

l'exécution de la peine. Le législateur, dans l'article 1^{er} de la loi n° 87-432 relative au service public pénitentiaire, a identifié deux missions majeures. L'administration pénitentiaire participe certes à l'exécution des décisions de justice et des sentences pénales mais il lui incombe encore de favoriser la réinsertion des personnes que l'autorité judiciaire lui confie. Le Conseil constitutionnel a, de son côté, renforcé la signification du principe d'individualisation des peines au stade de leur exécution dans une décision du 20 janvier 1994 (4). Pour la haute juridiction, « 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 préparer son éventuelle réinsertion ».

La conciliation d'objectifs distincts à laquelle vient s'agréger l'association d'autorités administratives et judiciaires dans le déroulement de l'exécution de la peine trouble le tracé de la ligne de partage des compétences entre ces diverses autorités. C'est finalement autour des principes dégagés par deux décisions anciennes du tribunal des conflits que le contentieux pénitentiaire s'organise. Dans la décision *Préfet de Guyane* du 27 novembre 1952 (5), le tribunal a indiqué que devaient se rattacher à la compétence judiciaire les litiges concernant « l'exercice de la fonction juridictionnelle » tandis que tout ce qui touchait à « l'organisation du service public de la justice » appartenait à la compétence administrative.

Dans la décision *Dame veuve Fargeaud d'Espied*, du 22 février 1960, le tribunal des conflits a précisé sa jurisprudence (6). Il a maintenu la compétence administrative relativement à l'organisation du service public pénitentiaire et l'a étendue à tout « le fonctionnement administratif du service pénitentiaire », à savoir les litiges touchant au contenu de la peine. Les juridictions judiciaires restant compétentes pour « tous les litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine ». Ces critères ont grandement contribué à canaliser la jurisprudence. A la lumière du temps, deux blocs de compétences se sont dessinés, permettant de répartir le contentieux de l'exécution des peines autour de plusieurs principes fondamentaux (I). Seulement, l'extension du rôle du JAP perceptible ces dernières années, conjuguée à une conversion du contentieux entamée par le juge administratif accentue la précarité du justiciable. Celui-ci se trouve confronté à l'opacité d'une mutation aux contours indéfinis qui devrait annoncer une rénovation de la répartition juridictionnelle des compétences (II).

I. - LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

La détermination du caractère juridique de l'exécution des sanctions pénales est rendue délicate à l'examen de ses traits dominants. Elle prolonge la sentence pénale et se confond avec elle. Mais l'activité exécutoire de toute sanction pénale abandonne inévitablement une sphère d'action au domaine administratif. C'est dire qu'il existe bien une dualité de compétence en contentieux pénitentiaire dégagée par la jurisprudence ancienne du tribunal des conflits (A). Mais, à l'heure actuelle, cette répartition des compétences semble de plus en plus fragile (B).

A. - La répartition jurisprudentielle des compétences

En admettant l'existence d'une dualité de compétence en droit de l'exécution des peines, la jurisprudence du tribunal des conflits opère un traitement différentiel subordonné à la nature de l'acte. Sa position a pour effet de dégager deux blocs de compé-

(4) Déc. n° 93-334, JO, 26 janv. 1994, p. 1380.

(5) Leb., p. 642 ; JCP, 1953.II.7598, note G. Vedel ; GAJA, n° 82.

(6) Leb., p. 885, RD publ., 1960, p. 837. Les critères dégagés dans cette décision ont été confirmés plus récemment, V. T. conf. 4 juill. 1983, *Caillot*, Leb., p. 541 ; D. 1983, p. 1597, note S. Regourd ; cette Revue, 1984, p. 555, note P. Couvrat ; AIDA, 1984, n. 107.

C. CHRONIQUE DE L'EXÉCUTION DES PEINES

Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines

Jean-Paul CÉRÉ

*Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Unité de sciences criminelles comparées Jean Pinatel*

La dualité juridictionnelle édictée par la loi des 16 et 24 août 1790 est intimement attachée à la sauvegarde des libertés (1). La séparation des autorités administratives et judiciaires, érigée en principe, devait endiguer les menaces pesant sur les libertés, sans distinction de leurs origines et interdire au juge d'accomplir toute œuvre d'administration (2). Seulement les constituants de 1790 n'avaient pas à l'esprit toute la difficulté à fixer nettement les domaines de compétences respectifs des deux ordres de juridictions. La réalisation de cet objectif se heurte en pratique à l'existence de nombreuses zones d'interférences. Le droit de l'exécution des peines fournit un exemple évocateur.

L'exécution des décisions de justice incombe historiquement à l'administration pénitentiaire. La fixation judiciaire de la peine marque, selon une conception classique, l'acte ultime de la répression qui détermine la remise du condamné entre les mains des autorités administratives. Le dispositif actuel traduit une conception due au mouvement d'individualisation. La sanction pénale s'inscrit dans un processus plus complexe qui se poursuit au-delà du jugement prononcé par la juridiction de condamnation. L'exécution de la peine s'insère dans un mode d'individualisation composé de plusieurs maillons qui aboutissent à élargir la sphère d'intervention des autorités judiciaires. Cette inspiration est clairement perceptible depuis 1958, avec l'apparition du juge de l'application des peines (JAP), magistrat du siège, dont le rôle consiste à déterminer « les principales modalités du traitement pénitentiaire » (art. 722, c. pr. pén.).

En dépit d'une évolution législative mouvementée sur les pouvoirs dévolus au JAP (3), le mécanisme d'individualisation s'est profondément enraciné au cours de

(1) V. le dossier sur deux siècles de dualisme juridictionnel, AJDA, 1990, p. 577 et s. et RFD adm., 1990, p. 689 et s.

(2) V.P. Delvolvé, *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*, Mélanges R. Chapuis, Ed. Montchrestien, 1992, p. 135 et s.

(3) V. par ex. G.J. Guglielmi, *Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ?*, cette Revue, 1991, p. 627 et s.

tences distincts. Elle souligne, d'une part, le caractère administratif du service public pénitentiaire et induit la compétence du juge administratif (2); ce qui a d'ailleurs conduit le Conseil d'Etat à examiner des requêtes qu'il se refusait auparavant à connaître (7). Elle scelle la compétence judiciaire (1) d'autre part, en attestant que certains actes ne sont pas détachables de la mission judiciaire.

1. La compétence judiciaire

La privation de liberté d'une personne n'appelle pas *ipso facto* la compétence du juge judiciaire. Au contraire, la rétention ou l'incarcération ressort en principe du domaine réservé au juge administratif. Il s'agit là soit d'une opération de police administrative, soit d'une mesure prise en exécution de mandats de justice ou de titres de condamnation pénale. Les autorités administratives sont dès lors responsables du bon déroulement de la rétention (8) ou de la détention (9). La situation diffère quand les décisions ne peuvent se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration. Selon la formule consacrée, « il y a voie de fait lorsque l'administration porte atteinte à une liberté fondamentale dans des conditions insusceptibles de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration » (10). Pour les abus manifestes, le juge judiciaire retrouve sa compétence par application de la notion de voie de fait car il est le gardien de la liberté individuelle (11). Les articles 432-4 et suivants du code pénal, notamment, permettent au juge judiciaire d'examiner les actes arbitraires d'arrestation et de détention commis par des fonctionnaires publics. L'article 136 du code de procédure pénale abonde dans le même sens en prévoyant la compétence exclusive des tribunaux judiciaires pour statuer sur les atteintes à la liberté individuelle telles qu'une arrestation ou une détention arbitraire, une violation de domicile ou une assignation à résidence. La voie de fait se caractérise en effet par la nature de la faute reprochée à l'administration. Elle est retenue quand l'administration s'écarte de la sphère de compétence conférée par la loi. Le juge judiciaire, si un tel abus attentatoire à la liberté individuelle est incontestable, est alors en mesure de constater la nullité de l'acte litigieux (12).

Le juge judiciaire exerce, en dehors de l'hypothèse spéciale de la voie de fait, une double attribution. Il est tout d'abord compétent en matière de détention provisoire. Le Conseil d'Etat se déclare en effet incompétent lorsqu'un litige lui paraît lié à l'instruction judiciaire (13). La compétence des juridictions judiciaires concerne aussi bien le contentieux de la légalité de la décision de placement en détention provisoire (14), que celui relatif aux mesures induites par les nécessités de l'instruction (15)

(7) V. J.-M. Aubry, Le contentieux administratif du service public pénitentiaire, RD publ., 1987, p. 556.

(8) V. par ex. T. conf. 25 avril 1994, Bull. civ., n° 5; D. 1994, p. 389, concl. R. Abraham; p. 393, note P. Dridier.

(9) T. conf. 22 févr. 1960, *Fargaud d'Espied*, *ibid.*; 4 juill. 1983, *Caillaud*, *ibid.*

(10) V. par ex. A. Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, LGDJ, 1996, p. 78 et s.

(11) Les juridictions de l'ordre administratif sont ainsi incompétentes pour apprécier la demande d'annulation de la décision du chef d'établissement qui fait procéder à la prise de photographies d'identité sur la personne d'un détenu et au relevé de ses empreintes digitales sur le fondement d'une atteinte à la liberté individuelle, CAA Paris, 3^e ch., 18 juin 1998, *Selli*, inédit.

(12) V. T. conf. 20 juin 1994, Bull. civ. n° 12; Gaz. Pal., 1994.2.571, concl. R. Abraham; note S. Petit.

(13) CE, 1^{er} mars 1939, *Trancoso*, Leb., p. 130.

(14) Le droit d'appel est ouvert devant la chambre d'accusation, V. P. Conte et P. Maisre et Chambon, Procédure pénale, Ed. Armand Colin, 1998, 2^e éd., p. 261 et s.; J. Pradel, Procédure pénale, Ed. Cujas, 9^e éd., 1997, p. 582 et s.; G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure pénale, Ed. Dalloz, 16^e éd., 1996, p. 643 et s.

(15) Une interdiction de communiquer sur le fondement des articles 145-4 al. 1 et D 56 du c. p. nén. par ex.

que le contentieux relatif aux dommages (16). Une telle compétence se conçoit au regard de l'autorité en cause et de la nature de la décision. Toutefois, l'intervention judiciaire ne se justifie, au regard de la jurisprudence, que si elle reste attachée à l'instruction (17). L'autorité judiciaire ne saurait, en effet, s'immiscer dans l'organisation de la détention (18).

La compétence judiciaire est acquise quand bien même la décision relève d'une autorité administrative. Elle est admise chaque fois que la décision est considérée comme prise en exécution de la décision du juge d'instruction, qu'il s'agisse par exemple d'une mesure de translation ou d'extraction des prévenus (19) ou d'un refus de délivrance d'un permis de visite (20).

Le juge judiciaire est ensuite compétent en matière de détention définitive. Il est compétent pour tous les incidents relatifs à l'exécution de la sanction pénale. Ce type de litige doit être porté, en vertu de l'article 710 du code de procédure pénale, devant le tribunal ou la cour qui a prononcé la sentence. La décision ne doit pas, à l'évidence, remettre en cause l'autorité de la chose jugée. Elle peut avoir pour but, par contre, de rectifier une erreur purement matérielle (21). Par application de cet article, relève de sa compétence la question relative à la légalité de l'arrêté ministériel portant révocation d'une libération conditionnelle (22). Relèvent encore de la compétence du juge judiciaire la décision du ministre de la Justice concernant l'imputation de la durée de la détention préventive sur la durée de la peine (23) ou la note d'un greffier d'un établissement pénitentiaire rappelant à un détenu que sa condamnation pénale entraîne une période de sûreté (24) ou enfin la décision du ministre de la Justice qui refuse, en vertu de pouvoirs conférés par la loi, de transmettre à la Chambre criminelle de la Cour de cassation une demande de révision (25). La compétence du juge judiciaire ne soulève toujours pas de doute lorsqu'il s'agit d'actes d'exécution des jugements rendus par les juridictions judiciaires comme la décision de grâce du chef de l'Etat (26) ou la transcription sur la fiche pénale du détenu de la décision de condamnation (27).

Les juridictions judiciaires sont enfin et surtout compétentes en matière de contentieux des mesures d'individualisation de la peine. L'article 733-1 du code de procédure pénale permet les recours devant le tribunal correctionnel, à la seule initiative du procureur de la République, contre les décisions d'individualisation de la peine prises par le JAP (28). Le Conseil d'Etat, saisi quant à lui de recours de détenus, réduit insensiblement sa compétence. Depuis l'arrêt *Théron* du 9 novembre 1990, il se refuse

(16) Par exemple en raison de la détention d'une personne qui se traduit par un non-lieu ou un acquittement. La demande doit être formée devant une commission spéciale de magistrats de la Cour de cassation, V. G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *op. cit.*, p. 589 et s.; J. Pradel, *op. cit.*, p. 569 et s.

(17) Elle peut tout aussi bien se concevoir pour un placement en détention provisoire sans lien avec les nécessités de l'instruction mais au titre de mesure de sûreté, sur le fondement des articles 137 et 144, c. pr. pén., V. en ce sens P. Couvrat, *op. cit.*, p. 557.

(18) V. F. Jaomont, Jurisclasser procédure pénale, 1990, art. 714 à 716, n° 60 et s.

(19) Art. D 57, D 209, D 298 à D 317, c. pr. pén.

(20) Art. 145-4 et D 64, c. pr. pén.

(21) Cass. crim., 29 févr. 1988, Bull. crim., n° 103; Cass. crim., 6 sept. 1988, Bull. crim., n° 306; Cass. crim., 25 févr. 1991, Bull. crim., n° 91; Cass. crim., 9 févr. 1994, Bull. crim., n° 61.

(22) Cass. crim., 27 avril 1994, *Korber*, Bull. crim., n° 156; M. Herzog-Evans, Droit commun pour les détenus, cette Revue, 1995, p. 621 et s.

(23) CE, 2 juill. 1952, *Héneberger*, Leb., p. 685.

(24) CE, 13 juin 1986, *Fauriol*.

(25) CE, 24 nov. 1971, *Seigneur*, Leb., p. 708.

(26) CE, 28 mars 1947, *Gombart*, Leb., p. 138; S. 1947.3.89, concl. Célière; RD publ., 1947, p. 95, note M. Waline.

(27) TC: 27 nov. 1952, *Officiers ministériels de Guyane dit Préfet de la Guyane*, préc.

(28) V. F. Stacchile, Pratique de l'application des peines, Ed. Litec, 1995, p. 50 et s.; P. Ponceda, Droit de la peine, Ed. PUF, Coll. Thémis, 1995, p. 318 et s.; B. Bouloc, Pénologie, Ed. Dalloz, 2^e éd., 1998, p. 112 et s.

à examiner les litiges relatifs aux réductions de peine pour bonne conduite (29). La solution a été étendue par la suite aux décisions de libération conditionnelle (30). Il ne faut cependant pas présupposer qu'il décline toute compétence.

2. La compétence administrative

En appliquant toujours les critères dégagés par le Tribunal des conflits dans l'arrêt *Dame Fargaud d'Espied*, le juge administratif conserve un large éventail de compétence. Quand l'administration dispose d'une autonomie réelle (31) et qu'elle ne se positionne pas comme un exécutant lié par les décisions du juge d'instruction ou par les termes du jugement de condamnation, la compétence du juge administratif est alors acquise. Il réserve cependant un sort différent aux prétentions des détenus selon la nature des recours.

a) Le recours pour excès de pouvoir

Lorsque, d'une part, des intérêts fondamentaux sont affectés par une décision d'une autorité pénitentiaire, le détenu peut voir ses prétentions aboutir.

Il peut s'agir d'une mesure qui va concerner les relations du détenu avec l'extérieur. Le Conseil d'Etat a admis que le secret de la correspondance devait être appliqué aux échanges entre un détenu hospitalisé et son avocat (32). Toujours en matière de correspondance, l'article D 430 du code de procédure pénale prévoit une possible réintégration, par le ministre de la Justice, des correspondances des détenus susceptibles d'être publiées ou divulguées. Mais une interdiction de sortie de correspondance n'est plus légitime si elle concerne des lettres qui reprennent des propos déjà tenus dans une précédente correspondance qui, elle, avait été rédigée en vue de sa divulgation et qui avait été effectivement publiée (33). Le contrôle du juge administratif porte aussi sur les décisions d'interdire à un détenu de détenir des documents ou de faire entrer une revue en détention (34).

Il peut s'agir d'une mesure qui concerne la nourriture du détenu (35), sa boisson (36) ou d'une façon plus générale qui va lui refuser d'utiliser des fonds figurant à son compte nominatif pour effectuer des achats en canine (37). Dans le même ordre d'idée, le Conseil d'Etat admet de contrôler la décision du chef d'établissement qui a des incidences pécuniaires pour le détenu (refus de restituer les sommes bloquées sur le compte nominatif d'un détenu) (38).

(29) CE, 9 nov. 1990, *Théron*, Quo. Jur., 2 févr. 1991, n° 15, p. 7 et s., note M.C. Rouault; AJDA, 1991, p. 546 et s., note N. Belloubet-Frier; D. 1991, p. 390, note J.-Y. Ploquin; RFD adm., 1991, p. 671 note J. Pradel.

(30) CE, 4 nov. 1994, *Koïber*, Petites affiches 23 janv. 1995, n° 10, p. 4, concl. J.C. Bonichot; Petites affiches 12 avr. 1995, n° 44, p. 18 et s., note B. Pacteau; JCP, 1994.IV.2597, obs. M.C. Rouault; RFD adm., 1995, p. 817 et s., note J. Pradel; JCP, 1995.II.22422, note F. Lemaire.

(31) La terminologie employée dans les dispositions du code de procédure pénale relatives aux conditions de détention des détenus offre une incontestable marge de manœuvre pour les autorités pénitentiaires. V. en ce sens M. Massé et G. Giudicelli-Delage, Rapport introductif in La condition juridique du détenu, J. Pradel (dir.), Ed. Cujas, 1994, p. 12.

(32) CE, 12 mars 1980, *CHS de Sarreguemines*, Leb., p. 141.

(33) TA Strasbourg, 20 févr. 1998, *Lajoye*, inédit.

(34) CE, 10 oct. 1990, *Gaude des Scaux*, *Ministre de la Justice c/ Hyver*, Leb., tables p. 911.

(35) Rectis, notamment, d'espacer d'au moins six heures les deux principaux repas servis aux détenus, CE, 15 janv. 1992, *Cherbonnel*, RFD adm., p. 1131 et s., concl. F. Scanvic; Rev. adm., p. 224, note H. Ruiz-Fabri.

(36) Annulation de la décision du chef d'établissement qui substitue la vente en cantine de la bière comprenant un faible degré d'alcool (tel que le prévoyait l'article D 346 ancien, c. pr. pén.) par de la bière sans alcool, TA Châlons-en-Champagne, 5 mars 1998, Vallot; TA Châlons-en-Champagne, 12 mai 1998, *Le Smezzes*, inédits.

(37) CE, 5 mai 1986, *Ministre des Finances c/ Scipione*, Leb., p. 129.

(38) CE, 3 nov. 1989, *Philtene*, Leb., p. 772.

Il peut s'agir, enfin, d'une décision qui va modifier la situation pénitentiaire du détenu. Le critère décisif qui va permettre le contrôle du juge étant la gravité de la mesure. Une sanction disciplinaire est susceptible de dépasser le seul de gravité au delà duquel un contrôle juridictionnel est nécessaire (39).

Pour d'autres mesures, d'autre part, le détenu ne voit pas à l'heure actuelle ses prétentions aboutir, même si la compétence du juge administratif n'est pas sujette à caution.

C'est le cas pour les décisions de transfert et d'affectation (40); pour le fichage d'un détenu comme détenu dangereux (41); pour l'interdiction faite au détenu de porter des gants en détention (42); pour toutes les décisions qui permettent l'application du régime de détention particulier comme le placement d'un détenu dans un quartier de plus grande sécurité (43), le refus de faire bénéficier le détenu du régime applicable aux détenus politiques (44), ou la soumission du détenu au régime cellulaire (45).

Enfin on peut mentionner comme décision similaire importante celle qui refuse au détenu tout contrôle du juge administratif sur la décision de mise à l'isolement (sur le fondement de l'article D 283-1, c. pr. pén.). L'arrêt *Fauquex* du Conseil d'Etat du 28 février 1996 (46) considère que ce type d'isolement n'aggrave pas les conditions de détention et donc que la voie du recours pour excès de pouvoir doit rester fermée au détenu. Le détenu peut solliciter lui-même une mise à l'isolement et elle ne saurait être considérée, en vertu de la réglementation, comme une mesure disciplinaire. La position de la jurisprudence diffère cependant lorsque le détenu met en cause la responsabilité de l'administration, sans qu'il y ait lieu de différencier l'isolement d'autres décisions.

b) Le recours en responsabilité

Le rôle de l'Administration pénitentiaire est de garantir la mise à exécution des décisions de justice et d'assurer la garde et l'entretien des détenus placés sous son contrôle (47). Dans la mesure du respect des principes établis par le code de procédure pénale, elle bénéficie d'une autonomie certaine pour accomplir la mission fixée par la loi, sans toutefois parvenir à exercer de quelconques attributions juridictionnelles. Dans l'hypothèse d'une défaillance dans l'exercice de sa mission, il est traditionnellement admis que l'Administration pénitentiaire engage sa responsabilité devant les juridictions administratives. De longue date (48), le Conseil d'Etat a admis que les détenus victimes de dommages pouvaient en demander réparation. Au gré des affaires qu'il a

(39) CE, 17 février 1995, *Marré*, RFD adm. 1995, p. 353, concl. P. Frydman; D. 1995, p. 381 et s., notes N. Belloubet-Frier; JCP, 1995.II.224.26, M. Lascombe et Bernard; cette Revue, 1995, p. 381 et s., P. Couvrat; Gaz. Pal. 30-31 août 1995, p. 10 et s., V.A. Olickpo; AJDA, 1995, p. 379 et s., L. Trouvet et J.H. Stahl; Petites affiches, 1995, n° 51, p. 11 et s., G. Vlachos; RD publ., 1995, p. 1338, O. Golini; RFD adm., 1995, p. 822 et s., F. Moderne et J.P. Cèrè.

(40) CE, 8 déc. 1967, *Koyanakis*, Leb., p. 475.

(41) CE, 12 nov. 1986, *Winterstein*, req. n° 62.622, 62.623, 62.642.

(42) CE, 10 janv. 1986, *Roiguet c/ Garde des Scaux*, req. n° 66-947.

(43) CE, 27 janv. 1984, *Caillaud*, Leb., p. 28, RD publ. 1984, p. 483 concl. B. Genevois; RFD adm. 1984, p. 187, obs. F. Moderne; AJDA, 1984, p. 107, chron. B. Lasserre et J.M. Delanue; Gaz. Pal. 1984.I.284, note X. Prétot; cette Revue, 1984, p. 555, note P. Couvrat.

(44) CE, 1^{er} mars 1939, *Troncoso*, Leb., p. 130.

(45) CE, 8 déc. 1967, *Koyanakis*, préc.

(46) M. Herzog-Evans, L'isolement carcéral isolé, Petites affiches, 23 juin 1997, n° 75, p. 16 et s.; P. Poncecla, La mise à l'isolement, cette Revue, 1997, p. 447 et s.; CAA Nancy, *Ministre de la Justice c/ Moraux*, RFD adm., 1997, p. 629; V. aussi TA Paris, 1^{er} déc. 1994, *Trebbien*; TA Paris, 23 mars 1995, *Ménager*, Petites affiches, 12 janv. 1996, n° 6, p. 4 et s., Concl. P. Couzinnet; M. Herzog-Evans, Après l'arrêt *Marré*, Petites affiches, 5 juill. 1996, n° 81, p. 19 et s.; CE, 5 nov. 1993, *Mitroton, Lestlaser*, pourvoi, n° 125.422.

(47) V. art. D 188 et s.

(48) V. C. Giudicelli, Contentieux administratif des détenus, Direction de l'Administration pénitentiaire, Trav. et doc. n° 54, 1998, p. 41 et s.; E. Péchillon, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, Ed. LGDJ, 1998, p. 367 et s.

eu à connaître, se dégagent plusieurs domaines d'élection de la mise en jeu de la responsabilité de l'administration pénitentiaire (49).

Le contentieux de la responsabilité s'applique, en premier lieu, en matière de graves blessures et de décès de détenus. La prison est, en effet, un terrain fertile pour les agressions, les suicides ou les tentatives de suicide.

Pour les agressions ou les violences entre détenus, la jurisprudence distingue selon le caractère intentionnel ou non de l'acte. Lorsque les manifestations de violence sont volontaires et constitutives de dommages graves, la faute de l'administration pénitentiaire est admise (50). Lorsque l'acte est involontaire, la responsabilité est, par contre, plus difficile à mettre en œuvre (51).

Pour les suicides, le choc provoqué par l'incarcération associé à d'autres facteurs tenant aux caractéristiques spécifiques de la population pénale expliquent, pour partie, le taux très élevé de suicides tentés ou réussis. Il est tout aussi évident que les conditions de détention ne sont pas neutres à ce sujet. Mais, si les premières de ces conditions restent extrinsèques à l'Administration pénitentiaire (52), les secondes dépendent plus directement des choix opérés par le personnel de direction de chaque établissement. Il n'est donc pas exclu de pouvoir retenir la part de responsabilité de l'Administration à l'occasion de suicides ou d'agressions de détenus, en raison d'une erreur d'affectation ou en raison de l'incurie du service médical. L'insuffisance de précautions peut résulter soit du placement dans une cellule collective d'un condamné particulièrement dangereux (53), ou à l'inverse très vulnérable (54).

Cette dernière jurisprudence a surtout vocation à s'appliquer au détenu qui occupe seul une cellule dans le cadre du régime normal de détention (55), mais aussi *a fortiori* à celui soumis à un isolement prolongé sur le fondement des articles D 283-1 et D 283-2 du code de procédure pénale. Le dysfonctionnement des services pénitentiaires peut aussi être retenu pour une mesure d'isolement plus temporaire. C'est ainsi que la mise en cellule disciplinaire est susceptible d'entraîner une faute, quand bien même rien ne permet de prévoir le suicide du détenu (56), dès lors que l'ensemble des circonstances entourant le décès fait apparaître un lien entre celui-ci et le comportement fautif de

(49) V. J. Morcau, La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires, Mélanges Bouzat, Ed. Pédone, 1980, p. 205 et s.; F. Moderne, La responsabilité des services pénitentiaires à raison des dommages subis par les détenus, Rev. pénit., 1979, p. 575; B. Duthell-Lamonthézie, La responsabilité de la puissance publique en raison des fautes des services pénitentiaires, cette Revue, 1975, p. 183 et s.; P. Bon, La responsabilité des services publics utilisant des méthodes libérales, RFD adm., 1984, p. 141 et s.

(50) CE, 21 nov. 1969, *Polvédat*, Leb., p. 666; CE, 26 mai 1978, *Ministre de la Justice c/ Cis Wachtel*, Leb., p. 222; D. 1979, IR, p. 113, obs. F. Moderne; D., 1978, p. 712, note J. Duffar; Dr. adm., 1978, n° 208.

(51) Notamment pour des affaires d'incendies allumés par un codétenu dans le but de se donner la mort et qui provoquent le décès du codétenu, V. CE, 29 juin 1977, *Regard*, Leb., p. 299; CE, 7 oct. 1994, *Rebat*.

(52) Le comportement de la victime pourra aussi jouer dans le sens d'une atténuation de la responsabilité de l'administration. V. CAA Bordeaux, 9 mai 1989, *Cis Guittés*, JCP, 1989.IV.354 (absence de faute de surveillance à propos d'un suicide du détenu laissé seul dans sa cellule pendant le temps de la promenade à laquelle il avait refusé de participer).

(53) CE, 26 mai 1978, préc.; TA Rouen, 3 févr. 1999, X..., Gaz. Pal., 14-18 mars 1999, p. 19.

(54) CE, 14 nov. 1973, *Ministre de la Justice c/ Dame Zanzi*; Leb., p. 645; D. 1974, p. 315, note F. Moderne; JCP 1975.II.18008, note G. Foulon; CE, 13 juill. 1981, *Gavé des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Epoux Jaspard*, Leb. tables, p. 907; Gaz. Pal., 1982, p. 656.

(55) Il en va de même de l'individu placé dans une cellule occupée par un autre détenu incapable de le surveiller. L'Administration pénitentiaire est cependant déchargée de sa responsabilité quand elle s'est assurée d'une « surveillance médicale particulière et de rondes et contre rondes [...] organisées selon une fréquence suffisante ». CAA Nantes, 22 févr. 1989, *Gavé des Sceaux c/ Consorts Mingot*, Leb. tables, p. 919.

(56) D'une façon générale le Conseil d'Etat n'engage pas la responsabilité pour négligence fautive de l'administration quand un détenu se suicide si rien dans son comportement antérieur ne laissait prévoir un suicide. CE 28 oct. 1983, *Fernandez*, Leb., p. 860; D. IR, p. 211.

certaines surveillants (57). Bien qu'une cellule disciplinaire soit spécialement aménagée afin de prévenir notamment tout risque de suicide, le lieu reste propice à l'accomplissement par le détenu d'un geste irréparable. Il n'est pas rare en effet que le suicide intervienne en ce lieu d'exclusion absolue, semant le doute sur une éventuelle responsabilité de l'Administration dans l'aboutissement de tels actes (58). D'une façon générale les détenus sont en droit de demander à bénéficier des soins que leur état de santé nécessite. En cas de retard ou de défaillance du service médical (59), l'Administration commet une faute de même qu'en cas de mauvaise qualité des soins dispensés, lorsqu'ils entraînent une aggravation des blessures accidentelles d'un détenu (60).

Un autre type de contentieux touche, en second lieu, les accidents survenus au cours de l'exécution du travail en détention. La situation est rendue complexe par l'intervention de partenaires extérieurs auxquels l'Administration concède quelques travaux. Deux situations sont à distinguer. Tout d'abord, quand le détenu est victime d'un dommage alors qu'il accomplit une tâche ou un travail confié par l'Administration il doit établir, pour espérer recevoir une indemnisation, une faute du service résultant d'un défaut de surveillance ou d'une insuffisance de précaution (61). Ensuite, dans l'hypothèse où l'accident survient dans le cadre du travail en concession (*i.e.* d'un travail confié à un entrepreneur privé), le juge administratif engage la responsabilité de la puissance publique et indemnise la victime en présence d'une faute caractérisée de l'Administration pénitentiaire dès l'instant où l'accident est détachable ou étranger à l'exécution du travail pénitentiaire (62).

En troisième lieu, il existe une catégorie de contentieux englobant les préjudices les plus divers à l'égard desquels la responsabilité de l'Administration a été reconnue. Des détenus ont ainsi été indemnisés parce que le service avait fonctionné en violation des dispositions réglementaires le régissant (63) ou parce que le préjudice corporel découlait du mauvais état des locaux pénitentiaires (64).

Il incombe aux détenus qui se prévalent d'une faute de l'Administration pénitentiaire d'établir la preuve des carences de cette dernière. D'une façon générale, le régime de responsabilité du service public pénitentiaire exige la démonstration d'une faute lourde avec quelques particularismes notoires tant il est vrai que le contentieux de la responsabilité ne repose pas sur des critères parfaitement limpides. Bien que le domaine de la faute lourde s'applique surtout à l'activité de surveillance des détenus, la jurisprudence administrative montre parfois moins de rigueur et se contente, en d'autres hypothèses, d'une faute simple (65).

(57) CAA Nantes, 26 juill. 1991, *Cis Omo c/ Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, RFD adm., 1992, p. 269 et s., note R. Hostiou.

(58) V. en dernier lieu le cas cité *in* Dedans dehors, 1999/11, p. 6.

(59) CE, 22 juill. 1963, *Yve Letendat*, Leb., p. 778; CE, 10 févr. 1956, *Cis Volherange*, Leb., p. 751; CE, 6 juill. 1960, *Rebat*, Leb., p. 1124; TA Caen, 4 avr. 1995, *Castel*, inédit (responsabilité du service médical d'une maison d'arrêt pour ne pas avoir donné les soins appropriés à un détenu gréviste de la faim).

(60) CE, 25 janv. 1952, *Vacqué*, Leb., p. 60; D. 1952, p. 581, note Morange.

(61) CE, 2 juin 1950, *Yveau Maréchal*, Leb., p. 875; CE, 18 mai 1951, *Dame veuve Moloués*, Leb., p. 277; S. 1952.319, note K. Drago.

(62) CE, 7 mai 1956, *Michel et Petit*, Leb., p. 190; CE, 26 mai 1978, *Remery*, Leb., p. 222; D. IR, p. 113, obs. F. Moderne; TA Amiens, 4 nov. 1975, *Remey*, Leb., p. 768.

(63) Par ex. fouille de détenus lors de leur entrée dans une maison d'arrêt, sans accomplissement des formalités adéquates; CE, 24 oct. 1952, *Dame Laurent*, Leb., p. 468.

(64) CE, 16 mai 1944, *Dlle Serreau*, Leb., p. 153 (détenu gravement blessé en tombant sur des bouteilles placées inopinément dans une salle de douche); CE, 31 mars 1954, *Dame Groux, épouse Poupart*, Leb., p. 200, D. 1995, p. 200 (chute provoquée par le mauvais aménagement de la cour d'un établissement); CE, 11 oct. 1957, *Graec*, Leb., p. 525 (détenu blessé à une jambe alors qu'il participait à une partie de football dans la cour d'une prison).

(65) Par ex. CE, 7 mai 1956, *Michel et Petit*, préc. CE, 16 mai 1944, *Dlle Serreau*, Leb., *ibid.*, CE, 31 mars 1954, *Dame Groux, épouse Poupart*, Leb., p. 200, *ibid.*; CE, 23 avr. 1937, *Cattaruzza*, Leb., p. 430; CE, 12 févr. 1952, *Dame veuve Labat*, Leb., p. 107.

L'examen des décisions importantes en matière de contentieux pénitentiaire démontre que désormais peu de mesures sont encore fermées au contrôle du juge administratif et sans doute moins encore sont susceptibles de le rester. Surtout, à bien y regarder, il faut admettre que la séparation de compétence entre le juge administratif et le juge judiciaire repose bien souvent sur un lien ténu.

B. - *L'illusion de la répartition des compétences*

Le contentieux pénitentiaire est actuellement dans une phase charnière. La jurisprudence récente apporte des solutions intéressantes et parfois novatrices. Même s'il convient de rester mesuré car la jurisprudence concerne très majoritairement le contentieux disciplinaire et qu'il s'agit surtout de décisions de tribunaux administratifs, donc des jugements susceptibles d'être réformés, le contexte jurisprudentiel actuel fait naître une illusion (1) ou une désillusion (2), que l'on défriche le terrain de la compétence administrative ou celui de la compétence judiciaire.

1. *L'illusion de la compétence administrative*

En premier lieu, cela a déjà été souligné, le juge administratif est de moins en moins réticent pour examiner le contenu des requêtes des détenus. Or même pour les rares mesures qu'il se refuse de contrôler, il ne serait pas surprenant d'assister ces prochaines années à une évolution de la jurisprudence. L'isolement par mesure de précaution et de sécurité prévu par l'article D 283-1 du code de procédure pénale est, sans conteste, concerné.

La doctrine la plus autorisée invite le Conseil d'Etat à ouvrir la voie du recours pour excès de pouvoir. Elle invoque notamment le fait qu'en dépit des textes l'isolement se rapproche d'une sanction, qu'il se prolonge de façon disproportionnée dans le temps, et qu'il modifie la situation juridique des intéressés (66). Ces critères ressemblent à s'y méprendre à ceux qui, justement, ont fait que dans l'arrêt *Marie* le Conseil d'Etat a abandonné la notion de mesures d'ordre intérieur. Or, même si le décret n° 98-1099 du 8 décembre 1998 (67) est intervenu opportunément pour mieux encadrer l'isolement, rien n'a fondamentalement changé sur le plan de sa durée, de son intensité et des recours.

En deuxième lieu, les recours en matière de contentieux disciplinaire pénitentiaire dénotent des insuffisances manifestes (68). Sur certains aspects procéduriers, la jurisprudence vient combler par touches discordantes les carences de la réglementation. En matière de charge de la preuve, il ressort de décisions récentes que la charge des faits à l'origine d'une sanction disciplinaire doit revenir à l'administration (69). La jurisprudence n'est toutefois pas définitivement fixée. Dans une autre affaire (70) où la sanction se fondait sur des éléments du dossier, le tribunal considère que l'incertitude matérielle des faits doit être établie par le requérant.

(66) M. Herzog-Evans, L'isolement carcéral isolé, *ibid.*, et P. Poncela, La mise à l'isolement, *ibid.* ; *Compta E. Pichillon*, qui conteste le caractère de sanction de l'isolement par référence aux textes *in* Sécurité et droit du service public pénitentiaire, Ed. LGDJ, 1998, p. 145. Pour ce qui est des pratiques, l'isolement peut malheureusement se confondre avec une sanction disciplinaire, notamment, lorsqu'il lui fait suite.

(67) JO du 9 décembre 1998, p. 18498. V. aussi circ. NOR, JUSE 98-40065 C du 14 décembre 1998. V. M. Herzog-Evans, Quelques réformes récentes en droit pénitentiaire, Petites affiches, 26 et 27 mai 1999, n° 104 et 105, spéc. p. 17 et s.

(68) Pour une analyse plus fine de l'ensemble de la jurisprudence récente concernant le droit disciplinaire pénitentiaire, M. Herzog-Evans et J.-P. Céré, La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence, D. Chron., 1999, à paraître.

(69) TA Marseille, 4 mars 1998, *Marie* et TA Melun, 15 oct. 1997, *Froyet*.

(70) TA Bordeaux, 30 juill. 1998, *Beltran*.

En matière de respect des droits de la défense, l'intervention (ou la non-intervention) de l'avocat au cours de la procédure et au cours de l'audience disciplinaire nécessite une réponse tranchée. La réforme de 1996 est restée en retrait sur ce point et les solutions antagonistes expriment tout l'embarras du juge administratif pour proposer une ligne directrice cohérente. Plusieurs décisions rejettent la présence de l'avocat au motif que sa présence n'est pas fondamentale au respect des droits de la défense. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est le plus souvent visé pour conclure que cet article n'est pas atteint par l'absence de l'avocat (71). D'autres tribunaux administratifs estiment, tout au contraire et toujours en se fondant sur l'article 6 de la Convention, que l'absence de communication du dossier et que le défaut d'assistance d'un avocat constituent une violation flagrante des droits de la défense.

Sur la question de l'étendue du contrôle du juge administratif, l'arrêt *Marie* en 1995 n'a pas répondu de manière précise à la question de la portée du contrôle du juge. Il y avait tout lieu de croire néanmoins que les juridictions administratives se limiteraient à un contrôle dit de l'erreur manifeste d'appréciation (72). C'est en tout cas l'optique choisie par l'ensemble des tribunaux administratifs.

Sur d'autres aspects, la jurisprudence fait apparaître des notions non envisagées par les textes. C'est le cas, par exemple, en matière de qualification des faits, les juridictions effectuent certes un contrôle des qualifications disciplinaires mais sans forcément recourir aux instruments juridiques adéquats. L'affaire *Marie* (73) permet de s'en convaincre (détenu qui donne des coups pour se défendre et que le tribunal relaxe au motif que ces agissements ne sont pas réprimés par le code de procédure pénale). L'article D 249-1-5° vise bien, pourtant, le fait d'exercer des violences physiques à l'encontre d'un codétenu. Le raisonnement du juge administratif ne convient pas. Le juge judiciaire aurait procédé, sans nul doute, en se fondant sur la légitime défense. Pour autant, l'invocation de la compétence judiciaire n'est pas en toute circonstance la panacée.

2. *La désillusion de la compétence judiciaire*

En ce qui concerne les mesures d'individualisation de la peine. La jurisprudence récente confirme et étend la compétence judiciaire. Cette volonté du Conseil d'Etat d'impliquer les juridictions judiciaires a été confirmée encore récemment par une décision *Druelle* du 18 mars 1998 (74). Cet arrêt, comme l'arrêt *Thiéron* (préc.), précise que les décisions relatives aux réductions de peine normales ne ressortent pas de la compétence des juridictions administratives. L'arrêt *Druelle* va même plus loin puisqu'il adopte une solution identique pour les réductions de peine supplémentaires (75).

Devant les juridictions judiciaires, depuis l'arrêt *Korber* de la Chambre criminelle du 27 avril 1994 (préc.), le détenu est admis à contester une décision du ministre de la Justice révoquant une mesure de libération conditionnelle. La portée de cet arrêt reste nébuleuse. Plusieurs lectures sont imaginables car, en l'espèce, la situation du sieur Korber soulevait une pure question d'exécution des peines. Bénéficiant d'une

(71) Le Conseil vient de se prononcer dans une affaire *Bekhouache*, 25 nov. 1998. La CAA de Paris avait annulé le jugement du TA de Paris admettant, dans la non-présence de l'avocat, une violation manifeste des droits de la défense. Mais l'affaire a été à nouveau renvoyée devant la CAA de Paris pour vice de procédure (l'appel du jugement du TA de Paris par le Gard des Sceaux n'avait pas été communiqué au défenseur du requérant. L'arrêt de la CAA a dès lors été considéré par le Conseil d'Etat comme intervenu en méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure).

(72) F. Moderne, A propos des punitions en milieu carcéral, RFD adm., 1995, p. 825.

(73) TA Marseille, 4 mars 1998.

(74) J.P. Céré, 4 juin 1999.

(75) V. en ce sens à propos de réductions de peine supplémentaires, CAA Nancy, 25 juin 1998, *Mouillard*, n° 111, p. 13 et s.

libération conditionnelle le 13 septembre 1991, le requérant avait vu la mesure révoquée le 10 août 1993 au motif qu'il avait fait l'objet d'une nouvelle condamnation. Seulement, il contestait la légalité même de la révocation. Elle serait en effet intervenue après la fin de sa peine, soit le 4 août 1993. Il se réferait en cela à la décision de libération conditionnelle qui fixait la date limite du 4 août pour l'application des mesures de contrôle et de surveillance. Le litige touchait sans contester la durée de la peine.

Reste à connaître la position de la jurisprudence pour un litige qui ne toucherait pas aussi franchement l'exécution de la peine mais qui se poserait en termes d'individualisation de la peine (76). Animé par une vision raisonnable, il est concevable de préager de l'extension de la solution fournie par l'arrêt *Körber* aux décisions du juge de l'application des peines relatives à la révocation d'une libération conditionnelle (77). Dans cette optique, il n'y aurait sans doute pas lieu de distinguer entre la libération conditionnelle et les autres mesures d'individualisation de la peine. Toutes pourraient être soumises au contrôle des juridictions judiciaires. Mais, de là à penser que la possibilité de saisine puisse porter tant sur un contrôle de légalité (comme dans l'arrêt *Körber*) que sur un contrôle de l'opportunité de la mesure, même une vision confiante ne l'autorise pas (78). Le résultat ne pourrait être d'ailleurs que relatif puisque le procureur de la République, en matière d'individualisation de la peine et sur le fondement de l'article 733-1 du code de procédure pénale, bénéficie du pouvoir de contester une mesure d'individualisation aussi bien sur le plan de la légalité que sur celui de l'opportunité. Se raccrocher à cette prévision conduit finalement à se maintenir dans les contradictions de la jurisprudence. Une métamorphose de la répartition des compétences devient indispensable.

II. - LA RÉNOVATION DE LA RÉPARTITION JURIDICTIONNELLE DES COMPÉTENCES

Les règles gouvernant la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires sont censées marquer l'ancrage du droit de l'exécution de la peine au principe d'individualisation de la sanction pénale. Mais, au gré de réformes législatives antagonistes et sous l'emprise d'une jurisprudence qui s'éveille, le socle sur lequel repose la répartition juridictionnelle des compétences chancelle. Il se transforme en intégrant effectivement le mouvement d'individualisation à la partie du jugement relative à la sanction prononcée par la juridiction du jugement. Mais la mutation s'accomplit au prix de multiples contradictions (A). Elle annonce une évolution plus profonde (B).

A. - Les contradictions de la répartition juridictionnelle des compétences

Pour autant que l'on formule le vœu d'une bonne administration de la justice, il est inconcevable d'acquiescer à une double répartition des compétences fondées sur des critères obscurs. De même, il est impensable de se satisfaire des divergences de

(76) La Cour de cassation a étendu le bénéfice de l'article 710, c. pr. pén. au domaine des réductions de peine supplémentaires pour un litige tenant à la détermination de l'état de récidive du détenu, Cass. crim. 10 avril 1996, *Leccaf*, Bull. crim., n° 156.

(77) Il serait illogique de reconnaître la compétence des juridictions judiciaires pour une mesure de libération conditionnelle prise par le ministre de la Justice (autorité administrative) et de la rejeter quand la mesure appartient au JAP (autorité judiciaire). Cela reviendrait de surcroît à tronçonner les compétences pour une mesure de nature identique.

(78) V. J. Pradel et A. Vainard, Les grands arrêts du droit criminel, t. II, Ed. Dalloz, 2^e éd., 1998, p. 447-448 ; Un arrêt de la Chambre criminelle du 12 juin 1996 n'autorise d'ailleurs pas le détenu à contester le choix du JAP entre une semi-liberté et une libération conditionnelle, Cass. crim. 12 juin 1996, *Procureur général près la Cour de cassation c/ Carvera*. V. sur cet arrêt, M. Herzog-Evans, Le juge judiciaire est-il le gardien des libertés... des condamnés ?, Petites affiches, 21 févr. 1997, n° 23, p. 15 et s.

jurisprudence entre le juge administratif et le juge judiciaire. Et pourtant, le dualisme juridictionnel en droit de l'exécution de peines conduit bien à des contradictions ; que le contentieux soit porté devant le juge administratif (1) ou devant le juge judiciaire (2).

1. - Les contradictions du contentieux devant le juge administratif

La situation est plutôt déroutante. La liste exacte des mesures que le Conseil d'Etat se refuse de connaître est encore méconnue. La seule évidence concerne les réductions de peine et la libération conditionnelle qu'il abandonne au juge judiciaire. Mais au fond, cela n'est pas le plus embarrassant. On peut très bien estimer que l'incertitude actuelle n'est que provisoire et que la jurisprudence déterminera progressivement les mesures qui relèvent de sa compétence. Seulement, l'évolution entamée paraît sans issue cohérente. L'attribution du contrôle de la libération conditionnelle au juge judiciaire fournit une suite attendue à la jurisprudence *Théron*, en soulevant un paradoxe sur le plan de la motivation retenue. Le Conseil d'Etat assimile la décision ou la révocation de libération conditionnelle à une mesure qui modifie les « limites de la peine ». Pourtant, les limites de la peine ne sont pas systématiquement affectées par une telle décision. Il est admis que la libération conditionnelle n'éteint pas la peine, le détenu l'exécute simplement en milieu ouvert (79). La peine ne sera affectée dans ses limites que dans certains cas : quand le condamné subira un temps d'épreuve plus long que n'aurait duré la peine initialement prononcée (80). Il aurait été plus judicieux de spécifier que la libération conditionnelle modifie la nature et les limites de la peine. Il faut avouer qu'aucun critère matériel permettant de distinguer de façon absolue les différentes mesures n'existe à l'heure actuelle (81) et que le terme « nature », s'il évoque les techniques d'individualisation de la peine qui n'affectent pas sa durée d'exécution, n'a jamais été explicité. La tâche des juridictions administratives ou judiciaires s'en trouve contrariée.

Toute aussi ambiguë est la jurisprudence de la Cour de cassation. Si le Conseil d'Etat ne s'estime plus compétent pour certaines mesures d'individualisation de la peine, la Cour de cassation adopte de son côté une position des plus nébuleuses.

2. Les contradictions du contentieux devant le juge judiciaire

La Chambre criminelle de la Cour de cassation refuse au condamné tout recours contre les décisions du juge de l'application des peines (82). Pourtant le recours est possible pour le procureur de la République. Ce dernier dispose en effet de larges possibilités de recours contre les décisions du JAP qui concernent par exemple une autorisation de sortie sous escorte (art. 723-6, c. pr. pén.) ou une réduction de peine

(79) V. Staehel, *op. cit.*, p. 170 ; P. Bertrand et J.L. Crozafon, La compétence de la juridiction administrative en matière d'exécution des peines en milieu libre, *Revue*, 1985, p. 352. V. F. Desportes et F. Le Guehlec qui considèrent la libération conditionnelle comme une mesure modifiant les « modalités d'exécution de la peine » et qui la distinguent d'autres mesures aménageant le « temps d'exécution de la peine », in *Le nouveau droit pénal*, t. I. Droit pénal général, 5^e éd., Economica, 1998, p. 784 et s.

(80) En vertu de l'article 792, al. 2, c. pr. pén. le temps d'épreuve du détenu peut excéder d'une année le temps de peine qui restait à subir au moment de la libération. En 1996, plus de 50 % des décisions d'admission à la libération conditionnelle ont prévu une prolongation (3 463 sur 6 374).

(81) V. par ex. sur l'insuffisance d'un critère de distinction qui reposerait sur la levée d'écrêtement, E. Pechillon, *op. cit.*, p. 211. Le risque est donc bien, si on ne balise pas le terrain, d'aboutir à des solutions inextricables. V. CAA Nantes, 10 avril 1997, *Consors Primat et Fossef*, *Gaz. Pal.*, 1998, Panor. 246. Cet arrêt marque un recul par rapport à la jurisprudence du Conseil d'Etat en reconnaissant la compétence administrative pour une décision du JAP relative à une permission de sortir. Comp. avec TA Orléans 12 oct. 1995, *Allaire*, JCP 1996.IV.1804 ; TA Limoges, 17 déc. 1998, *Lamaie*, inédit (incompétence des juridictions administratives pour apprécier la légalité d'une décision de refus d'une permission de sortir).

(82) Par ex. V. cass. crim. 12 juin 1996, refus du recours du détenu contre une décision du JAP qui lui accorde une semi-liberté alors qu'il désirait une libération conditionnelle.

I. - L'amorce d'une judiciarisation des décisions du juge de l'application des peines

Les attributions confiées au juge de l'application des peines ont oscillé ces dernières décennies au gré des remaniements législatifs (86). Faute d'avoir adopté une politique claire et suivie en matière de contentieux de l'exécution de la peine, le bilan actuel est source de complexité inutile et d'incohérences remarquables. La nature de « mesure d'administration judiciaire » des décisions du JAP affublée par l'article 733-1 du code de procédure pénale est l'archétype même du flou du droit de l'exécution des peines. Le sens de la formule « mesure d'administration judiciaire » laisse perplexe. Elle ne permet aucunement de trancher la question de la véritable nature des décisions du juge de l'application des peines. L'ensemble des auteurs se sont finalement résolus à opter pour une conception plutôt administrative de l'intervention du JAP, tout au moins en ce qui concerne le milieu fermé (87). Seulement, aujourd'hui, la position devient de moins en moins soutenable.

Deux réformes législatives récentes reconnaissent le caractère juridictionnel des décisions du JAP : la loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 relative à la surveillance électronique et celle n° 98-468 du 17 juin 1998 relative au suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels.

La première réforme a introduit la surveillance électronique dans l'arsenal répressif français, en la concevant comme une simple modalité d'exécution de la peine privative de liberté (88). Il était alors logique d'en confier la décision de placement au juge en charge de l'exécution de la peine et, par corrélation, celle de la modification de la mesure ou de son retrait.

Dans l'hypothèse d'un retrait de la mesure de surveillance électronique pour mauvaise conduite, le JAP doit auditionner le condamné, en chambre du conseil, en présence de son avocat après avoir entendu les réquisitions du parquet. S'il prononce une décision de retrait, portant sur tout ou partie de la durée de la peine restant à accomplir au jour où le condamné est placé sous surveillance électronique, un appel est possible. L'appel est ouvert dans les dix jours au procureur de la République mais il l'est aussi, de façon inédite, au détenu, devant la chambre des appels correctionnels statuant en matière d'exécution des peines (art. 723-13, c. pr. pén.).

La seconde réforme accroît sensiblement le rôle du JAP. Dans l'hypothèse où le condamné ne respecte pas les obligations du suivi socio-judiciaire, le JAP pourra juridictionnellement ordonner la mise à exécution de l'emprisonnement prononcé par la juridiction de jugement (89). Cette prérogative est remarquable dans le sens où les pouvoirs du JAP empiètent sur la compétence dévolue traditionnellement à la juridiction de jugement. Par comparaison, en matière de sursis avec mise à l'épreuve, le JAP

(86) Sur cette évolution, V. B. Bouloc, *Pénologie*, Ed. Dalloz, 2^e éd., 1998, p. 112 et s.; P. Poncela, *Droit de la peine*, Ed. Litec, 1995, p. 316 et s.

(87) J. Pradel, *Vers un retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986*, D. 1987, p. 10; F. Moderne, *note sous TA Grenoble*, 15 mars 1978, *Gaz. Pal.*, 1979.I.104; J.M. Aubry, *op. cit.*, p. 562.

(88) P. Couvrat, *Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique*, *ette Revue*, 1998, p. 374 et s.; M. Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire : de quelques effets indirects de lois récentes*, *Petites affiches*, 15 juill. 1998, n° 84, p. 6 et s.; N. El Hage, *L'introduction de la surveillance électronique à distance en matière judiciaire*, *Droit pénal*, mai 1998, p. 4 et s.; J. Pradel, *La « prison à domicile » sous surveillance électronique*, *Nouvelle modalité d'exécution de la peine privative de liberté*, *Rev. pénit.*, 1998, p. 15 et s.

(89) Pour un exposé de l'ensemble des attributions du juge de l'application des peines, V. J. Castaignède, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement*, D. 1999, *Chron.*, p. 23 et s.; J. Pradel et J.L. Senon, *De la prévention à la répression des infractions sexuelles*, *Rev. pénit.*, 1999, p. 208 et s.; J.S. Cayla, *L'injonction de soins dans le suivi socio-judiciaire*, *RD santé*, soc., 1998, p. 751 et s.; B. Lavielle, *Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998*, *ette Revue*, 1999, p. 35 et s.

(art. 721 et 721-1, c. pr. pén.) (83). Or il faut savoir, de surcroît, que le recours suspend l'application de la mesure prise par le JAP.

Les seules possibilités qui restent ouvertes au détenu sont pour le moins timides. Il peut intenter un pourvoi mais pour cela il faut que le ministère public ait lui-même contesté la décision du JAP. C'est donc de manière détournée — si le ministère public a déféré l'affaire au tribunal correctionnel — que le détenu peut former un pourvoi contre une décision du JAP. La jurisprudence ne lui offre que cette solution.

Surtout, le résultat de la jurisprudence de la Cour de cassation conduit à une dilution extrême des compétences. Si le ministère public conteste une décision du JAP, il effectue un recours devant le tribunal correctionnel (art. 733-1). Si le détenu forme un recours limité — on vient de le voir — à une question d'exécution des peines, il doit le faire devant la juridiction qui a prononcé la sentence (art. 710).

Or il faut savoir que diverses réformes récentes ont encore obscurci le contentieux. S'il s'agit d'une personne condamnée pour agression sexuelle, une procédure particulière permet au ministère public de déférer devant la chambre d'accusation les décisions accordant une mesure d'individualisation de la peine (art. 722). Seulement, ce texte ne précise pas la conduite à tenir pour des décisions qui refusent, ou prononcent, le retrait de ces mesures.

L'admission des recours en matière disciplinaire a exacerbé les difficultés au regard du lien qui peut exister entre certaines sanctions disciplinaires et les mesures d'individualisation de la peine (84), notamment entre la mise en cellule de discipline et les pertes de réduction de peine.

En ce qui concerne les requêtes de détenus sur des sanctions disciplinaires qu'ils contestent, le juge administratif se déclare compétent. Mais, lorsqu'il s'agit d'un recours contre une réduction de peine, prise certes par le JAP, mais en fonction de la bonne conduite du détenu (la bonne conduite étant déterminée essentiellement par le fait que ce dernier a subi ou non des sanctions disciplinaires), le juge administratif se déclare incompétent. En somme, pour des litiges ayant pour unique origine un problème disciplinaire, le détenu doit s'adresser à deux juges différents. Or cette dualité de compétence assortie de l'absence de véritable recours du détenu contre les décisions du JAP pose incontestablement la question de la conformité du droit interne aux articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (85). Elle prédit une refonte des principes directeurs de répartition des compétences actuels.

B. - Les perspectives d'avenir de la répartition juridictionnelle des compétences

Il est admis que le rôle du juge pénal ne se termine pas au prononcé d'une peine. Le principe de l'individualisation des sanctions répressives suppose un aménagement de la peine, selon l'évolution de la personnalité de l'individu. Or, ce qu'un juge a décidé, seul un autre magistrat peut le réformer. Un contrôle effectif des modalités d'exécution des peines s'inscrit dans l'évolution logique des pouvoirs confiés au JAP. La judiciarisation de ses décisions est d'ailleurs déjà engagée (1) même si la transfé-
mation reste à parfaire (2).

(83) Il est ainsi compétent pour un recours contre une décision du JAP rapportant une réduction de peine, *Cass. crim.*, 2 déc. 1997, *Proc. Rép. près TGI de Reims*, *Droit pénal*, mai 1998, *comm.* n° 76.

(84) Le constat n'est pas propre au droit de l'exécution des peines et la « mutabilité » des sanctions se fait souvent au détriment des droits de la défense. V. J.-H. Robert, *Union et désunions des sanctions du droit pénal et celles du droit administratif*, AJDA, 1995, *spéc.* p. 78 et s.

(85) V. J.P. Céré, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, Ed. l'Harmattan 1999, 400 p.

peut au mieux, dans l'attente de la révocation éventuelle du sursis par la juridiction de jugement, prononcer une incarcération provisoire (art. 741-2, c. pr. pén.).

La reconnaissance de telles attributions au profit du JAP est assortie de l'instauration d'un véritable débat contradictoire (art. 723-13 et 763-5, c. pr. pén.), ce qui contraste avec les règles en vigueur. Lorsque le juge est amené à statuer, en tant que président de la commission d'application des peines, pour prononcer, par exemple, le retrait d'une réduction de peine, la présence du détenu n'est pas obligatoire (art. 721, c. pr. pén.). Elle n'est quasiment jamais effective en pratique. Surtout, à l'image de la solution adoptée par la loi du 19 décembre 1997 sur la surveillance électronique, le détenu est placé sur un pied d'égalité avec le procureur de la République. L'un comme l'autre peuvent former appel contre la décision du JAP. L'appel doit être porté dans les dix jours devant la chambre des appels correctionnels qui a un mois pour statuer.

Dans cette logique de judiciarisation, les juridictions administratives se cantonneraient à l'exercice de la seule mise en œuvre du recours en responsabilité. Le contentieux de la responsabilité de l'Administration pénitentiaire est cependant susceptible, lui aussi, de se modifier. L'évolution récente de la jurisprudence n'est pas sans incidence à son égard. Tout d'abord, le régime de responsabilité hospitalier qui lui servait de guide a, depuis peu, subi quelques bouleversements. La faute lourde exigée en matière d'actes médicaux a été abandonnée au profit de la faute simple (90). Peut-être que d'aucuns pourraient estimer que le passé des individus incarcérés et la violence de certains d'entre eux plaident en faveur d'un maintien de la preuve d'une faute lourde à leur égard, quitte à ce que le contentieux de la responsabilité pénitentiaire se distingue de celui du service public hospitalier. Mais un autre argument, contraire, conduit plutôt à penser que le premier devrait, à l'avenir, s'aligner sur le second car le litige puise sa source dans un acte médical et non dans l'activité de l'Administration. Ensuite, le retrait de compétence du juge administratif concernant les mesures d'individualisation de la peine, consacré par les jurisprudences *Théron* et *Korber*, pourrait se prolonger sur le terrain de la responsabilité. Les dommages causés durant une sortie temporaire ou prolongée d'un établissement pénitentiaire par des détenus bénéficiaires d'une mesure de faveur entraînent l'indemnisation des tiers victimes. La solution prévaut à propos des permissions de sortir (91), du régime de semi-liberté ou d'une libération conditionnelle (92). Le juge administratif estime que les tiers courent un risque spécial justifiant une responsabilité sans faute, sous réserve que le lien de causalité soit reconnu (93). Il est trop tôt pour savoir si cette solution continuera à prévaloir dans le futur ou si, tirant profit de son incompétence au sujet des mesures d'individualisation de la peine, les juridictions administratives ne déclineront pas leur compétence pour connaître des conséquences dommageables de ce type de mesures, au profit de la judiciarisation de l'exécution des peines.

2. La recherche d'un accomplissement de la judiciarisation de l'exécution des peines

La profonde mutation engagée récemment par le droit de l'exécution des peines milite pour une optimisation du contrôle dévolu au juge judiciaire et une meilleure

(90) CE, 10 avr. 1992, *M. et Mme V.*, RFD adm., 1992, p. 571 et s., concl. H. Legal.

(91) CE, 2 déc. 1981, *Garde des Sceaux c/ Thiéps*, Leb., p. 456 ; D., 1982, note Tedeschi ; D., 1982.IR.442, obs. F. Moderne et P. Bon ; JCP 1982.II.19905, note B. Pacteau ; CE, 27 mars 1985, *Dame Henry*, Leb., p. 92 ; Rev. adm., 1985, p. 259, note B. Pacteau ; RFD adm., 1985, concl. Cazin d'Honninckh ; JCP 1986.II.20050, note J.-L. Crozatton.

(92) CE, 29 avr. 1987, *Garde des Sceaux c/ Banque populaire de la région économique de Strasbourg*, Leb., p. 158, RFD adm., 1987, p. 831, concl. C. Vigouroux.

(93) Un délai de plusieurs mois entre le dommage et la fin d'une permission de sortir empêche d'obtenir la réparation de l'Etat. CE, *Dame Henry*, préc., CAA Lyon, 21 févr. 1989, *Dames*, JCP 1989.IV.354. Toutefois la longueur du délai devient secondaire si le fait dommageable s'inscrit dans une série d'actes criminels ayant débuté sitôt l'expiration de la permission de sortir. CE, 29 avr. 1987, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Banque populaire de la région économique de Strasbourg*, préc.

lisibilité des critères de répartition de compétences entre les multiples autorités chargées de rendre des décisions en matière d'exécution de la peine. La dualité de juridiction aboutit à dénaturer, en l'état actuel, la protection des droits annoncée par la réglementation (94). Par conséquent, l'omission de la loi de satisfaire à la reconnaissance globale de plus en plus indispensable du caractère juridictionnel des décisions du juge de l'application des peines relevant de l'article 733-1 du code de procédure pénale ne saurait perdurer (95). Les décisions du JAP accordant ou refusant une mesure d'individualisation de la peine devraient faire l'objet d'un recours.

Il ne semble pas vital, pour y parvenir, de bouleverser l'architecture actuelle du droit de l'exécution des peines. Le modèle français actuel s'accommoderait, sans difficulté, des exigences modernes du procès de l'exécution des peines par le renforcement de l'autorité des décisions d'un juge qui a largement prouvé l'utilité de sa charge. Il apparaîtrait par contre indispensable de revenir sur quelques domaines de compétences, qu'ils découlent de la tradition législative ou de la pratique jurisprudentielle.

C'est tout d'abord en matière de libération conditionnelle que la compétence judiciaire se justifie pleinement. Actuellement, l'octroi ou le refus de cette mesure d'individualisation de la peine repose sur deux autorités distinctes : le JAP ou le ministre de la Justice (96). Ce partage de compétence est typique des anomalies qui régissent encore le droit de l'exécution des peines. La dichotomie établie entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif ne conduit pas à une bonne administration de la justice, mais concorde avec une perception surannée de la question de la libération conditionnelle. Des motifs plus dirimants plaident en faveur de la compétence intégrale du juge judiciaire. Les décisions du ministère de la Justice interviennent de longs mois après la proposition de libération conditionnelle et elles ne font l'objet d'aucune motivation alors même que le détenu est privé de toutes garanties juridictionnelles (absence de contradictoire et de recours). Il conviendrait donc d'imaginer un transfert des attributions détenues par le ministre de la Justice, sans doute, au juge judiciaire (97).

C'est, ensuite, en matière de contentieux disciplinaire que le juge judiciaire devrait pouvoir intervenir. Le particularisme des sanctions disciplinaires en prison et son rapprochement inéluctable avec le droit pénal militent pour une telle issue. Les auteurs semblent y voir un facteur favorable à la progression du droit (98). Les premières décisions juridictionnelles rendues traduisent d'ailleurs l'embaras du juge administratif pour examiner les recours.

L'affinité entre les sanctions disciplinaires et les mesures d'individualisation de la peine est sans nul doute un argument additionnel pour confier l'organisation des

(94) Pour un bilan similaire sur la dualité en général, V. J. Rivero, *Dualité de juridictions et protection des libertés*, RFD adm., spéc. p. 736 et s. ; P. Jung, *Les vicissitudes de la répartition des compétences entre juge administratif et répressif*, JCP 1978.2904. Pour autant, les auteurs ne prononcent pas forcément sa disparition. V. D. Truchet, *Fusionner les juridictions administratives et judiciaires, Etudes offertes à J.-M. Aubry*, Ed. Dalloz, 1992, p. 135 et s. ; du même auteur, *Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel*, *Justices*, 1996, p. 53 et s. ; B. Störn, *Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel*, *Justices*, 1996, p. 41 et s.

(95) Le temps est arrivé d'engager une réflexion sur la nature de ses fonctions. En ce sens, J. Casaigne, *op. cit.*, p. 29.

(96) Art. 730, c. pr. pén.

(97) V. P. Couvrat, *La libération conditionnelle vue par la Chambre criminelle*, *cette Revue*, 1992, p. 692 ; J.-P. Dintilhac, *Libération conditionnelle. Quel avenir ?*, *Rev. pénit.*, 1998, spéc. p. 291 et s. ; P. Poncela, *Le fait du prince : la libération conditionnelle accordée par le ministre de la Justice*, *cette Revue*, 1999, p. 139 et s.

(98) Le commissaire du gouvernement P. Frydman dans ses conclusions sous l'arrêt *Marie* envisageait cette possibilité, RFD adm., 1995, p. 353 et s. ; V. aussi en ce sens, J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, t. II, 2^e éd., Dalloz, 1998, p. 450.

recours au juge judiciaire. Les réductions de peine pour bonne conduite (art. 721, c. pr. pén.) ont perdu leur fonction d'individualisation pour devenir automatiques (99).

L'octroi systématique des réductions de peines ordinaires ne s'accorde plus avec les dispositions de l'article D 253 du code de procédure pénale. Il conviendrait donc de revoir sa rédaction et d'admettre qu'un comportement passif du détenu (absence de mauvaise conduite) suffirait pour bénéficier d'une remise de peine et, afin de faciliter le travail des greffes des établissements et du JAP, de retenuir de nouvelles modalités de calcul (100). L'idéal serait d'entériner la pratique actuelle par un système de crédit de peine comme en Grande-Bretagne (101). Les réductions de peines ordinaires seraient alors fixées au jour de la condamnation et réduites, le cas échéant, par la commission de discipline que pourrait présider le JAP, en fonction des incidents disciplinaires imputables au condamné au cours de la détention.

En outre, l'on pourrait ne lancer la libération conditionnelle en transférant les effets de la réduction de peine supplémentaire « non plus sur la peine elle-même mais sur la durée du temps d'épreuve nécessaire à l'obtention de la libération conditionnelle » (102). Le recours régulier à la pratique des décrets de grâces collectives est insatisfaisant et ne correspond pas à un mode de gestion équitable et efficace de l'inflation carcérale (103).

Les dernières réformes en date, en légitimant les recours des détenus contre les décisions de retrait d'un placement sous surveillance électronique ou contre les décisions ordonnant la mise à exécution de l'emprisonnement pour les délinquants sexuels ne respectant pas leur obligation de soins, attestent du renouveau du droit de l'exécution des peines. Pour autant, elles ne simplifient pas les règles de procédure en fixant les recours devant la chambre des appels correctionnels alors que le droit commun de l'article 733-1 du code de procédure pénale donne compétence au tribunal correctionnel et l'article 722 à la chambre d'accusation.

Une approche globale du droit de l'exécution des peines et une stricte délimitation des compétences par le législateur s'avèrent primordiales. A plusieurs reprises, ces dernières années, cette matière s'est distinguée négativement par des contorsions juridiques, faute de clarté et de logique législative. Seulement, l'archaïsme de certaines règles est patent. La qualification de « mesures d'administration judiciaire » de l'article 733-1 du code de procédure pénale est aujourd'hui implicitement dénoncée par le législateur lui-même. Il est vrai que la rupture de l'égalité des armes, l'absence de prévisibilité et d'efficacité de la loi sont accablantes. Le terrain jurisprudentiel de l'exécution des peines doit être balisé par une répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif renouée, avec la seule obsession de la garantie juridictionnelle (104). Le respect des engagements internationaux de la France et la crédibilité du droit de l'exécution des peines en dépendent.

(99) V. F. Staechle, *Pratique de l'application des peines*, *op. cit.*, p. 140 et s.

(100) Des propositions de simplification du calcul ont été émises, V. le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, *op. cit.*, p. 10 ; F. Staechle, *Observations et propositions de l'ANJAP relatives au rapport Justice pénale et droits de l'homme*, *Rev. pénit.*, 1991, p. 65 et s.

(101) La pratique actuelle pourrait être entérinée par l'octroi d'un crédit de peine. En ce sens, P. Pelissier, *Techniques judiciaires de réduction de la peine privative de liberté*, *in* J. Pradel (dir.), *Prisons* : sortir avant terme, Ed. Cujas, 1996, p. 96.

(102) En ce sens, M.-E. Carriat, *Les propositions de la Commission d'étude pour la prévention de la récidive*, *in* J. Pradel (dir.), *Prisons*, *sortir avant terme*, Ed. Cujas, 1996, p. 112.

(103) V. B. Lavielle et C. Lecointre, *De grâce, Monsieur le Président...*, *Gaz. Pal.*, 29/30 oct. 1997, p. 3 et s.

(104) V. déjà C. Nils Robert, *La participation du juge à l'application des sanctions pénales*, *Univ. Genève*, 1974, p. 117 et s. *Adde* sur l'importance de réévaluer l'instance judiciaire, A. Garapon et D. Salas, *Pour une nouvelle intelligence de la peine*, *Rev. Espirit*, oct. 1995, spéc. p. 151 et s.