

QUAND NÉCESSITÉ FAIT LOI... 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 »*

Le droit pénitentiaire a souvent été caractérisé par la nature essentiellement réglementaire des textes régissant la matière ; ce qui ne manquait pas de soulever de vives critiques, au regard principalement des restrictions pesant sur les personnes privées de leur liberté. Le Code de procédure pénale soutenait néanmoins ce constat en disposant qu'« un décret détermine l'organisation du régime intérieur des établissements pénitentiaires »¹.

A dire vrai, une loi régulatrice du service public pénitentiaire existait déjà mais les affres du temps minoraient ses attraits. La loi du 22 juin 1987 traçait en effet le cadre des missions de l'Administration pénitentiaire mais son attraction se limitait à la mise en œuvre de la gestion déléguée des établissements pénitentiaires et elle n'avait donc pas vocation à promouvoir le droit de la prison². De nombreuses lois ont certes, depuis, imprégné le champ carcéral par touches successives. Par ordre chronologique, et pour les plus significatives d'entre elles, citons la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et les droits des victimes qui a initié une ère nouvelle de judiciarisation en supprimant toute compétence du ministre de la Justice en matière de libération conditionnelle et en amorçant la juridictionnalisation des procédures d'aménagement de peine. La loi du 24 avril 2000 relative à l'amélioration des relations entre les citoyens et les administrations (entrée en vigueur au 1^{er} novembre 2000), au travers de l'application de l'article 24 a appuyé un mouvement de généralisation du respect du principe du contradictoire en prison et le droit à l'assistance des détenus par un avocat. La loi du 4 mars 2002 sur les droits des patients hospitalisés a créé la suspension de peine pour motif médical pour les condamnés atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou dont l'état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention. Puis, la même année, la loi du 9 septembre, a permis de lancer un vaste programme immobilier de 13 200 nouvelles places, inaugurant une politique de construction d'établissements pour mineurs (EPM) et la création d'unités hospitalières sécurisées pour les détenus atteints de pathologies somatiques ou psychiatriques (UHSA). La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité est venue compléter la juridictionnalisation de l'application des peines en généralisant les recours des détenus et en marquant l'arrivée de nouvelles juridictions, à savoir le tribunal et la chambre de l'application des peines.

Il n'en demeure pas moins que des ajustements s'imposaient au regard des évolutions des politiques pénales, des objectifs de lutte contre la récidive, de l'affirmation des droits des victimes et du contexte incontournable de surpeuplement. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 éclaire justement d'un jour nouveau le sens de la peine en combinant dans une définition générale plusieurs objectifs³. Elle porte

1. Art. 728 C. pr. pén.

2. L. n° 87-432, 22 juin 1987, JO 23 juin 1987, p. 6775.

3. La peine privative de liberté doit concilier 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 (art. 1).

adaptation des régimes de détention aux réalités pénitentiaires, renoue les droits de la personne détenue, s'intéresse aux personnels pénitentiaires, dans une dynamique de régulation des flux carcéraux. Il est vrai que le contexte général (II) et la jurisprudence (I) exhortaient à réformer la prison.

I – UNE JURISPRUDENCE INCONTOURNABLE

A – UNE JURISPRUDENCE EUROPÉENNE FOUROYANTE

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la prison est devenue incontournable depuis plusieurs années. Le nombre croissant d'arrêts rendus et subséquemment les condamnations auxquelles s'exposent les États membres du Conseil de l'Europe appellent à la mise en conformité du droit national. La France n'échappe pas à cette jurisprudence. Quelques lignes directrices suffisent pour s'en convaincre.

Sur le droit à la vie, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme trouve évidemment à s'appliquer pour le suicide d'un détenu. Cet article a pu ainsi conduire à une condamnation pour un détenu ayant mis fin à ses jours lors de son placement en cellule disciplinaire. Il s'agissait d'un requérant atteint de troubles psychotiques aigus. La Cour a relevé que la surveillance de la prise quotidienne de son traitement était défailante (il n'avait pas pris ses médicaments 2 à 3 jours précédant son suicide) et qu'il s'était vu infliger la sanction disciplinaire la plus lourde (isolement de 45 jours) alors même que l'enquête disciplinaire soulignait l'état « *très perturbé* » du détenu⁴.

Sur le droit à la santé, les exigences européennes sont multiples. Une double condition est traditionnellement imposée aux autorités pénitentiaires. Il appartient tout d'abord à l'Administration pénitentiaire d'organiser un suivi médical et d'apporter des soins appropriés à l'état de santé des détenus au sein même de la prison⁵. Ces contraintes ne sont que le reflet des obligations générales qui découlent de l'article 3. À cet égard, l'attitude même du détenu n'est pas neutre et en cas de refus de se faire soigner, l'État n'est pas condamné, à moins qu'un tel refus ait été commandé par les autorités pénitentiaires ou policières⁶. Il appartient ensuite à ces dernières de prévoir l'hospitalisation du détenu, faute de pouvoir assurer des soins adaptés. Lorsque cette double condition est respectée, il a été jugé que les dispositions de l'article 3 étaient respectées, alors même que l'intéressé était significativement âgé⁷. Au-delà de ces obligations, la Cour impose encore depuis l'arrêt *Mouisel* de prendre « *des mesures*

4. CEDH, 16 oct. 2008, *Renolde c/ France*, req. n° 5608/65. *Contra* pour une affaire similaire où la Cour fait état d'une réponse raisonnable des autorités pénitentiaires : CEDH, 3 avr. 2001, *Keenan c/ Royaume-Uni*, D. 2002, p. 118, obs. J.-P. Céré.

5. Par ex. CEDH, 12 juin 2008, *Kotsafis c/ Grèce*, req. n° 39780/06 (condamnation pour traitement inhumain et dégradant en raison d'une absence notamment de régime alimentaire adapté et de traitement pharmaceutique pour un détenu souffrant d'une cirrhose résultant d'une hépatite B et alors qu'il était placé dans une cellule où il ne disposait que de 2,4 m² d'espace personnel) → CEDH, 29 avril 2008, *Petrea c/ Roumanie*, req. n° 4792/03 (condamnation pour traitement inhumain et dégradant du fait de l'absence de traitement médical par un médecin extérieur à la prison pour un détenu souffrant d'insuffisance veineuse et de troubles psychiques et alors qu'il était enfermé dans un dortoir avec 5-3 autres prisonniers).

6. CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c/ France*, RTDH 2003, p. 999, note J.-P. Céré.

7. CEDH, 7 juin 2001, *Papon c/ France*, D. 2001, p. 2335, note J.-P. Céré.

particulières ». Celles-ci peuvent notamment se traduire par « *tout autre placement dans un lieu où le condamné malade aurait été suivi et sous surveillance, en particulier la nuit* ». Ce dernier doit, au surplus, bénéficier d'un droit au recours lui permettant de contester les défaillances éventuelles des autorités en matière de sauvegarde du droit la santé ; étant précisé qu'aucune obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé n'existe⁸.

Sur les fouilles corporelles, leur principe en détention n'est pas constitutif en soi d'une violation de l'article 3 de la Convention. La Cour considère que celles-ci peuvent se justifier au nom de la sécurité, y compris celle du détenu, mais elle se montre particulièrement vigilante lorsqu'il s'agit de détenus placés en quartiers dits « de haute sécurité ». Il faut que les intéressés établissent la preuve que ces fouilles ne respectent pas certaines modalités permettant de dépasser le niveau de souffrance et d'humiliation inhérent à cette pratique⁹. La violation est toutefois encourue lorsque les fouilles ne sont pas fondées sur un impératif crédible de sécurité et qu'elles sont appliquées de manière variable selon les établissements¹⁰ ou encore quand elles se cumulent avec un placement à l'isolement de longue durée et des transferts répétés¹¹.

Sur les détenus atteints de troubles psychiatriques ou handicapés, le degré croissant de protection des droits des détenus par la Cour s'est vérifié à leur égard. Ainsi, le constat d'un traitement inhumain et dégradant est avéré à propos d'un détenu atteint d'une pathologie psychiatrique, alors même qu'il bénéficiait d'un suivi médical régulier. Sa maladie était apparue en détention et un avis médical stipulait que la prolongation de son incarcération risquait de mettre sa vie en danger au regard d'un fort risque de suicide¹². La Cour a également condamné la France sur le terrain de l'article 3 au motif qu'une condamnation de 45 jours de cellule disciplinaire « *n'est pas compatible avec le niveau de traitement exigé à l'égard d'un malade mental* » et que cette sanction constitue donc, dans ce cas précis, « *un traitement et une peine inhumains et dégradants* »¹³. Dans une autre décision, la détention d'une personne handicapée dans un établissement où elle ne pouvait se déplacer et quitter sa cellule par ses propres moyens a été considérée comme un traitement dégradant au sens de l'article 3¹⁴.

8. CEDH, 14 nov. 2002, *Mouïsel c/ France*, préc.

9. CEDH, 27 janv. 2005, *Ramirez Sanchez*, req. n° 59450/00, D. 2006, p. 1272, note J.-P. Céré ♦ CEDH, 4 mars 2008, *Cavallo c/ Italie*, req. n° 9786/03 ♦ CEDH, 27 mars 2008, *Guidi c/ Italie*, req. n° 28320/02. Constat de non-violation de l'article 3 pour des fouilles répétées durant 10 ans (*Cavallo*) et 17 ans (*Guidi*).

10. CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c/ France*, JCP 2007, I, 106, chron. F. Sudre. Elle y voit en conséquence une mesure arbitraire qui, associé à celui d'infériorité (en l'espèce « *obligation de se déshabiller devant autrui et de se soumettre à une inspection anale visuelle* » qui implique « *un degré d'humiliation dépassant celui que comporte inévitablement toute fouille corporelle* » (§47). Elle conclut en l'espèce que ces fouilles ont constitué un traitement dégradant.

11. CEDH, 9 juill. 2009, *Khidler c/ France*, D. 2009, p. 2462, note M. Herzog-Evans ; *AJ pénal* 2009, p. 372, obs. M. Herzog-Evans ; *Dr. pén.*, oct. 2009, comm. 129. Transferts sur 16 établissements en 4 ans, cumulés à des placements prolongés à l'isolement fondés sur le fait que le détenu aurait pu faire évader son frère et à des fouilles corporelles systématiques alors que le requérant présentait des signes d'instabilités psychiatrique et de souffrance psychologique.

12. CEDH, 11 juill. 2006, *Rivière c/ France*, RDTH 2007, p. 261, note J.-P. Céré ♦ CEDH, 18 déc. 2007, *Dybeku c/ Albanie*, req. n° 41153/06.

13. CEDH, 16 oct. 2008, préc. §129.

14. CEDH, 24 oct. 2006, *AJ pénal* 2006, p. 500, note J.-P. Céré ♦ V. aussi CEDH, 10 juin 2008, *Scoppola c/ Italie*, req. n° 50550/06 (condamnation faute d'avoir transféré immédiatement un détenu en fauteuil roulant dans une structure adaptée ou d'avoir suspendu la peine privative de liberté).

Sur les conditions de détention, à la suite d'une évolution de sa jurisprudence, la Cour considère désormais que l'article 3 est invocable¹⁵. Les Règles pénitentiaires européennes et le comité de Prévention contre la torture, ont toujours préconisé que la privation de liberté devait avoir lieu dans des conditions matérielles et morales assurant le respect de la dignité humaine. L'arrêt *Kudla* a posé le principe selon lequel une peine de prison ne doit pas soumettre « l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérente à la détention » (§94)¹⁶. Cette jurisprudence signifie que le secours de l'article 3 ne se limite plus dorénavant aux seuls actes de maltraitements physiques, mais qu'il porte aussi sur les conditions objectives de vie en prison. Le droit pour tout prisonnier à des conditions de détention conformes à la dignité humaine a été ensuite consacré en prison au travers de plusieurs décisions de condamnation¹⁷ quand le détenu ne dispose que d'un espace de vie personnel restreint en cellule collective¹⁸ et quand les conditions d'hygiène s'avèrent largement déficientes¹⁹. La Cour tempère toutefois sa jurisprudence si les conditions de vie en cellule se couplent avec une liberté de mouvement satisfaisante en journée²⁰. L'affermissement des droits des détenus par la Cour européenne ressort nettement d'un arrêt novateur par lequel la Cour place les détenus au même niveau que les personnes libres. Elle leur confère en effet un droit à bénéficier d'un espace de vie sain que les requérants gagneraient désormais à invoquer de façon supplétive à l'article 3, lorsque le seuil de gravité de ce dernier article n'est pas franchi. La Cour se place en effet dans l'affaire en cause sur le terrain de l'article 8, en raison de la présence d'une décharge d'ordures située à 20 mètres de l'établissement pénitentiaire, sans que le détenu n'ait eu à établir une dégradation de son état de santé²¹.

Le respect de la vie privée et familiale a également été affirmé²². Il commande d'apporter une aide aux détenus en vue de maintenir des contacts effectifs avec les membres de leur famille. Il est associé avec le droit à la correspondance. La Cour se montre de plus en plus vigilante sur les effets des restrictions imposées aux détenus, tout au moins lorsqu'il ne s'agit pas de détenus dangereux. Il est indispensable, dès lors, qu'un texte constitue le fondement d'une ingérence apportée à la correspondance des détenus et que celui-ci soit suffisamment « accessible » et « prévisible ». Tel n'est pas le cas lorsque les restrictions imposées aux détenus puisent leur source dans des instructions internes à la prison, non publiées et non accessibles²³ ou lorsque le texte en question donne aux autorités une latitude trop importante et se contente notamment d'identifier « la catégorie des personnes dont la

15. B. ECOCHARD, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décente garantie par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2003, p. 99.

16. CEDH [GC], 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, n° 30210/96.

17. CEDH, 19 avr. 2001, *Peers c/ Grèce*, req. n° 28524/95.

18. Par ex. récemment, CEDH, 25 octobre 2007, *Yakovenko c/ Ukraine*, n° 15825/06, §83 (1,5 m²) ♦ CEDH, 14 février 2008, *Dorokhov c/ Russie*, n° 66802/01, §57 (2 m²) ♦ CEDH, 27 mars 2008, *Sukhovoy c/ Russie*, n° 63955/00, §28 (1,28 à 2,45 m²) ♦ CEDH, 27 mars 2008, *Korobov et autres c/ Russie*, n° 67086/01, §23 (2,2 m²).

19. CEDH, 7 mars 2008, *Kostadinov c/ Bulgarie*, req. n° 55712/00 (hygiène inadéquate, absence ou insuffisance d'air et de lumière naturelle, présence de parasites et de rongeurs) ♦ CEDH, 6 mars 2008, *Gavazov c/ Bulgarie*, req. n° 54659/00 (exercice physique limité, nourriture malsaine, relations avec l'extérieur inexistantes).

20. Tel n'est pas le cas pour une heure (*Dorokhov*, préc. §57 ; *Korobov*, préc. §24) ou deux heures (*Sukhovoy*, préc. §29) de promenade par jour assortis du bénéfice d'une douche par semaine (*Korobov*, §24 ; *Sukhovoy*, §29).

21. CEDH, 7 avr. 2009, *Brânduse c/ Roumanie* n° 6586/03 ; *RSC* 2009, p. 661, obs. D. Roets.

22. CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c/ Italie*, n° 25498/94.

23. CEDH, 29 avr. 2003, *Aliev c/ Ukraine*, n° 41220/98.

correspondance peut être soumise à contrôle et la juridiction compétente, sans s'intéresser à la durée de la mesure, ni aux raisons pouvant la justifier »²⁴. Il en va de même lorsque l'ingérence dans la correspondance repose sur une circulaire. Celle-ci ne peut être assimilée à la « loi » à laquelle se réfère l'article 8²⁵.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne laisse enfin subsister aucun doute sur l'assimilation d'une sanction disciplinaire pénitentiaire à la notion d'accusation en matière pénale²⁶, voire même à une contestation sur des droits civils²⁷. En conséquence, ce sont toutes les garanties du procès équitable qui doivent infiltrer la procédure disciplinaire pénitentiaire.

Cette ascendance inéluctable de la jurisprudence européenne sur le droit pénitentiaire trouve un relais devant le juge interne.

B – UNE JURISPRUDENCE INTERNE CROISSANTE

A la suite de l'ouverture des recours contre les sanctions disciplinaires et le placement à l'isolement²⁸, d'autres décisions de plus en plus nombreuses peuvent faire l'objet de recours pour excès de pouvoir. La tendance jurisprudentielle d'éradication des mesures d'ordre intérieur en prison est particulièrement sensible ces dernières années, parallèlement à une évolution du contentieux de la responsabilité.

En matière de responsabilité sans faute, en deux temps, le Conseil d'État a balisé le champ d'application du régime de la faute simple. Il a, d'abord, admis clairement que la responsabilité de l'État était bien engagée pour faute simple en cas de suicide d'un détenu²⁹. Il a ensuite étendu le régime de la faute simple aux cas de décès accidentels de détenus³⁰ ; en se rapprochant clairement de la jurisprudence européenne. Dans un arrêt remarqué, le Conseil d'État vise l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme pour indiquer que « eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'Administration, il appartient tout particulièrement à celle-ci [...] de prendre des mesures propres à protéger leur vie »³¹.

24. V. par exemple, concernant la loi italienne : CEDH, 11 janv. 2005, *Musumeci c/ Italie*, req. n° 33695/96 ♦ CEDH [GC], 17 sept. 2009, *Enea c/ Italie*, req. n° 74912/0.

25. CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c/ France*, req. n° 70204/01, *AJ pénal* 2007, p. 336, obs. M. Herzog-Evans ; *RSC* 2008, p. 162, obs. D. Roets.

26. CEDH [GC], 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*, *Dr. pén.* 2004, étude 6, note E. Vergès ; *AJ pénal* 2004, p. 36, obs. J.-P. Céré.

27. CEDH, 20 mai 2008, *Gülmez c/ Turquie*, *Rev. pénit.* 2008, p. 416, obs. J.-P. Céré.

28. CE, 30 juill. 2003, *Remli*, *D.* 2003, p. 2331, note M. Herzog-Evans ; *AJDA* 2003, p. 2090, note D. Costa ; *AJ pénal* 2003, p. 74, obs. P. Remillieux ; *Dr. pén.* 2004, comm. 43, obs. A. Maron.

29. CE, 9 juill. 2007, *Delorme*, concl. M. Guyomar, *LPA* 9 oct. 2007, p. 14 ; H. ARBOUSSET, « Responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires : une nouvelle évolution jurisprudentielle », *AJDA* 2007, p. 2094 ; *JCP A* 2007 act. 719 ; *Dr. adm.* 2007 comm. 127.

30. CE, 17 déc. 2008, *Zaouiya*, req. n° 292088, concl. I. De Silva, *AJDA* 2009, p. 432 ; *AJ pénal* 2009, p. 86, obs. E. Péchillon ; M.-C. MONTECLER, « Le contrôle croissant du juge sur l'Administration pénitentiaire », *AJDA* 2008, p. 2364 ; S. MERENNE, « Le Conseil d'État étend le contrôle du juge administratif sur l'Administration pénitentiaire », *JCP G* 2009, II, 1004.

31. CE, 17 déc. 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 305594, *AJ pénal* 2009, p. 86, obs. E. Péchillon. V. plus généralement, E. PÉCHILLON, « Le recours en responsabilité : un terrain d'observation privilégié du droit », *Rev. pénit.* 2007, n° spécial, *Le droit de l'exécution des peines. Une jurisprudence en mouvement*, p. 37 ; L. de GRAÈVE, « Le droit à la vie et l'Administration pénitentiaire », *RFDA* 2009, p. 947.

Pour la procédure disciplinaire pénitentiaire, après de multiples rebondissements, la jurisprudence considère aujourd'hui que le placement en détention disciplinaire provisoire est une décision faisant grief et donc susceptible de recours³².

Sur les transferts de détenus, plusieurs décisions sont tout d'abord venues inverser la jurisprudence traditionnelle du juge administratif qui appliquait la théorie des mesures d'ordre intérieur pour écarter les recours des détenus qui voulaient contester une décision de transfert d'un établissement vers un autre. Des cours administrative d'appel ont admis qu'un transfert devait être considéré comme une mesure faisant grief. Il en a ainsi été jugé à propos d'un transfert d'une maison centrale vers une maison d'arrêt³³ puis d'un recours d'un condamné qui demandait l'annulation du refus de l'affectation en établissement pour peine³⁴ et même à propos d'un transfert entre deux maisons d'arrêt, qui relèvent, de fait, de la même catégorie d'établissement³⁵. Le Conseil d'État a ensuite confirmé l'ouverture des recours, tout en la balisant. Seuls les transferts vers des établissements où le régime de détention est estimé par le juge comme plus rigoureux peuvent être contestés³⁶. Dès lors, sont concernés le transfert d'un établissement pour peines vers une maison d'arrêt dans la mesure où le régime en établissement pour peine comprend des modalités d'incarcération plus libérales que dans les maisons d'arrêts. En revanche, le Conseil d'État considère notamment que des décisions de changement d'affectation d'une maison d'arrêt vers un établissement pour peine ou encore des décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Plus récemment, en profond décalage avec la réalité, le Conseil d'État enferme même, dans la catégorie unique d'établissements pour peines, les centres de détention et les maisons centrales. Ce faisant, le détenu se trouve privé de recours³⁷. Par dérogation seulement, de telles décisions de transferts, dès lors qu'elles mettent en cause des libertés et des droits fondamentaux peuvent faire l'objet d'un contrôle du juge administratif³⁸.

Il est patent que les mesures relevant de l'ordre intérieur ne cesse de se déliter³⁹. Le juge administratif contrôlant encore bien d'autres aspects de la vie pénitentiaire tel que le déclassement d'emploi⁴⁰, les extractions pour comparaître devant les

32. CE, 17 déc. 2008, *AJ pénal* 2009, p. 87, obs. J.-P. Céré ; *Procédures*, févr. 2009, comm. 65, obs. S. Deygas ; *contra* CE, 12 mars 2003, *D.* 2003, p. 1585, note E. Péchillon ; *RFDA* 2003, p. 1012, note J.-P. Céré.

33. CAA Paris, 19 déc. 2005, *AJ pénal* 2006, p. 134, obs. E. Péchillon.

34. CAA Nancy, 2 févr. 2006, n° 03NC00152.

35. CAA Paris, 11 avr. 2006, n° 02PA02389.

36. CE, 17 déc. 2007, n° 290730, *D.* 2008, p. 820, note M. Herzog-Evans ; *D.* 2008, p. 1017, obs. J.-P. Céré ; *RSC* 2008, p. 404, obs. P. Poncela ; *AJ pénal* 2008, p. 100, obs. E. Péchillon ; *Procédures* 2008, comm. 61, obs. S. Deygas ; *Dr. pén.* 2008, comm. 25, obs. A. Maron.

37. CE, 3 juin 2009, *AJ pénal* 2009, p. 460, obs. M. Herzog-Evans.

38. Par ex. pour le transfert vers un établissement de même nature, du fait d'une atteinte au droit d'association du détenu, TA Marseille 27 janv. 2009, *Rev. pénit.* 2009, p. 461, obs. J.-P. Céré.

39. D. Bouju, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *RDP* 2005, p. 597 ; M. GUYOMAR, « Le juge administratif, juge pénitentiaire » in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 471 ; M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA* 2009, p. 413 ; C. Vigouroux, « La valeur de la justice en détention », *AJDA* 2009, p. 403.

40. CE, 14 déc. 2007, *D.* 2008, p. 820, note M. Herzog-Evans ; *AJDA* 2008, p. 128, obs. J. Boucher et D. Bourgeois-Machureau ; *AJ pénal* 2008, p. 100, obs. E. Péchillon ; *D.* 2008, p. 1017, obs. J.-P. Céré → CE, 17 déc. 2008, req. n° 290420.

juridictions judiciaires⁴¹ ou le versement de la pension du détenu sur un compte bancaire personnel⁴².

Un frémissement est au surplus perceptible en matière de contrôle des conditions de détention. Des détenus ont saisi le juge administratif et ont obtenus en référé la désignation d'un huissier chargé de constater leurs conditions de détention ; l'objectif étant de se ménager des preuves pour engager ultérieurement une action en responsabilité de l'Administration pénitentiaire⁴³. Le Conseil d'État a confirmé que le référé conservatoire qui autorise le juge administratif à ordonner toutes mesures utiles de nature à protéger immédiatement des intérêts en présence ou à faire constater une situation appelée à évoluer trouvait à s'appliquer⁴⁴. Le contentieux au fond est à l'unisson et en phase d'émergence. Ainsi, le juge administratif a déjà retenu la responsabilité de l'Administration pénitentiaire au constat de la promiscuité subie par un détenu au sein de la cellule, corrélée à des manquements aux règles d'hygiène et de salubrité⁴⁵.

II – UN CONTEXTE GÉNÉRAL FAVORABLE

A – DES NORMES EUROPÉENNES CONVERGENTES

D'abord, les rapports du Comité de Prévention contre la Torture (CPT) font autorité et il n'est pas inutile de rappeler que le comité considère de longue date que le respect de la dignité du détenu induit des conditions de détention objectives minimales. Si l'on se réfère aux normes de références du comité de prévention contre la torture, la surface disponible ne doit pas être inférieure à 6 m² par prisonnier. Un seuil de tolérance est cependant accepté pour les cellules abritant plusieurs détenus, étant entendu que les dortoirs à grande capacité sont considérés comme inadaptés aux prisons, indépendamment de tout constat de surpeuplement. C'est ainsi que l'on peut considérer que, pour le CPT, un minimum de 6 m² carrés est tolérable pour un seul détenu, de 9 m² pour deux détenus et de 4 m² par personne au-delà. Il s'agit bien d'une surface minimale acceptable. La taille souhaitable d'une cellule abritant un détenu devrait être de 9 à 10 m² environ⁴⁶. Le CPT, notamment dans sa visite en France de 2006, exigée par les circonstances, recommandait aux autorités françaises de mener une stratégie contre le surpeuplement carcéral qui s'inspire des

DOSSIER SPÉCIAL

41. CE, 14 nov. 2008, *Procédures*, janv. 2009, comm. 31, obs. S. Deygas.

42. CE, 10 déc. 2008, req. n° 303624.

43. TA Clermont-Ferrand, ord., 1^{er} mars 2004, *AJ pénal* 2004, p. 332, obs. E. Péchillon ♦ TA Versailles, 18 mai 2004, *AJ pénal* 2004, p. 413, obs. M. Herzog-Evans ; *AJDA* 2004, p. 2172, note H. Arboussset ♦ TA Nantes, 21 juill. 2004, *AJ pénal* 2004, p. 453, obs. E. Péchillon ♦ V. encore TA Pau, ord., 19 janv. 2010, n° 09027+577 qui prend acte des conditions de détention décrites par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

44. CE, 15 juill. 2004, *Min. justice*, *D.* 2005, p. 995, obs. J.-P. Céré.

45. TA Rouen, 27 mars 2008, *D.* 2008, Jur. 1959, note M. Herzog-Evans ; *AJ Pénal* 2008, p. 245, obs. E. Péchillon ; *AJDA* 2008, p. 668 ; *RSC* 2008. 972, obs. P. Poncela ; *Rev. pénit.* 2008, p. 413, obs. J.-P. Céré. ♦ TA Caen, 6 mai 2009, *AJ pénal* 2009, p. 278, obs. E. Péchillon ; *Rev. pénit.* 2009, p. 413, obs. J.-P. Céré ♦ CAA Douai, 12 nov. 2009, n° 09DA00782.

46. V. R. MORGAN et M. EVANS, *Combattre la torture en Europe*, Les éditions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 105 ; J. MURDOCH, *Le traitement des détenus. Critères européens*, Les éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 227.

principes contenus dans les Recommandations spécifiques ainsi que dans les Règles Pénitentiaires Européennes⁴⁷. Plus généralement, il escomptait sur l'adoption d'une loi pénitentiaire, qui intégrerait les normes européennes en matière de privation de liberté. Il se félicitait enfin de l'importance des récentes conclusions des *États généraux de la condition pénitentiaire*, auxquelles ont souscrit ou se sont associées la grande majorité des forces politiques du pays⁴⁸.

Ensuite, nonobstant leur nature de simple recommandations, les règles pénitentiaires européennes s'apparentent à un véritable code pénitentiaire moderne qui semble d'autant moins devoir être ignoré, que ces règles s'associent à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, aux standards établis par le CPT et aux principes énoncés par les diverses autres recommandations du Conseil de l'Europe dans le domaine pénitentiaire. En effet, comme elle l'avait précédemment fait pour le CPT, la Cour n'hésite pas à se référer aux règles pénitentiaires européennes dans ses arrêts de condamnation, ce qui tend à leur conférer un caractère contraignant indirect. Ces règles imposaient donc un alignement des normes internes sur les principes qu'elles prônent.

Enfin, le commissaire européen aux droits de l'homme estimait dans son rapport concernant la France que les questions du maintien des liens et contacts familiaux, de l'accès aux prestations sociales de droit commun, du droit de vote en prison, du travail équitablement rémunéré, de la réduction substantielle de la durée de placement en quartier disciplinaire ou du placement en isolement ne doivent pas être éludées. Il soulignait que les Règles pénitentiaires européennes constituent un socle fondamental qu'il convient de respecter et de mettre en œuvre au plus vite. Elles sont une base minimum qui ne devrait pas empêcher les autorités d'adopter une loi plus protectrice pour des détenus. Il appelait, par exemple, de ses vœux un strict encadrement des fouilles corporelles⁴⁹.

B – UNE SITUATION FRANÇAISE ACCABLANTE

Depuis une dizaine d'années, une prise de conscience collective de l'état désastreux des prisons a généré la publication de nombreux rapports. Bien au-delà du seul rapport Canivet portant sur l'« amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires », leurs conclusions se rejoignent autour de la nécessité d'instaurer un contrôle extérieur. Ce vœu a été exaucé par la loi du 30 octobre 2007. Mais, la quête d'une prison de droit ne pouvait se limiter à cette unique réponse et, avec unité, la nécessité d'une grande loi pénitentiaire d'orientation était relevée. Ainsi le rapport Canivet lui-même soulignait en exergue l'importance d'une codification du droit de la prison et proposait d'« élaborer une loi pénitentiaire définissant les missions de l'Administration pénitentiaire, les droits et les devoirs des détenus et les conditions de détention » (proposition n° 1); de « réformer la partie réglementaire du Code de procédure pénale relative à la détention, en établissant une réglementation précise et praticable, fixant clairement les droits et obligations du détenu ainsi que les pouvoirs de l'Administration » (proposition n° 2) et de « refondre l'ensemble des circulaires

47. Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 septembre au 9 octobre 2006, §146.

48. Cf. Manifeste et conclusions des états généraux du 14 novembre 2006, ainsi que les réactions des candidats aux élections présidentielles, www.oip.org.

49. V. pour le dernier, T. Hammarberg, rapport faisant suite à la visite en France du 21 au 23 mai 2008, comm. EDH 2008, 34, p. 31.

relatives au droit de la prison en les limitant à leur fonction interprétative » (proposition n° 3).

Les rapports du Sénat et de l'assemblée nationale sur les prisons françaises se sont caractérisés par des constats éloquentes⁵⁰. La surpopulation dans les maisons d'arrêt est particulièrement dénoncée alors qu'elle se conjugue à la vétusté et l'inadaptation des bâtiments, ce qui a pour effet de moins bien traiter les personnes présumées innocentes que les condamnés. La population incarcérée, déjà largement défavorisée, est frappée par un renforcement des inégalités en prison. Ces rapports soulignent la nécessité de réformer les prisons et suggèrent des mesures réalistes à adopter (réhabilitation du parc pénitentiaire, amélioration de l'accueil des familles et recherche du maintien des liens familiaux, instauration d'un minimum carcéral pour les indigents, reconnaissance du droit au travail, installation de permanences d'avocats dans les prisons et renforcement de l'assistance des détenus par un avocat, mise en place d'un organe de contrôle des prisons...). Ils prônaient la fin de la règle de l'arbitraire carcéral, pour partie due à la pénurie des références législatives et la surabondance des dispositions réglementaires et la multiplication des circulaires.

La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), a rappelé que les personnes incarcérées doivent continuer à bénéficier de l'ensemble des droits et libertés reconnues aux personnes libres, à exception de la liberté d'aller et de venir. Or, le droit applicable en prison n'autorise qu'une protection très faible des droits des individus. Aussi, la CNCDH a mis l'accent sur l'urgence de la rédaction d'un ensemble de règles cohérent qui assure, notamment, la garantie des droits des personnes incarcérées par une généralisation du droit au recours juridictionnel. Pour la CNCDH, afin de sortir la prison de l'exception juridique, « seule la loi peut fixer le cadre juridique organisant l'usage des libertés »⁵¹.

Le premier rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté souligne, quant à lui, le nécessaire respect de la dignité des détenus et fait état, notamment, de l'emprise de la sécurité sur l'intimité en matière de fouilles ainsi que la promiscuité en cellule, comme résultat de la surpopulation. Celle-ci porte atteinte elle aussi à l'intimité et génère de la violence carcérale⁵².

Finalement, de multiples vecteurs concouraient à l'adoption d'une loi pénitentiaire. Au terme d'une interminable attente, son contenu brasse l'ensemble du droit de la prison et confirme une politique de remodelage des aménagements de peine⁵³. Pour autant, la nécessité d'une loi pénitentiaire ne marque pas un aboutissement⁵⁴. L'éveil de la prison au droit commun, doit être appréhendé comme une simple étape vers d'autres mutations tout aussi inéluctables, sous la pression notamment du droit européen.

50. « Prisons : une humiliation pour la République », *Les rapports du Sénat*, 1999/2000, n° 449 ; « La France face à ses prisons », rapport de l'Assemblée nationale, 2000, n° 2521.

51. *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme. Les droits de l'homme dans la prison*, Rapport CNCDH, 2007, p. 11.

52. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Rapport d'activité 2008, Dalloz 2009, 253 p.

53. E. PÉCHILLON, « Regard d'un administrativiste sur la loi du 24 novembre 2009 », *AJ pénal* 2009, p. 473 ; M. HERZOG-ÉVANS, « Application des peines : la prétendue bonne partie de la loi pénitentiaire », *AJ pénal* 2009, p. 483 ; J.-P. CÉRÉ, « Virage ou mirage pénitentiaire. A propos de la loi du 24 nov. 2009 », *JCP G* 2009, n° 50, p. 47 ; M. JANAS, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite loi pénitentiaire », *Dr. pén.*, janv. 2010, p. 7.

54. J.-P. CÉRÉ, « Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison », *AJ pénal* 2009, p. 476.