

LA MUTATION DU DROIT PÉNITENTIAIRE

Jean-Paul CÉRÉ

*Maître de Conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur du Master Droit de l'exécution des peines et droits de l'homme*

Au moment de commencer à écrire cette contribution, je me remémore la lecture de votre commentaire, cher Professeur Jean Pradel sur la réforme de la discipline en prison en 1996¹. Jeune doctorant, c'est avec un œil particulièrement captivé que je l'avais découvert. Que l'un des plus grands maîtres du droit criminel s'intéresse au droit pénitentiaire et délivre ses analyses sur une matière quasi désertée jusqu'alors par la doctrine était déjà une source profonde de satisfaction. J'étais alors très loin d'imaginer les liens que nous allions tisser au cours de ces dernières années avec le droit pénitentiaire comme gué.

Le décret du 2 avril 1996 : « Une révolution en droit pénitentiaire », écriviez-vous. Il est vrai qu'il s'agissait incontestablement de l'une des plus importantes - si ce n'est la plus importante - réforme de la discipline en prison qu'ait connue la France au cours de son histoire. Le nombre conséquent de commentaires sur cette réforme marquait un réveil du droit pénitentiaire après un fort long assoupissement. Saluée par tous les commentateurs comme une immense avancée du droit sur l'arbitraire, vous seul l'avez qualifiée de « révolution ». Quelle révolution en effet et quel titre d'article prémonitoire ! Depuis, le droit pénitentiaire n'a pas quitté l'actualité juridique et médiatique. Sans égrener toutes les refontes législatives ou réglementaires les plus récentes, citons les plus significatives : loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 sur les relations des citoyens avec l'administration; décret n° 2002-663 du 30 avril 2002 portant création des centres pour peines aménagées ; décret n° 2002-1023 du 25 juillet 2002 relatif aux mandataires susceptibles d'être choisis par les personnes détenues ; loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 sur l'amélioration du fonctionnement et de la sécurité des établissements pénitentiaires ; décret n° 2003-259 du 20 mars 2003 relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses autres dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires.

1 J. PRADEL, « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire », *D.*, 1996, p. 319 et s.

Cette emprise du droit est d'ailleurs en phase d'accélération et l'influence du droit européen des droits de l'homme n'y est pas étrangère². Après avoir été assimilé à une branche morte du droit, le droit pénitentiaire a maintenant gagné ses lettres de noblesse et son entrée dans le droit commun est maintenant acquise (I). Pour autant, la révolution n'est pas terminée. La mutation du droit pénitentiaire est une entreprise de longue haleine. Par certains aspects, le droit pénitentiaire reste encore un droit d'exception (II).

I

LE DROIT PÉNITENTIAIRE : UN DROIT COMMUN

Le droit pénitentiaire est aujourd'hui une branche vivante du droit. Récente, l'entrée dans le droit commun est le fruit de l'évolution de la réglementation de la discipline en prison (A). Rapidement, d'autres domaines ont été rejoints et soumis à un contrôle graduel du juge (B).

A - La discipline pénitentiaire et l'entrée dans le droit commun

1 - Le prélude

L'entrée du droit pénitentiaire dans le droit commun est le résultat des évolutions récentes de la discipline en prison. Grâce à celles-ci, la légalité a progressivement grignoté l'arbitraire qui constituait l'un des traits saillants de cette matière³. La première étape significative est incontestablement franchie avec l'ouverture historique du contrôle juridictionnel en 1995 sur la punition en cellule, jusqu'alors considérée comme une simple mesure d'ordre intérieur⁴. Pour la première fois, le juge administratif estime qu'une sanction disciplinaire prononcée en prison est de nature à faire grief au détenu. Rapidement après le revirement de jurisprudence, le décret n° 96-287 du 2 avril 1996 a revisité la totalité de la procédure disciplinaire afin de l'ancrer dans ce nouveau processus juridictionnel⁵. Ce faisant, il a adopté une énumération des infractions et des sanc-

2 V. par ex. J.P. CÉRÉ (Dir.), *Panorama européen de la prison*, Ed. L'Harmattan, 2002, 256 p.

3 V. M. HERZOG-EVANS, « Vers un droit commun pour les détenus », *RSC* 1995, p. 621.

4 CE *Marie*, 17 févr. 1995, Concl. P. FRYDMAN, *RFD adm.*, 1995, p. 353 et s. ; Notes N. BELLOUBET-FRIER, *D.*, 1995, p. 381 et s. ; M. LASCOMBE et F. BERNARD, *JCP.*, 1995, p. 173 et s. ; P. COUV RAT, *RSC*, 1995, p. 381 et s. ; L. TOUVET et J.-H. STAHL, *AJDA*, 1995, p. 379 et s. ; G. VLACHOS, *LPA*, 1995, n° 51, p. 11 et s. ; O. GOHIN, *RDP.*, 1995, p. 1338 et s. ; F. MODERNE et J.-P. CÉRÉ, *RFDA.*, 1995, p. 822 et s.

5 V. P. COUV RAT, « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *RSC* 1996, p. 709 et s. ; J.-M. LARRALDE, « La réforme du régime disciplinaire des détenus », *AJDA*, 1996, p. 780 et s. ; J. PRADEL, *Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire*, op. cit., p. 319 et s. ; P. PÉLISSIER, « Le régime disciplinaire des détenus », *RAP*, 1996/18, p. 4 et s. ; B. BOULOÇ, *Chron. législative*, *RSC*, 1997, p. 163 et s. ; J.-P. CÉRÉ, « Le décret du 2 avril 1996 et le nouveau régime disciplinaire applicable aux

tions disciplinaires dans le respect du principe de légalité mais sans consécration véritable des droits des détenus, faute pour eux de pouvoir bénéficier de l'assistance d'un défenseur. C'est finalement la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 sur les relations des citoyens avec les administrations, qui a permis aux avocats de pénétrer dans l'enceinte disciplinaire des prisons⁶. Leur entrée en prison a été consacrée par le décret n° 2002-366 du 18 mars 2002 qui prévoit l'aide juridictionnelle pour l'assistance des détenus au cours de la procédure disciplinaire. Enfin, la circulaire NOR JUSE 03 400 55 Cdu 9 mai 2003 tire toutes les conséquences sur le plan des droits des détenus de la loi du 12 avril 2000 et récapitule l'ensemble des règles applicables à la prison et concernant les relations entre l'administration pénitentiaire et les personnes détenues ou les tiers⁷.

Avant la réforme de 1996, l'entière maîtrise du procès disciplinaire appartenait aux autorités pénitentiaires. Leur pouvoir faisait l'objet de plusieurs critiques et principalement le non respect du *principe nullum iudicium sine lege* selon lequel il n'y a pas de juridictions sans textes. Le cadre légal tracé par les articles D 249 anciens du Code de procédure pénale prévoyait une procédure de nature mixte, écrite ou orale, selon la phase du procès. Mais le système revenait à donner au chef d'établissement, sous couvert d'un certain formalisme, une marge de manœuvre absolue, sans garantir parfaitement le caractère contradictoire de la procédure et la publicité des audiences disciplinaires. Le décret d'avril 1996 a entrepris d'accroître les droits des détenus tout en conservant la plénitude des pouvoirs du chef d'établissement en rapprochant la procédure disciplinaire de la procédure pénale. C'est ainsi que le principe de l'opportunité des poursuites et la faculté de classer sans suite l'affaire ont été transposés au droit disciplinaire en prison. Le déroulement de la procédure disciplinaire repose encore sur la conduite d'une véritable instruction interne à la prison. Dans ce cadre, la punition de cellule à titre préventif est assimilable quelque peu à la détention provisoire. Elle doit être motivée et limitée dans le temps. La procédure s'est enrichie au bénéfice de plus de transparence, avec l'apparition d'une « commission de discipline » remplaçant le « prétoire » devant laquelle le détenu doit désormais légalement répondre de l'infraction disciplinaire pour laquelle il est poursuivi. Lors de l'audience disciplinaire, le chef d'établissement peut solliciter un supplément d'information et renvoyer l'affaire à une date ultérieure. Ces quelques exemples manifestent l'emprunt par le droit pénitentiaire de principes connus de

détenus », *RFDA.*, 1997, p. 614 et s. ; M. HERZOG-EVANS, « La réforme du régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires. Un plagiat incomplet du droit pénal », *Rev. pénit.*, 1997, p. 9 et s.

⁶ M. HERZOG-EVANS et E. PÉCHILLON, « L'entrée des avocats en prison et autres conséquences induites par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 », *D.* 2000, Chron. p. 481.

⁷ Il a fallu près de trois ans après la loi du 12 avril 2000 pour consacrer certains droits. Sur cette résistance de la légalité en prison, V. J.-P. CÉRÉ, « L'évolution de la discipline pénitentiaire », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2004/3, spéc. p. 49 et s.

la procédure pénale. Ils soulignent l'ampleur et les incidences de la réforme entamée en 1996.

2 - L'essor

L'ouverture des recours contre les sanctions disciplinaires prononcées en prison associée à la consolidation du cadre réglementaire se manifeste par une élévation générale des garanties offertes aux personnes privées de liberté. La jurisprudence concernant la discipline en prison tend en effet à augmenter significativement et elle apporte au gré des décisions rendues d'intéressantes précisions. L'apport de la jurisprudence peut s'appréhender au travers de quelques exemples significatifs. Le premier concerne la détention disciplinaire à titre provisoire. Après quelques tergiversations, le juge administratif considère qu'il s'agit d'une mesure non susceptible de recours car elle présente un caractère « provisoire et conservatoire »⁸. Le deuxième intéresse la délégation de pouvoir devant la commission de discipline. Le chef d'établissement peut déléguer la présidence de la commission de discipline à l'un de ses adjoints, sous réserve de le faire sous forme écrite⁹. Il est tenu de déléguer ses pouvoirs nominativement et pour un temps déterminé. A défaut, la procédure sera annulée. Ainsi, il a été jugé que la personne qui assure l'intérim du chef d'établissement ne peut se prévaloir de cette seule circonstance pour prétendre valablement présider la commission de discipline¹⁰ ou qu'une copie de l'autorisation d'assurer l'intérim du chef d'établissement ne pouvait pas non plus remplacer la délégation écrite de présider la commission de discipline¹¹. Le troisième concerne la légitime défense. La notion de la légitime défense est bien connue en droit pénal. Le Code de procédure pénale pour le droit disciplinaire pénitentiaire reste silencieux. Confrontée à ce vide juridique, la jurisprudence récente semble s'orienter vers une application de cette notion. Ainsi le fait, pour un détenu de s'être défendu en portant des coups, a pu être regardé comme l'exercice d'une modalité de légitime défense¹². Le quatrième intéresse l'étendue du contrôle juridictionnel sur les sanctions disciplinaires. La jurisprudence a rapidement choisi la voie du contrôle dit de l'erreur manifeste d'appréciation. Le juge peut de la sorte vérifier si une sanction disciplinaire n'apparaît pas comme disproportionnée au regard des faits en intégrant les particularismes de chaque affaire et en se référant à de nombreux éléments disponibles comme, par exemple, les pièces du dossier ou plus précisément les rapports d'incidents ou encore la répétition des faits. Ainsi une sanction de 8 jours de cellule disciplinaire pour un refus de se soumettre à une mesu-

⁸ CE, 12 mars 2003, *Frérot*, D. 2003, p. 1585, note E. PÉCHILLON ; RFD.A. 2003, p. 1012, note J.P. CÉRÉ.

⁹ Art. D. 250 C. pr. pén.

¹⁰ TA Strasbourg, 20 janv. 1998, *Lajoye*, req. n° 953005.

¹¹ TA Pau, 5 oct. 2000, D. 2002 chron. p. 116, obs. J.P. CÉRÉ.

¹² CAA Marseille, 11 déc. 2001, req. n° 98HA00849, inédit.

re de sécurité a été considéré comme proportionnée car le détenu avait déjà refusé de se soumettre à une telle mesure tandis qu'une sanction identique pour des faits similaires a été considérée comme disproportionnée car le détenu n'avait pas précédemment refusé de se soumettre à la mesure de sécurité¹³. Dans un autre cas une sanction a été annulée par le juge administratif au motif que le fait de prononcer le maximum de la peine encourue, même assortie d'un sursis partiel à l'encontre d'un détenu jugé jusque là « très correct » constitue une erreur manifeste d'appréciation¹⁴. Cet essor de la jurisprudence sur le terrain sensible de la discipline n'a guère tardé à empiéter sur d'autres aspects de la vie en prison.

B - L'éclatement du contrôle juridictionnel et la pénétration du droit commun

1 - Le contrôle juridictionnel de l'isolement

L'article D. 283-1 du Code de procédure pénale prévoit deux cas de mise en isolement, à la demande de l'intéressé ou bien pour des raisons de « précaution ou de sécurité ». Dans cette hypothèse, la décision appartient au chef d'établissement¹⁵. La décision de mise à l'isolement des détenus est qualifiée par le code de procédure pénale comme une mesure non disciplinaire. L'article D. 283-2 dispose que « l'isolement ne constitue pas une mesure disciplinaire [et que] les détenus qui en font l'objet sont soumis au régime ordinaire de détention ». La mise en œuvre de l'isolement doit donc s'accomplir en respectant les règles applicables aux détenus soumis au régime ordinaire de détention. Aussi, la jurisprudence a pu considérer que la mise à l'isolement correspondait à une mesure d'ordre intérieur et, à ce titre, qu'elle ne pouvait faire l'objet d'un recours juridictionnel. Elle « n'a pas pour effet d'aggraver les conditions de détention » et elle ne s'assimile pas à une sanction disciplinaire. Dès lors, elle « n'est pas, par nature, susceptible d'exercer une influence sur la situation juridique de la personne qui en est l'objet »¹⁶.

Or, si la mise à l'isolement a été traditionnellement jugée comme une mesure qui n'a pas pour effet d'aggraver les conditions de détention et qui n'est pas, par nature, susceptible d'exercer une influence sur la situation juridique de la per-

¹³ V.M. HERZOG-EVANS et J.P. CÉRÉ, « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *D.* 1999, p. 516.

¹⁴ TA Nice, 20 mai 2003, *D.* 2004, p. 1099, obs. J.P. CÉRÉ.

¹⁵ V. J.P. CÉRÉ et E. PÉCHILLON, « Le contrôle du placement à l'isolement : une nouvelle étape dans la formation du droit pénitentiaire », *Rev. pénit.* 2003, p. 389.

¹⁶ V. par ex. CE, 5 nov. 1993, *Michon*, req. n° 125.422 ; CE, 28 févr. 1996, *Fanqueux*, note M. HERZOG-EVANS, « L'isolement carcéral isolé », *LPA*, 23 juin 1997, n° 75, p. 16 et s. ; note P. PONCELA, « La mise à l'isolement », *RSC*, 1997, p. 447 et s. ; CE 6 juin 2001, *Ségura*, *D.* 2001, Jur. p. 2785, note M. HERZOG-EVANS.

sonne qui en est l'objet, il n'en demeure pas moins que la doctrine a unanimement critiqué une telle conclusion qui méconnaissait la réalité profonde de l'isolement¹⁷. En pratique, le placement à l'isolement et ses conséquences s'éloignent sensiblement des principes affirmés par le Code de procédure pénale. Le maintien des conditions communes de détention ne peut être assuré pour les détenus placés à l'isolement. Ces derniers perdent en effet toute possibilité de travail, d'enseignement, de formation professionnelle et d'activité de loisir. Cet isolement rendu inéluctable par la nature intrinsèque de cette mesure est d'ailleurs souvent amplifié par des promenades effectuées dans de toutes petites cours, faute de place. La durée de l'isolement est elle aussi sujette à critique. Les effets d'une longue période d'isolement ne sont plus à démontrer¹⁸. Or, il arrive que des détenus soient soumis durant plusieurs mois, voire plusieurs années, au régime de l'isolement. Dans ces conditions il est difficile d'affirmer que l'isolement n'affecte pas les conditions de détention des personnes qui y sont soumises.

Selon une jurisprudence aujourd'hui désormais bien assise depuis l'arrêt Marie du 17 février 1995, le juge administratif admet que des mesures intéressant l'organisation et le service public pénitentiaire puissent faire grief. A ce titre, dès l'instant où l'ordre juridique est modifié, elles sont susceptibles de lui être déférées. La détermination de la nature véritable de l'isolement implique une appréciation de la réalité de la situation vécue par le détenu soumis à ce type de mesure. Le droit pénitentiaire se caractérise par un profond décalage entre les principes affirmés par les textes et les pratiques qui en découlent. Ce constat particulièrement marqué en prison ne peut plus être ignoré. Cette spécificité du milieu pénitentiaire a justement été prise en compte par la jurisprudence récente. Tout en conservant les mêmes critères d'appréciation de la gravité de la décision de mise à l'isolement, la cour administrative d'appel de Paris déduit tout au contraire dans l'arrêt Remli du 5 novembre 2002 que « le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constitue non une mesure d'ordre intérieur mais une décision faisant grief, susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »¹⁹. Ce revirement de jurisprudence a été entériné par le conseil d'Etat dans la même affaire²⁰. Il implique désormais toute une série de conséquences

17 V. not. E. PÉCHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, LGDJ, 1998, p. 316 et s. ; O. CLIGMAN, L. GRATIOT, J.C. HANOTEAU, *Le droit en prison*, Dalloz, p. 234 ; JP. CÉRÉ, *Droit disciplinaire en prison*, L'Harmattan, 2001, p. 70 ; M. HERZOG-EVANS, note sous CE 28 févr. 1996, préc. et note sous CE 6 juin 2001, préc.

18 V. par ex. P. PÉDRON, *La prison et les droits de l'homme*, LGDJ, 1995, p. 35 et s. ; J. DANET, « La notion d'état de santé et la détention en Europe », RSC 1996, p. 68 ; Rapport d'enquête sur la situation dans les prisons, la France face à ses prisons, Assemblée nationale, 2000, p. 72.

19 D. 2003, p. 377, préc.

20 CE, 30 juill. 2003, *Remli*, D. 2003, p. 2331, note M. HERZOG-EVANS ; *AJ Pénal*, 2003, p. 74, obs. P. REMILLIEUX ; *Dr. Pénal*, 2004, comm. n° 43.

pour l'administration pénitentiaire. Il lui appartient principalement de mettre en oeuvre une procédure contradictoire pour tout placement contraint d'un détenu à l'isolement, de respecter les droits de la défense - notamment le droit de se faire assister par un avocat - et d'assurer la motivation de la décision. Les premières décisions d'annulation prononcées par le juge administratif soulignent toute l'opportunité d'un contrôle juridictionnel de l'isolement²¹. Elles annoncent aussi sans doute une extension du contrôle à d'autres domaines.

2 - L'extension du contrôle

A la suite de l'ouverture des recours dans les domaines de la discipline et de l'isolement, des avancées futures sont attendues. La légalité devrait embrasser des aspects de la vie carcérale encore abrités par l'absence de contrôle juridictionnel. Sous prétexte de s'attacher au fonctionnement du service administratif pénitentiaire, nombre de décisions peuvent encore être prises discrétionnairement. Certes il est acquis depuis longtemps que certaines mesures légitiment un contrôle juridictionnel. Ainsi, ne sont plus considérées comme des mesures d'ordre intérieur les décisions qui ont des conséquences pécuniaires. La rétention par un directeur d'établissement de l'argent bloqué sur le compte d'un détenu²² comme la décision relative à la gestion des biens des détenus²³ ou à la répartition des pensions de retraite²⁴ sont susceptibles de recours. Suivant cette logique, le juge a encore examiné la requête d'un détenu à propos du refus du directeur de l'autoriser à cantiner du cidre ou de la bière²⁵. Les décisions touchant les droits ou la liberté du détenu peuvent elles aussi être contestées : celle du directeur d'un hôpital psychiatrique, empiétant sur le secret de la correspondance du détenu et de son avocat²⁶ ; celle refusant au détenu de s'abonner ou de recevoir une revue²⁷ ; ou celle venant du Ministre de la Justice interdisant l'entrée de publications relatives aux armes à feu²⁸. La solution prévaut à l'identique pour les mesures concernant la liberté des personnes pénétrant dans l'enceinte d'une maison d'arrêt, par l'installation d'un portique de détection à l'entrée²⁹. Enfin, les recours des détenus contre des actes plus généraux sont

21 CAA Marseille, 15 janv. 2004, *AJ Pénal*, 2004, p. 164, obs. J.P. CÉRÉ ; TA Melun, 11 mars 2004, *AJDA*, 2004, p. 1367, note K. WEIDENFED.

22 TA Versailles, 26 avr. 1985., *Minouya, Gaz. Pal.*, 28 nov. 1985 ; CE, 3 nov. 1989, *Pitalogue, Leb.*, p. 772.

23 CE, 5 mai 1986, *Ministre des Finances c/ Salipante, Leb.*, p. 129.

24 TA Toulouse, 1er févr. 2000, *D.* 2001, p. 565, obs. E. PÉCHILLON ; CAA Paris, 13 déc. 2002, *D.* 2004, p. 1096, obs. E. PÉCHILLON.

25 CE, 15 janv. 1992, *Cherbonnel, RFDA*, p. 1131 et s. ; concl. F. SCANVIC ; *Rev. Adm.*, p. 224, note H. RUIZ-FABRI.

26 CE, 12 mars 1980, *Centre hospitalier de Sarreguemines, Leb.*, p. 141.

27 TA Limoges, 11 févr. 1982 ; TA Lille, 1er juill. 2003, *D.* 2004, p. 1096, obs. J.P. CÉRÉ.

28 CE, 10 oct. 1990, *Garde des Sceaux, ministère de la Justice c/ Hyver, Leb.*, p. 911.

29 CE, 21 oct. 1988, *Syndicat des avocats de France, Leb.*, p. 373 ; *AJDA*, 1998, p. 727, chron. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE.

progressivement ouverts : recevabilité de la requête contre une circulaire du Ministre de la Justice relative « aux détenus particulièrement surveillés »³⁰ ; action d'une association regroupant une majorité d'anciens détenus contre un décret relatif à des sanctions disciplinaires³¹. Plus récemment, le juge administratif a sanctionné le manque de transparence de l'administration pénitentiaire lorsqu'elle refuse de communiquer des documents à des détenus qui en font la demande³². Mais au-delà de toutes ces décisions, ce sont des pans de l'absolutisme du pouvoir de l'administration pénitentiaire qui tendent à s'effriter. Ainsi, en matière de travail ou d'accès à une formation aussi, une amorce de protection est en train de voir le jour et le juge administratif estime qu'une décision de refus implicite d'un directeur d'établissement de non affectation à un poste de travail en atelier³³ ou que l'exclusion d'une formation³⁴ sont des mesures faisant grief. En matière de permis de visite, là encore, le juge examine maintenant la légalité des décisions d'octroi ou de retrait³⁵. Pourtant, en dépit de réelles avancées, le droit pénitentiaire reste encore un droit d'exception.

II

LE DROIT PÉNITENTIAIRE : UN DROIT D'EXCEPTION

Malgré la tendance à entrer dans le droit commun depuis quelques années, certains aspects de la prison attestent du long chemin encore à parcourir pour que la subordination soit intégrale. L'insoumission du droit pénitentiaire au droit commun reste d'actualité (A) mais elle chancelle (B). La jurisprudence récente des juridictions administratives et de la cour européenne des droits de l'homme annonce d'autres évolutions radicales du droit pénitentiaire. Quelques exemples choisis permettent de s'en convaincre.

30.CE, 12 nov. 1986, *Winterstein*, *Leb.*, p. 338.

31.CE, 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers*, *Leb.*, p. 182, *JCP*, 1979.II.19242, concl. M. FRANC, *D.* 1979.IR.390, obs. P. DEVOLVÉ ; *D.* 1980, p. 433, note M. DRAPIER.

32 TA Lille, 1er févr. 2000, *D.* 2001, p. 563, obs. E. PÉCHILLON ; TA Cercy-Pontoise, 3 avr. 2001, *D.* 2002, p. 111, obs. E. PÉCHILLON ; TA Limoges, 25 mars 2004, *AJ Pénal* 2004, p. 293, obs. E. PÉCHILLON. *Adde* les nombreuses décisions citées *in D.* 2004, p. 1096 et les observations de E. PÉCHILLON.

33 V. TA Nantes, 19 oct. 2000, *D.* 2002, p. 113, obs. J.P. CÉRÉ.

34 TA Dijon, 3 juin 2003, *D.* 2004, p. 1096, obs. J.P. CÉRÉ.

35 Par ex. CAA Bordeaux, 19 févr. 2002, *D.* 2002, p. 923, obs. M. HERZOG-EVANS ; TA Strasbourg, 1er juill. 2002, *Rubel*, *D.* 2002, p. 924, obs. E. PÉCHILLON ; TA Pau, 10 juin 2003, *Abadie*, *D.* 2004, p. 1095, obs. J.P. CÉRÉ ; TA Versailles, 11 déc. 2003, *AJ Pénal*, p. 249, obs. P. REMILLIEUX. V. sur cette question, M. HERZOG-EVANS et E. PÉCHILLON, « L'octroi et le retrait du permis de visiter un détenu : deux illustrations de l'évolution indispensable du droit pénitentiaire », *LPA*, 11 sept. 2000, n° 181, p. 7. *Adde*, I. MOINE DUPUIS, « Le droit de visite du parent incarcéré », *D.* 1999, p. 251.

A - L'insoumission du droit pénitentiaire au droit commun

1 - La spécificité du travail pénitentiaire

Le travail au sein d'un établissement pénitentiaire a perdu son caractère obligatoire avec la loi n° 87-432 du 22 juin 1987. Cette loi a marqué un tournant historique en affichant « qu'au sein des établissements pénitentiaires toutes dispositions sont prises pour assurer une activité professionnelle aux personnes incarcérées qui le souhaitent ». Ce faisant, la dimension afflictive ou disciplinaire du travail obligatoire s'est effacée au profit d'une reconnaissance d'un droit au travail. Plusieurs structures coexistent au sein des établissements. Tout d'abord, le service national du travail en milieu pénitentiaire (SNTMP) prend en charge la gestion de la régie industrielle des établissements pénitentiaires qui occupait, depuis 1950, les détenus à des tâches de production industrielle. Le SNTMP a pour mission de développer le travail des détenus. Il alimente en équipements l'administration pénitentiaire (par ex. meubles, lits) ou produit pour le secteur privé en sous-traitance. Il fonctionne comme un service industriel et commercial. Ensuite, chaque établissement affecte des détenus au service général (SG). Ils participent au fonctionnement et à l'entretien de la prison (cuisine, nettoyage, réparations). Ce type de travail est assez prisé car il donne une certaine liberté à l'intérieur de la prison. Enfin, le travail en concession permet à un particulier ou à une entreprise de faire travailler les détenus pour son compte. Cette personne privée (le confectionnaire) fournit les matières premières et le matériel et il emploie les détenus dans leur cellule ou dans un atelier interne à l'établissement. Bien souvent les tâches ne nécessitent pas de main d'oeuvre qualifiée. L'entrepreneur privé organise et commercialise sa production et en tire les bénéfices ; il verse en contrepartie un salaire aux détenus et paie les charges courantes (électricité, chauffage)³⁶. A côté de ces formes classiques de travail en prison, la loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 a introduit la possibilité, pour le chef d'établissement, d'autoriser les détenus à travailler pour leur propre compte³⁷.

La distance entre le droit commun et le droit pénitentiaire est évidente au regard des dispositions de l'article 720 et D. 103 du Code de procédure pénale. Premièrement, les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail. En conséquence, la juridiction prud'homale est incompétente pour apprécier les litiges concernant le travail d'un détenu³⁸. L'absence de relation contractuelle entre le détenu et l'administration péniten-

³⁶ V. S. LORVELLEC, Travail et peine, *Rev. pénit.* 1997, spéc. p. 214 et s.

³⁷ Art. 720-1-A C. pr. pén. Sur cette loi, J.P. CÉRÉ, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 et l'amélioration du fonctionnement et de la sécurité des établissements pénitentiaires », *D.* 2002, p. 3224.

³⁸ Cass. soc. 17 déc. 1996, *D.* 1996. IR. p. 18 ; *Dr. soc.* 1997, p. 344, note G. GIUDICELLI-DELAGE et M. MASSÉ

tiaire ou l'entreprise qui l'emploie confère à la rémunération offerte au détenu la nature d'une redevance sujette à prélèvement. Elle ne présente par le caractère d'un véritable salaire³⁹. Deuxièmement, des droits consubstantiels du statut de travailleur, sont fermés au détenu. Il n'a aucun pouvoir de négociation sur la fixation de sa rémunération. Il ne profite pas de congés payés. Il ne bénéficie pas de prime de licenciement. Fort de ces constatations, il est difficile de penser que le détenu dispose d'un droit au travail. Le réalisme revient plutôt à lui reconnaître une faculté octroyée en vue de s'amender ou de conforter ses perspectives de resocialisation⁴⁰. Le travail pourra notamment soutenir une demande d'octroi d'une libération conditionnelle. Cela est encore insuffisant pour honorer les règles pénitentiaires européennes qui recommandent que « l'organisation et les méthodes de travail dans les établissements pénitentiaires doivent se rapprocher autant que possible de celles qui régissent un travail analogue dans la communauté, afin de préparer les détenus aux conditions normales du travail libre »⁴¹.

2 - L'absence de reconnaissance des droits collectifs

La privation de liberté ne devrait pas entacher l'exercice d'autres libertés fondamentales. Pourtant, hormis pour quelques unes, les détenus perdent en tout ou partie des droits élémentaires⁴². Le droit d'expression est, en premier lieu, affaibli par le contrôle *a priori* imposé par les autorités pénitentiaires. Un détenu ne peut faire sortir de textes en vue d'une publication ou les divulguer sous quelque forme que se soit sans autorisation du directeur régional des services pénitentiaires⁴³. La censure qui en découle est de nature à affecter la liberté d'expression. En deuxième lieu, faute de statut juridique du détenu travailleur et de contrat de travail, le droit de grève et le droit syndical n'existent pas en prison. Ceux-ci ne sont absolument pas reconnus par le Code de procédure pénale. Bien au contraire, une tentative de grève peut facilement avorter en sanctionnant les meneurs sur le fondement de l'article D. 249-3 7° C. pr. pén. qui sanctionne le fait « d'entraver ou de tenter d'entraver les activités de travail ». En troisième lieu, la liberté d'association est inexistante dans les prisons françaises, faute d'autorisation explicite. Ces quelques exemples significatifs soulignent le décalage entre l'application du droit en prison et le droit commun. Pourtant, sans minimiser ce constat bien sombre du droit positif, il convient de trouver dans l'évolution récente de la jurisprudence plusieurs lueurs favorables à une prochaine reconnaissance des droits des détenus.

39 V. B. BOULOC, *Pénologie*, 2ème éd. 1998, Dalloz, p. 195.

40 M. DANTI-JUAN, « Les droits sociaux du détenu », in J. PRADEL (dir.), *La condition juridique du détenu*, Cujas, 1993, p. 103.

41 Art. 72-1 des règles pénitentiaires européennes.

42 La liberté religieuse est ainsi consacrée et protégée par plusieurs articles du Code de procédure pénale (V. art. D. 432 et s.).

43 Art. D. 444-1 C. pr. pén.

B - L'exclusion chancelante du droit pénitentiaire du droit commun

1 - Les prémisses d'une évolution de la jurisprudence interne

L'ouverture des recours juridictionnels contre les sanctions disciplinaires pénitentiaires et les mesures de placement à l'isolement ne saurait être considérée comme un aboutissement mais comme le prémisses à un affermissement de la légalité en prison. L'exemple des transferts est topique à cet égard. Les transferts des détenus ne modifient pas *a priori* les conditions de détention et, à ce titre, ils sont considérés comme des mesures d'ordre intérieur⁴⁴. Il est pourtant évident que les transferts peuvent avoir des incidences sur la vie familiale et professionnelle des détenus. L'éloignement géographique d'un détenu peut, dans certaines situations, affecter profondément ses liens familiaux⁴⁵. Un changement d'établissement entraîne, en tout état de cause, la perte de l'emploi occupé ou de la formation professionnelle suivie dans l'établissement d'origine. Un transfert peut aussi modifier les conditions de détention lorsqu'il conduit le détenu vers un établissement plus sécuritaire. Partant, il n'est pas inconséquent de penser qu'un transfert est une décision faisant, tout au moins dans certains cas, grief. Un contrôle juridictionnel des transferts se justifierait donc pleinement. Or, sans remettre pour l'instant brutalement en cause l'absence de recours, des brèches s'entrouvent et un tribunal administratif a annulé une décision de transfert d'un centre de détention vers une maison centrale⁴⁶. Outre les transferts, un embryon de protection est en passe de naître, sur le terrain même des droits collectifs. Un tribunal administratif a ainsi désavoué les autorités pénitentiaires qui avaient refusé la sortie d'un courrier d'un détenu en vue de sa publication. L'administration se fondait sur l'article D. 444-1 C. pr. pén. qui autorise pourtant, pour des raisons d'ordre, une telle rétention. Pour le juge administratif, cette rétention viole l'article 8 de Convention européenne des droits de l'homme⁴⁷. C'est souligner l'influence croissante du droit européen sur le droit pénitentiaire.

2 - L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

De plus en plus régulièrement la cour européenne des droits de l'homme est amenée à se prononcer sur des recours des détenus et sa jurisprudence montre qu'en dépit des progrès réalisés, d'autres évolutions sont nécessaires. La question de l'applicabilité de l'article 6 au terrain disciplinaire peut se poser. Il a été

44 Par ex. TA Paris, 14 mars 2002, *Ségura*, D. 2003, p. 921, obs. E. PÉCHILLON.

45 La cour européenne pose le principe du droit au respect de la vie familiale des détenus, CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c/ Italie*, D. 2002, p. 118, obs. J.P. CÉRÉ.

46 TA Limoges, 28 mai 2003, D. 2004, p. 1098, obs. M.HERZOG-EVANS.

47 TA Dijon, 2 mai 2000, D. 2002, p. 113, obs. E. PÉCHILLON.

déjà jugé depuis longtemps que la perte de réductions de peines, prononcée à titre disciplinaire, entre bien dans le champ de l'article 6 dès lors qu'elle aboutit à prolonger la détention au-delà du terme envisagé⁴⁸. Pour la Cour, « sauf perte de remise de peine prononcée sur le terrain disciplinaire, le détenu a des raisons légitimes d'attendre sa libération avant la fin de la période d'emprisonnement à purger. La perte de remise de peine, celle qu'il risquait de subir et celle qu'il a effectivement subie impliquaient de si lourdes conséquences pour la durée de son emprisonnement qu'il faut les considérer comme pénales aux fins de la convention ». Cette jurisprudence a été confirmée récemment à propos de détenus sanctionnés, l'un de 40 jours et l'autre de 7 jours de jours additionnels de détention. La grande chambre de la Cour a estimé elle aussi que l'article 6 s'appliquait bien et qu'en conséquence la protection des garanties de l'article 6 de la Convention devait jouer⁴⁹. En instaurant un système de crédit de peine, proche du droit anglais, qui a valu à ce pays plusieurs condamnations, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 pose question sur la compatibilité du droit français au regard de cette jurisprudence car le prononcé d'une sanction disciplinaire détermine explicitement le retrait de réduction de peine⁵⁰. Elle annonce indubitablement une autre réforme prochaine du droit disciplinaire pénitentiaire. Ce devrait être l'occasion d'adopter enfin une véritable loi pénitentiaire qui fait de plus en plus défaut au droit français. La mutation du droit pénitentiaire serait alors aboutie.

48 CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* § 70-72, série A, n° 80

49 Les détenus n'ayant pu se faire assister par un avocat, l'article 6 a été considéré comme violé, CEDH, *Ezeh et Connors*, 30 oct. 2003, *AJ Pénal*, 2004, p. 35, obs. J.P. CÉRÉ.

50 Ce constant est simplement amplifié par rapport à la réglementation antérieure à la loi du 9 mars 2004 car ce lien entre sanction disciplinaire et réduction de peine existait déjà dans les faits. Or, la Cour européenne tient justement compte des pratiques en vigueur. V. J.P. CÉRÉ, *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison*, *JCP G* 2001, I, 316