au fonctionnement de l'État.....	82
B) Le consentement du criminel à la peine : une utopie.....	88
1. Le caractère invraisemblable du consentement du criminel à la peine	89
2. La création d'une fiction juridique pour préserver l'ordre social	90
§2 : Le caractère contraint de la relation détenu – service public pénitentiaire	93
A) L'entrée en contact forcée avec le service public pénitentiaire	94
1. L'écrou, acte de soumission du détenu au service public pénitentiaire.....	95
2. L'écrou, acte conditionnant le statut de détenu	97
B) L'absence de volonté, un critère inopérant pour refuser la qualité d'usager du service public	101

1.	La volonté, une simple modalité d'utilisation du service public	102
2.	La reconnaissance du statut d'utilisateur du service public à certains « usagers involontaires ».....	105
	Conclusion du Chapitre 1.....	108
	Chapitre 2 – Le détenu, objet du service public pénitentiaire	109
	Section 1 – L'administré, premier bénéficiaire du service public pénitentiaire	111
§1 :	La sécurité, rôle endossé par le service public pénitentiaire	112
A)	La sécurité, une exigence croissante des citoyens.....	112
1.	Les intérêts individuels, nouveau critère de définition de l'intérêt général en matière de politique pénale.....	113
2.	La sécurité, nouveau droit fondamental reconnu au profit des administrés	123
B)	La neutralisation, fonction prédominante de la peine privative de liberté	137
1.	La rupture de l'équilibre précaire entre les différentes fonctions de la peine	138
2.	La sécurité, un droit justifiant l'ostracisation du délinquant.....	140
§2 :	La sécurité, prestation à destination des administrés	146
A)	La garde des détenus, mission assumée du service public pénitentiaire	146
1.	L'administration pénitentiaire responsable de la surveillance des détenus	147
2.	Le détenu, un "objet" sous la garde du service public pénitentiaire	154
B)	La protection de la société, une mission au bénéfice des administrés	164
1.	La délivrance d'une prestation collective indirecte.....	165
2.	L'administré, bénéficiaire indirect du service public pénitentiaire	166
	Section 2 – Le détenu, utilisateur soumis à des prescriptions	169
§1 :	La sécurité, une prescription à destination du détenu	169
A)	Le détenu, un objet sous surveillance	170
1.	Les établissements pénitentiaires, des structures totalitaires.....	170
2.	La réification progressive du détenu	181
B)	La discipline, obligation principale du détenu.....	183
1.	Un outil de gestion de la vie carcérale	184
2.	Un pouvoir exorbitant aux mains du chef d'établissement	188
§2 :	La prescription, critère insuffisant pour refuser la qualité d'utilisateur du service public	191
A)	La soumission à la discipline, un critère inopérant pour refuser la qualité d'utilisateur du service public.....	191
1.	Le pouvoir disciplinaire, trait commun à tous les services publics	192
2.	La reconnaissance du statut d'utilisateur du service public à certains "usagers incorporés".....	195
B)	L'application de l'adage <i>accessorium sequitur principale</i> , une méthode contestable de qualification.....	196
1.	La qualification classique du détenu en assujéti au service public.....	196
2.	Le caractère critiquable de la qualification du détenu comme assujéti au service public.....	198
	Conclusion du Chapitre 2.....	201

Conclusion du Titre 1	203
Titre 2 – Le détenu, un usager-bénéficiaire du service public pénitentiaire	205
Chapitre 1 – La fonction dispensatrice du service public pénitentiaire	207
Section 1 : La réinsertion, seule fonction permettant à la peine privative de liberté d’être efficace	209
§1 : La sévérité de la sanction, outil inopérant de la lutte contre la récidive	210
A) La sévérité de la sanction, outil classique de la lutte contre la récidive	211
1. Le durcissement de la peine, mécanisme classique de la lutte contre la récidive	211
2. Le durcissement de la peine, mécanisme étendu par l’utilisation explicite du concept de dangerosité	220
B) Le durcissement de la peine, un mécanisme discutable	237
1. Une réponse “clientéliste” fondée sur un concept obscur	238
2. Une réponse inefficace fondée sur la seule sévérité de la peine	243
§2 : La réinsertion, seul outil efficace de lutte contre la récidive	249
A) L’affirmation de l’importance de la fonction resocialisatrice de la peine	250
1. La nécessité de maintenir la cohésion sociale	251
2. Le développement de la doctrine de la défense sociale nouvelle	253
B) L’importance particulière de la fonction resocialisatrice de la peine privative de liberté	256
1. Les effets désocialisants de la peine privative de liberté	256
2. Le caractère temporaire de la peine privative de liberté	258
Section 2 – Le détenu, bénéficiaire d’une prestation de réinsertion	261
§1 : La réinsertion, mission principale du service public pénitentiaire	262
A) L’affirmation de la fonction resocialisatrice de la peine privative de liberté	262
1. La réinsertion, rôle majeur de la peine privative de liberté	263
2. La réinsertion, mission majeure du service public pénitentiaire	271
B) L’aspiration à rendre effectif l’objectif de réinsertion de la peine privative de liberté	274
1. La volonté de limiter les effets désocialisants de la prison	274
2. La volonté de développer les aménagements de peine	278
§2 : La réinsertion, une prestation au bénéfice direct du détenu	283
A) La réinsertion, une prestation du service public pénitentiaire	283
1. La présence des conditions cumulatives nécessaires à l’identification d’une prestation	283
2. La reconnaissance du caractère de prestation à certaines « prestations imposées »	287
B) La réinsertion, une prestation permettant d’attribuer la qualité d’usager du service public	289
1. La réinsertion, une prestation individualisée au bénéfice direct du détenu	290
2. Le détenu, véritable usager du service public pénitentiaire	292
Conclusion du Chapitre 1	295
Chapitre 2 – Le détenu, sujet du service public pénitentiaire	297
Section 1 : Le détenu, titulaire des droits garantis en tant qu’administré	299

§1 : La continuité difficile de l'espace public dans la prison	300
A) Les droits civils et politiques, des droits théoriques non effectifs	300
1. Le droit de vote, un droit garanti difficile à exercer	301
2. La liberté de religion, de la liberté de pensée et de culte à la gestion des risques d'atteinte à la sécurité	313
B) Les droits économiques et sociaux, des droits toujours en construction	326
1. L'accès aux soins, un droit garanti, mais perfectible	326
2. L'accès au travail, un "profond désert juridique"	336
§2 : La continuité des liens avec la société libre	346
A) Les possibilités de correspondance avec les personnes extérieures à l'établissement	348
1. Un droit à la correspondance épistolaire protégé	348
2. Un droit à la correspondance dématérialisée insuffisant	352
B) Les possibilités de rencontres avec les personnes extérieures à l'établissement 356	
1. L'encadrement restrictif des permissions de sortir	357
2. L'élargissement progressif des droits de visite	359
Section 2 : Le détenu, titulaire des droits garantis en tant qu'usager du service public	366
§1 : L'acquisition d'un droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire	366
A) La création d'une protection directe et spécifique de la personne détenue ...	367
1. Le détenu, un être humain doté de dignité.....	368
2. Le détenu, un être humain en situation de vulnérabilité	370
B) La reconnaissance du droit à des conditions de détention dignes.....	374
1. La protection spécifique du détenu en tant qu'usager du service public pénitentiaire	375
2. La protection limitée du détenu en tant qu'usager du service public pénitentiaire	388
§2 : Le développement d'un droit à l'obtention de la prestation de réinsertion par le détenu	390
A) La réinsertion, d'un objectif collectif à un droit objectif du détenu	391
1. Un standard devant guider l'exécution de la peine privative de liberté ...	393
2. Un standard générateur d'un droit objectif du détenu insatisfaisant.....	395
B) La réinsertion, d'un droit objectif à un droit subjectif du détenu	397
1. La construction contemporaine d'un droit négatif à la réinsertion du délinquant	399
2. Le glissement opportun vers un droit positif à la réinsertion du détenu ..	402
Conclusion du Chapitre 2.....	409
Conclusion du Titre 2	411
Conclusion de la Partie 1	413

Partie 2 – La prévalence du statut d'usager du service public..... 415

Titre 1 – Le détenu, un quasi-usager du service public de droit commun 419

Chapitre 1 : Le détenu titulaire d'un droit au recours..... 421

Section 1 : Le droit au recours du détenu, un droit longtemps théorique.....423

TABLE DES MATIERES

§1 : L'existence d'obstacles quant à l'accès au prétoire	423
A) Un contentieux à l'embranchement des deux ordres juridictionnels	424
1. Le droit au juge	425
2. Le choix du juge.....	427
B) L'existence de mesures non justiciables	431
1. Les mesures d'administration judiciaire du juge de l'application des peines 432	
2. Les mesures d'ordre intérieur de l'administration pénitentiaire.....	434
§2 : L'existence d'obstacles quant à l'obtention d'un jugement effectif.....	437
A) Le manque d'accessibilité de la norme juridique.....	438
1. L'exigence d'un droit accessible et intelligible.....	439
2. La persistance de freins à l'accès au droit en détention.....	442
B) Le particularisme du contentieux pénitentiaire	446
1. Un contentieux à l'embranchement de plusieurs disciplines	447
2. L'inadaptation du temps juridictionnel au temps carcéral	449
Section 2 : Le droit au recours du détenu, un droit en construction	452
§1 : L'élargissement de la protection grâce aux notions autonomes de l'article 6 de la Convention européenne	453
A) Vers l'application de la notion d'accusation en matière pénale à la sanction disciplinaire.....	454
1. La notion européenne d'accusation en matière pénale	454
2. Le cas de la sanction disciplinaire pénitentiaire.....	457
B) Vers l'application de la notion de tribunal à la commission de discipline pénitentiaire	460
1. La notion européenne de tribunal	461
2. Le cas de la commission de discipline	463
§2 : L'élargissement de la protection grâce à l'autonomisation de l'article 13 de la Convention européenne	466
A) Vers l'instauration d'un droit au recours effectif du détenu.....	467
1. Les critères imposés par le juge européen	468
2. Les évolutions imposées aux juges français	474
B) Vers l'évolution du statut du détenu.....	483
1. L'instauration d'un nouvel équilibre détenu/administration	483
2. Le détenu, véritable justiciable usager du service public pénitentiaire	486
Conclusion du Chapitre 1.....	489
Chapitre 2 : Le juge administratif, juge du détenu usager du service public pénitentiaire	491
Section 1 : Le juge administratif, garant de la légalité des sanctions disciplinaires.....	493
§1 : La création du régime juridique des sanctions disciplinaires	493
A) La juridictionnalisation de la procédure disciplinaire	494
1. L'encadrement du pouvoir disciplinaire de l'administration.....	494
2. Le développement des droits de la défense du détenu.....	497
B) La pénalisation incomplète de la procédure disciplinaire	500
1. L'omniprésence du chef d'établissement	501
2. L'inapplication du principe non bis in idem	503

§2 : Le contrôle du juge administratif sur les sanctions disciplinaires.....	506
A) L'ouverture progressive du prétoire au détenu.....	507
1. La possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre une sanction disciplinaire	507
2. La possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre toute sanction disciplinaire	511
B) Les lacunes persistantes dans le contrôle opéré par le juge	514
1. Le caractère insatisfaisant des recours ouverts au détenu	514
2. Le refus d'ouvrir au détenu un recours de plein contentieux	520
Section 2 : Le juge administratif, garant du droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire	528
§1 : Le contrôle du juge administratif sur les actes de gestion de l'administration pénitentiaire	528
A) L'élargissement du contrôle sur les textes applicables en détention	530
1. L'extension du champ des actes administratifs susceptibles de recours	530
2. L'existence nécessaire d'actes non susceptibles de recours	536
B) L'élargissement du contrôle sur les actes individuels défavorables au détenu	538
1. L'instauration d'une grille de lecture facilitant l'exercice du droit de recours	540
2. Le caractère simple de la présomption d'injusticiabilité	544
§2 : L'engagement de la responsabilité de l'administration pénitentiaire devant le juge administratif.....	546
A) L'engagement de la responsabilité de l'administration pénitentiaire facilité	547
1. L'élargissement des modes de preuve	547
2. Le passage d'un régime de faute lourde à un régime de faute allégé	550
B) L'amélioration des délais d'action du juge grâce aux référés	557
1. L'indemnisation rapide du détenu.....	558
2. L'amélioration insatisfaisante des conditions de détention	564
Conclusion du Chapitre 2.....	567
Conclusion du Titre 1	569
Titre 2 – Le détenu, un usager du service public <i>sui generis</i>	571
<i>Chapitre 1 : Le détenu, un usager incarcéré soumis aux exigences du principe de sécurité</i>	<i>573</i>
Section 1 : L'instauration d'un droit dérogatoire propre à l'enfermement	574
§1 : La construction d'un service public dérogeant au droit commun	574
A) Un service public au service de la puissance publique.....	574
1. Une conception de la sécurité spécifique	575
2. Une faculté de contraindre imposante.....	577
B) Un service public de contrôle de la déviance.....	579
1. De la prévention des comportements déviants au contrôle des comportements déviants.....	580
2. De la mission de sécurité à la mission de réinsertion	581
§2 : La construction empirique de règles répondant aux obligations sécuritaires.....	584
A) L'existence de dérogations aux règles classiques du droit administratif.....	584

TABLE DES MATIERES

1.	La tolérance d'exceptions justifiées par les sujétions inhérentes au service public pénitentiaire	584
2.	La tolérance d'un régime disciplinaire incompatible avec les exigences du procès équitable.....	587
B)	Le refus du juge administratif d'interférer dans les politiques pénales.....	591
1.	L'obligation de résultat quant à la surveillance du détenu	591
2.	Le refus d'enjoindre des modifications structurelles du service public pénitentiaire	596
Section 2 : Le détenu, un usager du service public pénitentiaire à protéger.....		600
§ 1 : Le détenu, un usager vulnérable sous la garde du service public pénitentiaire.....		600
A)	Le détenu, bénéficiaire possible du statut de majeur protégé.....	601
1.	Le détenu, un majeur protégé au sens de la loi du 5 mars 2007	601
2.	L'intérêt de l'application du statut de majeur protégé au détenu.....	606
B)	Le détenu, un usager n'acceptant pas les risques inhérents au service public pénitentiaire	609
1.	Le détenu, usager forcé du service public pénitentiaire.....	610
2.	Le détenu, bénéficiaire d'un système de responsabilité du service public allégé	611
§2 : Le détenu, un usager aux droits limités par les sujétions inhérentes au service public pénitentiaire		613
A)	L'impossibilité actuelle à garantir le droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire	613
1.	Des conditions de détention condamnables.....	614
2.	Une situation pérenne difficile à résorber.....	619
B)	L'impossibilité d'assurer le respect des lois du service public.....	625
1.	Le non-respect du principe d'égalité de traitement de tous les détenus ...	625
2.	Les difficultés à instaurer un suivi efficace du détenu durant l'exécution de sa peine.....	629
Conclusion du Chapitre 1.....		633
Chapitre 2 : Le détenu, un usager incarcéré adréssataire de prestations à garantir		635
Section 1 : Le service public pénitentiaire, un service public débiteur d'obligations		637
§1 : L'obligation de garantir le droit au fonctionnement normal du service public		637
A)	Le détenu, un usager <i>a minima</i> de l'ouvrage public titulaire de droits	638
1.	Le détenu, titulaire du droit à être détenu dans de bonnes conditions	639
2.	Le détenu, titulaire d'un droit à réparation du fait des mauvaises conditions de détention.....	645
B)	Le développement possible d'actions en garantie du respect de la dignité des conditions de détention	647
1.	La création d'actions de groupe pour les détenus	648
2.	L'adoption d'un arrêt pilote par la Cour européenne des droits de l'Homme	654
§2 : L'obligation de garantir le droit à l'obtention de la prestation		660
A)	L'obligation de fournir la prestation promise	661
1.	Le droit de l'usager à l'obtention de la prestation.....	661

2.	Le droit au maintien de la qualité d'usager jusqu'à l'obtention de la prestation	663	
B)	La continuité du service public jusqu'à la délivrance de la prestation.....	664	
1.	Une obligation tirée du droit au fonctionnement normal du service.....	666	
2.	Une obligation imposant un suivi régulier du détenu jusqu'à sa réinsertion	668	
Section 2 : Le service public pénitentiaire, un service public prestataire d'une mission de réinsertion élargie			670
§ 1 : Du détenu au condamné usager du service public pénitentiaire			671
A)	La réinsertion, fonction principale de toutes les sanctions pénales	672	
1.	La réinsertion, outil nécessaire à l'efficacité de la peine	672	
2.	La nouvelle priorisation des fonctions de la peine	675	
B)	L'élargissement du statut d'usager du service public pénitentiaire à toutes les personnes placées sous main de justice.....	683	
1.	Le mandat judiciaire d'exécution de la peine, acte d'entrée en relation avec le service public pénitentiaire	684	
2.	La réinsertion, prestation individualisée délivrée par le service public pénitentiaire	686	
§2 : Une évolution possible vers un système pénal repensé et réorganisé			688
A)	Le développement des alternatives à la détention	690	
1.	La suppression des peines automatiques et le développement des aménagements de peine ab initio.....	691	
2.	Le développement des peines exécutées en milieu ouvert.....	695	
B)	Le développement des modalités de détention différenciées lors de l'exécution de la peine privative de liberté.....	701	
1.	La mise en place de régimes différenciés en prison fermée.....	702	
2.	La mise en place d'une ouverture progressive des portes de la prison	712	
Conclusion du Chapitre 2.....			719
Conclusion du Titre 2			721
Conclusion de la Partie 2			723
Conclusion générale			725
Bibliographie			729
Table de jurisprudence.....			769
Index thématique.....			796
Table des matières			801

LE DETENU, DU STATUT D'ASSUJETTI AU SERVICE PUBLIC AU STATUT D'USAGER DU SERVICE PUBLIC

Mots clés : droit administratif, droit pénitentiaire, droits des détenus, prison, usager du service public, détenu – statut juridique

Résumé en français :

Suite aux nombreux rapports dénonçant l'indignité des conditions de détention au début des années 2000 et aux différentes condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, le droit pénitentiaire a progressivement évolué. La modification conséquente des normes applicables à la personne condamnée privée de liberté qui en découle pousse alors à s'interroger sur son statut et la catégorie juridique à laquelle elle appartient. Longtemps, la personne détenue a été qualifiée d'assujettie au service public pénitentiaire en raison du nombre conséquent de prescriptions émanant de l'administration auxquelles elle est soumise. Mais, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 et la loi pénale du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales semblent avoir redéfini le statut de la personne détenue. Elles affirment qu'elle détient le droit à bénéficier de conditions de détention dignes mais surtout elles font de la réinsertion l'une des missions principales de la peine privative de liberté et du service public pénitentiaire. La personne détenue est donc devenue titulaire d'un droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire et peut prétendre à une prestation de réinsertion de la part de l'administration pénitentiaire. Elle voit alors son statut évoluer pour s'approcher de celui de l'utilisateur du service public bien que le droit qui lui est applicable demeure souvent spécifique en raison des contraintes inhérentes à la peine privative de liberté.

THE INMATE, FROM THE STATUS OF PUBLIC SERVICE SUBJECT TO THE STATUS OF PUBLIC SERVICE USER

Key words : administrative law, penitentiary law, inmate's law, prison, user of the public service, inmate – legal status

Summary in english :

Following numerous reports denouncing the detention conditions indignity in the early 2000's and various convictions of France by the European Court of Human Rights in this matter, prison law has gradually evolved. The consequent change in applicable standards to the convicted person, who is deprived of liberty then raises questions about their status and the legal category to which they belong. For a long time, the detained person was subject to the public penitentiary service because of the large number of prescriptions issued by the administration to which they are subject. However, the prison law dated 24th November 2009 and the criminal law dated 15th August 2014 on sentences individualization, which strengthens criminal sanctions effectiveness, seem to have redefined the status of the detained person. These laws assert that they have the right to enjoy dignified conditions of detention, but above all they make reintegration one of the main missions of liberty deprivation and of the penitentiary public service. The detained person has thus become the holder of a right to the normal functioning of the penitentiary public service and can claim a rehabilitation benefit from the penitentiary administration. They then see their status change to become closer to that of the public service user although the applicable law often remains specific because of the inherent constraints of the liberty deprivation penalty.