



HAL
open science

**L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE
FRANÇAISE ET L'ARTICLE 3 DE LA
CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE
L'HOMME : ETUDE DU PROCESSUS DE “
RECEPTION ADMINISTRATIVE ” DE LA NORME
SUPRANATIONALE**

Marie-Julie Bernard

► **To cite this version:**

Marie-Julie Bernard. L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE FRANÇAISE ET L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME : ETUDE DU PROCESSUS DE “ RECEPTION ADMINISTRATIVE ” DE LA NORME SUPRANATIONALE. Droit. Université Pierre Mendès-France - Grenoble II, 2005. Français. NNT : . tel-01958643

HAL Id: tel-01958643

<https://hal.univ-grenoble-alpes.fr/tel-01958643v1>

Submitted on 18 Dec 2018

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

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

**UNIVERSITE GRENOBLE II – PIERRE MENDES FRANCE
FACULTE DE DROIT**

N° attribué par la bibliothèque

□□□□□□□□□□

Thèse pour le doctorat en droit public

présentée et soutenue publiquement
le 6 juin 2005

par

MARIE-JULIE BERNARD

Titre :

**L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE FRANÇAISE ET L'ARTICLE 3
DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME
ETUDE DU PROCESSUS DE « RECEPTION ADMINISTRATIVE » DE
LA NORME SUPRANATIONALE**

Directeur de thèse :

Monsieur Jean-Charles FROMENT

Professeur de droit public à l'Université Grenoble II, Pierre Mendès
France

Membres du jury :

Monsieur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA,

Professeur de droit public à l'Université de Limoges

Madame Hafida BELRHALI,

Professeur de droit public à l'Université Grenoble II, Pierre Mendès
France

Monsieur Jean-Jacques GLEIZAL,

Professeur de droit public à l'Université Grenoble II, Pierre Mendès
France

Madame Pierrette PONCELA,

Professeur de droit pénal à l'Université Paris X, Nanterre

Madame Françoise TULKENS,

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Professeur
extraordinaire de droit pénal et de criminologie à l'Université de Louvain,
Belgique

REMERCIEMENTS

Je souhaite tout d'abord exprimer ma profonde reconnaissance à mon directeur de thèse pour ses conseils avisés et sa disponibilité tout au long de l'élaboration de ce travail.

Je tiens également à remercier les personnes qui ont accepté de me rencontrer dans le cadre des entretiens que je souhaitais réaliser.

Mes remerciements les plus sincères vont à Françoise Tulkens pour son précieux concours dans l'ébauche de ce travail.

Je remercie également Martine Kaluszynski pour sa relecture attentive, son soutien et bien plus encore.

Mes pensées les plus chaleureuses vont à mes parents... comment les remercier de m'avoir tant aidée.

Merci, enfin, à Josquin, mon époux, d'avoir été, d'être tout simplement là.

SOMMAIRE

Remerciements	1
Sommaire	3
Liste des principales abréviations utilisées	4
Introduction	6
Première partie - La longue absence de reconnaissance de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire	32
Titre I – L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, une norme non respectée par l'administration pénitentiaire	35
Chapitre 1 – Le choix d'une interprétation extensive de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme	37
Chapitre 2 – La connaissance par l'administration pénitentiaire de l'existence d'actes contraires à l'article 3 CSDH	59
Titre II – L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, une norme facultative pour l'administration pénitentiaire	88
Chapitre 1 – La « normativité relative » de l'article 3 CSDH pour l'administration pénitentiaire	90
Chapitre 2 – Une absence de contrôle réel de l'administration pénitentiaire	117
Deuxième Partie - Les opérations aboutissant à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire	145
Titre I – Les médiations nécessaires à la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants comme norme juridique contraignante	148
Chapitre 1 – Le CPT, organe ad hoc de la réception de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire	150
Chapitre 2 – Les interventions non spécifiquement destinées à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH	187
Titre II – L'intégration de l'article 3 CSDH dans le droit interne reconnu par l'administration pénitentiaire	232
Chapitre 1 – L'intégration législative de l'article 3 CSDH dans le droit interne à destination de l'administration pénitentiaire	234
Chapitre 2 – La transposition administrative de l'article 3 CSDH	255
Troisième partie - Le processus de réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire, un analyseur du rapport de l'administration au droit	287
Titre I – Le processus de réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, révélateur de l'« auto-nomie » de l'administration pénitentiaire	291
Chapitre 1 – Le principe de légalité, mythe de l'action administrative	293
Chapitre 2 – Le rôle de l'administration pénitentiaire dans la production du droit : le principe de légalité mis en échec	309
Titre II – La systématisation du processus de réception de la norme supranationale par l'administration	324
Chapitre 1 – Le processus de réception de la norme supranationale par l'administration : une suite d'opérations complexe	326
Chapitre 2 – La norme supranationale, norme reçue par l'administration	343
Conclusion	367
Bibliographie :	373
Liste des entretiens	411
Table des matières	413

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

- AAI : Autorité administrative indépendante
- Ann* : *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*
- AJDA* : *Actualité juridique Droit administratif*
- APT : Association pour la prévention de la torture
- BJCP* : *Bulletin juridique des contrats publics*
- BOMJ* : *Bulletin officiel du ministère de la justice*
- Bull. Crim.* : *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation Chambre criminelle*
- CAA : Cour administrative d'appel
- CADA : Commission d'accès aux documents administratifs
- CC : Conseil constitutionnel
- CE : Conseil d'Etat
- CEDH* : *Recueil des Arrêts et Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme à partir du 1^{er} novembre 1998*
- CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
- CEPT : Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
- CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme
- CNDS : Commission nationale de déontologie de la sécurité
- CPP : Code de procédure pénale
- CPT : Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
- CSDH : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dite Convention européenne des droits de l'homme
- D.* : *Recueil Dalloz*
- DAP : Direction de l'administration pénitentiaire
- DR* : *Décisions et Rapports de la Commission européenne des droits de l'homme*
- DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme
- ENAP : Ecole nationale d'administration pénitentiaire
- ENM : Ecole nationale de la magistrature
- Gaz. Pal.* : *Gazette du Palais*
- GAJA* : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*
- GACEDH* : *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*
- IGAS : Inspection générale des affaires sociales
- IGSJ : Inspection générale des services judiciaires

ISP : Inspection des services pénitentiaires

JAP : Juge de l'application des peines

JO : Journal officiel

LPA : Les Petites Affiches

OIP : Observatoire international des prisons

ONG : Organisation non gouvernementale

PMJ : Personnes placées sous main de justice

PSE : Placement sous surveillance électronique

PUF : Presses universitaires de France

Rec. : Recueil Lebon

Recueil : Recueil des Arrêts et Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 1^{er} janvier 1996 au 31 octobre 1998

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

RFAP : Revue française d'administration publique

RFDA : Revue française de droit administratif

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

RFSP : Revue française de science politique

RPDP : Revue pénitentiaire et de droit pénal

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

Série A : Arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, les rapports de la Commission sont inclus en annexe de l'arrêt, jusqu'en décembre 1995

TA : Tribunal administratif

TC : Tribunal des conflits

INTRODUCTION

Sécurité publique et respect de la dignité de la personne humaine sont deux principes dialectiquement liés. La sécurité publique est l'une des composantes de l'ordre public, au même titre que le respect de la dignité de la personne humaine¹. Le maintien de l'ordre public exige donc que le respect de la dignité de la personne humaine soit préservé, et au-delà, que le maintien de la sécurité publique ne se fasse pas au détriment de la dignité humaine. La conciliation des deux est pourtant bien difficile, et le maintien quotidien de la sécurité publique peut porter atteinte à la dignité de la personne humaine. L'exercice de cette mission a toujours pour corollaire l'exercice d'une contrainte, d'une coercition.

La prison est le lieu, par excellence, d'exercice de la contrainte, dans la mesure où les personnes détenues sont dépourvues de la liberté fondamentale d'aller et venir. La « totalisation » y est toujours bien présente, « si l'on porte le regard sur l'interface, la frontière, le lieu de rencontre entre la prison (et ses acteurs) et l'extérieur² ». Elle peut à la fois s'envisager comme une société close, avec son fonctionnement propre et par la même ses dysfonctionnements propres, mais également comme un révélateur de la société³. La relation du détenu à cette administration ne peut être celle de l'usager d'un service public comme un autre. « En effet, dans la société carcérale, la vie du détenu va se trouver entièrement régie par la puissance publique, ce qui donne une dimension totalisante à la relation juridique. (...) Si le pouvoir unilatéral est caractéristique de l'administration en général, cette dimension se trouve accentuée en prison.⁴ »

Selon l'article 1^{er} de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire⁵, ce dernier « participe à l'exécution des décisions et sentences pénales et au maintien de la sécurité publique ». Les personnes placées en détention sous l'autorité de l'administration pénitentiaire sont privées de liberté pour une durée longue, tout du moins supérieure à celle d'une garde à vue. Elles sont par conséquent vulnérables et soumises à la violence intrinsèque de l'enfermement. Les risques de mauvais traitements physiques

¹ CE Ass., 27 octobre 1995, *Comm. de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, *Rec.*, p. 372 ; *RFDA*, 1995, p. 1024, concl. P. Frydman ; *GAJA*, n° 104 ; *D.*, 1996, p. 177, note G. Lebreton ; *RDP*, 1996, p. 536, notes M. Gros et J.-C. Froment.

² P. Combessie, « Ouverture des prisons, jusqu'à quel point ? », in C. Veil, D. Lhuillier (dir.), *La prison en changement*, collection « Trajets », Ramonville Saint-Agne, Eres, 2000, p. 95.

³ P. Combessie, *Sociologie de la prison*, coll. « Repères », La Découverte, Paris, 2001, pp. 87 et s.

⁴ E. Péchillon, « La prison, un service public protéiforme mal intégré dans l'appareil étatique », in E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline en formation*, Rennes, Laboratoire d'études du droit public, 2003, 311 p.

⁵ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JO*, 23 juin 1987.

ou mentaux auxquels peuvent être soumises les personnes privées de liberté sont bien réels. Les règles internationales le reconnaissent, il suffit pour s'en rendre compte de se reporter aux principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement adoptés en 1988 par l'Assemblée Générale des Nations Unies⁶. L'exercice d'une mission de sécurité publique ne devrait pas se faire au détriment de la dignité humaine. La détention devrait être la privation de liberté et rien d'autre. Différents textes juridiques le rappellent à l'administration pénitentiaire. Or, malgré l'existence de normes juridiques, la prison continue d'être le terrain de mauvais traitements, de violences institutionnelles « illégitimes », au-delà de l'enfermement qui peut être considéré en lui-même comme une violence faite à l'individu, comme une source de souffrance.

Au début de l'été 2000, a eu lieu la retentissante publication des rapports parlementaires sur les prisons⁷. Le rapport de l'Assemblée nationale commence ainsi : « En septembre 1999, une délégation parlementaire conduite par Mme Catherine Tasca, présidente de la commission des lois, visitait la maison d'arrêt de Saint-Denis de la Réunion. L'état lamentable de cet établissement, "*une honte pour la République !*" comme a cru devoir le qualifier un des membres de la délégation, a permis d'entamer une nécessaire réflexion sur le système pénitentiaire français⁸ ». L'administration pénitentiaire est alors sous le feu des projecteurs, et les conditions de détention inhumaines dénoncées. L'existence de traitements inhumains ou dégradants dans les prisons françaises est jugée indigne de notre République. Pourtant, les constatations du Comité de prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (CPT) font état, depuis maintenant quatorze années, des « mauvais traitements » auxquels les personnes privées de liberté peuvent être confrontées dans les établissements pénitentiaires français⁹. Le CPT a pour vocation de faire respecter les stipulations de la Convention européenne pour la prévention de la

⁶ Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, résolution 43/173 adoptée le 9 décembre 1988, par l'Assemblée générale des Nations Unies au cours de sa 43^{ème} session.

⁷ G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, « Rapport de la commission d'enquête sur « les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France n° 449 », tomes 1 et 2, Paris, Sénat, 2000, 224 p. ; 551 p. et J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, « Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises n° 2521 », tome 1 : rapport ; tome 2 : auditions, Paris, Assemblée nationale, 2000, 328 p ; 565 p.

⁸ J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, « Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises n° 2521 », tome 1 : rapport, *op. cit.*, p. 9.

⁹ *Infra* première partie, chapitre 1, I, B.

torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants (CEPT)¹⁰, instrument visant à renforcer la protection des personnes privées de liberté contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants¹¹, et partant la protection offerte à ces personnes par l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹² (CSDH), dite « Convention européenne des droits de l'homme », stipulant que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des traitements inhumains ou dégradants ». En ce sens, l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH permet d'interroger l'emprisonnement¹³, et partant le fonctionnement et l'organisation du service public pénitentiaire.

Les violations de l'interdit de la torture et des peines ou des traitements inhumains ou dégradants contenu dans l'article 3 CSDH, norme hautement symbolique, font l'objet d'un véritable contrôle juridictionnel¹⁴, ce qui a été renforcé par l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme en 1998¹⁵. Cet interdit a une réelle force obligatoire pour les Etats parties à la Convention, à la différence d'autres déclarations. L'article 3 CSDH appartient au bloc de légalité de l'administration pénitentiaire, en application de l'article 55 de la Constitution de 1958¹⁶, ce qui n'était pas

¹⁰ Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe à Strasbourg, le 26 novembre 1987, entrée en vigueur le 1^{er} février 1999, réf. CPT/Inf/C (2002) [FR] (Partie 1).

¹¹ Article 1^{er} de la CEPT : « Il est institué un Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Par le moyen de visites, le Comité examine le traitement des personnes privées de liberté en vue de renforcer, le cas échéant, leur protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants »

¹² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950 par les Gouvernements signataires, Membres du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

¹³ F. Tulkens, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *L'Astrée. Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, n° 7, avril 1999, p. 3.

¹⁴ CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n° 5493/72, Série A n° 24, § 48 : « La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (arrêt du 23 juillet 1968 sur le fond de l'affaire "linguistique belge", série A n° 6, p. 35, par. 10 in fine). La Convention confie en premier lieu à chacun des Etats contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes (article 26). »

¹⁵ Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998. Désormais, le requérant individuel peut saisir directement la Cour. Par ailleurs, la CEDH devient un véritable organe judiciaire, indépendant, du fait de « la disparition de la Commission européenne des droits de l'homme et du rôle du Comité des ministres pendant l'examen des requêtes ». F. Tulkens, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 3.

¹⁶ Article 55 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » Constitution du 4 octobre 1958, adoptée par référendum le 28 septembre 1958. *Constitution française du 4 octobre 1958*, coll. « Documents d'études. Droit constitutionnel et institutions politiques », Paris, La documentation française, 2003, 52 p.

le cas jusqu'en 1974, année de ratification de la CSDH par la France¹⁷. Par conséquent, cette dernière n'a force obligatoire en France que depuis trente ans. La France n'a, par ailleurs, pas immédiatement reconnu la possibilité aux individus de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, et le contrôle qui a tout d'abord été exercé est le contrôle inter-étatique, marginal, mis en place par la Convention. Le droit de recours individuel n'a, à l'origine, été institué que de manière facultative, dans la mesure où la possibilité de saisir la Cour était subordonnée à l'acceptation par les Etats de la compétence de la Commission, filtre entre l'individu et la Cour. Ce recours n'est devenu possible pour les individus en France, qu'à partir du 2 octobre 1981¹⁸, date à laquelle la France a accepté la compétence de la Commission en la matière¹⁹. Les institutions françaises ne sont donc véritablement confrontées²⁰ aux normes de la CSDH que depuis vingt-cinq ans. Ce quart de siècle sera donc privilégié dans l'étude du rapport de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH, la période antérieure pouvant être considérée comme la « pré-histoire » du rapport de l'administration pénitentiaire à cette norme²¹.

L'administration pénitentiaire est soumise, comme toutes les institutions françaises, au principe de légalité. Cela signifie qu'elle doit se conformer aux normes juridiques reconnues par l'Etat français, notamment aux stipulations contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 3 CSDH. Or, si l'administration pénitentiaire n'a jamais contesté l'existence de ce texte, il en va différemment de son rapport à la norme qu'il contient. Ainsi, alors que l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants concerne l'administration pénitentiaire au plus haut point, cette dernière n'a pas considéré l'article 3 CSDH comme étant le texte d'une norme juridique

¹⁷ Loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, et de ses protocoles additionnels, *JO*, 3 janvier 1974 et publiée par un décret n°74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, et de ses protocoles additionnels, *JO*, 4 mai 1974.

¹⁸ Déclaration datée du 2 novembre 1981 prise à l'initiative du garde des Sceaux, R. Badinter, et du ministre des Affaires européennes, A. Chandernagor.

¹⁹ Le protocole additionnel 11 a supprimé la clause facultative, le droit de recours individuel est désormais ouvert de plein droit, l'article 34 de la Convention est dorénavant formulé ainsi : « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particulier qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

²⁰ On ne totalise qu'une vingtaine de requêtes interétatiques devant la CEDH. G. Cohen-Jonathan, *La protection internationale des droits de l'homme. Europe*, coll. « Documents d'études. Droit international public », Paris, La documentation française, 2002, 65 p.

²¹ Bien entendu, nous ferons parfois référence à des périodes antérieures à 1981 pour éclairer notre propos.

contraignante lui étant destinée²². La reconnaissance du caractère contraignant de la norme contenue dans l'article 3 CSDH n'est pas allée d'elle-même du simple fait de l'application du principe de légalité. La reconnaissance de la juridicité du texte et de la norme contraignante qu'il contient ne dépend pas de la seule appartenance de ce texte à la hiérarchie des normes, encore faut-il qu'il soit compris comme contenant une norme juridique contraignante par ceux à qui il est destiné. L'objet de ce travail sera, à cet effet, d'identifier et d'analyser les conditions de la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire.

DELIMITATION DE L'OBJET D'ETUDE

A ce stade, les termes employés méritent d'être explicités, afin que par la suite leur utilisation ne puisse prêter à confusion. Il s'agit donc de caractériser l'institution étudiée, l'administration pénitentiaire, de délimiter le champ d'application de l'article 3 CSDH et de définir la notion de réception.

L'administration pénitentiaire

L'administration pénitentiaire ne se résume pas au milieu fermé, le milieu ouvert représente d'ailleurs une part importante de ses activités. La réforme des comités de probation et d'assistance aux libérés et des services socio-éducatifs des établissements pénitentiaires fusionnés en services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP), entrée en vigueur en 1999²³, a été l'un des grands changements au sein de l'administration pénitentiaire dans les années 1990. Pourtant, la prison continue de représenter l'activité emblématique de cette administration. Emblématique, car, depuis l'abolition de la peine

²² O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, 1999, pp. 78 et s.

²³ Décret n° 99-276 du 13 avril 1999 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *JO*, 14 avril 1999. Les services en charge de l'insertion à l'administration pénitentiaire étaient, jusqu'alors répartis en deux catégories : les services intervenants en milieu ouvert, en direction des personnes condamnées libres (Comité de Probation et d'Assistance aux Libérés), et ceux qui en milieu fermé, en détention, prennent en charge les détenus (Services Socio-Éducatifs des établissements pénitentiaires).

de mort en 1981²⁴, elle est désormais la peine la plus lourde encourue en France ; emblématique aussi, car renvoyant à l'enfermement, l'exclusion, notions lourdes de sens dans l'imaginaire collectif.

Si donc, l'administration pénitentiaire ne se réduit pas à la prison, le milieu fermé demeure un terrain de recherche privilégié dans la mesure où la problématique de l'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants y trouve un écho particulier, alors qu'elle n'est pas au cœur du fonctionnement du milieu ouvert. On pourrait même envisager que le développement des peines alternatives à l'incarcération – ajournement avec mise à l'épreuve, sursis avec mise à l'épreuve, travail d'intérêt général (TIG), placement sous surveillance électronique (PSE) –, ainsi que celui des mesures d'exécution de peine permettant à la personne placée sous main de justice de sortir ou de ne pas entrer en prison – libération conditionnelle, placement à l'extérieur, semi-liberté, et PSE – est un moyen de lutter contre les traitements inhumains ou dégradants, puisque ces différentes mesures évitent l'incarcération, présentée par tous ceux qui évoluent autour de la prison comme un mal nécessaire.

Par ailleurs, l'administration pénitentiaire trouve difficilement sa place au sein des services publics. Eric Péchillon résume en ces termes la position actuelle du Conseil d'Etat : « la prison est un service public administratif du fait que les missions qui lui sont confiées ne permettent pas d'être assimilées à une autre catégorie de service public²⁵ ». C'est la décision du Tribunal des Conflits *Dame Fargeaud d'Epied*²⁶ qui va constituer la base du bloc de compétence administrative en matière pénitentiaire. Saisi d'un conflit négatif, le Tribunal des conflits a admis que le litige intéressait le « fonctionnement administratif du service pénitentiaire » et qu'il relevait donc du juge administratif²⁷ : en l'espèce, il s'agissait d'une affaire dans laquelle un détenu avait été tué alors qu'il purgeait une peine de travaux forcés à perpétuité dans un centre d'internement administratif. La

²⁴ Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort, *JO*, 10 octobre 1981.

²⁵ E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, LGDJ, 1998, p. 115.

²⁶ TC, 22 février 1960, *Dame Fargeaud d'Epied, Rec.*, p. 853. « Considérant que s'il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire et dont l'exécution est poursuivie à la diligence du ministère public, un litige relatif au retard apporté à transférer un condamné aux travaux forcés dans une maison de force intéresse le fonctionnement administratif du service pénitentiaire, lequel échappe au contrôle des magistrats de l'ordre judiciaire et ne relève que de la juridiction administrative ».

²⁷ J.-M. Auby, « Le contentieux administratif du service public pénitentiaire », in *RDP*, 1987, n° 3, p. 554.

Haute juridiction a ainsi formulé le principe de répartition des compétences entre juridiction judiciaire et juridiction administrative : les litiges « relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire » relèvent de l'autorité judiciaire, « le fonctionnement administratif du service pénitentiaire », de la juridiction administrative. Si le droit qui gouverne le service public pénitentiaire est administratif et que par conséquent les juridictions administratives sont seules compétentes pour en connaître²⁸, les actes d'exécution des jugements quant à eux ne sont pas de la compétence administrative, ainsi qu'il en a été décidé pour une décision du juge d'application des peines (JAP) d'accorder une réduction de peine²⁹, ou pour l'octroi ou le refus d'une permission de sortir par le JAP³⁰.

Quant au droit applicable, par et pour l'administration pénitentiaire, les doutes peuvent aussi exister. « Partout, un droit pénitentiaire semble à la recherche de lui-même. Partout se pose la question de la codification du statut juridique du détenu, et des contrôles interne et externe sur le monde fermé de la prison³¹. » Le droit pénitentiaire a pu être défini comme « l'ensemble des normes juridiques se rapportant au traitement des condamnés³² ». Quoi qu'il en soit, « n'ayant pas d'existence reconnue, le droit pénitentiaire public n'a donc pu bénéficier de toute l'attention indispensable à l'élaboration d'une discipline juridique. Etant donné sa dimension plurielle, aucune des sources généralement admises du droit administratif ne peut revendiquer la paternité exclusive de cette matière. La

²⁸ Modalité du traitement pénitentiaire contre modification des limites d'une peine ? L'arrêt du Tribunal des Conflits du 3 juillet 2000 rappelle la solution jurisprudentielle antérieure : « l'action fondée sur une responsabilité sans faute de l'Etat en raison du préjudice résultant d'un crime ou d'un délit commis au cours d'une permission de sortir accordée à un condamné par le juge de l'application des peines, relève de la compétence de la juridiction administrative », puisqu'il s'agit ici d'apprécier le fonctionnement du service pénitentiaire dans cette action de plein contentieux, non la légalité de la décision du JAP devant le juge de l'excès de pouvoir. TC, 3 juillet 2000, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. consorts Primau et Fosset*, Rec, p. 766 ; *AJDA*, 2000, p. 961. La juridiction administrative est en effet compétente pour connaître d'une action en responsabilité engagée en raison d'un dommage causé à un tiers par un détenu bénéficiaire d'une permission de sortir depuis l'arrêt *Theys*, CE 5/3 SSR, 2 décembre 1981, *Theys*, Rec., p. 456 ; *D.*, 1982, p. 550, note Tedeschi.

²⁹ CE Sect., 9 novembre 1990, *Théron*, Rec., p. 313 ; *AJDA*, 1991, p. 546, note Belloubet-Frier ; *RFDA*, 1991, p. 671, note Pradel.

³⁰ CE, 6/4 SSR, 9 février 2001, *Malbeau*, Rec., p. 54 ; *RFDA*, 2001, p. 534 ; *RFDA*, 2002, pp. 598-602, note J.-P. Céré, E. Péchillon, « Le détenu et son juge ». « Il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire et dont l'exécution est poursuivie à la diligence du ministère public ». « La décision, par laquelle le juge de l'application des peines accorde ou refuse à un condamné une permission de sortir, n'est pas une simple modalité du traitement pénitentiaire mais constitue une mesure qui modifie les limites de la peine ».

³¹ O. de Schutter et D. Kaminski, « Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus », in Olivier de Schutter et Dan Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire, Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, coll. « La pensée juridique », Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 3.

³² S. Plawski, *Droit pénitentiaire*, Villeneuve d'Ascq, Publication de l'Université de Lille III, 1977, p. 29.

plupart des grands principes directeurs des autres branches du droit y trouvent une application parcellaire, déformée par le prisme de la sécurité. Il en résulte un droit au contenu original, issu d'une construction empirique au cours de laquelle chaque source normative intervient épisodiquement³³ ». Lorsque Eric Péchillon emploie ce terme, c'est pour parler d'« un droit spécifique applicable au service public pénitentiaire³⁴ », et lorsqu'il y sera désormais fait référence, ce sera dans ce sens.

Certains auteurs qualifient encore l'ordre juridique pénitentiaire « d'ordre totalitaire³⁵ » du fait du rapport étroit entre juridique et disciplinaire qui persiste. Il ne s'agit cependant pas de dire que l'administration pénitentiaire est hors du droit, ni qu'elle est une institution qui ne se modernise pas, Martine Herzog-Evans a d'ailleurs pu parler de « la révolution pénitentiaire française³⁶ ». Mais la profusion normative conforte ce mode de fonctionnement et le règlement figure la loi de l'institution, « sa règle, mais aussi son modèle »³⁷. A nouveau, ces traits sont autant d'éléments qui permettent de mettre en évidence le rapport de cette administration au droit, alors même que « la règle pénitentiaire interne est toute entière au service de l'institution, ce qui se traduit par une unilatéralité du rapport juridique au profit du collectif³⁸ ». Comment dès lors ne pas envisager l'institution pénitentiaire, comme une survivance de cet ordre totalitaire, où les règles « qu'elle secrète ont vocation à s'appliquer à l'exclusion de toute autre, et les lois en vigueur dans la société environnante n'ont pas cours dans cette micro-société à part et à l'écart³⁹ ». Si les auteurs s'affrontent sur la question de savoir si la prison est aujourd'hui encore une « institution totale », en référence au concept d'Erving Goffman⁴⁰, le droit

³³ E. Péchillon, *op. cit.*, pp. 22 et s.

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ « On voit alors de dessiner, à l'étroite et instable jointure du juridique et du disciplinaire, la fonction complexe et plurielle des normes de l'institution totalitaire : tissant l'enveloppe du despotisme, codifiant l'intégralité de l'espace temps institutionnel et enserrant les individus dans un réseau de contraintes qui exclut toute initiative autonome, concourant enfin, par le jeu incessant qui renvoie de la règle, à produire et reproduire cet ordre à part, à la lisière du droit et du non-droit, qu'est l'ordre totalitaire. » D. Lochak, « Droit et non droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *L'institution*, Paris, PUF, 1981, p. 131.

³⁶ M. Herzog-Evans, « La révolution pénitentiaire française », in O. de Schutter et D. Kaminski (dir.), *op. cit.*, pp. 17-41.

³⁷ D. Lochak, « Droit et non droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », *op. cit.*, pp. 145 et s.

³⁸ J.-C. Froment, « Vers une "prison de droit" ? », *op. cit.*, p. 551.

³⁹ D. Lochak, « Droit et non droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », *op. cit.*, pp. 147 et s.

⁴⁰ E. Goffman, *Asiles, Etudes sur la condition sociale des malades mentaux*, Paris, Les éditions de Minuit, 1990, p. 41 : « On peut définir une institution totalitaire* (*total institution*) comme un lieu de résidence et de travail où un grand nombre d'individus, placés dans la même situation, coupés du monde extérieur pour une période relativement longue, mènent ensemble une vie recluse dont les modalités sont explicitement et

dans cette institution conserve des caractéristiques de l'ordre totalitaire⁴¹. Qu'en est-il alors du rapport au droit d'une telle institution ?

L'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La formulation de l'article 3 CSDH – stipulant que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » – reprend celle de l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948⁴², « nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». L'usage de mauvais traitements sur des personnes privées de liberté comme sur n'importe quel autre individu libre est ainsi expressément interdit au niveau international. Cette prohibition de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, par la Convention, présente un caractère absolu, et l'article 3 CSDH consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. On la rencontre également, en des termes voisins, dans d'autres textes internationaux, par exemple le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques⁴³ et la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969⁴⁴.

minutieusement réglées. Les prisons constituent un bon exemple de ce type d'institutions, mais nombre de leurs traits caractéristiques se retrouvent dans des collectivités dont les membres n'ont pas contrevenu aux lois. » * Le terme de totalitaire a été préféré par le traducteur, étant entendu qu'il faut ici le comprendre dans son sens premier « qui englobe ou prétend englober la totalité des éléments d'un ensemble donné ». C'est en ce sens que nous employons la notion d'institution totale, prêtant moins à confusion.

⁴¹ Quoi qu'il en soit, et pour reprendre l'analyse de Robert Castel dans la présentation d'*Asiles*, « les catégories qui valent pour l'analyse des institutions totalitaires sont aussi celles qui rendent le mieux compte de l'existence sociale dans une communauté pluraliste et "libérale". Les antagonismes, tels qu'ils se manifestent au grand jour lorsqu'une organisation unique de l'existence tente d'imposer sa réglementation, sont de même nature que les conflits latents, les tensions mutuellement annulées entre les différentes institutions qui, dans la vie normale, se neutralisent dans leur lutte pour l'hégémonie » (...) « Le modèle de l'institution totalitaire a donc la portée méthodologique la plus générale, non seulement parce qu'il permet de prendre conscience de la négativité dissimulée par le finalisme fonctionnaliste qui préside souvent à l'étude des organisations, mais surtout parce qu'il invite à une relecture critique des théories classiques de la socialisation. » R. Castel, in E. Goffman, *op. cit.*, p. 34. Envisager la prison comme une institution totale n'ôterait donc pas son caractère représentatif à l'administration pénitentiaire, au contraire. D'autres institutions publiques ont pu aussi être qualifiées d'institutions totales, comme l'armée ou les hôpitaux.

⁴² Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 à Paris.

⁴³ Article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York, le 16 décembre 1966 : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique. »

⁴⁴ Article 5-2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée le 22 novembre 1969 à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à

La Cour européenne des droits de l'homme a réaffirmé dans l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, que « l'article 3 ne ménage aucune exception et l'article 15 ne permet pas d'y déroger en temps de guerre ou autre danger national⁴⁵ ». L'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, dans lequel la Cour a conclu à l'existence de traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 CSDH, en rappelle le caractère absolu, ne prévoyant pas de restrictions, ce en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n° 1 et 4. D'après l'article 15-2, il ne souffre nulle dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation⁴⁶, y compris dans le contexte particulier du terrorisme. Dans un arrêt *Selmouni c. France* de 1999, condamnant la France pour torture, la Cour a pu réaffirmer la valeur de l'article 3 CSDH, dans le contexte, ici, du crime organisé⁴⁷. Ceci peut s'expliquer par le fait que l'article 3 CSDH traduit, selon Françoise Tulkens⁴⁸, « le caractère objectif des droits fondamentaux : les personnes les possèdent en raison de la dignité attachée à la personne humaine, quels que soient les actes qu'elles ont commis. (...) Les droits de l'homme ne sont en effet pas "méritoires" ».

Cette prohibition va même plus loin, car l'obligation pour les Hautes Parties Contractantes contenue à l'article 1 de la Convention d'assurer à toute personne de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention, combinée à celle de l'article 3 CSDH, implique que les Etats prennent les mesures nécessaires pour empêcher que les individus de leur juridiction ne soient soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants, y compris concernant les mauvais traitements infligés par des personnes privées, ce que la Cour a pu évoquer dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre

des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine. »

⁴⁵ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Cour plénière, req. n° 14038/88, *Série A n° 161*, § 88 ; *GACEDH*, n° 13.

⁴⁶ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Cour plénière, req. n° 5310/71, *Série A n° 25*, § 163 et dans l'arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Grande Chambre, req. n° 22414/93, *Recueil 1996-V*, § 79 : « la Cour est parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime ».

⁴⁷ CEDH, *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, Grande Chambre, req. n° 25803/94, *CEDH 1999-V*, § 95, *GACEDH*, n° 11 : « La Cour rappelle que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

⁴⁸ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in Céré J.-P. (dir.), *Panorama européen de la prison*, coll. « Sciences criminelles », Paris, L'Harmattan, 2002, p. 34.

1998⁴⁹. Ces mesures doivent produire une protection effective, en particulier, concernant les enfants et toute autre personne vulnérable. Cela implique que des dispositions raisonnables soient prises pour prévenir le mauvais traitement dont les autorités ont eu, ou auraient dû avoir connaissance⁵⁰. L'obligation contenue dans l'article 3 CSDH s'impose donc aux autorités françaises avec toute sa force.

L'article 3 CSDH concerne la torture, les traitements inhumains ou dégradants et les peines inhumaines ou dégradantes. Le champ d'étude sera ici restreint aux seuls tortures et traitements inhumains ou dégradants. En effet, étudier la question des peines inhumaines ou dégradantes consisterait à envisager les sanctions prononcées par les tribunaux judiciaires. Or, ces sanctions ne sont que celles prévues dans les textes législatifs et recensés dans le Code pénal : « nulla poena, nullum crimen, sine lege ». La CEDH, dans un arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978⁵¹, à l'occasion de l'examen d'une peine consistant en des coups de canne infligés à un adolescent pour un délit mineur, a reconnu que si « un individu peut être humilié par le simple fait qu'on le condamne au pénal », « il serait absurde de soutenir que toute peine judiciaire, en raison de l'aspect humiliant qu'elle présente d'ordinaire et presque inévitablement, revêt un caractère "dégradant" au sens de l'article 3 ». Elle met en évidence dans cet arrêt, qu'« en interdisant expressément les peines "inhumaines" et "dégradantes", l'article 3 CSDH implique (...) qu'elles se distinguent des peines en général ». Aux yeux de la Cour, « pour qu'une peine soit "dégradante" et enfreigne l'article 3, l'humiliation ou l'avilissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation mentionné. Cette appréciation est nécessairement relative : elle dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, et notamment de la nature et du contexte de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution ». Dans l'arrêt *Tyrer*, la Cour a retenu que la peine consistait à traiter quelqu'un en objet⁵². Ainsi, les châtiments sur le

⁴⁹ CEDH, *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, req. n° 25599/94, *Recueil 1998-VI*, § 22.

⁵⁰ CEDH, *E. et autres c. Royaume-Uni*, 26 novembre 2002, 2^{ème} section, req. n° 33218/96, § 88.

⁵¹ CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, *Série A n° 26*, § 30.

⁵² *Ibid.*, § 33 : « Les peines judiciaires corporelles impliquent, par nature, qu'un être humain se livre à des violences physiques sur l'un de ses semblables. En outre, il s'agit de violences institutionnalisées, en l'occurrence autorisées par la loi, prescrites par les organes judiciaires de l'Etat et infligées par sa police (paragraphe 10 ci-dessus). Ainsi, quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtimement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne. On ne saurait davantage exclure que la peine ait entraîné des séquelles psychologiques néfastes. Le caractère institutionnalisé de ces violences se combine de surcroît avec

corps ont disparu avec l'invention de la prison⁵³, mais ils « continuent d'une certaine manière à hanter le système⁵⁴ », notamment à travers les conditions de détention. C'est donc désormais du côté de la détention que les atteintes à l'article 3 CSDH peuvent avoir lieu, même si de nouvelles situations sont aujourd'hui identifiées comme problématiques au regard de cette notion de peine inhumaine ou dégradante : il s'agit notamment de « la focalisation, dans certains pays, sur les délinquants sexuels, mais la France n'est pas concernée au premier chef en la matière »⁵⁵.

L'administration pénitentiaire, qui ne fait qu'exécuter les décisions et sentences pénales, et favoriser la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire⁵⁶, n'est donc pas concernée directement par la question des peines inhumaines et dégradantes. Cependant, elle peut être amenée à prononcer des sanctions disciplinaires prévues par les textes, ou même à prendre des mesures pouvant s'apparenter à des sanctions, alors même que le juge se refuse à les connaître⁵⁷. Quoi qu'il en soit, ces mesures relèvent de l'exécution de la sanction pénale et des modalités de cette exécution, et entreront, le cas échéant, dans la catégorie des traitements inhumains ou dégradants⁵⁸.

l'ensemble de la procédure officielle dont s'accompagnait le châtimement et avec la circonstance que les exécutants étaient entièrement étrangers au délinquant. »

⁵³ Comme le fait remarquer M. Foucault, in *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, coll. « nrf », Paris, Gallimard, 1989, p. 16 : « le châtimement est passé d'un art des sensations insupportables à une économie des droits suspendus », les châtimements corporels ont en effet disparu de notre Code pénal, avec la révision de 1832, supprimant les dernières peines corporelles comme la flétrissure ou la marque au fer rouge sur l'épaule du condamné.

⁵⁴ F. Tulkens, Intervention lors du Colloque international inaugural de l'ENAP, les 8, 9 et 10 novembre 2000, *Sens de la peine et droits de l'homme, Actes du Colloque international inaugural de l'ENAP*, Agen, ENAP, 2001, pp. 30 et s.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JO*, 23 juin 1987.

⁵⁷ Ce qui est le cas du placement disciplinaire à titre préventif sur décision du chef d'établissement, CE 5/7 SSR, 12 mars 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Frérot, Rec.*, p. 121 ; *AJDA*, 2003, p. 1271 concl. contr. T. Olson ; *AJDA*, 2003, p. 251, note M.-C. de Montecler. Nous aurons l'occasion de commenter cet arrêt, infra, première partie, titre II, chapitre 2, I, A.

⁵⁸ Le maintien à l'isolement d'un détenu contre son gré pendant plus de huit ans (CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, req. n° 59450/00) ou le fait d'avoir rasé le crâne de l'intéressé à l'occasion d'une punition d'isolement cellulaire (CEDH, 11 décembre 2003, *Yankov c. Bulgarie*, 1^{ère} section, req. n° 39084/97, *CEDH 2003-XII*) ont été examinés par la CEDH sous l'angle du traitement inhumain ou dégradant.

La notion de réception

La notion de réception est communément définie comme « l'action de recevoir ». Concernant la réception de quelque chose, elle signifie, concrètement, le « fait pour le destinataire de recevoir effectivement »⁵⁹. Au figuré, cette notion est désormais entendue comme « l'action d'accepter »⁶⁰. L'étude d'une « réception » implique donc l'étude d'une action effective d'un « récepteur » par rapport à une « marchandise » devant être reçue. Juridiquement, la notion de réception est employée dans plusieurs situations. Le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* la définit comme « l'emprunt d'un ensemble à un autre système juridique⁶¹ ». Elle est également souvent comprise comme « l'implantation des systèmes juridiques étrangers dans des pays autres que ceux qui les ont élaborés⁶² ». Par ailleurs, la notion de réception d'un acte de droit international, dans les manuels de droit international public, renvoie traditionnellement à l'introduction de cet acte dans le droit interne « par un acte interne spécial, telle la promulgation, et de façon générale toute disposition interne qui prévoit ses conditions d'application⁶³ ». « Cette question de la "réception" de la règle conventionnelle relève du régime constitutionnel des Etats, qui définit l'attitude générale de l'Etat face au droit international. A cet égard, la lettre de la Convention européenne des droits de l'homme (...) n'impose pas l'intégration de la Convention en droit interne⁶⁴. »

De ce point de vue, s'interroger sur la réception d'une norme supranationale revient à étudier son applicabilité dans l'ordre interne. L'applicabilité directe suppose « que la règle internationale n'a pas besoin, pour être applicable, d'être introduite dans l'ordre juridique interne par une disposition spéciale.⁶⁵ » Pour ce qui concerne les rapports entre droit international et droit interne dans les Etats dits « monistes », tels la France, les traités

⁵⁹ J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

⁶⁰ Ce que l'on retrouve d'ailleurs en droit civil concernant la théorie de la réception ou les contrats spéciaux. R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Ed. du Juris-Classeur, 2004, p. 321.

⁶¹ G. C. J. J. Van den Bergh, in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 515.

⁶² P. Dauchy, « La réception du droit anglo-saxon en terre d'Irlande », in *Archives de philosophie du droit*, tome 26, 1981, p. 281.

⁶³ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2004, pp. 178 et s. La transposition renvoyant quant à elle à la nécessité que « ses dispositions soient reprises par des instruments internes qui en transposent les termes en les rendant efficaces à l'égard des sujets de droit interne, par exemple une loi ou un règlement ».

⁶⁴ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, 2003, p. 186.

⁶⁵ *Ibidem*.

internationaux produisent leurs effets dans l'ordre juridique interne dès leur entrée en vigueur sans qu'aucun acte de réception ne soit nécessaire. Le monisme constitutionnel, excluant toute mesure de « réception » de la norme conventionnelle, ne règle cependant que la question des conditions de validité de la disposition internationale dans l'ordre interne⁶⁶ mais non le problème plus précis de son applicabilité directe⁶⁷, c'est-à-dire des conditions dans lesquelles les particuliers peuvent demander au juge de leur appliquer. « En France, si l'article 55 de la Constitution traite de l'application immédiate des dispositions conventionnelles, les intégrant dans la hiérarchie des normes à un rang supérieur à celui des lois, c'est en revanche le juge administratif qui définit les conditions dans lesquelles la norme internationale immédiatement applicable pourra être aussi directement invocable⁶⁸. » Ainsi, « est directement applicable une norme qui peut être invoquée par les personnes privées, physiques ou morales, devant les institutions internes sans aucune mesure interne de réception⁶⁹ ».

L'importance prise par la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre interne semble tenir à deux facteurs : son application directe dans l'ordre interne et l'existence du droit de recours individuel⁷⁰. « Outre le fait que cet effet direct découle de l'incorporation en droit français de la Convention, à travers l'article 55 de la Constitution, il faut encore, pour qu'il joue pleinement, que la Convention soit "par son contenu même, susceptible de créer des droits au profit des particuliers. Cette condition se subdivise en deux éléments, le premier se rapportant à l'intention des auteurs du traité, le second au caractère suffisamment précis des stipulations en cause⁷¹". On doit observer que la CEDH remplit pleinement toutes ces conditions pour la quasi-totalité de ses dispositions. Le second facteur est dans une certaine mesure la conséquence du premier. L'existence du droit de recours individuel est la conséquence logique de la nature même des dispositions

⁶⁶ H. Tigroudja, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », in *RFDA*, 2003, p. 154.

⁶⁷ L'applicabilité directe est « l'aptitude d'une règle de droit international ou de droit communautaire à produire des effets en faveur ou à la charge des sujets de droit de l'ordre interne sans nécessité d'une mesure portant réception dans le droit national ». CJCE, 31 janvier 1978, *Fratelli Zerbone*, 94/77, *Rec.*, 1978, p. 99.

⁶⁸ H. Tigroudja, *op. cit.*, p. 154..

⁶⁹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, coll. « Universités francophones », Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 71.

⁷⁰ S. Braconnier, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 34.

⁷¹ R. Abraham, « L'applicabilité directe de la CEDH devant la juridiction administrative », in *Le juge administratif français et la CEDH*, Actes du colloque tenu à Montpellier les 14 et 15 décembre 1990, *RUDH*, 1991, p. 276.

de la Convention.⁷² » Le Conseil d'Etat reconnaît un effet direct à de très nombreuses dispositions de la CSDH⁷³, et l'article 3 CSDH en fait partie⁷⁴, quand bien même un doute subsisterait concernant certaines dispositions⁷⁵. Laurence Potvin-Solis met d'ailleurs en évidence que « la prise en compte par le Conseil d'Etat de l'effet horizontal médiate⁷⁶ des droits de la Convention apparaît clairement dans sa jurisprudence récente relative à l'article 3 de la Convention⁷⁷ ».

D'applicabilité immédiate et directe, l'article 3 CSDH s'impose donc aux autorités nationales sans qu'aucune mesure de « réception » ne soit nécessaire et les administrés peuvent l'invoquer utilement à l'appui d'un recours contre un acte administratif. Constitutionnellement réglée, l'application de ce texte est « im-médiate », au sens littéral du terme, sans intermédiaire, et la norme supranationale s'impose donc comme source de la légalité administrative. Dans une perspective positiviste, poser la question de la « réception » de l'article 3 CSDH par une administration française n'a donc aucun sens puisqu'elle ne pose aucun problème.

Envisagée maintenant comme phénomène de sociologie juridique, et pour reprendre l'analyse de Athanase C. Papachristos, la réception présente un double caractère. « Elle est, d'abord, un phénomène *exceptionnel* ; le législateur, au lieu de légiférer selon et d'après les données sociologiques, s'adresse au modèle juridique étranger qu'il transpose tel quel dans son milieu social. (...) Elle est, ensuite, un phénomène d'*acculturation juridique* ; en effet, l'introduction d'une législation étrangère dans un milieu social

⁷² S. Braconnier, *op. cit.*, p. 34.

⁷³ La chambre criminelle de la cour de cassation a, quant à elle, reconnu l'applicabilité directe de cette convention dans la décision Raspino du 3 juin 1975 (Cass. Crim., 3 juin 1975, *Raspino*). L'arrêt Baroum (Cass. Crim., 5 décembre 1978, *Bull. Crim.*, n° 346, p. 906, *Dalloz* 1979, p. 50, note S. Kehrig, *Gaz. Pal.*, 1979 p. 149, note Pettiti) est le premier dans lequel la cour de cassation soulève d'office un moyen tiré de la violation de la CSDH, et le premier qui casse un arrêt pour inobservation de la CSDH.

⁷⁴ P. Cassia, E. Saulnier, « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », in *AJDA*, 1997, p. 413.

⁷⁵ L. Potvin-Solis, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, LGDJ, 1999, p. 130.

⁷⁶ Puisqu'il n'aboutit jamais à la mise en cause directe d'une personne privée pour violation des droits garantis par la Convention dont serait victime une autre personne privée.

⁷⁷ L. Potvin-Solis, *op. cit.*, p. 161. « Dans un arrêt du 1^{er} décembre 1997, *M. Kechemir*, il s'est prononcé sur la conformité à cet article de la décision par laquelle le préfet du Val-d'Oise, a ordonné la reconduite à la frontière d'un algérien. Il se fonde sur une lecture de l'article 27 bis de l'ordonnance de 1945 et de l'article 3 de la Convention pour juger que "ces dispositions combinées font obstacle à ce que puisse être légalement désigné comme pays de destination d'un étranger..." (...) Sans se référer expressément à la jurisprudence européenne, et sans le dire, le Conseil d'Etat applique à l'ordonnance de 1945 l'interprétation de l'article 3 de la Convention dégagée par la Cour, et les combine pour sanctionner l'effet horizontal médiate des droits qu'il protège. »

déclenche un processus de remplacement de l'ordre juridique autochtone par le droit étranger.⁷⁸ » Pour lui, « quel que soit le type particulier de la réception⁷⁹, le droit reçu est théoriquement destiné à régler désormais la vie sociale du milieu récepteur⁸⁰. » « Cependant, au-delà de cette constatation dogmatique, la réalité juridique peut apparaître sous un jour différent : il se peut que le droit reçu ait à faire face à la concurrence des droits de souche qui, eux, bénéficient de l'assentiment populaire.⁸¹ » « Lorsque le droit reçu parvient à pénétrer dans la réalité sociale du milieu récepteur, des transformations profondes s'y produisent. Le passage d'un système juridique à un autre, de nature et de structure différentes, implique la modification des institutions et le changement de l'attitude des personnes qui tentent de s'adapter au nouveau modèle normatif d'origine étrangère. » Il en va de même du rapport des institutions au droit, et notamment de l'administration. Du point de vue de la sociologie juridique, la réception d'un droit ne se cantonne donc pas à son intégration formelle dans le droit interne. En ce sens, la question de « l'acclimatation du droit reçu⁸² » demeure donc, quand bien même la norme serait d'applicabilité immédiate.

La notion de réception est donc tout à fait pertinente et peut permettre d'envisager le rapport d'institutions nationales à la norme supranationale. Polysémique, elle renvoie à la fois à l'idée d'une procédure formelle, indispensable à la compréhension du rapport « positif » de l'institution au droit, mais aussi à tout ce qui a trait à la volonté du récepteur et aux conséquences de l'existence de ce droit dans l'ordre interne. La réception de la norme supranationale ne peut donc être envisagée que d'un point de vue dynamique, intégrant pleinement le récepteur, le système destinataire, et non plus simplement le réceptacle, le droit interne. Cette notion renverra désormais à ces différentes approches qui loin de se concurrencer, s'enrichissent. ***La réception sera donc envisagée comme « la reconnaissance de la norme externe comme norme juridique contraignante de la part du système auquel elle est destinée ».*** Cela implique que la norme externe soit applicable

⁷⁸ A.C. Papachristos, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 1975, p. 1.

⁷⁹ Il existe pour cet auteur quatre types de réception : « les réceptions volontaires qui apparaissent comme une résurrection d'un droit ancien », « les réceptions volontaires qui consistent en l'importation d'un droit étranger contemporain », « les réceptions volontaires, qui en réalité ne sont qu'une transplantation d'un droit » et « les réceptions involontaires qui se distinguent en réceptions issues d'annexions et en celles consécutives à la colonisation ». *Ibidem*, p. 9.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 79.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

au système, renvoyant en cela à la conception internationaliste « traditionnelle » de la notion, mais surtout que le système la considère comme norme juridique, ce qui est loin d'être naturel et automatique, et résulte d'un processus complexe.

PROBLEMATIQUE

L'étude de l'administration, ainsi que celle des règles de droit qui lui sont applicables, est un sujet classique de droit administratif, y compris si la règle en question est une norme supranationale. En effet, l'étude des sources du droit administratif met en évidence la place désormais incontournable de la norme supranationale dans le bloc de « légalité » de l'administration. « Du point de vue positiviste, une norme juridique se comprend comme une norme avalisée comme telle par l'Etat⁸³. » « Selon les critères du système étatique, toute norme dont il est possible de fonder le caractère obligatoire dans une norme édictée elle-même par un organe de l'Etat pourra donc être dite juridique. C'est bien l'appartenance de la règle au système juridique qui l'aura juridicisée.⁸⁴ » La Convention européenne des droits de l'homme fait donc pleinement partie des normes que l'administration, l'appareil d'Etat, doit respecter dans son activité. Plus encore, la suprématie de la CSDH sur la loi, même postérieure, ne fait aujourd'hui aucun doute⁸⁵. En application stricte du principe de légalité, l'administration pénitentiaire, comme les autres institutions françaises, doit donc agir en respect de cette suprématie.

Cependant, force est de constater que l'administration pénitentiaire, et plus largement l'administration, entretient un rapport au droit beaucoup plus complexe que la lecture des textes juridiques ne le laisse entendre. Se contenter d'une lecture stricte du principe de légalité ne permet pas de rendre compte réellement de ce qu'est l'action administrative, tout du moins de ce qu'est le rapport de l'administration au droit. Cette recherche s'est construite à partir d'une volonté d'appréhender le rapport de l'administration pénitentiaire à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Il a donc fallu mettre à

⁸³ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 244.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 255.

⁸⁵ Ce que le Conseil d'Etat a consacré dans le désormais célèbre arrêt *Nicolo* : CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo, Rec.*, p. 190 ; *RFDA*, 1989, p. 512, concl. P. Frydman ; *GAJA*, n° 98.

jour les relations de l'institution à la norme. L'existence de situations contraires à l'article 3 CSDH devrait relever logiquement du dysfonctionnement – la peine de prison n'a-t-elle pas été envisagée comme substitut au châtiment corporel. Mais, pour qu'il y ait dysfonctionnement, encore faut-il qu'il y ait fonctionnement régulier, « normal », conforme à une norme. Ceci signifie que la pratique déviante, l'est parce qu'elle est non conforme à la norme que l'institution doit appliquer. Or, pour qu'il y ait application, ou non-application de la norme, encore faut-il qu'il y ait norme, qu'elle soit reconnue comme telle.

En l'occurrence, il faut qu'il y ait reconnaissance de « l'obligatorité de la règle par ses destinataires⁸⁶ » pour reprendre l'analyse de Herbert Lionel Adolphus (H.L.A.) Hart dans *Le concept de droit*. Ce dernier, s'il place « le concept de "norme" au centre de ses investigations, (...) n'hésite cependant pas à sacrifier à une certaine forme de réalisme en accordant une place importante au phénomène psychosociologique » de reconnaissance de cette obligatorité. François Ost et Michel van de Kerchove rappelle que chez H.L.A. Hart, les règles sont au cœur de l'analyse du phénomène juridique⁸⁷. Ce dernier « présente la norme comme un phénomène psychique et sociologique. Il y a norme, dans une communauté quelconque, lorsque à un comportement uniforme correspond la conviction partagée de l'obligatorité de cette attitude. » L'acceptation par le destinataire est donc un phénomène majeur de l'existence même des systèmes juridiques.

La validité d'une norme pour l'administration ne dépend donc pas uniquement de sa place dans la hiérarchie des normes. Elle résulte d'un processus complexe⁸⁸, en l'occurrence, celui par lequel la norme contenue dans l'article 3 CSDH est devenue « norme juridique » pour l'administration pénitentiaire. Or, ce processus n'est pas linéaire. L'analyse séquentielle des politiques publiques met en évidence les différentes activités intervenant dans le processus décisionnel. Alors que cette analyse pourrait laisser supposer l'existence

⁸⁶ Analyse de H.L.A. Hart repris par F. Ost et M. van de Kerchove, « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 33, 1988, p. 195.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 198. F. Ost et M. van de Kerchove reprennent l'analyse de E. Pattaro : « pour le réalisme normativiste, le droit valide a un caractère normatif, mais sa normativité est quelque chose qui appartient à la dimension psychologique et non pas à la dimension morale. Le droit valide est psychologiquement obligatoire (...). Le réalisme normativiste pour ainsi dire sauvegarde la spécificité normative du droit à l'intérieur d'une conception empiriste et moniste de la réalité » (*Validité et pouvoir*, in *Droit et pouvoir*, Bruxelles, 1987, p. 151.)

⁸⁸ Processus peut renvoyer à l'idée de « suite ordonnée d'opérations aboutissant à un résultat ». J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, op. cit.

d'un cadre linéaire et formel, Jean-Claude Thoenig montre qu'il n'en est rien. « Le processus est un cycle plus ou moins bouclé sur lui-même. (...) [II] est ainsi ouvert à toutes sortes d'effets de rétroaction. (...) [II] est traversé de phénomènes allant dans divers sens.⁸⁹ » C'est en ce sens qu'il est ici question du *processus de réception*, entendu comme une suite d'opérations *non ordonnée*, comme un ensemble non linéaire d'opérations, non organisé, aboutissant à la réception de la norme.

Il s'agit donc d'analyser l'ensemble des opérations permettant la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire, alors même que l'application de cette norme est obligatoire⁹⁰. Contrairement à ce qui est communément admis par la doctrine juridique dominante, la réception de la norme supranationale dépend de la réalisation d'opérations spécifiques. Il va donc falloir un processus de réception, puisque, justement, la norme contenue dans l'article 3 CSDH n'a pas été reconnue par l'administration pénitentiaire comme norme juridique contraignante du simple fait d'être intégrée dans l'ordre interne. Le texte existe, mais ce n'est qu'au terme d'un processus complexe que la norme qu'il contient sera considérée par l'administration pénitentiaire comme contraignante.

Le résultat, l'aboutissement, du processus étudié est donc la réception de la norme par l'administration : sa reconnaissance en tant que norme juridique contraignante par l'administration pénitentiaire. La question de savoir si la norme est, ou non, appliquée par l'administration pénitentiaire correspond donc à un autre niveau d'analyse. En effet, l'application ne fait pas partie, en tant que telle, du processus de réception de la norme par l'administration pénitentiaire, car, à nouveau, la réception est entendue comme la reconnaissance du caractère contraignant, obligatoire, de la norme par l'administration pénitentiaire, non son application. Cette dernière implique que la norme ait été reçue au préalable. Donc, l'application de la norme de la part de l'administration pénitentiaire ne peut avoir lieu que si la norme a été reconnue comme telle. Cela ne signifie pas pour autant, que l'application soit exclue du processus de réception, ce processus étant complexe, non linéaire, des effets de rétroaction, d'interaction peuvent y être décelés.

⁸⁹ J.-C. Thoenig, « L'analyse des politiques publiques », in M. Grawitz et J. Leca (dir.), *Traité de science administrative*, vol. 4, J.-C. Thoenig, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, 1985, pp. 19 et s.

⁹⁰ En effet, la CSDH est une convention régulièrement ratifiée par le Parlement, dont les dispositions font l'objet d'un véritable contrôle juridictionnel, et ce d'autant plus depuis 1998⁹⁰, et ont une réelle force obligatoire pour les Etats parties à la Convention.

L'application de la norme par d'autres organes, institutions participe par exemple, en tant que médiations, au processus de réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire. Et par ailleurs, l'application de la norme par l'administration pénitentiaire est un indicateur de la réception de celle-là par celle-ci, ce qui signifie que lorsque l'administration pénitentiaire choisit d'appliquer la norme, il s'agit d'un indice de la réception de la norme.

La reconnaissance de l'obligatorité de la norme par l'administration est donc le résultat de diverses opérations, d'un processus de réception de celle-ci. L'analyse de Henri Deroche du rapport de l'administration à la loi, en 1966, allait dans ce sens. « Pour l'administration, malgré sa participation à l'élaboration des textes, la loi paraît toujours receler de nombreux maléfices qui doivent être exorcisés. Le texte législatif doit être en quelque sorte sacralisé par un rite de passage, pour être intégré et amalgamé à un ordre intelligible qui est celui de l'administration. La circulaire est à la fois son baptême et sa consécration par le signe sensible du sceau administratif.⁹¹ »

Cette thèse s'articule autour de deux niveaux d'analyse :

- Le premier permet de montrer le rapport de l'administration pénitentiaire à des situations ou pratiques qualifiables de traitements inhumains ou dégradants et partant contraires à la norme contenue dans l'article 3 CSDH. Il montre ainsi le rapport de cette administration à une norme hautement symbolique dans le champ des droits de l'homme.

- Le second tend à mettre en évidence, plus généralement, le rapport que l'administration entretient avec le droit, et plus spécifiquement avec la norme externe. Ce qui donne à voir les filtres, les interprétations, les médias, en d'autres termes les opérations multiples, nécessaires à une véritable réception de cette norme, en dehors d'une application stricte du principe de légalité.

Ce travail n'est donc pas une réflexion sur l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme⁹², ni une étude de l'application effective de l'article 3 de cette

⁹¹ H. Deroche, *Les mythes administratifs*, Paris, PUF, 1966, p. 178.

⁹² Sur cet aspect, voir C. Sciotti, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 704 p.

Convention par l'administration pénitentiaire⁹³, il s'agit d'étudier, de mettre en évidence le rapport de l'administration au droit qui lui est extérieur.

METHODOLOGIE

« C'est une chose de choisir le lieu de partition et le "moment de vérité" – le moment où un fait est transformé en vérité d'une manière optimale –, c'en est une autre de prétendre que, ce faisant, l'on abolit toute angoisse et toute subjectivité. En outre, même si ce lieu et ce moment sont choisis de manière optimale, il faut encore tenir compte des déformations produites par les filtres, les manipulations et autres moyens qui rendent possible cet arrangement "optimal".⁹⁴ » Le chercheur se doit d'être à distance et objectif vis-à-vis de son objet, en même temps on ne peut occulter la subjectivité qui est la sienne dans son interprétation. Mais au fond, pour reprendre les termes de Michel Villey, « l'interprétation, dans la langue juridique ancienne, c'est toute l'œuvre du juriste⁹⁵ ».

Le point de vue sera ici « externe modéré », c'est-à-dire le « point de vue de l'observateur externe qui se réfère au point de vue interne des juristes »⁹⁶. François Ost et Michel van de Kerchove affirment en effet qu'une troisième voie est possible dans la science du droit, entre spectateur externe et participant interne, « une dialectique entre explication et interprétation »⁹⁷. « S'il paraît évident que seul le point de vue externe objectivant peut conduire, au terme de la rupture épistémologique, à une théorie explicative de nature scientifique, il n'est pas du tout incompatible avec cette position de se donner pour objet d'étude le "sens interne" ou l'"auto-interprétation" véhiculée et reproduite par les agents

⁹³ Sur cet aspect, voir H. Fourteau, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats membres : l'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, Paris, LGDJ, 1996, 376 p.

⁹⁴ G. Devereux, *De l'angoisse à la méthode dans les sciences du comportement*, Paris, Flammarion, 1980, p. 18.

⁹⁵ M. Villey, « Modes classiques d'interprétation du droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 17, 1972, p. 71. André-Jean Arnaud précise que « la règle de Droit, de l'instant de sa création jusqu'au moment de son application aux cas singuliers est affaire d'interprétation ». A.-J. Arnaud, « Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique », in *Archives de philosophie du droit*, tome 17, 1972, p. 165.

⁹⁶ Voir F. Ost et M. van de Kerchove, « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », *op. cit.*, pp. 180 et s.

⁹⁷ *Ibidem*.

juridiques. Dans un premier temps, le phénomène juridique est décrit au travers de la mise en discours qui est faite par les autorités et les sujets de droit – ce qui implique une "compréhension" des conventions explicites et implicites de ce discours ; ensuite, dans un second moment, proprement scientifique, ces pratiques discursives sont expliquées (...), ce qui conduit dans un troisième moment, à une ré-interprétation globale de l'objet étudié. L'explication permet donc de passer insensiblement d'une compréhension naïve et spontanée à une compréhension critique et construite.⁹⁸ » C'est en ce sens que la méthodologie adoptée est assumée.

Le droit public pénitentiaire n'est pas reconnu en tant que tel, cependant les auteurs le rattachent au droit public dans la mesure où il s'agit du droit du service public pénitentiaire. De ce point de vue, étudier la réception de la norme contenue dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire fait nécessairement appel au droit administratif. Mais tout ce qui concerne l'article 3 CSDH en lui-même nécessite une approche internationaliste. L'étude de la réception de cette norme renvoie à un questionnement sur le fonctionnement de l'institution, de l'administration publique. De ce fait, il a fallu mobiliser d'autres disciplines que le droit administratif. La sociologie du droit, la science administrative, notamment, mais aussi la théorie du droit ou encore le droit pénal et le droit international. Qu'en est-il alors de cet objet de recherche : un « objet de recherche non identifié ? » Il s'agit ici de l'étude du processus de construction de la juridicité d'un texte, puisqu'il consiste à mettre en évidence le processus par lequel un texte obligatoire devient norme juridique contraignante. Cet objet relève du droit. Mais son traitement nécessite l'appel à diverses disciplines scientifiques. L'approche sera donc ici une *approche interdisciplinaire*⁹⁹ pour appréhender au mieux l'objet juridique sous ses multiples facettes.

Face à la complexité du processus étudié, l'interdisciplinarité devient donc sinon essentielle, tout du moins une exigence minimale, pour envisager le rapport d'une

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Pour Edgar Morin, la connaissance est « bien un phénomène multidimensionnel, dans le sens où elle est, de façon inséparable, à la fois physique, biologique, cérébrale, mentale, psychologique, culturelle, sociale. » (...) « La raréfaction des communications entre sciences naturelles et humaines, la disciplinarité close (à peine corrigée par l'insuffisante interdisciplinarité), la croissance exponentielle des savoirs séparés font que chacun, spécialiste ou non-spécialiste, devient de plus en plus ignorant du savoir existant. E. Morin, *La méthode. Tome 3 : La connaissance de la connaissance*, coll. « Points », Paris, Ed. du Seuil, 1992, pp. 12 et s. « Dans la crise des fondements et devant le défi de la complexité du réel, toute connaissance aujourd'hui a besoin de se réfléchir, reconnaître, situer, problématiser. » *Ibidem*, p. 25

institution telle que l'administration pénitentiaire à la norme qu'est l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants : le droit administratif est au cœur de notre recherche, mais comment ne pas faire référence au droit pénal (mais lui-même est-il réellement du droit privé ?), au droit international, à la science administrative, à la sociologie juridique, à la science politique mais également aux travaux sur les politiques publiques, ou encore à l'histoire ? « Le champ administratif ne saurait être appréhendé profitablement que par une approche multidisciplinaire¹⁰⁰. »

Concernant les sources, au-delà des textes juridiques, analyses doctrinales, rapports et autre littérature grise, le recours à des *entretiens* s'est révélé particulièrement riche. Cette démarche s'inscrit dans une perspective dynamique. Les études sur l'administration ne peuvent faire l'économie de l'étude de ses acteurs¹⁰¹, en l'occurrence, les membres de cette administration. La réception de la norme supranationale, telle qu'elle est ici envisagée, à savoir la reconnaissance de la norme externe comme norme juridique contraignante par le système auquel elle est destinée, ne s'intéresse pas à l'application de cette norme par les acteurs de terrain de l'administration pénitentiaire, les agents des services déconcentrés notamment. L'étude du processus de réception de la norme supranationale par l'administration implique directement l'administration pénitentiaire comme acteur. Pour comprendre le processus étudié, il est donc nécessaire de savoir quels sont les rapports entretenus par les acteurs du système à la norme.

L'entretien semi-directif¹⁰² a permis d'appréhender le rapport intime qu'avaient noué les membres de la direction de l'administration pénitentiaire avec la norme supranationale, surtout pour arriver à saisir les obstacles, réticences, ou au contraire, les éléments clés du processus de réception de cette norme, phénomène juridique mais également phénomène social. Dans cette perspective¹⁰³, le but de cette recherche est bien de mettre à jour,

¹⁰⁰ J.-J. Gleizal, « Le droit, l'administration, la crise et le changement », cours de DEA Administration publique, cité par J.-C. Froment, *Les mécanismes de régulation et de légitimation du corps des surveillants de prison. Aspects juridiques et socio-politiques*, Thèse de doctorat d'administration publique, Grenoble, 1994, p. 33.

¹⁰¹ Voir en ce sens M. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, coll. « Sociologie politique », Paris, Ed. du Seuil, 1992, 436 p.

¹⁰² Guy Michelat mettait ainsi en évidence que « chaque individu est porteur de la culture et des sous-cultures auxquelles il appartient et qu'il en est représentatif ». G. Michelat, « Sur l'utilisation de l'entretien non directif en sociologie », *Revue française de sociologie*, XVI, 1975, p. 232.

¹⁰³ Nous avons rencontré d'anciens directeurs de l'administration pénitentiaire, mais également des membres de l'administration pénitentiaire actuelle – notamment au sein du bureau juridique de l'administration pénitentiaire. Nous avons également rencontré un ancien chef de l'inspection des services pénitentiaires,

révéler, comprendre le rapport de l'administration au droit, tel qu'il est réellement, non tel qu'il est supposé être en application du principe de légalité. Une précision cependant. La plupart des interlocuteurs ont souhaité que leurs propos restent anonymes. Dans la mesure où, par recoupement, il aurait été possible de découvrir l'identité de certains si d'autres apparaissaient nommément, les références aux entretiens seront donc simplement numérotées.

Cette utilisation de l'entretien comme source de travail s'inscrit dans une démarche scientifique consistant à lier des hypothèses théoriques à des fondements empiriques. En effet, il ne s'agit pas ici de refuser toute construction abstraite – et d'inscrire ce travail dans une perspective phénoménologique, au contraire – mais tout du moins d'appuyer cette construction sur des phénomènes juridiques, d'avoir recours, en quelque sorte à ce que Paul Amselek nomme la « méthode phénoménologique¹⁰⁴ », pour réapprendre à voir l'objet. En tout cas, cette démarche s'inscrit dans une perspective de « sociologie administrative du droit », dans une volonté de saisir les processus administratifs généraux qui sont à l'œuvre dans la production du droit et ses évolutions¹⁰⁵.

Ce travail s'articule autour de trois parties visant à rendre compte à la fois de la globalité et de la complexité du processus de réception de la norme supranationale par l'administration pénitentiaire, ayant conduit à la reconnaissance de l'obligatorité de cette norme par l'administration.

La première partie tend à mettre en évidence une situation initiale : l'absence de reconnaissance de la norme contenue dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. En effet, cette norme, pour pouvoir être reçue doit être connue et reconnue

ainsi le rapporteur général de la commission sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires.

¹⁰⁴ P. Amselek, « Phénoménologie et droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 17, 1972, p. 188. « Pour nous, et avec Roger Caillois, "la phénoménologie se présente comme une méthode de description des choses elles-mêmes, à savoir le monde tel qu'il se montre au regard naïf, en dehors de toute construction conceptuelle... Cette méthode est neutre, elle ne postule aucune métaphysique réaliste ou idéaliste, pas plus que le terme phénomène n'implique une référence aux choses en soi, mais désigne seulement la positivité du donné tel qu'il se montre". »

¹⁰⁵ Nous nous appuyons ici d'un point de vue méthodologique sur les travaux de Jacques Commaille. J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois Essai de sociologie politique du droit*, « Droit, éthique, société », Paris, PUF, 1994, p. 5. Cette notion de « sociologie administrative du droit » sera développée dans la troisième partie de cette thèse.

par l'administration. Or, l'administration pénitentiaire connaissait l'article 3 CSDH, mais a longtemps ignoré la norme qu'il contient. Ceci, alors même que des pratiques et situations en son sein étaient incompatibles avec cette norme et qu'elle en avait connaissance.

La seconde partie met en lumière les opérations intervenant dans la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. En effet, la réception de la norme contenue dans l'article 3 CSDH dépend de ces opérations. Des médiations ont été nécessaires. Par ailleurs, il a fallu que la norme soit intégrée dans le droit reconnu par l'administration pénitentiaire, contrairement à une application stricte du principe de légalité.

La troisième partie vise à montrer que ces opérations constitue un processus, qui n'est pas propre à l'administration pénitentiaire, et que le rapport qu'elle entretient avec le droit ne lui est pas spécifique. Ce processus de réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire peut ainsi servir d'analyseur du rapport de l'administration au droit. Le processus de réception administrative de la norme supranationale est complexe, et révèle la place réelle de l'administration dans la production normative, une « production administrative du droit », à la frontière du principe de légalité. De sorte que la systématisation du processus de réception de la norme supranationale par l'administration permet de mettre en évidence le rapport qu'entretient effectivement l'administration au droit, et plus largement les opérations indispensables à la reconnaissance de l'obligatorité de la norme par le système auquel elle est destinée.

PREMIERE PARTIE
LA LONGUE ABSENCE DE RECONNAISSANCE DE
L'INTERDIT CONTENU DANS L'ARTICLE 3 CSDH PAR
L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

La réception de l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire implique une connaissance préalable de la norme à recevoir. Elle implique ensuite, surtout, un acte volontaire de reconnaissance¹. Si au sein de l'administration pénitentiaire, la Convention européenne des droits de l'homme, et partant l'article 3 CSDH était connu, il n'en va pas de même de la « reconnaissance » de l'interdit contenu dans cet article comme norme juridique contraignante, qui renvoie bien ici au fait « d'admettre pour vrai après avoir nié, ou après avoir douté, accepter malgré des réticences² ».

La reconnaissance de l'article 3 CSDH comme texte normatif par l'administration pénitentiaire n'a pas eu lieu du simple fait de son intégration dans le bloc de légalité de cette administration. Le texte juridique est connu sans pour autant que la norme, la prescription, qu'il contient soit reconnue comme norme juridique contraignante, obligatoire, par l'administration pénitentiaire : l'article 3 CSDH est pourtant un texte juridique reconnu au niveau international et national, et l'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est une norme juridique en principe applicable à l'ensemble des institutions françaises. Cet interdit prescrit un modèle de comportement et a été avalisé comme norme juridique par l'Etat³. La question de la reconnaissance de cette norme comme norme juridique obligatoire par l'administration pénitentiaire ne devrait donc pas se poser. Or, le rapport de l'administration pénitentiaire à cette norme est plus complexe : la reconnaissance de son caractère juridique, et partant, obligatoire, n'a pas été automatique.

Le constat est donc le suivant : l'administration pénitentiaire n'a pas considéré, spontanément l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants comme une norme juridique lui étant applicable, préférant ignorer un texte juridique qu'elle pensait ne pas lui être destiné. Il ne s'agit pas de dire que l'administration pénitentiaire ne s'est jamais intéressée à la problématique des droits de l'homme. Simplement, la seule existence de la norme que contient l'article 3 CSDH n'a pas conduit l'administration pénitentiaire à la considérer comme obligatoire, bien qu'appartenant au bloc de légalité de cette administration. L'article 3 CSDH a pu être ignoré par l'administration pénitentiaire,

¹ Voir notre définition du terme en introduction, « la reconnaissance de la norme externe comme norme juridique contraignante de la part du système auquel elle est destinée ».

² J. Rey-Debove et A. Rey, *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

³ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 173 et p. 244.

et ce, pour différentes raisons – le terme « ignoré » étant à prendre ici dans le sens de « non pris en considération », et non pas dans le sens de « n’être pas connu ». L’administration pénitentiaire a longtemps refusé, plus ou moins consciemment et pour de multiples raisons, de reconnaître la valeur juridique de l’article 3 CSDH, alors même qu’elle avait connaissance de ce texte juridique, mais aussi de pratiques ou situations contraires à l’interdit qu’il contient.

Il apparaît ainsi nécessaire de montrer l’existence au sein des établissements pénitentiaires de pratiques et/ou situations contraires à l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH, et la connaissance de l’administration pénitentiaire de ce phénomène (titre I). Malgré cela, l’administration pénitentiaire a pu continuer à considérer cette norme comme distante et secondaire – ce qui peut s’expliquer notamment du fait de l’existence de contrôles incapables de la contraindre – l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants étant finalement considéré par l’administration pénitentiaire comme une norme facultative (titre II).

TITRE I – L’INTERDIT DE LA TORTURE ET DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, UNE NORME NON RESPECTEE PAR L’ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

L’institution pénitentiaire est l’institution même de la clôture, les dysfonctionnements qui la traversent nécessairement – comme toute institution peut y être confrontée à un moment ou à un autre – ont ici des conséquences extrêmement lourdes sur les personnes incarcérées. De nombreuses pratiques et situations peuvent être attentatoires à l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants contenu dans l’article 3 CSDH. Néanmoins, pendant longtemps, l’article 3 CSDH a semblé ne pas exister pour l’administration pénitentiaire. Cette affirmation, a priori surprenante, concernant une administration soumise au principe de légalité, correspond à une réalité, alors même que l’article 3 CSDH ne ménage aucune exception. De plus, s’il n’est pas expressément précisé qu’il s’applique aussi aux détenus, le droit qu’il contient est applicable à toute personne, en tous temps et en tous lieux¹.

Les personnes placées en détention sous l’autorité de l’administration pénitentiaire, sont privées de liberté pour une durée plus ou moins longue, mais nécessairement supérieure à celle d’une garde à vue. Elles sont par conséquent vulnérables et soumises à la violence intrinsèque de l’enfermement. Les risques de mauvais traitements physiques ou mentaux auxquels peuvent être soumises les personnes privées de liberté sont bien existants. Les règles internationales le reconnaissent, il suffit pour s’en rendre compte de se reporter aux « Principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d’emprisonnement », adoptés le 9 décembre 1988 par l’Assemblée Générale des Nations Unies, dans sa résolution 43/173². La Commission européenne des droits de

¹ F. Sudre, « Commentaire de l’article 3 », in L. E. Pettiti, E. Decaux, P. H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l’homme, commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1999, p. 155.

² Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d’emprisonnement, résolution 43/173 adoptée le 9 décembre 1988, par l’Assemblée générale des Nations Unies au cours de sa 43^{ème} session.

l'homme a d'ailleurs affirmé dans la décision *Kotälla*³ qu'« une peine d'emprisonnement régulièrement infligée est susceptible de soulever un problème sous l'angle de l'article 3 par la manière dont elle est exécutée ».

Ce titre vise ainsi à mettre en évidence que loin d'être une norme abstraite pour l'administration pénitentiaire, l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants renvoie à des pratiques connues au sein de cette administration, et qui ne sont pas toujours, d'ailleurs, le résultat de dysfonctionnements, mais parfois celui de la simple application de textes existants. Cette hypothèse forte est fondée sur le choix d'une interprétation de l'article 3 CSDH dépassant celle de l'interprète authentique qu'est la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit de cerner, de manière suffisamment précise, ce que recouvrent les notions contenues dans l'article 3 CSDH, alors même que la Convention européenne des droits de l'homme ne les définit pas et que ces notions apparaissent dans d'autres conventions internationales obligeant l'administration pénitentiaire française. Il faut donc aller plus loin que l'interprétation de la Cour, afin d'appréhender la réalité de situations ou comportements pouvant directement porter atteinte à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, et construire, en ce sens, une interprétation de cette norme (chapitre 1). Loin d'être respecté par l'administration pénitentiaire, cet interdit est régulièrement « maltraité » par cette dernière, en toute connaissance de cause (chapitre 2).

³ CommEDH, décision du 6 mai 1978, req. n° 7 994/77, *DR 14*, p. 238.

CHAPITRE 1 – LE CHOIX D’UNE INTERPRÉTATION EXTENSIVE DE L’ARTICLE 3 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L’HOMME

« Un organe chargé d’appliquer un texte doit au préalable déterminer le sens de ce texte, c’est-à-dire la norme qu’il contient, avant de poser une norme de degré inférieur. (...) Tout texte est affecté d’un certain degré d’indétermination et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l’organe d’application doit choisir et c’est dans ce choix que consiste l’interprétation. Il s’agit d’un acte libre et la validité de son résultat dépend seulement de la qualité de son auteur. Si c’est un organe auquel est conféré le pouvoir d’interpréter, l’interprétation s’incorpore à l’ordre juridique quel que soit le sens choisi. Dans le vocabulaire de la Théorie pure du Droit, elle est dite "authentique".¹ » Michel Troper, s’appuyant sur l’analyse de Hans Kelsen, ou d’autres auteurs comme Jerzy Wroblewski, a ainsi résumé les problèmes liés à l’interprétation de la norme. Auparavant, la Commission européenne des droits de l’homme intervenait dans la procédure contentieuse et le Comité des ministres exerçait, lui aussi, une fonction contentieuse, alors même que cette procédure ne répondait pas réellement aux canons d’une procédure judiciaire², mais depuis l’entrée en vigueur du protocole n° 11, le 1^{er} novembre 1998, la CEDH est désormais le seul interprète « authentique » de la Convention³.

Le sens de l’article 3 CSDH apparaît donc à la lecture de la jurisprudence de la Cour, et de celle de la Commission européenne des droits de l’homme (I). Cependant, l’interprétation de la Cour de la notion de traitement inhumain ou dégradant ne suffit pas à rendre compte du phénomène. Françoise Tulkens montre ainsi qu’en « l’absence de définition des comportements prohibés par l’article 3, la CEDH doit procéder à une interprétation de cette disposition, interprétation autonome et évolutive, qui est au cœur de l’effectivité de la garantie prévue par la Convention. Toutefois, dans l’exercice de sa fonction

¹ M. Troper, « Le problème de l’interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, pp. 132 et s.

² G. Cohen-Jonathan, *La protection internationale des droits de l’homme. Europe*, coll. « Documents d’études. Droit international public », Paris, La documentation française, 2002, p. 4.

³ Article 19 de la Convention européenne des droits de l’homme : « Afin d’assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l’homme. (...) »

juridictionnelle [son] interprétation de l'article 3 de la Convention, qui consacre un standard minimum, se distingue de la préoccupation du CPT qui, dans l'exercice de ses fonctions peut pointer et identifier des situations plus larges⁴ ». Pour autant, la Cour prend de plus en plus en considération les recommandations et les observations du CPT, et ainsi son interprétation de l'article 3 CSDH.

Afin de mettre en évidence la réalité des atteintes à l'article 3 CSDH dans les prisons françaises, il est nécessaire d'étudier également l'interprétation « non authentique », au sens entendu traditionnellement, que le CPT fait des traitements inhumains ou dégradants mais qui tend à le devenir au vu de son intégration dans les arrêts de la Cour (II). C'est au travers de ses observations, recommandations qu'il est possible de parvenir à faire le tour de ce que recouvre la notion de traitements inhumains ou dégradants, pour au final, faire le choix d'une interprétation extensive dépassant la jurisprudence européenne, dans le but de rendre compte d'une réalité incluant des situations pouvant être qualifiées de traitements inhumains ou dégradants, mais également des situations pouvant dégénérer et étant en fait, des situations de traitements inhumains ou dégradants potentiels. C'est cette interprétation fondée sur une démarche scientifique, mais qu'on ne saurait qualifier de « scientifique », et par conséquent de « vraie » au sens où l'entend Michel Troper⁵, qui servira de base par la suite, lorsqu'il sera fait référence à cette notion de traitements inhumains ou dégradants. Cette interprétation s'appuie donc sur celles de la Cour, du CPT, mais aussi de la Commission européenne des droits de l'homme, qui sont tout à fait complémentaires dans la compréhension du phénomène des traitements inhumains ou dégradants (III).

I – L'interprétation de l'article 3 CSDH par la Cour européenne des droits de l'homme

Les notions de torture, de traitement inhumain et de traitement dégradant ne peuvent se définir que les unes par rapport aux autres dans la logique qui est celle de la Cour. La

⁴ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in J-P. Céré (dir.), *Panorama européen de la prison*, coll. « Sciences criminelles », Paris, L'Harmattan, 2002, pp. 34-35.

⁵ M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *op. cit.*, p. 134.

jurisprudence de cette dernière, comme le note Frédéric Sudre, « a pour effet d'établir une hiérarchie des seuils de souffrance dont le franchissement commande respectivement la qualification de peine ou traitement dégradant (seuil minimum de déclenchement de l'article 3), de peine ou traitement inhumain (seuil intermédiaire), et enfin, de torture (seuil supérieur)⁶ », depuis l'affaire grecque, notamment, qui a permis d'étudier soigneusement le sens à donner aux notions de « torture », « traitements inhumains » et « traitements dégradants »⁷. Pour la Cour, cette distinction procède principalement d'une différence dans l'intensité des souffrances infligées. « La Cour estime en effet que s'il existe d'un côté des violences qui, bien que condamnables selon la morale et très généralement aussi le droit interne des Etats contractants, ne relèvent pourtant pas de l'article 3 de la Convention, il apparaît à l'opposé que celle-ci, en distinguant la "torture" des "traitements inhumains ou dégradants", a voulu par le premier de ces termes marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances.⁸ »

« Ainsi que l'a souligné la Commission, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc.⁹ » C'est cette interprétation de la Cour de l'article 3 CSDH qui permet à Frédéric Sudre de mettre en évidence deux critères spécifiques d'interprétation de l'article 3 CSDH par la Cour, le « critère du seuil de gravité », et le « critère de l'appréciation relative »¹⁰. Le premier réside dans l'intensité des souffrances infligées aux victimes, le second correspond à l'évaluation de la gravité

⁶ F. Sudre, « Commentaire de l'article 3 », in L. E. Pettiti, E. Decaux, P. H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1999, p. 159.

⁷ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Cour plénière, req. n° 5310/71, *Série A n° 25*, § 161. « La Commission appuie, pour l'essentiel, ses propres conclusions sur les dépositions des cent témoins entendus par elle dans les seize cas "représentatifs" qu'elle avait demandé au gouvernement requérant de choisir et sur les rapports médicaux concernant ces cas ; elle utilise en outre, mais dans une moindre mesure, les pièces et observations écrites présentées dans les "41 cas" et mentionne les nombreux "cas restants" (paragraphe 93 ci-dessus). En appréciant la valeur des données qu'elle a recueillies, elle se sert – comme dans l'"affaire grecque" (*Yearbook of the European Convention of Human Rights*, 1969, *The Greek case*, p. 196, § 30) – du critère de la preuve "au-delà de tout doute raisonnable" (beyond reasonable doubt). »

⁸ *Ibidem*, § 167.

⁹ *Ibid.*, § 162.

¹⁰ F. Sudre, « Commentaire de l'article 3 », in L. E. Pettiti, E. Decaux, P. H. Imbert (dir.), *op. cit.*, pp. 157 et s.

des actes incriminés, permettant la classification des faits dans l'une des trois catégories de l'article 3 CSDH.

Il faut ainsi reprendre chacun de ces termes de manière indépendante, à la lumière de la jurisprudence de la Cour et de la Commission (A), avant d'envisager plus spécifiquement ce que peuvent recouvrir ces notions concernant la détention, alors même que la conception de la Cour évolue, et que de plus en plus sont évoqués des traitements « objectivement » inhumains ou dégradants (B).

A- Les notions de torture et de traitements inhumains ou dégradants dans la jurisprudence européenne.

La notion de traitement inhumain, au sens où l'entendait la Commission européenne des droits de l'homme, couvre pour le moins un traitement qui provoque volontairement de graves souffrances mentales ou physiques et qui, en l'espèce ne peut se justifier¹¹. La torture est un traitement inhumain ayant pour but, par exemple, d'obtenir des informations ou des aveux ou d'infliger une peine, et c'est généralement une forme aggravée de traitement inhumain. Le traitement dégradant est celui qui humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience¹². Il convient donc de définir la notion de torture (1), avant de définir celle de traitement inhumain ou dégradant (2).

1. La torture

Pour déterminer s'il y a lieu de qualifier de torture une forme particulière de mauvais traitements, « la Cour doit avoir égard à la distinction, que comporte l'article 3, entre cette notion et celle de traitements inhumains ou dégradants¹³ ». La CEDH précise, dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, qu'à « ses yeux, cette distinction procède principalement d'une différence dans l'intensité des souffrances infligées. La Cour estime en effet que s'il existe

¹¹ F. Sudre, « La notion des peines et traitements inhumains ou dégradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », in *Revue générale de droit international public*, 1984, pp. 825-889.

¹² *Ibidem*, p. 840.

¹³ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 167.

d'un côté des violences qui, bien que condamnables selon la morale et très généralement aussi le droit interne des Etats contractants, ne relèvent pourtant pas de l'article 3 de la Convention, il apparaît à l'opposé que celle-ci, en distinguant la "torture" des "traitements inhumains ou dégradants", a voulu par le premier de ces termes marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances.¹⁴ »

La Cour¹⁵ n'hésite pas à faire référence à l'instrument international de protection des droits de l'homme qu'est la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations unies, entrée en vigueur le 26 juin 1987¹⁶, qui crée aussi une distinction entre les traitements inhumains ou dégradants et la torture, ce qui ressort des dispositions de ses articles 1^{er} et 16¹⁷, et ce au vu, également, des critères d'intensité, d'intentionnalité et de finalité, que reprend la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt *Selmouni c. France*¹⁸, la CEDH s'interroge alors sur « le fait de savoir si les "douleurs ou souffrances" infligées à M. Selmouni peuvent être qualifiées d'"aiguës" au sens de l'article 1^{er} de la Convention des Nations unies. La Cour estime que ce caractère "aigu" est, à l'instar du "minimum de gravité" requis pour l'application de l'article 3, relatif par essence ; il dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la

¹⁴ *Ibidem*. « Au surplus, telle semble être l'idée que retient l'article 1^{er} in fine de la résolution 3452 (XXX), adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 9 décembre 1975, laquelle déclare : "la torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants" ».

¹⁵ Par exemple dans l'arrêt *Selmouni c. France*, condamnant la France pour torture. CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, Grande Chambre, req. n° 25803/94, *CEDH 1999-V*, § 97 ; *GACEDH*, n° 11.

¹⁶ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, n° 24841, adoptée le 10 décembre 1984 par l'Assemblée générale des Nations Unies, entrée en vigueur le 26 juin 1987.

¹⁷ Article 1^{er} : « 1. Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. (...) »

Article 16, 1^{er} alinéa : « 1. Tout Etat partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. En particulier, les obligations énoncées aux articles 10, 11, 12 et 13 sont applicables moyennant le remplacement de la mention de la torture par la mention d'autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. »

¹⁸ CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, précité. En l'espèce, dans le cadre d'une enquête relative à un trafic de stupéfiants, M. Selmouni, ressortissant néerlandais et marocain, placé en garde à vue et interrogé par les fonctionnaires du service départemental de la police judiciaire de Seine-Saint-Denis a été soumis à des traitements qualifiés de torture par la Cour, du fait de la multitude des coups portés, et d'autres traitements, dont des violences sexuelles, d'une extrême violence, humiliants et odieux.

durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc.¹⁹ ».

Cependant, compte tenu de ce que la Convention est un « instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles²⁰ », la Cour estime que certains actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants », et non de « torture », pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir. La Cour estime en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques²¹. Cette évolution est tout à fait intéressante, puisque par le passé, du fait de contextes politiques parfois très sensibles, notamment celui du terrorisme, la Cour avait hésité à qualifier de torture des faits d'une extrême gravité, que la Commission avait, elle, qualifiés de torture. En ce sens, l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*²², est tout à fait éloquent : les pratiques en cause ayant été considérées comme n'ayant pas « causé des souffrances de l'intensité et de la cruauté particulières qu'implique le mot torture ainsi entendu²³ ».

Il en est allé autrement dans l'affaire *Selmouni*. « Dans ces conditions, la Cour est convaincue que les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant, pris dans leur ensemble, ont provoqué des douleurs et des souffrances « aiguës » et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel. De tels agissements doivent être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3 de la Convention.²⁴ » La France a ainsi été condamnée aux termes de l'article 3 CSDH pour torture, pour des faits imputables aux autorités de police. La Cour a suivi la Commission qui a estimé que « les coups portés au requérant ont provoqué de véritables lésions ainsi que de vives souffrances physiques et morales. Selon elle, le traitement auquel le requérant a été soumis [n'a pu] l'avoir été que délibérément et dans le but, notamment,

¹⁹ CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, précité, § 100.

²⁰ Voir sur ce point les différents arrêts de la Cour, notamment CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, *Série A n° 26*, précité, § 31, CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Cour plénière, req. n° 14038/88, *Série A n° 161*, § 102, *GACEDH*, n° 13, et CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, Grande Chambre, req. n° 15318/89, *Série A n° 310*, § 71.

²¹ CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, précité, § 101.

²² Nous y revenons dans le paragraphe suivant, à l'occasion de l'étude de la notion de traitement inhumain ou dégradant.

²³ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 167.

²⁴ CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, précité, § 105.

d'obtenir des aveux ou des renseignements. La Commission [a considéré] que ce traitement, infligé par un ou plusieurs fonctionnaires de l'Etat, tel qu'il [résultait] des certificats médicaux, était d'une nature tellement grave et cruelle que l'on ne [pouvait] le qualifier que de torture, sans avoir à se prononcer sur les autres faits, notamment de viol, invoqués par le requérant²⁵ ».

2. Les traitements inhumains ou dégradants

Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour partageant l'opinion de la Commission, a considéré que « les cinq techniques²⁶ », utilisées par la police contre des membres de l'IRA lors d'interrogatoires, « employées cumulativement, avec préméditation et durant de longues heures, (...) ont causé à ceux qui les subissaient sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales ; elles ont entraîné de surcroît chez eux des troubles psychiques aigus en cours d'interrogatoire. Partant, elles s'analysaient en un traitement inhumain au sens de l'article 3. Elles revêtaient en outre un caractère dégradant car elles étaient de nature à créer en eux des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale²⁷ ». Cependant, la Cour ne suivant pas la Commission, ces techniques n'ont pas été qualifiées de torture, ce qui montre à nouveau que le seuil de gravité pour parler de torture est placé très haut, ou tout du moins l'était, l'évolution de la jurisprudence de la Cour allant vers une prise en compte croissante des traitements objectivement inhumains ou

²⁵ *Ibidem*, § 92. La Cour estime d'ailleurs que « les actes dénoncés étaient assurément de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique et morale du requérant. La Cour relève donc des éléments assez sérieux pour conférer à ce traitement un caractère inhumain et dégradant (arrêts *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 167 ; *Tomasi c. France* du 27 août 1992, *Série A241-A*, § 115). En tout état de cause, la Cour rappelle qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 (arrêts *Ribitsch*, *Série A n° 336*, § 38, *Tekin c. Turquie* du 9 juin 1998, *Recueil 1998-IV*, § 53) ». « Dans ces conditions, la Cour est convaincue que les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant, pris dans leur ensemble, ont provoqué des douleurs et des souffrances "aiguës" et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel. De tels agissements doivent être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3 de la Convention. », § 105.

²⁶ Ces techniques, appelées parfois « de désorientation » ou « de privation sensorielle », ne servirent que dans les quatorze cas en question. Des faits établis par la Commission, il ressort qu'elles consistaient en ceci : station debout contre un mur, encapuchonnement, bruit, privation de sommeil, privation de nourriture solide et liquide. CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, §§ 96-97.

²⁷ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 167.

dégradants, et ce, même dans des contextes particuliers, que ce soit dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou de la lutte contre le trafic de stupéfiants²⁸.

Elle l'a encore rappelé très récemment dans une affaire intéressant la France et l'administration pénitentiaire, à propos d'un isolement de plus de huit années : « la Cour est parfaitement consciente des difficultés que rencontrent les Etats à notre époque pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, l'article 3 ne prévoit pas de restrictions²⁹ ». Mais, « pour ce qui est de la présente affaire, la Cour admet que la détention du requérant pose de sérieuses difficultés aux autorités françaises. Celui-ci, impliqué dans plusieurs attentats terroristes dans les années 70, était à l'époque considéré comme l'un des terroristes les plus dangereux dans le monde. Dès lors, la Cour comprend que les autorités aient estimé nécessaire de prendre des mesures extraordinaires de sécurité afin de le détenir³⁰ ». Pour finalement considérer que « les conditions générales et très spéciales de maintien à l'isolement du requérant et la durée de celui-ci n'ont pas atteint le seuil minimum de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention compte tenu notamment de sa personnalité et de sa dangerosité hors normes. En conséquence, il n'y a pas eu violation de cette disposition de ce chef³¹ ». Ce qui rappelle donc que l'ensemble des données de la cause est pris en compte par la CEDH.

²⁸ CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France*, req. n° 12850/87, *Série A n° 241*, § 115 : « les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne ».

²⁹ CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, 1^{ère} section, req. n° 59450/00, § 96.

³⁰ *Ibidem*, § 101.

³¹ *Ibid.*, § 120. La CEDH a donc estimé qu'il n'y avait pas de traitement inhumain ou dégradant dans ce cas d'espèce, opinion non partagée par l'ensemble des juges. Trois des sept juges étaient favorables à la qualification de traitement inhumain. En ce qui concerne, tout d'abord, le régime de l'isolement lui-même : « le fait que le requérant "ne saurait être considéré comme ayant été détenu en isolement sensoriel complet ou en isolement social total" (§ 103) – ce qui serait la forme la plus grave et la plus extrême de l'isolement –, ne peut amener à conclure que le régime auquel il a été soumis n'est pas celui d'un isolement réel et qu'il s'apparenterait à une mesure ordinaire, voire banale. C'est d'ailleurs ce régime qui a fait l'objet d'un examen critique et de recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture (§ 64). » En ce qui concerne la durée du maintien à l'isolement : « Une telle durée n'est pas simplement « regrettable » comme le constate la majorité mais est susceptible d'entraîner des effets dommageables. (...) Dès lors, si on l'examine de manière objective, une mise à l'isolement pour une période aussi longue de huit ans, comme dans le cas d'espèce, excède de manière substantielle le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention. (...) Le requérant peut sans doute subjectivement se sentir bien mais la question de savoir si une personne a fait l'objet de traitement inhumain ou dégradant ne peut être décidée seulement en référence à ce que la victime d'un tel traitement ressent au moment même : elle doit l'être également sur la base de ce qui peut objectivement être considéré comme contraire aux standards minimum acceptables d'un traitement conforme à la dignité humaine. Adopter une position contraire conduirait à des résultats absurdes. En outre, il faut souligner que les effets sur la santé physique ou mentale d'une personne, suite à certains traitements, peuvent ne pas apparaître au moment même mais se révéler ultérieurement. » En ce qui concerne, enfin, les raisons et la motivation des décisions de mise en isolement : « les prolongations répétées de la mise en

Le traitement inhumain est donc celui qui provoque de vives souffrances physiques et qui entraîne des troubles psychiques aigus, le traitement dégradant, quant à lui, est de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, à avilir et à briser éventuellement la résistance physique ou morale. Un mauvais traitement peut revêtir à la fois un caractère inhumain et dégradant, ce qui a été le cas dans l'arrêt *Tomasi c. France*, affaire dans laquelle le requérant avait été placé en garde à vue dans le cadre d'une enquête sur un attentat en Corse, où la Cour reprend la jurisprudence *Irlande C. Royaume-Uni*, s'appuyant sur les conclusions de la Commission, et conclut à une violation de l'article 3 CSDH : « pour relativement légères qu'elles puissent paraître, les lésions survenues représenteraient des manifestations de l'usage de la force physique sur une personne privée de liberté et donc en état d'infériorité ; pareil traitement revêtirait un caractère à la fois inhumain et dégradant³² ».

S'appuyant sur cet arrêt, la Cour a constaté dans l'arrêt *Selmouni c. France*, que « les actes dénoncés étaient assurément de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique et morale du requérant. [Elle] relève donc des éléments assez sérieux pour conférer à ce traitement un caractère inhumain et dégradant³³ ». Françoise Tulkens met en évidence que le traitement inhumain vise « l'intégrité et concerne plus particulièrement des lésions ou des souffrances physiques ou morales », le traitement dégradant s'attachant « plutôt à la dignité de la personne, en suscitant chez elle peur, angoisse, avilissement »³⁴.

isolement du requérant ont été faites sur la base de déclarations générales souvent identiques, invoquant parfois des raisons de sécurité mais sans spécifier les faits concrets liés au comportement du requérant durant sa détention. » « Pour l'ensemble de ces raisons, nous pensons que, dans le cas d'espèce, malgré les risques non négligeables liés à la personnalité du requérant, son maintien à l'isolement ininterrompu pendant plus de huit ans, a atteint le seuil minimum de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention et qu'il y a eu violation de cette disposition. »

³² CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France*, précité, § 113, et § 115 : « la Cour s'appuie en l'espèce sur les « certificats et rapports médicaux, établis en toute indépendance par des praticiens, attestent de l'intensité et de la multiplicité des coups portés à M. Tomasi ; il y a là deux éléments assez sérieux pour conférer à ce traitement un caractère inhumain et dégradant ».

³³ CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, précité, § 99. « En tout état de cause, la Cour rappelle qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3. »

³⁴ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in J.-P. Céré (dir.), *op. cit.*, p. 35.

B- Les traitements inhumains ou dégradants et la détention

Concernant la détention plus particulièrement, dans la mesure où la protection des détenus par l'article 3 CSDH se fait « par ricochet³⁵ », puisque la Convention ne leur consacre pas de droits spécifiques, mais que la détention ne prive pas l'intéressé « de la garantie des droits et libertés définis dans la Convention³⁶ », la Commission et la Cour ont été amenées à étudier des affaires relatives à des conditions de détention. Il est intéressant de noter que « dans l'examen des conditions de détention, les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, lorsqu'ils étaient encore pluraux et particulièrement la Commission, ont (...) apprécié le traitement des personnes détenues à l'aune des dispositions de l'article 3 de la Convention, sans considération pour les "Règles pénitentiaires européennes"³⁷ », dont la méconnaissance ne peut constituer une violation de l'article 3³⁸ ».

Cependant, si les recommandations du Conseil de l'Europe n'ont pas de valeur normative pour la Cour, cette dernière, depuis quelques années tend à prendre en considération des éléments objectifs concernant les conditions de détention-même, et rejoint en ce sens l'exigence de ces Règles pénitentiaires européennes³⁹. Françoise Tulkens met ainsi en évidence l'évolution de la jurisprudence de la Cour, qui « jusqu'à présent (...) ne sanctionnait que des formes ou plutôt des actes de mauvais traitements qui sont infligés de manière violente et non justifiée, dans le but d'humilier ou de rabaisser, ce qui excluait notamment les mauvais traitements liés aux conditions de vie elles-mêmes en prison ». Cette évolution va dans le sens d'une relativisation des conditions d'application de l'article 3 CSDH, qui généralement étaient requises : l'intention, la gravité et l'absence de justification⁴⁰.

Le critère intentionnel ayant donc tendance à s'estomper⁴¹, certains diront même qu'il est abandonné⁴², notamment depuis l'arrêt *V c. Royaume-Uni*⁴³, mais surtout depuis l'arrêt

³⁵ F. Sudre, « Commentaire de l'article 3 », *op. cit.*, pp. 161 et s.

³⁶ CommEDH, *Ilse Koch*, décision du 8 mars 1962, req. n° 1270/61, *Ann. vol. 5*, p. 127.

³⁷ Recommandation R (87) 3, « Règles pénitentiaires européennes », adoptée par le Comité des ministres le 12 février 1987.

³⁸ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, La Documentation française, 2000, p. 45.

³⁹ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in J.-P. Céré (dir.), *op. cit.*, p. 38

⁴⁰ F. Tulkens, « Les droits de l'homme en détention », in *RSC*, n° 4, octobre-décembre 2001, p. 882.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 883-884.

Peers c. Grèce, du 19 avril 2001⁴⁴, la question des traitements « objectivement » inhumains ou dégradants est désormais posée, et celle des conditions de détention en elles-mêmes, la Cour a ainsi estimé « qu'en l'espèce, rien ne prouve l'existence d'une véritable intention d'humilier ou de rabaisser le requérant. Toutefois, s'il convient de prendre en compte la question de savoir si le but du traitement était d'humilier ou de rabaisser la victime, l'absence d'un tel but ne saurait exclure de façon définitive le constat de violation de l'article 3 ». L'arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000⁴⁵ a affirmé le droit de tout prisonnier à des conditions de détention conformes à la dignité humaine : « l'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis ». Selon Frédéric Sudre, la CEDH ajoute par cette interprétation constructive de l'article 3 CSDH un nouveau droit, « un article 3 bis », à la Convention : « toute personne privée de liberté a droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine »⁴⁶.

La Cour, saisie pour la première fois d'une telle requête, a eu à se prononcer sur le point de savoir si le fait de raser de force le crâne d'un détenu pouvait s'analyser en un

⁴² B. Ecochard, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *RFDA*, janvier-février 2003, p. 102.

⁴³ CEDH, 16 décembre 1999, *V. c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, req. n° 24888/94, *CEDH 1999-IX*, § 71 : « La question de savoir si le traitement avait pour but d'humilier ou de rabaisser la victime est un autre élément à prendre en compte (voir, par exemple, l'arrêt *Raninen c. Finlande* du 16 décembre 1997, *Recueil 1997-VIII*, § 55). L'absence d'un tel but ne saurait toutefois exclure de façon définitive un constat de violation de l'article 3 ».

⁴⁴ CEDH, 19 avril 2001, *Peers c. Grèce*, 2^{ème} section, req. n° 28524/95, *CEDH 2001-III*, § 74. En l'espèce, la Cour conclut à une violation de l'article 3 du fait des conditions de détention du requérant dans le quartier d'isolement dans l'aile Delta de la prison de Koridallós. L'arrêt *Price c. Royaume-Uni*, du 17 juillet 2001, *CEDH 2001-VII*, § 24, va dans le même sens : « La Cour rappelle que pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques et mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. En recherchant si un traitement est « dégradant » au sens de l'article 3, la Cour examinera notamment si le but était d'humilier et de rabaisser l'intéressé. Toutefois, l'absence d'un tel but ne saurait exclure de façon définitive un constat de violation de l'article 3 (arrêt *Peers c. Grèce*, précité, §§ 67-68 et 74) ».

⁴⁵ CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, Grande Chambre, req. n° 30210/96, *CEDH 2000-XI*, § 94, *GACEDH*, n° 12.

⁴⁶ F. Sudre, « L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1503.

traitement dégradant proscrit par l'article 3 de la Convention⁴⁷. La Cour a estimé « que même si l'intention n'était pas d'humilier le requérant, le fait de l'avoir privé de ses cheveux sans justification précise revêtait en soi un caractère punitif arbitraire et était donc de nature à donner à l'intéressé le sentiment que pareille mesure visait à l'avilir et/ou à l'intimider. En outre, étant donné les circonstances de l'espèce, le requérant avait des raisons de croire que l'intention était de l'humilier puisque les agents pénitentiaires lui ont rasé le crâne à l'occasion d'une punition qui lui avait été infligée pour avoir écrit des remarques critiques et insultantes, notamment sur des surveillants (...). Il y a lieu de prendre en compte d'autres éléments de la cause, tels que l'âge du requérant – 55 ans à l'époque des faits – et sa comparution à une audience publique neuf jours après qu'on lui eut rasé le crâne (...). Au vu de ce qui précède et eu égard aux circonstances de l'espèce, la Cour estime que le fait d'avoir rasé le crâne de l'intéressé à l'occasion d'une punition d'isolement cellulaire qui lui avait été infligée pour avoir écrit des remarques critiques et insultantes sur des surveillants et des autorités de l'Etat constitue un traitement injustifié d'une gravité suffisante pour être qualifié de dégradant au sens de l'article 3 de la Convention. Il s'ensuit que le fait d'avoir rasé le crâne du requérant contre son gré a emporté violation de l'article 3 de la Convention⁴⁸ ».

La Cour, dans l'examen des conditions de détention⁴⁹, se tourne de plus en plus vers un autre organe du Conseil de l'Europe, le CPT, qui lui se charge de rappeler l'existence des recommandations européennes aux gouvernements européens. En effet, le CPT est un « mécanisme non judiciaire visant à prévenir les cas de tortures et de mauvais traitements »⁵⁰, et il n'est en aucun cas lié par les décisions de la CEDH ou d'autres organes agissant dans ce domaine⁵¹. Il peut ainsi, dans l'exercice de ses fonctions, pointer et identifier des situations plus larges que la Cour.

⁴⁷ CEDH, 11 décembre 2003, *Yankov c. Bulgarie*, 1^{ère} section, req. n° 39084/97, *CEDH 2003-XII*, § 109 ; chron. F. Massias, in *RSC*, avril-juin 2004, pp. 449 et s.

⁴⁸ *Ibidem*, §§ 117-122.

⁴⁹ Voir en ce sens, par exemple, CEDH, 4 février 2003, *Lorsé et autres c. Pays-Bas*, 1^{ère} section, req. n° 52750/99, §§ 69 et 70, ou CEDH, 4 février 2003, *Van der Ven c. Pays-Bas*, 1^{ère} section, req. n° 50901/99, *CEDH 2003-II*, §§ 57 et 58.

⁵⁰ M. Anstett, « La Convention européenne pour la prévention de la torture : succès et incertitudes », in *RPDP*, n° 3, juillet 1997, pp. 195 et s.

⁵¹ C. Nicolay, « Une nouvelle approche des droits de l'homme », in *RPDP*, n° 1, janvier 1996, p. 13.

II – L’interprétation de l’article 3 CSDH par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants

L’Assemblée générale des Nations Unies a adopté une Déclaration pour la « protection de toutes les personnes contre la torture », dans la résolution 3452 du 9 décembre 1975, et a par la suite adopté une Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur, en France, le 26 juin 1987⁵². Le Conseil de l’Europe s’est quant à lui doté de sa propre convention, la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements dégradants ou inhumains de 1987 du Conseil de l’Europe, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Elle est venue renforcer les obligations des Etats parties, vis à vis des personnes privées de liberté, par l’institution d’un mécanisme original de prévention. Selon l’article 1^{er} de la Convention, « il est institué un Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (...) Par le moyen de visites, le Comité examine le traitement des personnes privées de liberté en vue de renforcer, le cas échéant, leur protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Il est compétent dans « tout lieu relevant de sa juridiction où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique⁵³ ».

Le CPT intervenant de manière préventive, il lui revient de mettre en évidence les situations qui peuvent être considérées, ou pourraient l’être à terme, comme des traitements inhumains ou dégradants. C’est pourquoi l’on peut trouver dans les rapports du CPT des situations qualifiées comme telles, dans une logique bien différente de celle de la CEDH. Si l’article 3 CSDH lui sert de guide, « dans l’exercice de ses fonctions, le CPT est en droit d’utiliser les normes juridiques contenues non seulement dans la Convention européenne des Droits de l’Homme, mais aussi dans un certain nombre d’autres instruments pertinents ayant trait aux droits de l’homme (ainsi que l’interprétation qui en est faite par les organes des droits de l’homme respectivement compétents). Néanmoins, le CPT n’est pas lié par la jurisprudence des organes judiciaires ou quasi-judiciaires agissant

⁵² E. Ponroy, C. Jacq, « Etude comparative des Conventions des Nations Unies et du Conseil de l’Europe relatives à la torture et aux peines ou traitements inhumains ou dégradants », in *RSC*, n° 2, avril-juin 1990, p. 317.

⁵³ Article 2 de la Convention, CPT/Inf/C (89) 1 [FR] – Strasbourg, 26 novembre 1987.

dans ce même domaine⁵⁴ ». Il s'inspire notamment des Règles pénitentiaires européennes, se chargeant de rappeler leur existence aux différents gouvernements européens⁵⁵. N'étant donc pas lié par les décisions de la Cour, il demeure tout à fait libre de réinterpréter les notions de torture et de peines ou traitements inhumains ou dégradants. Il peut s'intéresser aux traitements objectivement inhumains ou dégradants : il n'est pas obligé de s'attacher au critère d'intentionnalité. Les conditions de détention peuvent être en elles-mêmes considérées comme un traitement dégradant, tout du moins un mauvais traitement pouvant devenir dégradant.

Par ailleurs, le CPT, contrairement à la CEDH, n'est compétent que dans les seuls lieux où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique. Ce faisant, il est amené à visiter aussi bien des prisons que des hôpitaux psychiatriques. Dans un premier temps, il est donc nécessaire d'appréhender la « définition » générale qu'il donne des traitements inhumains ou dégradants (A), avant d'envisager la définition qu'il en donne pour la détention dans des établissements pénitentiaires (B).

A- Les « mauvais traitements » pour le CPT

Le *1^{er} rapport général d'activités du CPT* précisait ceci : « en accomplissant sa tâche, le CPT est guidé par les trois principes suivants : i) l'interdiction des mauvais traitements aux personnes privées de liberté revêt un caractère absolu ; ii) les fondements sur lesquels repose tout comportement civilisé font éprouver de la répulsion pour les mauvais traitements, même revêtant des formes plus modérées ; iii) les mauvais traitements ne nuisent pas seulement à la victime mais sont aussi dégradants pour tout responsable qui les inflige ou les autorise.⁵⁶ »

⁵⁴ CPT, *1^{er} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} novembre 1989 au 31 décembre 1990*, CPT/Inf (91) 3 [FR], § 5.

⁵⁵ Par exemple, le CPT se permet dans ses remarques préliminaires dans le *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le CPT du 14 au 26 mai 2000*, CPT/Inf (2001) 10, § 69, de recommander « aux autorités françaises de s'inspirer des principes contenus dans la Recommandation R (99) 22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative au surpeuplement des prisons et à l'inflation carcérale ».

⁵⁶ CPT, *1^{er} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} novembre 1989 au 31 décembre 1990*, *op. cit.*, § 3. Dans le *2^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1991*, CPT/Inf (92) 3 [FR], § 2 : « Le rôle du Comité n'est pas de critiquer publiquement les Etats, mais plutôt de les assister dans la recherche de voies qui permettent de renforcer la protection des personnes privées de liberté contre les mauvais traitements ».

Le CPT reconnaît que la torture et les mauvais traitements peuvent être physiques ou psychologiques, et qu'ils englobent également les menaces de mauvais traitements physiques⁵⁷. Rod Morgan et Malcolm Evans relèvent une faible utilisation du terme torture et l'expliquent par une prudence du CPT vis à vis de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui qualifie désormais de torture des actes autrefois qualifiés de traitements inhumains ou dégradants, et donc par une volonté du CPT de ne pas être en contradiction avec la Cour, soit en allant trop loin, soit en étant trop timide. Ils évoquent cependant la possibilité que le CPT ait mis en place une classification à trois volets : mauvais traitements, mauvais traitements graves et torture⁵⁸. En tout cas, l'utilisation du terme de torture renvoie à des pratiques ayant pour but d'extorquer des aveux ou des informations, ou ayant pour but d'humilier ou d'intimider l'individu⁵⁹. Le CPT ne reprend pas les termes de l'article 3 CSDH, et lorsqu'il évoque des « mauvais traitements », c'est pour les distinguer de la torture : il y aurait donc la torture et les mauvais traitements, d'un côté, et de l'autre les traitements inhumains ou dégradants, renvoyant, eux, au régime de détention.

Rod Morgan et Malcolm Evans estiment que lorsque le CPT utilise les termes « torture » et traitements « inhumains et dégradants », c'est selon un schéma différent de celui de la CEDH qui « repose sur une utilisation linéaire de cette terminologie », alors que « le CPT semble réserver chacun de ces termes à une forme différente de mauvais traitements »⁶⁰ : la torture désigne presque uniquement des mauvais traitements physiques infligés par la police à l'aide d'instruments ; les termes inhumains et dégradants renvoient aux « formes

⁵⁷ R. Morgan, M. Evans, *Combattre la torture en Europe : le travail et les normes du CPT*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 64.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ « In the light of all the information at its disposal, the CPT has been led to conclude that criminal suspects deprived of their liberty by the police in Bulgaria run a significant risk of being ill-treated at the time of their apprehension and/or while in police custody, and that on occasion resort may be had to severe ill-treatment/torture », CPT, *Report to the Bulgarian Government on the visit to Bulgaria carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 26 March to 7 April 1995*, CPT/Inf (97) (Part 1), § 27. « Particular reference should be made to the allegations of a certain number of people whom the delegation met separately, who had been in police custody in Limassol Town Police Station between February and November 1992. Nearly all those concerned described in detail the same forms of ill-treatment, including - suspension by the legs with the head just a few centimetres above the ground ; - the application of electric shocks to various parts of the body (including the penis) ; - the placing of a metal bucket on the head and then striking it with blows from wooden sticks ; - blows struck with truncheons or wooden clubs. Certain persons claimed to have been struck blows on the soles of their feet with a bar. One person claimed to have had a truncheon introduced into his anus », CPT, *Report to the Government of Cyprus on the visit to Cyprus carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 2 to 9 November 1992*, [CPT/Inf (97) 5], § 15.

⁶⁰ R. Morgan, M. Evans, *Combattre la torture en Europe : le travail et les normes du CPT*, *op. cit.*, p. 71.

de mauvais traitements associées aux conditions de détention et plus spécialement de logement d'un groupe de prisonniers, à savoir des mauvais traitements dont l'élément intentionnel n'est guère évident⁶¹ ».

B- Les traitements inhumains ou dégradants et les mauvais traitements dans les établissements pénitentiaires.

Dans différents rapports généraux d'activités, le CPT a exposé certaines des questions de fond qu'il examine lorsqu'il effectue des visites de lieux de privation de liberté. Le Comité espère ainsi préciser clairement et par avance aux autorités nationales ses vues sur la manière dont les personnes privées de liberté doivent être traitées et, plus généralement, inciter à la discussion en ce domaine. Les chapitres consacrés à des questions de fond ont été réunis dans un document : *Les normes du CPT – Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond*⁶². « Les normes du CPT en ce qui concerne l'emprisonnement ont graduellement évolué, à la lumière tant de nouvelles situations auxquelles il a été confronté que de l'expérience qu'il a acquise. [II] a l'intention, progressivement, d'élaborer des descriptions actualisées de ses normes dans tous les domaines relevant de son mandat⁶³. »

En ce qui concerne le domaine pénitentiaire, différentes situations sont pour lui sources de préoccupation particulière : les relations entre le personnel et les détenus, la violence entre détenus, le surpeuplement carcéral, les grands dortoirs, l'accès à la lumière du jour et à l'air frais, les maladies transmissibles, les unités de haute sécurité, les condamnés à perpétuité et autres détenus purgeant de longues peines⁶⁴. Concernant l'examen qu'il fait des conditions de détention dans les établissements pénitentiaires, il « accorde une attention spéciale à toute allégation de mauvais traitements de prisonniers qui seraient le fait du personnel. Cependant, ce sont tous les aspects des conditions de détention dans une prison qui relèvent du mandat du CPT. Les mauvais traitements peuvent revêtir de multiples formes qui, pour nombre d'entre elles, peuvent ne pas résulter d'une volonté

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² CPT, *Les normes du CPT. Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond*, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2004.

⁶³ CPT, *11^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2000*, CPT/Inf (2001) 16, § 25.

⁶⁴ *Ibidem*.

délibérée mais être plutôt le résultat de déficiences dans l'organisation ou d'insuffisances des ressources. La qualité générale de la vie dans un établissement présente, par conséquent, pour le CPT, une importance considérable⁶⁵ ». La qualité de vie dépend d'ailleurs très largement des activités proposées aux prisonniers et de l'état d'ensemble des relations entre prisonniers et personnel. Parmi ces aspects des conditions de vie, la surpopulation carcérale relève directement du mandat du CPT, en effet, « le degré de surpeuplement d'une prison, ou dans une partie de celle-ci, peut être tel qu'il constitue, à lui seul, un traitement inhumain ou dégradant⁶⁶ » et « à plus d'une reprise, le CPT a été amené à conclure que les effets néfastes du surpeuplement avaient abouti à des conditions de détention inhumaines et dégradantes⁶⁷ ».

Le CPT est également particulièrement vigilant à l'utilisation qui est faite de la force. Pour lui, les moments où le personnel pénitentiaire est obligé de recourir à la force pour maîtriser des détenus violents constituent des situations « à haut risque pour ce qui est de possibles mauvais traitements de détenus et exigent des garanties spécifiques⁶⁸ ». De même, il estime que « l'effet de transferts successifs sur un prisonnier pourrait, dans certaines circonstances, constituer un traitement inhumain et dégradant⁶⁹ ». Il accorde également une place particulière aux détenus considérés comme présentant des risques particuliers en matière de sécurité et qui requièrent en conséquence des conditions particulières de détention, « c'est un groupe qui préoccupe particulièrement le CPT, car la nécessité de prendre des mesures exceptionnelles à son égard comporte un risque de traitement inhumain et dégradant plus élevé⁷⁰ ».

Ce sont donc tous les aspects de la vie en détention que le CPT prend en compte, sa mission de prévention l'obligeant à anticiper et donc à envisager ce qui pourrait constituer un traitement inhumain ou dégradant, ou un mauvais traitement selon ses termes.

⁶⁵ « Extrait du 2^{ème} rapport général du CPT [CPT/Inf (92) 3] », § 44, in CPT, *Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond, op. cit.* p. 17.

⁶⁶ *Ibidem*, § 46, p. 17.

⁶⁷ « Extrait du 7^{ème} rapport général du CPT [CPT/Inf (97) 10] », § 13, in CPT, *Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond, op. cit.*, p. 21.

⁶⁸ « Extrait du 2^{ème} rapport général du CPT [CPT/Inf (92) 3] », § 53, in CPT, *Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond, op. cit.*, p. 19.

⁶⁹ *Ibidem*, § 57, p. 20.

⁷⁰ « Extrait du 11^{ème} rapport général [CPT/Inf (2001) 16] », § 32, in CPT, *Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond, op. cit.*, p. 27.

III – Le choix d’une interprétation extensive de l’article 3 CSDH

La CEDH, lorsqu’elle constate une violation de l’article 3 CSDH, et le CPT, organe institué pour la prévention de la torture et des peines ou traitements dégradants ou inhumains, poursuivent bien, in fine, le même but : la protection des individus contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants. Si ces deux organes n’agissent pas de concert et interviennent dans le champ de l’article 3 CSDH à des moments bien distincts, et s’ils n’utilisent pas toujours les mêmes termes pour désigner des situations semblables, ce n’est qu’en confrontant leurs interprétations qu’il est possible de comprendre ce que recouvre l’interdiction posée par l’article 3 CSDH, et par conséquent, les obligations des Hautes parties contractantes à la Convention européenne des droits de l’homme. Une interprétation extensive de l’article 3 CSDH est donc tout à fait justifiée. D’une part, l’interprète authentique va dans le sens d’une interprétation de plus en plus large de l’article 3 CSDH. Et d’autre part, il est possible de faire l’hypothèse d’un processus plus général d’unification des différentes interprétations, en dehors de la volonté propre des organes, mécanisme inconscient ?, conduisant à une compréhension nécessairement plus claire par les Etats de l’interdit contenu dans cet article. Ainsi des indices forts tendent à montrer la convergence de l’interprétation de la Cour et de celle du CPT : la Cour fait désormais explicitement référence aux recommandations du CPT⁷¹, qui lui-même utilise la jurisprudence de la Cour⁷².

En effet, la Cour examine désormais les conditions de détention à la lumière des allégations spécifiques faites par le requérant, mais aussi de l’effet cumulatif de ces conditions, puisque depuis l’affaire grecque, les conditions de détention peuvent parfois

⁷¹ Par exemple dans un arrêt récemment rendu concernant la France, la Cour fait référence aux recommandations du CPT dans le corps même de la décision. CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, 1^{ère} section, req. n° 67263/01, *CEDH 2002-IX*, § 48 ; *Droit Pénal*, n° 4, 2003, pp. 21-23, note A. Maron, M. Haas ; *RDP*, n° 3, 2003, p. 692, note F. Sudre. Il en est de même dans un arrêt du 27 novembre 2003, CEDH, 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, 1^{ère} section, req. n° 65436/01, *CEDH 2003-XI*, § 57.

⁷² CPT, 11^{ème} rapport général d’activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2000, *op. cit.*, préface : « Le travail du CPT est conçu comme une partie intégrante du système de protection des droits de l’homme du Conseil de l’Europe, mettant en place un mécanisme non judiciaire "pro-actif" en parallèle au mécanisme judiciaire de contrôle a posteriori de la Cour européenne des Droits de l’Homme ». CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 27 octobre au 8 novembre 1991*, CPT/Inf (93) 2, préface : « la Commission et la Cour ont à appliquer et à interpréter les dispositions de fond d’un traité. Le CPT n’est pas lié par de telles dispositions de fond, bien qu’il puisse faire mention d’un certain nombre de traités, d’autres instruments internationaux et de la jurisprudence y relative ».

constituer un traitement inhumain ou dégradant⁷³. Dans l'affaire *Dougoz c. Grèce*, même si en l'espèce il s'agit d'une détention par la police dans l'attente d'une expulsion, la Cour n'a pas fait de déplacement sur place, mais elle a observé que les griefs du requérant étaient confirmés par les conclusions du rapport du CPT du 29 novembre 1994 et a estimé que les conditions de détention du requérant, en particulier une surpopulation sévère, jointes à la longueur de la période pendant laquelle il a été détenu dans de telles conditions constituent un traitement dégradant contraire à l'article 3 CSDH⁷⁴. Les visites et rapports du CPT constituent donc pour la Cour des « éléments objectifs » à prendre en compte, cette dernière leur accordant désormais un poids important, ce qui tend à une unification des normes européennes en matière de détention⁷⁵.

Pour ce qui concerne le CPT, même s'il n'est pas limité par les termes de l'article 3 CSDH, et s'il « peut déborder la jurisprudence de la Cour et de la Commission, voire la contourner⁷⁶ », « la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme relative à l'article 3 fournit un guide au comité⁷⁷ ». Le CPT peut ainsi faire usage de celle-ci « en tant que point de départ ou comme référence lors de l'évaluation du traitement des personnes privées de liberté dans les différents pays⁷⁸ ». Sa démarche n'est donc pas à opposer à celle de la Cour – même si elle demeure fort différente – et lui est même tout à fait complémentaire, dans la mesure où le champ d'action de ces institutions est bien celui de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

⁷³ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in J.-P. Céré (dir.), *op. cit.*, p. 39.

⁷⁴ CEDH, 6 mars 2001, *Dougoz c. Grèce*, 3^{ème} section, req. n° 40907/98, *CEDH 2001-II*, §§ 46-48. « En l'espèce, la Cour constate, bien qu'elle n'ait pas effectué de visite sur les lieux, que les conclusions du CPT du 29 novembre 1994 concernant la direction de la police, avenue Alexandras, confirment les allégations du requérant. Dans son rapport, le CPT a fait observer que l'hébergement en cellules et le régime de détention n'étaient pas du tout adaptés pour plus de quelques jours, les taux d'occupation étant absolument excessifs et les installations sanitaires déplorables. Bien que le CPT ne se soit pas rendu au centre de détention de Drapetsona à l'époque considérée, la Cour relève que le Gouvernement a décrit les conditions de détention dans les locaux de l'avenue Alexandras comme similaires à celles de Drapetsona et que le requérant a reconnu que les conditions y étaient un peu meilleures puisque les cellules étaient éclairées par la lumière du jour et aérées et que l'eau chaude était disponible en quantité suffisante ».

⁷⁵ B. Ecochard, *op. cit.*, pp. 103 et s.

⁷⁶ R. Morgan, M. Evans, *Combattre la torture en Europe : le travail et les normes du CPT*, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁷ *Rapport explicatif à la « Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants »*, CPT/Inf/C (89) 1 [FR] (Partie 2) – Strasbourg, 26 novembre 1987, § 27.

⁷⁸ CPT, *1^{er} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} novembre 1989 au 31 décembre 1990*, *op. cit.*, § 5.

Il ne s'agit pas de dire que l'article 3 CSDH contiendrait une multitude de normes, ce qui reviendrait à relativiser l'interdit contenu dans cet article, mais de montrer que l'interprétation de cet article a évolué, du fait d'un processus d'unification latent entre les différentes institutions intervenant dans le champ de l'application de l'article 3 CSDH, et que par conséquent, selon les propres termes de la Cour, « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques⁷⁹ ». L'interdit contenu dans l'article 3 CSDH est donc une norme en évolution, et c'est en ce sens qu'une interprétation extensive est possible.

L'interprétation de la Cour est, pour suivre l'analyse de Michel Troper, « le résultat dans tous les cas d'une opération de volonté, (...) manifestation du libre arbitre de l'organe d'application. C'est donc [elle] qui, à proprement parler, pose [elle-même] la norme qu'[elle] appliquera⁸⁰ ». Le CPT, quant à lui, dans un autre registre, celui de la prévention des atteintes à l'article 3 CSDH, n'est pas lié par la Cour, et est libre d'interpréter le texte selon sa volonté : son interprétation peut donc tout à fait être considérée comme une interprétation « efficace et valable », dans son champ d'action⁸¹. Or, le Conseil de l'Europe a institué ces deux organes que sont la Cour et le CPT, non pour les opposer, mais dans le but de faire respecter l'article 3 CSDH : le CPT peut donc être considéré comme un organe « partiel » de l'application de cet article, au sens où l'entend Michel Troper⁸². L'article 3 CSDH est interprété successivement ou simultanément par ces deux institutions : la norme qu'il contient doit donc être considérée du point de vue de cette double interprétation. L'interprétation de l'article 3 CSDH retenue ici le sera à la fois à partir de la jurisprudence de la CEDH mais aussi de celle de la Commission et des rapports du CPT, puisque la Cour utilise de plus en plus les éléments contenus dans les rapports du CPT comme éléments objectifs de preuve, et que le CPT a comme base la jurisprudence de la Cour.

⁷⁹ CEDH, *Selmouni c. France*, précité, § 101.

⁸⁰ M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 142-143.

⁸¹ Ce qui pour Michel Troper est le propre du caractère authentique d'une interprétation. *Ibidem*.

⁸² *Ibid.*, p. 143.

En ce qui concerne la notion de torture, dans la mesure où le CPT n'emploie que très peu cette notion, il sera fait référence aux termes de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations unies, entrée en vigueur le 26 juin 1987, qui intègre les éléments pris en considération par la Cour⁸³, pour laquelle le terme désigne « *tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite* ».

Pour ce qui concerne les traitements inhumains ou dégradants, l'interprétation envisagée ira plus loin que celle de la CEDH, retenant lorsqu'il est en jeu le critère intentionnel, mais l'excluant lorsqu'il est absent, et relativisant les critères de gravité et d'absence de justification. Seront donc inclus dans les traitements inhumains ou dégradants les formes de mauvais traitements qui au sens du CPT pourraient conduire à des traitements inhumains ou dégradants. *Il sera désormais entendu par traitement inhumain et/ou dégradant des actes, mais aussi, surtout, des situations, provoquant de vives souffrances physiques et entraînant des troubles psychiques aigus, et/ou de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, à avilir et à briser éventuellement la résistance physique ou morale. Dans cette perspective, nous considérerons les conditions de détention objectivement inhumaines et dégradantes, du fait, par exemple, du surpeuplement, ou résultant de déficiences dans l'organisation ou de l'insuffisance des ressources, ainsi que les transferts successifs d'un prisonnier, ou la mise à l'isolement dans certaines conditions comme des traitements inhumains ou dégradants.* Les traitements inhumains ou dégradants peuvent ainsi revêtir diverses formes dans les établissements pénitentiaires.

⁸³ Supra I, A, 1.

Aucun cas de torture n'a pour l'instant été mis en évidence, dénoncé jusqu'à ce jour concernant les établissements pénitentiaires français. En revanche, les détenus peuvent être soumis, en France, lors de leur détention, à des traitements qualifiables de traitements inhumains ou dégradants.

CHAPITRE 2 – LA CONNAISSANCE PAR L’ADMINISTRATION PENITENTIAIRE DE L’EXISTENCE D’ACTES CONTRAIRES A L’ARTICLE 3 CSDH

Au vu de l’interprétation retenue de l’article 3 CSDH, des actes ou des situations qualifiables de traitements inhumains ou dégradants peuvent être relevés au sein des établissements pénitentiaires français. Si aucun acte qualifiable de torture n’a été identifié, cette notion ne sera mise de côté que pour ce qui concerne le recensement des atteintes à l’article 3 CSDH dans les établissements pénitentiaires français, et lorsqu’il sera question de cet article par la suite, il faudra à nouveau l’envisager comme l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

La France n’a, jusqu’à présent, jamais été condamnée par la CEDH aux termes de l’article 3 CSDH pour « torture », en ce qui concerne des faits du ressort de l’administration pénitentiaire française¹. En revanche, elle l’a été pour la première fois en 2002, pour des faits relevant de l’administration pénitentiaire, pour violation de l’article 3 de la Convention, en raison d’un maintien en détention dans des conditions jugées inhumaines et dégradantes par la Cour². L’administration pénitentiaire a donc été confrontée directement aux condamnations de la CEDH, pour traitements inhumains et dégradants, et partant à l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

Ainsi, il existe des actes ou des situations qualifiables de traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires français³, que ce soit du fait de dysfonctionnements ou du fonctionnement-même des établissements (I). L’existence de ces traitements inhumains ou dégradants n’est d’ailleurs pas niée, simplement non rendue

¹ Il s’agit bien là d’une constatation valable uniquement pour l’administration pénitentiaire française, puisque nous l’avons vu, la France a été condamnée en juillet 2000 aux termes de l’article 3 CSDH pour « torture » pour des faits imputables à la police nationale, dans un arrêt *Selmouni c. France*. CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, Grande Chambre, req. n° 25803/94, *CEDH 1999-V*, *GACEDH*, n° 11.

² CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, 1^{ère} section, req. n° 67263/01, *CEDH 2002-IX* ; *Droit Pénal*, n° 4, 2003, pp. 21-23, note A. Maron, M. Haas ; *RDP*, n° 3, 2003, p. 692, note F. Sudre. Elle l’a à nouveau été concernant l’entrave d’un patient détenu hospitalisé, CEDH, 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, 1^{ère} section, req. n° 65436/01, *CEDH 2003-XI*.

³ Ce constat se rapproche fortement de celui effectué par la Commission nationale consultative des droits de l’homme, dans son étude sur les droits dans l’homme dans les prisons. CNCDH, *Etude sur les droits de l’homme dans la prison*, Paris, CNCDH, 2004, pp. 17 et s.

publique, par l'administration pénitentiaire, qui en a toujours eu une connaissance claire (II).

I – L'existence de traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires français

Si la notion de torture implique un seuil de gravité très élevé pour être franchi, celui des traitements inhumains ou dégradants, l'est de manière régulière. Il s'agit donc d'envisager ici les violations avérées ou potentielles de l'article 3 CSDH dans l'activité quotidienne de l'administration pénitentiaire et d'appréhender ainsi les différentes situations susceptibles de violer les dispositions de l'article 3 CSDH, sur la base de la jurisprudence de la CEDH, mais également, et surtout, sur celles des rapports de visites du CPT. Si aucun de ces organes n'a jusqu'à présent relevé des situations susceptibles de constituer des tortures, l'arrêt *Mouisel c. France* du 14 novembre 2002⁴ et l'arrêt *Henaf c. France* du 27 novembre 2003⁵, viennent confirmer que les détenus, en France, peuvent être soumis à des traitements inhumains ou dégradants. Dans la première affaire, il s'agissait d'un recours contre le maintien en détention d'une personne condamnée en dépit d'une maladie grave. La Cour a estimé que son maintien en détention, surtout à partir du mois de juin 2000, a porté atteinte à sa dignité⁶, au surplus la Cour a critiqué les conditions de transfert du requérant de la prison à l'hôpital, en particulier la pratique du menottage, disproportionnées au regard des nécessités de sécurité⁷. Dans la seconde affaire, il s'agissait des conditions d'hospitalisation d'un détenu malade, en l'occurrence d'une mesure d'entrave⁸.

Le CPT relève lors de ses visites, un certain nombre de points à améliorer pour les gouvernements des Etats visités, qui peuvent faire l'objet de recommandations ou simplement d'observations. Pour ce qui concerne l'administration pénitentiaire française, certaines situations étaient en elles-mêmes susceptibles de constituer des traitements inhumains ou dégradants ; cependant, le CPT met en lumière tous les dysfonctionnements

⁴ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, précité.

⁵ CEDH, 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, précité.

⁶ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, précité, § 48.

⁷ *Ibidem*, § 47.

⁸ CEDH, 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, précité, §§ 56-59.

dont il est témoin, y compris en ce qui concerne les conditions de vie des détenus. Dès lors, certaines situations prises isolément ne pourraient être envisagées comme constitutives d'un traitement inhumain ou dégradant, mais dans la mesure où elles sont cumulées, ce faisceau d'éléments conduit, ou risque fortement de conduire, à des traitements inhumains ou dégradants.

Pour tenter de classer ces traitements inhumains ou dégradants auxquels les détenus peuvent être soumis en France, on peut dire qu'il y a d'une part ceux dus à des pratiques « hors norme » (A) et d'autre part ceux dus à des dysfonctionnements dans des pratiques normées (B).

A- Les traitements inhumains ou dégradants dus à des pratiques ou situations « hors-norme »

Ces traitements inhumains ou dégradants sont ceux qui viennent immédiatement à l'esprit. Ces pratiques sont bien des dysfonctionnements, mais indépendants de toute réglementation, fruits de situations non « souhaitées » par l'administration pénitentiaire. Il s'agit des mauvais traitements infligés par le personnel (1), des violences entre détenus (2), mais aussi de la mauvaise prise en charge sanitaire des détenus, des suicides et gestes auto-agressifs (3) ou des conditions de détention inacceptables (4).

1. Les mauvais traitements infligés par le personnel

On ne peut que constater que cette pratique n'est pas un usage, et que lorsqu'il y a « dérapage » d'un ou de plusieurs membres du personnel, il peut être considéré comme isolé. Cependant, le CPT a pu être confronté à ce type de problèmes, à plusieurs reprises⁹.

⁹ Lors de sa visite en 1991, « la délégation du CPT n'a entendu que très peu d'allégations de mauvais traitements commis au sein des établissements visités et imputables au personnel de l'administration pénitentiaire. Pour ce qui concerne le C.P. de Clairvaux, la délégation était au fait des allégations de mauvais traitements qui auraient été perpétrés le 12 juin 1989 », CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 27 octobre au 8 novembre 1991 et réponse du Gouvernement de la République française*, op. cit., § 88. « Lors de la visite du Centre pénitentiaire de Fort-de-France, en 1994, le CPT a demandé des informations concernant le nombre de plaintes déposées en Martinique contre des fonctionnaires pénitentiaires pour mauvais traitements et le nombre de poursuites disciplinaires/pénales engagées suite à celles-ci ainsi qu'un relevé des sanctions pénales/disciplinaires prononcées suite à des plaintes pour mauvais traitements, Annexe 1 du *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en Martinique du 3 au 7 juillet 1994*, CPT/Inf

Certes, d'une façon plus générale, lors de ses visites, notamment en 1996, l'ensemble des observations faites in situ ont convaincu le CPT que la grande majorité du personnel des prisons visitées s'efforçait de traiter les détenus de manière humaine, tâche qui n'était pas toujours rendue aisée par les conditions matérielles qui régnaient dans certains établissements¹⁰. Lors de sa dernière visite en France, « la délégation du CPT n'a pas recueilli d'allégations de mauvais traitements physiques de détenus par le personnel pénitentiaire des établissements visités¹¹ ». Mais l'existence de mauvais traitements du fait du personnel est une réalité : les anciens directeurs de l'administration pénitentiaire rencontrés, sont d'ailleurs unanimes sur ce point, même s'ils reconnaissent que ces dérapages sont le fait de quelques uns.

En 1996, par exemple, les autorités françaises ont spontanément informé la délégation du CPT de certaines allégations ainsi que de cas isolés de mauvais traitements survenus dans un passé récent visant deux des établissements visités à savoir, le centre pénitentiaire de Marseille « Les Baumettes » et la maison d'arrêt de Villeneuve-les-Maguelonne. Lors de la visite au complexe pénitentiaire de Fleury-Mérogis, la délégation a eu connaissance d'allégations d'abus sexuels perpétrés par des fonctionnaires pénitentiaires sur des détenus hébergés dans un quartier réservé des maisons d'arrêt de Fleury-Mérogis. Ces allégations ont été immédiatement portées à la connaissance des autorités françaises¹².

La question du recours au gaz lacrymogène a également été soulevée, le CPT considérant que le recours au gaz lacrymogène pour maîtriser un détenu récalcitrant n'agissant pas de concert avec d'autres détenus est injustifiable¹³. Au Centre pénitentiaire de Lannemezan, en 2000, des informations obtenues au sujet du quartier disciplinaire et d'isolement laissaient entendre que certains fonctionnaires pénitentiaires avaient pu, à l'occasion, faire

(96) 24, §§ 32 et s. En 1996, « la délégation n'a entendu aucune allégation de torture et que très peu d'allégations d'autres formes de mauvais traitements de détenus par le personnel pénitentiaire dans les établissements visités », CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 6 au 18 octobre 1996*, CPT/Inf (98) 7, § 72.

¹⁰ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 6 au 18 octobre 1996*, *op. cit.*, § 204.

¹¹ CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, CPT/Inf (2004) 6, § 2.

¹² CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 6 au 18 octobre 1996*, *op. cit.*, § 205.

¹³ *Ibidem*.

usage de force excessive pour maîtriser des détenus agités ou perturbés¹⁴. Le CPT souhaitait aussi obtenir des explications complètes sur l'origine de blessures d'un détenu avec lequel la délégation du CPT s'était entretenue au Centre pénitentiaire de Perpignan¹⁵.

2. Les violences entre détenus

Le CPT l'a souvent rappelé : l'obligation de prise en charge des détenus qui incombe aux autorités pénitentiaires englobe la responsabilité de les protéger contre d'autres détenus qui pourraient leur porter préjudice¹⁶. La violence entre détenus peut donc être considérée comme relevant de la qualification de traitement inhumain ou dégradant¹⁷. Ces actes de violence sont une réalité, les juridictions administratives et l'administration pénitentiaire en reconnaissent l'existence, mais la responsabilité de l'administration pénitentiaire ne peut être engagée, jusqu'à présent, qu'en cas de faute lourde. L'évolution récente de la jurisprudence des juridictions administratives pourrait aller dans le sens de la

¹⁴ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le CPT du 14 au 26 mai 2000*, op. cit., § 71. Par exemple, la délégation du CPT a été informée que, deux ans auparavant environ, le service de santé du Centre pénitentiaire de Lannemezan avait porté à l'attention des services du parquet compétents les allégations - ainsi que les constats médicaux les étayant (traces de coups sur tout le corps et fractures de deux apophyses vertébrales) - émanant d'un détenu qui prétendait avoir été maltraité dans le quartier disciplinaire. Il semblerait que la plainte ait été « retirée » et l'enquête close suite à la décision prise par les autorités pénitentiaires de transférer le détenu dans un établissement de sa région d'origine.

¹⁵ *Ibidem*, § 71 et 72. « La consultation des dossiers pertinents au Centre pénitentiaire de Lannemezan a révélé que ledit détenu avait eu, les 19 et 21 mai 2000, des altercations physiques avec des membres du personnel, alors qu'il se trouvait au quartier disciplinaire. Le détenu a allégué avoir été, lors de ces faits, physiquement maltraité par des surveillants. Lors de l'examen médical effectué par un médecin de la délégation, il s'est avéré que ce détenu présentait : une plaie occipitale fraîche, longitudinale, d'une longueur d'environ 1 cm, située au niveau du vertex ; une plaie fraîche de l'arcade sourcilière gauche, d'environ 5 mm de longueur ; deux bosses séro-sanguines pariétales gauches, douloureuses à la palpation ; une tuméfaction chaude et douloureuse de l'ensemble du genou droit ; une excoriation filiforme thoracique antérieure, d'une longueur d'environ 10 cm. Il faut ajouter que les informations recueillies au cours de l'entretien mené avec l'intéressé donnent à penser que celui-ci souffrait d'une décompensation psychotique grave incluant des épisodes paranoïaques, qui nécessitaient des soins psychiatriques en urgence. Pour autant que la délégation ait pu en juger, le détenu n'avait reçu les soins requis par son état, ni au Centre pénitentiaire de Lannemezan, ni à celui de Perpignan. »

¹⁶ *Ibid.*, § 76 et 77. Le CPT rappelle d'ailleurs les observations qu'il avait faites en 1996 dans le rapport relatif à sa visite en France en 1996.

¹⁷ Ce que la CEDH n'hésite pas à faire. CEDH, 3 juin 2003, *Pantea c. Roumanie*, 2^{ème} section, req. n° 33343/96, § 190 : « Pour la Cour, et vu la nature du droit protégé par l'article 3, il suffit à un requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour son intégrité physique, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance. Il s'agit là d'une question dont la réponse dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire en question (*mutatis mutandis*, *Keenan*, précité, §§ 110-115). Il incombe dès lors à la Cour de déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, les autorités auraient dû savoir que le requérant risquait d'être soumis à de mauvais traitements de la part des autres détenus et, dans l'affirmative, si elles ont pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient évité un tel risque ». Voir également H. Labayle, F. Sudre, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », in *RFDA*, septembre-octobre 2004, p. 989.

reconnaissance de la responsabilité de l'administration pénitentiaire pour des dommages causés par un co-détenu en cas de succession de fautes de l'administration pénitentiaire, voire sur le fondement d'une responsabilité sans faute à raison du risque spécial qu'a pu faire courir l'administration pénitentiaire¹⁸.

Lors de ses visites, le CPT a alerté le gouvernement français à ce sujet, dans la mesure où il n'est lié ni par les décisions de la CEDH, ni par celles des juridictions nationales. Il considère donc que les actes de violences entre détenus sont potentiellement attentatoires à l'article 3 CSDH, et lors de sa visite en 1996, il a pu mentionner le problème d'actes d'agression entre détenus lequel a surtout retenu l'attention de la délégation au Centre de Jeunes Détenus et à la maison d'arrêt pour hommes à Marseille¹⁹. Lors de sa visite en 2000, le CPT s'est dit également préoccupé lorsqu'il a découvert un environnement favorisant l'intimidation et la violence entre détenus. Tant avant qu'à l'issue de sa visite, des incidents impliquant des actes – parfois graves – de violence entre détenus ont été portés à l'attention du CPT. De plus, au cours de la visite, des faits de violence et d'exploitation entre détenus ont été rapportés à la délégation du Comité, faits qui se seraient principalement produits dans les maisons d'arrêt de Lyon-Saint Paul et Paris-La Santé²⁰.

En cas de violence entre co-détenus, le CPT a pu constater que l'approche par l'administration pénitentiaire était variable ; à la maison d'arrêt de Paris-La Santé, un constat de lésions traumatiques n'était fait qu'à la demande du détenu. « En outre, l'approche visant à informer sous une forme appropriée une autorité compétente en cas de lésions en relation avec des allégations de mauvais traitements mériterait de ne pas être limitée aux seules hypothèses où ces allégations visent des membres du personnel

¹⁸ Le jeune Jawad Z. est décédé des suites d'un incendie allumé par un co-détenu pour revendiquer son placement dans une autre cellule. Le juge estime que « le décès de M. Z. ne peut être regardé comme la conséquence directe d'une succession de fautes imputables au service pénitentiaire ». En revanche, « en incarcérant trois jeunes gens dans une cellule de 9 m² en méconnaissance de la réglementation concernant l'emprisonnement individuel des détenus de moins de 21 ans, l'administration a fait courir à M. Jawad Z. un risque spécial qui l'a privé d'une chance de survie ». TA Versailles, 18 mai 2004, *M. et Mme Z.*, req. n° 101135 ; *AJDA*, 2004, p. 2172, note H. Arbousset. Voir sur ce point, infra chapitre 2, II, B, 1, b.

¹⁹ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 6 au 18 octobre 1996*, op. cit., § 206.

²⁰ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le CPT du 14 au 26 mai 2000*, op. cit., § 76 et 77.

pénitentiaire. Elle pourrait englober les situations où ces allégations concernent des membres des forces de l'ordre ainsi que des violences entre détenus²¹ ».

3. La mauvaise prise en charge sanitaire, le suicide et les gestes auto-agressifs

Une mauvaise prise en charge sanitaire peut également être considérée comme potentiellement attentatoire à l'article 3 CSDH²². Les autorités pénitentiaires ont obligation de protéger la santé des détenus²³. La question de la compatibilité d'un état de santé très préoccupant d'un détenu avec son maintien en détention dans un établissement pénitentiaire français a été posée à la CEDH²⁴. Cette dernière a considéré que « les autorités nationales n'ont pas assuré une prise en charge de l'état de santé du requérant lui permettant d'éviter des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Son maintien en détention, surtout à partir du mois de juin 2000, a porté atteinte à sa dignité. Il a constitué une épreuve particulièrement pénible et causé une souffrance allant au-delà de celle que comporte inévitablement une peine d'emprisonnement et un traitement anticancéreux²⁵ ».

Si la prise en charge sanitaire relève de l'administration de la santé²⁶, la prévention du suicide et des gestes auto-agressifs relève, quant à elle, également de l'administration pénitentiaire. Pour le CPT, les services de santé destinés aux personnes privées de leur liberté constituent un domaine relevant directement de son mandat. « Un niveau de soins médicaux insuffisant peut conduire rapidement à des situations qui s'apparentent à des "traitements inhumains ou dégradants". (...) La prévention des suicides constitue un autre

²¹ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 6 au 18 octobre 1996*, op. cit., § 146.

²² Dans l'arrêt *Ilhan c. Turquie* (CEDH, 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, Grande Chambre, req. n° 22277/93, *CEDH 2000-VII*) la Cour a estimé que le manque de traitement médical approprié peut constituer un traitement contraire à l'article 3 de la Convention. F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in O. De Schutter, D. Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2002, p. 264.

²³ Voir en ce sens, H. Labayle, F. Sudre, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », in *RFDA*, septembre-octobre 2004, p. 990, à propos de l'arrêt *McGlinchey et autres c. Royaume-Uni* (CEDH, *McGlinchey et autres c. Royaume-Uni*, 2^{ème} section, req. n° 50390/99, *CEDH 2003-V*).

²⁴ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouïsel c. France*, op. cit., § 42.

²⁵ *Ibidem*, § 48.

²⁶ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994, relative à la santé publique et à la protection sociale, *JO*, 19 janvier 1994 ; Décret n° 94-929 du 27 octobre 1994, relatif aux soins dispensés aux détenus par les établissements de santé assurant le service public hospitalier, à la protection sociale des détenus et à la situation des personnels infirmiers des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, *JO*, 28 octobre 1994.

domaine relevant de la compétence d'un service de santé pénitentiaire. Celui-ci devrait assurer une sensibilisation à ce problème au sein de l'établissement ainsi que la mise en place de dispositifs appropriés. (...) En outre, tout fonctionnaire pénitentiaire, quel que soit son travail, doit être rendu attentif aux signes de risque suicidaire – ce qui implique d'être formé à les reconnaître.²⁷ »

Le CPT, dans son rapport de 2000, souhaite « souligner que l'appréciation de gestes auto-agressifs ne peut pas être laissée à la discrétion de l'administration pénitentiaire. Celle-ci ne peut être valablement faite que par les services de santé qualifiés pour déterminer les causes de tels actes ainsi que leur gravité et proposer une prise en charge appropriée des détenus concernés²⁸. » Lors de sa visite en 2003, le CPT a pu trouver une situation en ce domaine particulièrement alarmante, le taux annuel de suicide en milieu carcéral se maintenant depuis plusieurs années à plus de 20 pour 10 000 détenus²⁹. Il a pu « constater le hiatus existant entre, d'une part, les intentions affichées par les autorités françaises et, d'autre part, la réalité sur le terrain³⁰ ». Les procédures recommandées par la circulaire du 29 mai 1998³¹ étaient « pour ainsi dire quasiment ignorées dans les établissements visités. (...) Dans aucun établissement pénitentiaire visité, la délégation n'a rencontré de membre du personnel ayant bénéficié d'une formation spécifique concernant la question de la prévention du suicide. Par ailleurs, le manque de communication entre les différents intervenants en milieu pénitentiaire était flagrant³² ». Dans son rapport de 2003, le CPT recommande « aux autorités françaises de prendre toutes les mesures nécessaires pour

²⁷ « Extrait du 3^{ème} rapport général [CPT/Inf (93) 12] », in CPT, *Les normes du CPT. Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond*, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004, pp. 29 et s.

²⁸ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le CPT du 14 au 26 mai 2000*, op. cit., § 99.

²⁹ CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, op. cit., § 43.

³⁰ « Depuis la visite de 2000, les autorités françaises ont instauré une commission de suivi des actes suicidaires en milieu carcéral. Elles ont aussi élaboré une nouvelle circulaire relative à la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires (JUSE0240075C) établissant un panel de procédures à mettre en œuvre concernant tant le repérage du risque suicidaire et le soutien aux personnes présentant ce risque que la formation des personnels ou l'information des proches d'un suicidé. » *Ibidem*.

³¹ Circulaire du 29 mai 1998 relative à la prévention du suicide dans les établissements pénitentiaires complétée par la circulaire AP 2002-05 PMJ4 du 26 avril 2002 sur la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires, *BOMJ*, avril-juin 2002.

³² CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, op. cit., § 44.

intensifier, entre les différents intervenants pénitentiaires, les échanges dans le domaine de la prévention des comportements suicidaires et actes de violence³³ ».

A la suite du Rapport Terra³⁴ sur la prévention du suicide dans les établissements pénitentiaires, le Garde des Sceaux et le Ministre de la Santé ont retenu l'objectif de réduire de 20% en 5 ans le nombre des suicides en milieu pénitentiaire. « Au-delà de la poursuite d'actions déjà engagées, des engagements communs ont été pris sur certaines actions à mettre en œuvre rapidement de manière générale et d'autres qui vont être au préalable expérimentées.³⁵ »

4. Les conditions générales de détention

Les conditions générales de détention peuvent constituer un « traitement objectivement inhumain ou dégradant ». Le CPT rapporte, dans ses rapports, des conditions de détention qui n'ont pas fait l'objet de condamnations mais qui selon lui constituent des conditions de détention inacceptables, par exemple, misérables et dangereuses pour la santé des détenus³⁶. Des recommandations, à propos des conditions de détention au Centre Pénitentiaire de Fort de France, certes moins graves que celles de la Santé, ont été faites par le CPT, notamment concernant les repas, les activités, l'hygiène³⁷.

³³ CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, op. cit., § 48.

³⁴ J.-L. Terra, *Rapport sur la prévention du suicide des personnes détenues. Evaluation des actions mises en place et propositions pour développer un programme complet de prévention*, Rapport de mission à la demande du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, décembre 2003, 218 p.

³⁵ CPT, *Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 11 au 17 juin 2003*, CPT/Inf (2004) 7.

³⁶ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 6 au 18 octobre 1996*, op. cit., § 104. A la Santé, certaines cellules étaient dans un état de dégradation très avancé, comme les bâtiments-mêmes dont le gros oeuvre était attaqué. « Leur équipement était à l'identique (lits vétustes, matelas/couvertures sales et usés). En particulier, le lavabo et les toilettes des cellules (camouflées derrière un rideau de fortune) étaient délabrés et insalubres – sans même évoquer l'odeur se dégageant des toilettes. En outre, les cellules étaient infestées par des poux et d'autres vermines ; la présence de rongeurs n'était pas non plus exceptionnelle. C'était là une plaie contre laquelle l'établissement avait beaucoup de mal à lutter ; le problème des rongeurs, en effet, était aigu dans l'arrondissement de Paris où se situe la maison d'arrêt. Quant aux douches desservant ces divisions, la situation n'était guère meilleure, en dépit de certains travaux ponctuels. A leur état de dégradation et d'insalubrité, s'ajoutait celui de leur saleté ».

³⁷ Annexe 1 du *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en Martinique du 3 au 7 juillet 1994*, op. cit.

En dehors des conditions générales de détention qui peuvent être médiocres et partant inhumaines et dégradantes, le surpeuplement des cellules peut constituer, pour le CPT, un traitement inhumain ou dégradant³⁸. Le surpeuplement est un problème récurrent et les détenus sont soumis très souvent à une promiscuité intolérable, et ce d'autant plus lorsque les cellules sont sous-équipées du point de vue sanitaire pour des détenus passant la majorité de leur temps en cellule³⁹ et ce encore plus dans les quartiers disciplinaires, dans la mesure où les détenus y passent 23 heures sur 24⁴⁰.

Dans son rapport de 2000⁴¹, le CPT constate les efforts du gouvernement français, mais relève encore des cas de « mauvais traitements » ; de plus, les conditions d'accueil des détenus sont loin d'être bonnes, tant au niveau du taux d'occupation qu'au niveau de l'état de dégradation de certaines cellules⁴². Ainsi, le CPT recommande aux autorités françaises de s'inspirer de la recommandation R (99) 22⁴³ concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale.

Lors de sa visite ad hoc en France en juin 2003, justifiée par « les circonstances », à savoir « l'augmentation récente et alarmante du surpeuplement des maisons d'arrêt ainsi que du nombre de suicides en milieu carcéral⁴⁴ », le CPT a constaté que, « dans les maisons d'arrêt de Loos et de Toulon, les détenus étaient soumis à un ensemble de facteurs néfastes – surpeuplement, conditions matérielles déplorable, conditions d'hygiène créant un risque sanitaire indéniable, sans même mentionner la pauvreté des programmes d'activités – qui peuvent légitimement être décrits comme s'apparentant à un traitement inhumain et dégradant⁴⁵ ». Le CPT a pu faire le constat d'une surpopulation carcérale record et a recommandé à nouveau aux autorités françaises de lutter contre le surpeuplement

³⁸ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 27 octobre au 8 novembre 1991 et réponse du Gouvernement de la République française*, op. cit., § 102.

³⁹ *Ibidem*, § 93.

⁴⁰ *Ibid.*, § 97.

⁴¹ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le CPT du 14 au 26 mai 2000*, op. cit., § 69 et 70.

⁴² *Ibid.*, § 79 et s.

⁴³ Recommandant aux Etats membres : « de prendre toutes les mesures appropriées, lorsqu'ils revoient leur législation leur pratique relatives au surpeuplement des prisons et à l'inflation carcérale, en vue d'appliquer les principes énoncés dans l'Annexe à la présente Recommandation ; d'encourager la diffusion la plus large possible de la présente Recommandation et du rapport sur le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale, établi par le Comité européen pour les problèmes criminels ».

⁴⁴ CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, op. cit., § 2.

⁴⁵ *Ibidem*, § 12.

carcéral⁴⁶. « La visite de juin 2003 s'est effectuée à un moment où la population carcérale avait dépassé les 60 000 détenus pour 48 603 places opérationnelles ; au 1^{er} juillet 2003, elle avait atteint 60 963 détenus (21 925 prévenus et 39 038 condamnés), soit un taux de détention pour la métropole et l'outre-mer de 99,3 détenus pour 100 000 habitants.⁴⁷ » Au 1^{er} janvier 2005, 58 231 personnes étaient incarcérées. L'effectif de la population sous écrou était de 59 197 (métropole et outre-mer). En excluant les 709 condamnés placés sous surveillance électronique et les 257 condamnés placés à l'extérieur sans hébergement, on obtient une densité carcérale de 116,2 %⁴⁸.

B- Les traitements inhumains ou dégradants dus à des dysfonctionnements dans des pratiques normées

D'autres situations peuvent conduire à des traitements inhumains ou dégradants. Ces situations ont, elles, pour « origine » l'application de la réglementation en vigueur par l'administration pénitentiaire. Le traitement inhumain ou dégradant est donc ici le résultat, soit d'une mauvaise mise en œuvre de ces textes, soit d'une réglementation potentiellement contraire à l'article 3 CSDH. Il s'agit des fouilles (1), des conditions de transferts et du recours aux instruments de contention physique (2), de l'isolement cellulaire (3). La question des transferts successifs des prisonniers, sera également abordée sous l'angle de l'article 3 CSDH, dans la mesure où cette pratique vise bien à briser la résistance de certains prisonniers, et partant, correspond d'une certaine manière à la définition retenue du traitement inhumain ou dégradant (4).

1. Les fouilles

Aux termes de l'article D. 275 CPP, « les détenus doivent être fouillés fréquemment et aussi souvent que le chef de l'établissement l'estime nécessaire. Ils le sont notamment à leur entrée dans l'établissement et chaque fois qu'ils en sont extraits et y sont reconduits pour quelque cause que ce soit. Ils doivent également faire l'objet d'une fouille avant et

⁴⁶ *Ibid.*, §§ 27-28.

⁴⁷ *Ibid.*, § 13.

⁴⁸ Communiqué de presse du ministère de la justice, 11 janvier 2005. 63 652 personnes étaient incarcérées au 1^{er} juillet 2004, soit une population carcérale totale de 64 813 personnes. (Source : DAP, statistique trimestrielle de la population incarcérée).

après tout parler ou visiter quelconque. Les détenus ne peuvent être fouillés que par des agents de leur sexe et dans des conditions qui, tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. » Une circulaire du garde des sceaux, ministre de la justice du 14 mars 1986⁴⁹ en a fixé les modalités d'exécution. Le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur l'atteinte potentielle à l'article 3 CSDH et a conclu à une non méconnaissance de ces dispositions par cette circulaire⁵⁰.

La CEDH n'a jamais qualifié de dégradantes, pour elles-mêmes, les fouilles à corps⁵¹, mais dans l'arrêt *Valasinas c. Lituanie* du 24 juillet 2001, la Cour estime qu'obliger le requérant à se dévêtir entièrement en présence d'une femme officier qui a procédé ensuite à une fouille intime, en touchant ses organes sexuels ainsi que la nourriture qu'il avait reçue des visiteurs « manifeste un manque évident de respect et diminue en fait la dignité humaine. Ceci a dû le laisser avec un sentiment d'angoisse et d'infériorité susceptible de l'humilier et de le déstabiliser⁵² ». Elle conclut dès lors, en ce qui concerne cette fouille, à un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention⁵³. Par ailleurs, concernant les fouilles, combinées à d'autres mesures de sécurité, et pratiquées de manière excessive, la Cour a conclu à une violation de l'article 3 CSDH, dans les arrêts du 4 février 2003, *Lorsé et autres c. Pays-Bas* et *Van der Ven c. Pays-Bas*⁵⁴. Dans la même logique, le CPT considère que si les fouilles ne sont pas en elles-mêmes constitutives de traitement inhumain ou dégradant, la manière dont elles se déroulent peut conduire à une violation de l'article 3 CSDH. Le CPT lors de sa visite en 1996, a recommandé aux autorités françaises de prendre sans délai des mesures afin que la fouille à corps des détenus à la maison

⁴⁹ Circulaire DAP 86-29GI du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus, *BOMJ*, janvier-mars 1986.

⁵⁰ CE 4/6 SSR, 8 décembre 2000, *Frérot, Rec.*, p. 589, et *Mouesca*, req. n° 176389 ; *LPA*, 8 février 2001, concl. R. Schwartz.

⁵¹ B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Monde européen et international, Paris, La Documentation française, 1999, p. 308.

⁵² CEDH, 24 juillet 2001, *Valasinas c. Lituanie*, 3^{ème} section, req. n° 44558/98, *CEDH 2001-VIII*, § 117.

⁵³ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in O. De Schutter, D. Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, op. cit.* (version actualisée par F. Tulkens au 28 février 2003).

⁵⁴ CEDH, 4 février 2003, *Lorsé et autres c. Pays-Bas*, 1^{ère} section, req. n° 52750/99, § 74 : « The Court considers that in the situation where Mr Lorsé was already subjected to a great number of control measures, and in the absence of convincing security needs, the practice of weekly strip-searches that was applied to Mr Lorsé for a period of more than six years diminished his human dignity and must have given rise to feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him. Accordingly, the Court concludes that the combination of routine strip-searching with the other stringent security measures in the EBI amounted to inhuman or degrading treatment in violation of Article 3 of the Convention. There has thus been a breach of this provision » et CEDH, 4 février 2003, *Van der Ven c. Pays-Bas*, 1^{ère} section, req. n° 50901/99, *CEDH 2003-II*, § 63 : « Accordingly, the Court concludes that the combination of routine strip-searching with the other stringent security measures in the EBI amounted to inhuman or degrading treatment in violation of Article 3 of the Convention. There has thus been a breach of this provision ».

d'arrêt de Paris-La Santé et au quartier disciplinaire des maisons d'arrêt de Fleury-Mérogis soit effectuée dans des conditions respectant la dignité humaine, notamment par la mise hors service des « cabines arrivants » à la maison d'arrêt de Paris-La Santé et l'aménagement d'aires d'attente adaptées, équipées au moins d'un banc⁵⁵.

Cet aspect de la détention est d'autant plus problématique au niveau de l'administration pénitentiaire, au vu des neuf mesures visant à renforcer la discipline et la sécurité dans les prisons annoncées le 7 mars 2003⁵⁶, par le Garde des Sceaux, Dominique Perben. Elles prévoient notamment un vaste programme de fouilles de toutes les prisons, des fouilles à corps systématiques lors de l'extraction des détenus de leur cellule et la généralisation d'un régime différencié de détention en fonction de la dangerosité des détenus. Dans ces mesures figure la possibilité pour les surveillants d'effectuer les fouilles à corps avec des cagoules pour ne pas être identifiables par les détenus. Il apparaît difficile, dans ces conditions, d'envisager ces mesures comme un moyen de garantir la dignité du détenu, et lui éviter un traitement inhumain ou dégradant, au contraire⁵⁷. Ont également été créées les équipes régionales d'intervention et de sécurité (ERIS)⁵⁸ dont l'une des missions est de pouvoir participer à l'organisation de fouilles spéciales. « De l'avis du CPT, aucune circonstance exceptionnelle ne peut justifier le port d'une cagoule par le personnel pénitentiaire dans une enceinte pénitentiaire. En conséquence, il recommande de prohiber

⁵⁵ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 6 au 18 octobre 1996*, op. cit., § 165 et 166 : « à la maison d'arrêt de Paris-La Santé, les conditions matérielles dans le local dit « cabines arrivants », destiné à héberger les détenus le temps nécessaire à leur fouille et à l'organisation du mouvement vers les cellules, étaient intolérables. Ce local comportait 10 « cages » d'1,49 m², sans aucun équipement permettant de s'asseoir, et de plus sales. La délégation a trouvé qu'entre cinq à sept détenus pouvaient être placés dans une cage (alors que d'autres étaient vides). De plus, la fouille à corps des détenus était effectuée dans le couloir où ces cages se trouvaient, au vu et au su des gardiens présents et d'autres détenus. En outre, aux quartiers disciplinaires de La Santé et de Fleury-Mérogis, la délégation a observé que les détenus étaient contraints de se déshabiller dans le couloir, devant la porte de la cellule disciplinaire pour subir la fouille à corps ».

⁵⁶ « Le ministère de la justice tente de reprendre en main les prisons », in *Le Monde*, 14 mars 03.

⁵⁷ Le directeur de l'administration pénitentiaire a dû intervenir, par une circulaire du 12 février 2004, alors que plusieurs incidents s'étaient déroulés lors de fouilles intégrales des détenus, pour rappeler les principes devant être respectés par les agents, aussi bien concernant les conditions de réalisation, que le lieu ou les circonstances de la fouille. Circulaire du garde des sceaux, ministre de la justice du 12 février 2004 relative aux fouilles corporelles-réglementation.

⁵⁸ Circulaire du garde des sceaux, ministre de la justice du 27 février 2003 relative à la constitution des équipes régionales d'intervention et de sécurité (ERIS). « Par circulaire en date du 27 février 2003, 10 équipes régionales d'intervention et de sécurité (ERIS) ont été créées, à raison d'une ERIS par direction régionale (à l'exception de la direction régionale de Paris dotée de deux ERIS). Leur mission : renforcer les structures locales, participer à l'organisation de fouilles, rétablir l'ordre avant l'intervention éventuelle des forces de police ou de gendarmerie. », Ministère de la justice, *Rapport d'activité 2003*, Paris, Ministère de la justice, 2004, p. 49.

le port de cagoules par les membres des ERIS lors de leurs interventions – de quelle que nature qu’elles soient – dans les établissements pénitentiaires.⁵⁹ »

2. Les conditions de transferts et le recours aux instruments de contention physique

L’article 803 CPP dispose que « nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s’il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite. (...) » Cependant, l’article D. 294 CPP précise que « des précautions doivent être prises en vue d’éviter les évasions et tous autres incidents lors des transfèvements et extractions de détenus. Ces derniers sont fouillés minutieusement avant le départ. Ils peuvent être soumis, sous la responsabilité du chef d’escorte, au port des menottes ou, s’il y a lieu, des entraves, dans les conditions définies à l’article D. 283-4 CPP⁶⁰. Au cas où un détenu serait considéré comme dangereux ou devrait être surveillé particulièrement, le chef de l’établissement donne tous les renseignements et avis nécessaires au chef de l’escorte. » L’utilisation de moyens de contention physique lors des transfèvements des détenus est bien prévue par les textes, mais elle doit être exceptionnelle, en tout cas justifiée par les circonstances.

Le CPT a dénoncé le recours aux instruments de contention physique lors de sa visite en 2000 de l’Etablissement Public de Santé National de Fresnes. Pour lui, soumettre un patient à la contention physique pendant des jours ne peut connaître aucune justification (qu’elle soit d’ordre thérapeutique, disciplinaire ou liée à la sécurité) et s’apparente à un mauvais traitement⁶¹. Mais dès 1991, dans son premier rapport concernant la France, il dénonçait déjà l’entrave des parturientes dans les hôpitaux civils⁶². Ces pratiques perdurent, un cas ayant été dénoncé dans les médias en février 2004⁶³.

⁵⁹ CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, op. cit., § 48.

⁶⁰ Article D. 283-4 CPP : « Dans les conditions définies par l’article 803, et par mesure de précaution contre les évasions, les détenus peuvent être soumis au port des menottes ou, s’il y a lieu, des entraves pendant leur transfèrement ou leur extraction, ou lorsque les circonstances ne permettent pas d’assurer efficacement leur garde d’une autre manière./Toutefois, aucun lien ne doit être laissé à un détenu au moment de sa comparution devant une juridiction ».

⁶¹ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le CPT du 14 au 26 mai 2000*, op. cit., §§ 74-75.

⁶² CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 27 octobre au 8 novembre 1991 et réponse du Gouvernement de la République française*, op. cit., § 90.

⁶³ *Dedans Dehors*, n° 41, janvier-février 2004, p. 7.

En 2000, « en dépit des recommandations faites par le CPT au paragraphe 144 de son rapport relatif à la visite de 1996, la délégation qui a effectué celle de 2000, a encore recueilli des informations (notamment à Lyon) sur les conditions de transfert ainsi que d'examen médical et d'hospitalisation de patients détenus, non conformes à l'éthique médicale : menottage systématique, serré des patients, sans distinction quant à leur état de santé ou âge ; examens/soins médicaux en présence de membres de forces de l'ordre, patients entravés à leur lit d'hôpital⁶⁴. » Or, pour le CPT, le recours à des instruments de contention physique peut s'il n'est pas nécessité par des conditions particulières être envisagé comme un traitement inhumain ou dégradant, et les autorités françaises ont été alertées à ce sujet. Le CPT avait alors été informé, concernant le problème du transfert en milieu hospitalier extérieur, de la préparation d'une circulaire en vue de faciliter l'application du principe du caractère exceptionnel de l'usage de menottes ou d'entraves. Plusieurs notes ont été élaborées, finalement une circulaire a été adoptée le 18 novembre 2004⁶⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme a donné raison au CPT, dans la mesure où elle a considéré dans l'arrêt *Mouisel c. France*⁶⁶ du 14 novembre 2002, condamnant la France, que les autorités nationales n'avaient pas assuré une prise en charge de l'état de santé du requérant lui permettant d'éviter des traitements contraires à l'article 3 de la Convention,

⁶⁴ *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le CPT du 14 au 26 mai 2000, op. cit.*, § 105.

⁶⁵ Circulaire AP 2004-07 CAB du 18 novembre 2004 relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, *BOMJ*, octobre-décembre 2004. L'OIP a demandé l'annulation pour excès de pouvoir de cette circulaire devant le Conseil d'Etat qui a rejeté cette requête, considérant notamment que les dispositions contestées ne sont pas contraires à l'article 3 CSDH, dans la mesure où elles ne doivent être mises en œuvre qu'en cas de risque « accru » ou « sérieux » d'évasion ou de trouble à l'ordre public, la personnalité du détenu le justifiant. CE 10/9 SSR, 30 mars 2005, req. n° 276017.

⁶⁶ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, précité, § 46 : « En outre, les conditions de transfert du requérant en milieu hospitalier posent également problème. Il ne fait pas de doute que le requérant fut enchaîné pendant les escortes même si cet enchaînement se révéla plus léger au fur et à mesure que le port des entraves fut estimé contre-indiqué par les médecins. » ; § 47 : « La Cour rappelle que le port des menottes ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une détention légale et n'entraîne pas l'usage de la force, ni l'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire. A cet égard, il importe de considérer notamment le risque de fuite ou de blessure ou dommage (arrêt *Raninen c. Finlande* du 16 décembre 1997, *Recueil 1997-VIII*, §56). En l'espèce, la Cour retient l'état de santé du requérant, le fait qu'il s'agit d'une hospitalisation, l'inconfort du déroulement d'une séance de chimiothérapie et la faiblesse physique de l'intéressé pour considérer que le port des menottes en l'espèce était disproportionné au regard des nécessités de la sécurité. S'agissant de l'état de dangerosité du requérant, et nonobstant son passé judiciaire, elle note l'absence d'antécédents et de références faisant sérieusement craindre un risque important de fuite ou de violence. Enfin, la Cour prend acte des recommandations que le Comité européen pour la prévention de la torture a formulées quant aux conditions de transfert et d'examen médical des détenus qui continuent, selon celui-ci, de poser problème au regard de l'éthique médicale et du respect de la dignité humaine (voir § 28 ci-dessus). Les descriptions faites par le requérant des conditions de ses extractions ne semblent pas, en effet, fort éloignées des situations qui préoccupent le comité sur ce point. »

que son maintien en détention, surtout à partir du mois de juin 2000, a porté atteinte à sa dignité, qu'il a constitué une épreuve particulièrement pénible et causé une souffrance allant au-delà de celle que comporte inévitablement une peine d'emprisonnement et un traitement anticancéreux, et ce notamment du fait de l'obligation du port des menottes pendant les traitements à l'hôpital⁶⁷. Dans un arrêt du 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, la France a été condamnée pour violation de l'article 3 CSDH, en raison de l'entrave imposée à un patient détenu, âgé de 75 ans, sur son lit d'hôpital⁶⁸.

3. L'isolement

L'article D. 283-1 CPP dispose que « tout détenu se trouvant dans un établissement ou quartier en commun peut soit sur sa demande, soit par mesure de précaution ou de sécurité, être placé à l'isolement. La mise à l'isolement est ordonnée par le chef de l'établissement qui rend compte à bref délai au directeur régional et au juge de l'application des peines. (...) Le détenu peut faire parvenir au juge de l'application des peines soit directement, soit par l'intermédiaire de son conseil, toutes observations utiles en ce qui concerne la décision prise à son égard. (...) Il appartient au médecin, chaque fois qu'il l'estime utile au regard de l'état de santé du détenu, d'émettre un avis sur l'opportunité de mettre fin à la mesure d'isolement. La durée de l'isolement ne peut être prolongée au-delà de trois mois sans qu'un nouveau rapport ait été fait devant la commission de l'application des peines et sans une décision du directeur régional. La mesure d'isolement ne peut être prolongée au-delà d'un an à partir de la décision initiale que par décision du ministre de la justice, prise sur rapport motivé du directeur régional qui recueille préalablement les avis de la commission de l'application des peines et du médecin intervenant à l'établissement. (...) ». L'article D. 283-2 CPP dispose quant à lui que « la mise à l'isolement ne constitue pas une mesure disciplinaire. Les détenus qui en font l'objet sont soumis au régime ordinaire de détention ». Par la suite, par une circulaire

⁶⁷ *Ibidem*, § 48.

⁶⁸ CEDH, 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, précité § 56 : « En l'espèce, compte tenu de l'âge du requérant, de son état de santé, de l'absence d'antécédents faisant sérieusement craindre un risque pour la sécurité, des consignes écrites du directeur du centre de détention pour une surveillance normale et non renforcée, du fait que l'hospitalisation intervenait la veille d'une opération chirurgicale, la Cour estime que la mesure d'entrave était disproportionnée au regard des nécessités de la sécurité, d'autant que deux policiers avaient été spécialement placés en faction devant la chambre du requérant. » ; § 59 : « En définitive, la Cour est d'avis que les autorités nationales n'ont pas assuré au requérant un traitement compatible avec les dispositions de l'article 3 de la Convention. La Cour conclut en l'espèce à un traitement inhumain en raison de l'entrave imposée dans les conditions examinées ci-avant. »

datée du 14 décembre 1998⁶⁹, le ministre de la justice a édicté des instructions portant notamment sur les motifs de l'isolement administratif des détenus, la procédure à suivre ainsi que le régime à réserver aux détenus mis à l'isolement.

Ces instructions traitent d'ailleurs de certaines des préoccupations exprimées par le CPT dans ses rapports de visites : « tant dans les rapports de visite de 1991 et de 1996, le CPT a souligné que le principe de proportionnalité demande à ce qu'un équilibre soit trouvé entre les exigences de la cause et la mise en œuvre du régime d'isolement qui est une mesure pouvant avoir des conséquences très néfastes pour la personne concernée. La mise à l'isolement peut, dans certaines circonstances, constituer un traitement inhumain et dégradant. En tout état de cause, elle devrait être de la durée la plus courte possible. Suite à ces visites, le CPT a fait part de ses préoccupations sur divers aspects de l'isolement administratif en France (...). Le CPT a de sérieuses réserves en ce qui concerne la situation de nombre de détenus placés à l'isolement pour des motifs administratifs que sa délégation a rencontrés lors de la visite ; ses réserves tiennent tant à la durée de l'isolement (parfois pendant des années d'affilée) qu'au régime éminemment restrictif auquel de tels détenus sont soumis (absence totale d'activités structurées et d'activités en commun).⁷⁰ »

Pour autant, le régime de l'isolement est loin de ne plus poser de problèmes, et l'arrêt *Remli* du Conseil d'Etat du 30 juillet 2003⁷¹, confirmant celui de la Cour administrative d'appel de Paris⁷², fait désormais du placement à l'isolement d'un détenu contre son gré une décision faisant grief, susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, dans la mesure où elle aggrave les conditions matérielles de la détention, alors que jusqu'à présent, le placement à l'isolement avait toujours été considéré comme une mesure d'ordre intérieur : « le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constitue, eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention, une décision susceptible de faire l'objet d'un

⁶⁹ Circulaire AP 98-04 PMJ4 du 14 décembre 1998 relative au placement à l'isolement, *BOMJ*, janvier-mars 1999.

⁷⁰ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le CPT du 14 au 26 mai 2000*, *op. cit.*, § 111.

⁷¹ CE, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, *Rec.*, p. 366 ; *Gaz. Pal.*, 9-13 novembre 2003, p. 13, concl. M. Guyomar ; *D.*, n° 34, 2003, pp. 2331-2334, note M. Herzog-Evans ; *AJDA*, 17 novembre 2003, pp. 2090-2093, note D. Costa.

⁷² CAA Paris, 5 novembre 2002, *Remli*, req. n° 01PA00075 ; *D.*, n°6, 2003, concl. J.-P. Demouveau ; *AJDA*, 3 février 2003, pp. 175-180, note D. Costa ; E. Péchillon, « L'isolement désormais placé sous contrôle du juge », in *Dedans-Dehors*, n°35, janvier 2003, pp. 24-25.

recours pour excès de pouvoir », et en l'espèce, « la mise à l'isolement est au nombre des décisions qui doivent être motivées en application de l'article premier de la loi du 11 juillet 1979 ». Le juge contrôle désormais les décisions de l'administration pénitentiaire de placement à l'isolement d'un détenu contre son gré, ce qui constitue une évolution importante du droit⁷³. La réforme des textes relatifs à l'isolement est en cours, et les dispositions transitoires ont été précisées.⁷⁴

En tout cas, l'isolement a plusieurs fois fait l'objet d'observations du CPT, ce que Jean-Pierre Demouveau, Commissaire du gouvernement à la Cour administrative d'appel de Paris, a bien mis en évidence dans ses conclusions sur l'affaire *Remli*⁷⁵, reprenant in extenso, un extrait du rapport de visite du CPT de 2000 : « Le CPT a de sérieuses réserves en ce qui concerne la situation de nombre de détenus placés à l'isolement administratif que sa délégation a rencontrés lors de sa visite ; ses réserves tiennent tant à la durée de l'isolement pendant des années d'affilée qu'au régime restrictif auquel de tels détenus sont soumis en l'absence d'activités structurées et d'activités en commun ». Et pour suivre l'opinion dissidente de trois des juges de la CEDH dans l'affaire *Ramirez-Sanchez*, un « maintien à l'isolement ininterrompu pendant plus de huit ans » devrait être considéré comme un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention⁷⁶.

4. Les transfèrements successifs

Les transferts ne constituent pas à nouveau en eux-mêmes des traitements inhumains ou dégradants. L'article D. 290 CPP dispose que « le transfèrement consiste dans la conduite d'un détenu sous surveillance d'un établissement à un autre établissement pénitentiaire. Cette opération comporte la radiation de l'écrou à l'établissement de départ et un nouvel écrou à l'établissement pénitentiaire de destination sans que la détention subie soit pour autant considérée comme interrompue. »

⁷³ Sur le contrôle du Conseil d'Etat et l'évolution de la jurisprudence en matière de mesures d'ordre intérieur, voir même partie, titre II, chapitre 2, II, A et deuxième partie, titre I, chapitre 2, I.

⁷⁴ Note du 21 juin 2004 relative aux dispositions transitoires relatives à la procédure de placement à l'isolement. Voir *Bulletin de l'action juridique et du droit pénitentiaire*, n° 2, juin 2004.

⁷⁵ Conclusions de J.-P. Demouveau, sur l'affaire *Remli*, « Les décisions de mise à l'isolement des détenus constituent-elles des mesures faisant grief ? », in *D.*, *op. cit.*, p. 380.

⁷⁶ CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, 1^{ère} section, req. n° 59450/00 : opinion dissidente commune à M. Rozakis, M. Loucaides et Mme Tulkens, juges. En l'espèce, la CEDH n'a pas conclu à la violation de l'article 3 CSDH. *Supra*, même titre, chapitre 1, I, A, 2.

Différentes situations de transfèrements existent : il peut s'agir de l'exécution d'un changement d'affectation demandé par le détenu, par exemple pour se rapprocher de sa famille. Le transfèrement peut également être imposé au prisonnier par l'administration pénitentiaire⁷⁷, pour des raisons d'encombrement ou pour des motifs disciplinaires. Certains détenus considérés comme dangereux ou perturbateurs font souvent l'objet de ce que les détenus appellent le « tourisme pénitentiaire », à savoir un changement d'établissement pénitentiaire tous les deux à six mois⁷⁸. C'est cette pratique qui peut être problématique au regard de la définition retenue des traitements inhumains ou dégradants. En effet, cette « sanction », par exemple à la suite « d'incidents individuels ou collectifs », vise bien à briser la résistance du détenu, à le déstabiliser. La répétition de cette pratique peut donc être assimilée à un traitement inhumain ou dégradant. De plus, les décisions de transfèrement ne sont pas considérées comme des actes administratifs faisant grief mais rentrent dans la catégorie des mesures d'ordre intérieur, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir⁷⁹. Ces mesures d'ordre intérieur ne font donc l'objet, à l'heure actuelle, d'aucun contrôle par le juge administratif, et l'administration pénitentiaire n'est pas tenue de motiver ses décisions. Et il faut à nouveau regarder du côté de l'évolution de la jurisprudence, la décision de transfèrement pourrait bien à terme, être considérée comme une décision faisant grief, « d'autant qu'il y a de plus en plus de recours sur ces transfèrements⁸⁰ ».

L'existence de traitements inhumains ou dégradants au sein des établissements pénitentiaires est une réalité. Il existe donc des situations et/ou pratiques contraires à une norme que l'administration pénitentiaire est censée appliquer. Dès lors que l'administration pénitentiaire en a toujours eu connaissance, c'est bien le rapport de

⁷⁷ Articles D. 300 et 301 CPP.

⁷⁸ « Nous devons veiller à la stricte application du droit. Nous respectons le détenu qui est un homme et qui a droit à un certain nombre d'égards. En revanche, il faut aussi que le détenu accepte le règlement. Alors que la population pénale n'est pas homogène, les régimes de détention ont été banalisés. Le strict régime maison centrale et le strict régime d'un centre de détention pour longues peines n'existent pas. Les quartiers de très haute sécurité ont été supprimés, ce qui est très bien. Mais nous sommes désarmés face à certains comportements de détenus. Etre désarmés signifie que nous sommes réduits, non à user de la procédure disciplinaire, mais à pratiquer le « tourisme pénitentiaire », c'est-à-dire le déplacement des détenus d'un établissement à l'autre. » Audition de M. Beuzon (Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière des personnels de direction), J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 2 : auditions, Paris, Assemblée nationale, 2000, pp. 221 et s.

⁷⁹ CE, 8 décembre 1967, *Kayanakis, Rec.*, p. 475, et par suite CE, 23 février 2000, *Glaziou*, req. n° 155607 ; *D.*, 2001, p. 564, chron. J.-P. Céré.

⁸⁰ Entretien 5.

l'administration pénitentiaire à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants qui est ici en jeu.

II – Un phénomène connu de l'administration pénitentiaire

Les rapports du CPT sont pour l'administration pénitentiaire une réelle source d'information concernant les conditions de détention, et plus particulièrement l'existence de traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires français. Pourtant, l'administration pénitentiaire n'en a pas eu connaissance suite à la première visite du CPT⁸¹. Il s'agit donc de montrer ici, qu'en dehors des rapports du CPT, et par conséquent avant l'existence de cet organe de contrôle européen, l'administration pénitentiaire avait connaissance de situations ou pratiques qualifiables de traitements inhumains ou dégradants. Ce qui est encore le cas : il y a permanence du phénomène, et l'administration pénitentiaire en a connaissance. Des dysfonctionnements de ce type ne sont pas identifiables dans les documents rendus publics, ou alors de manière extrêmement rare (A). La connaissance de ce phénomène, relativement complète au vu des témoignages recueillis, l'est en interne, et n'est pas destinée à connaître une quelconque publicité (B).

A- Un phénomène non rendu public

Les sources officielles et publiées ne sont pas du tout explicites quant à l'existence de traitements inhumains ou dégradants à l'intérieur des établissements pénitentiaires français. De telles pratiques et/ou situations ne sont pas au cœur des préoccupations des rapports remis aux différents ministres de la justice ou à la direction de l'administration pénitentiaire. Rien ne transparaît dans les rapports de l'administration pénitentiaire (1). Les rapports annuels des organes de contrôle nationaux n'ayant pas pour vocation unique le contrôle de l'administration pénitentiaire ne font pas plus état d'une quelconque préoccupation de l'administration pénitentiaire pour l'existence des situations et/ou pratiques ici en cause (2). Finalement, ce n'est que dans de rares rapports remis au Garde

⁸¹ Les anciens directeurs rencontrés ont été unanimes sur ce point, les rapports du CPT ne leur ont jamais rien appris de nouveau.

des Sceaux et publiés que l'existence de traitements inhumains ou dégradants fait l'objet d'un intérêt particulier, et en ce sens, ce n'est que le *Rapport Bonnemaïson* qui a réellement posé le problème de ces dysfonctionnements (3).

1. Les rapports annuels de l'administration pénitentiaire

Les rapports annuels de l'administration pénitentiaire n'ont jamais été explicites du point de vue des conditions de détention et ce n'est qu'en filigrane que l'on peut avoir des renseignements sur les traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires français. L'étude systématique des *Rapports annuels d'exercice* ou des *Rapports annuels d'activité* de l'administration pénitentiaire, sur la période de 1980 à 2003⁸² démontre que la question des traitements inhumains ou dégradants n'y apparaît pas en tant que telle. En l'occurrence, on ne peut détecter leur existence que par une lecture entre les lignes de ces rapports, même si certains sont finalement plus explicites que d'autres. Le *Rapport annuel d'exercice* de 1981⁸³ fait notamment référence à l'état du parc immobilier, et à la nécessité de répondre à son inadaptation : « au cours de l'année 1981, l'administration pénitentiaire a poursuivi sa politique d'équipement, dont l'axe général vise à concilier tout à la fois la poursuite de l'action de sauvetage et de restauration des bâtiments existants, anciens et inadaptés, et la réalisation ou l'achèvement de constructions neuves ». Les autres, en revanche, ne font état que des réformes immobilières engagées sans pour autant faire une analyse des conditions de détention des détenus en attendant les réformes envisagées. Le nombre de suicides est précisé. De même à partir du rapport de 1982, une partie sur les services horizontaux, dont l'ISP, est intégrée au *Rapport*, mais les missions ne sont pas détaillées et il est seulement indiqué que l'Inspection des services pénitentiaires (ISP) réalise des « missions de contrôle général et des missions d'enquête à la suite d'incidents importants, soit à la suite du constat d'un dysfonctionnement des services, soit enfin dans le cadre d'une affaire disciplinaire⁸⁴. »

« Dans le rapport annuel de l'administration pénitentiaire, les sanctions sont relevées. L'administration pénitentiaire doit s'auto-contrôler⁸⁵ ». Le rapport annuel d'activité de

⁸² DAP, *Rapport général sur l'exercice*, Paris, SCERI, pour les années 1980 à 1991, et DAP, *Rapport annuel d'activité de l'Administration pénitentiaire*, Paris, La documentation française pour les années 1992 à 2003.

⁸³ DAP, *Rapport général sur l'exercice 1981*, Paris, SCERI, 1982, p. 241.

⁸⁴ DAP, *Rapport général sur l'exercice 1982*, Paris, SCERI, 1983, p. 281.

⁸⁵ Entretien 1.

l'année 2000 fait état de 731 requêtes des détenus pour des griefs à l'encontre de l'autorité judiciaire, de l'administration pénitentiaire et sur les conditions de détention, soit 17,04 % des requêtes. En 1999, il y en avait eu 409, soit 11,3 % des requêtes. En 1997, le rapport fait état de 365 requêtes, soit 6,3 % des requêtes⁸⁶. Il est à noter que depuis le 1^{er} janvier 1998, le traitement de ces requêtes a été transféré aux directions régionales des services pénitentiaires⁸⁷, et ce conformément au décret du 15 janvier 1997 relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles⁸⁸.

2. Les rapports annuels des organes de contrôle nationaux, autres que l'Inspection des services pénitentiaires (ISP)

Plus surprenant encore, les rapports publics de l'Inspection générale des services judiciaires (IGSJ) ne permettent pas d'appréhender les dysfonctionnements de l'administration pénitentiaire du point de vue des traitements inhumains ou dégradants, dans la mesure où ils sont beaucoup trop imprécis. De même, les rapports de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) ne mettent pas en évidence l'existence de traitements inhumains ou dégradants⁸⁹, et le contrôle qu'elle exerce sur l'administration pénitentiaire ne date réellement que de 1994⁹⁰, date charnière qui marque une rupture profonde dans le fonctionnement du système de soins de l'administration pénitentiaire. Certes, le décret du 26 janvier 1983 avait modifié le code de procédure pénale et l'inspection des services infirmiers et médicaux de l'administration pénitentiaire relevait de l'IGAS, mais 1994 marque l'entrée en prison de l'administration de la Santé et donc une réelle ouverture de l'administration pénitentiaire⁹¹. Pour autant, le contrôle exercé par l'IGAS et les rapports annuels publiés ne font pas état de traitements inhumains ou dégradants, ou de mauvais traitements.

⁸⁶ *Rapport annuel d'activité 2000 de l'administration pénitentiaire*, Paris, La documentation française, 2002, p. 218. *Rapport annuel d'activité 1999 de l'administration pénitentiaire*, Paris, La documentation française, 2001, p. 144, *Rapport annuel d'activité 1997 de l'administration pénitentiaire*, Paris, La documentation française, p. 109.

⁸⁷ *Rapport annuel d'activité 1999 de l'administration pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 50.

⁸⁸ Décret n° 97-34 du 15 janvier 1997, relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles, *JO*, 18 janvier 1997.

⁸⁹ IGAS, IGSJ, *L'organisation des soins aux détenus : rapport d'évaluation*, Paris, IGAS, 2001, p. 29.

⁹⁰ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994, relative à la santé publique et à la protection sociale, *JO*, 19 janvier 1994 ; Décret n° 94-929 du 27 octobre 1994, relatif aux soins dispensés aux détenus par les établissements de santé assurant le service public hospitalier, à la protection sociale des détenus et à la situation des personnels infirmiers des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, *JO*, 28 octobre 1994.

⁹¹ IGAS, *Rapport annuel de l'IGAS 1995*, Paris, La documentation française, 1996, pp. 151 et s.

Le rapport de 2001 de l'IGAS et de l'IGSJ sur l'évaluation de l'organisation des soins et l'hygiène des détenus fait état de l'avis de certains médecins considérant la mise au quartier disciplinaire comme un « traitement inhumain », sans que cela n'engage véritablement l'IGAS ou l'IGSJ. Les conditions de vie en détention ne sont pas jugées satisfaisantes, mais du point de vue de l'organisation des soins et des conséquences sur la condition sanitaire des détenus, non d'un point de vue global.

Les rapports au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire font état des inspections, mais de manière extrêmement rapide. Les rapports du début des années 1980 ne mentionnaient que rapidement des déplacements sur place de l'ISP à l'occasion d'incidents graves, notamment de plaintes diverses de détenus⁹². Et ces inspections n'apparaissent dans les *Rapports annuels d'exercice* de l'administration pénitentiaire qu'à partir de celui de 1982⁹³, cette apparition ne traduisant en rien le fond des affaires que l'ISP a été amenée à traiter.

3. Le Rapport Bonnemaïson

Le rapport Bonnemaïson⁹⁴ est sans doute le principal rapport à avoir abordé la question des mauvais traitements. En 1989, un autre rapport est remis au Garde des Sceaux, *Pour une Justice humaine, moderne et efficace*,⁹⁵ mais, les conditions de détention ne sont pas au centre de ce rapport. Gilbert Bonnemaïson va, lui, insister sur les mauvaises conditions de détention. « En cette année de commémoration du bicentenaire, nous ne pouvons pas accepter d'avoir encore des prisons qui portent atteinte à la dignité de l'homme, à celle de celui qui y est détenu comme à celle de celui qui le surveille, en notre nom. Comment ne pas y penser lors de la visite récente du quartier de détention des jeunes mineurs de la maison d'arrêt de Nancy, en découvrant deux enfants de quatorze ans enfermés 18 heures dans une cellule aux murs couverts de crasse, mais aussi en considérant les murs lépreux

⁹² *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 29 janvier 1982*, Ministère de la justice, DAP, p. 61 ; *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 15 décembre 1980*, Ministère de la justice, DAP, p. 61 ; *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 14 décembre 1979*, Ministère de la justice, DAP, p. 70 ; *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 15 décembre 1978*, Ministère de la justice, DAP, p. 49.

⁹³ DAP, *Rapport général sur l'exercice 1982*, *op. cit.*

⁹⁴ G. Bonnemaïson, *La modernisation du service public pénitentiaire, Rapport au Premier ministre et au garde des sceaux, ministre de la justice*, Paris, Ministère de la justice, 1989, 106 p.

⁹⁵ M.-P. Liège, *Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux – Pour une Justice humaine, moderne et efficace*, octobre 1989, 48 p.

du foyer réservé à l'hébergement du personnel de surveillance du centre pénitentiaire de Fresnes.⁹⁶ » Ce qui lui fait mentionner la recommandation du Conseil de l'Europe : « la privation de liberté doit avoir lieu dans des conditions matérielles et morales qui assurent le respect de la dignité humaine »⁹⁷.

Dans cette logique, il va proposer « d'introduire dans les établissements pénitentiaires un système de *numerus clausus*, assorti des moyens et méthodes nécessaires pour que la sécurité publique, non seulement ne s'en trouve pas compromise, mais soit améliorée. L'application du *numerus clausus* tient à la volonté de respecter une capacité de gestion à dimension humaine, le service public pénitentiaire ayant notamment pour mission d'assurer la garde des détenus dans des conditions convenables. Or les intérêts de la société sont bafoués et les droits de l'homme mis en cause lorsque quatre ou cinq personnes se trouvent enfermées dans une cellule conçue pour une seule⁹⁸ ».

Si les « mauvaises » conditions de détention n'apparaissent pas de manière extrêmement claire dans les sources publiées⁹⁹, la direction de l'administration pénitentiaire avait, a, néanmoins une très bonne connaissance du phénomène.

B- Une connaissance du phénomène en interne

Tous les directeurs de l'administration pénitentiaire rencontrés sont allés dans le même sens : « dans l'administration pénitentiaire tout finit par se savoir¹⁰⁰ », notamment grâce à l'ISP, mais aussi par le fonctionnement très hiérarchisé de cette institution. « L'administration pénitentiaire est très hiérarchisée. Quand le système fonctionne bien, les remontées se font par l'administration pénitentiaire. Il y a les remontées administratives quand il y a un bon fonctionnement de l'administration, et il y a les remontées par l'extérieur par le biais des remontées syndicales et politiques¹⁰¹. »

⁹⁶ G. Bonnemaïson, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 8.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁹⁹ Les informations recueillies par les anciens directeurs de l'administration pénitentiaire nous ont montré qu'il ne fallait pas s'y tromper, la connaissance de ces conditions de détention était bien réelle.

¹⁰⁰ Entretien 4.

¹⁰¹ Entretien 1.

Tous confirment d'ailleurs qu'ils étaient au courant de la situation préoccupante de certaines prisons, particulièrement de celle de la maison d'arrêt de la Santé. Cet état de fait ne les satisfait pas, mais ils évoquent souvent les difficultés liées à l'obligation pour l'administration pénitentiaire d'accueillir les détenus, dans la mesure où il n'y a pas de *numerus clausus*, et donc renvoient la balle dans le camp des juridictions. Ils font souvent référence aussi au manque de moyens comme élément d'explication des conditions de détention déplorables.

L'une des sources principales d'information de la direction de l'administration pénitentiaire est l'ISP (1), le fonctionnement hiérarchisé de cette administration joue également un rôle essentiel dans l'information de la direction de l'administration pénitentiaire. Mais cette dernière avait également d'autres moyens de connaître l'état de ses prisons (2).

1. L'importance de l'ISP dans la connaissance du phénomène

L'organe qui paraît à ce stade le mieux placé pour mettre en évidence la connaissance que l'administration pénitentiaire avait de l'existence de traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires est l'ISP¹⁰². Or, les rapports remis aux directeurs de l'administration pénitentiaire, ne sont pas publiés, et ce n'est que sur les témoignages des différents anciens directeurs rencontrés que peut se faire le constat que l'ISP joue effectivement un rôle important dans la connaissance du phénomène. « L'inspection a toujours existé », rappelle un ancien directeur. « Au XIX^{ème} siècle, l'inspection a joué un rôle moteur dans les projets de réforme, comme celui de Fresnes. Les inspections relèvent de l'administration, elles sont alimentées par les membres de l'administration pénitentiaire et par des personnes extérieures, du ministère de l'Intérieur ou des magistrats, mais cela

¹⁰² Article D. 229 CPP : « Sans préjudice du contrôle des autorités judiciaires, prévu aux articles D. 176 et suivants, et celui de la commission de surveillance, les établissements pénitentiaires font l'objet du contrôle général de l'inspection des services pénitentiaires et des inspections périodiques des magistrats ou des fonctionnaires de la direction de l'administration pénitentiaire et des directeurs régionaux ou de leurs adjoints ; en outre, ils sont soumis aux inspections du préfet ou du sous-préfet, ainsi que, dans le domaine de leur compétence, de toutes autres autorités administratives investies d'un pouvoir de contrôle à l'égard des différents services de l'administration pénitentiaire. Les modalités selon lesquelles les directeurs régionaux et leurs adjoints effectuent leurs inspections et en dressent rapport sont définies par une instruction de service. »

reste un contrôle interne. Si le ministère n'est pas volontaire, l'inspection reste en retrait¹⁰³ ».

L'ISP a été réorganisée suite à une note du 21 août 2002¹⁰⁴ « territorialisant » son organisation : désormais trois directeurs régionaux, relevant du chef de l'inspection, seront chargés, à titre principal, du contrôle périodique des établissements et services d'une zone géographique regroupant trois circonscriptions pénitentiaires, et à l'échelon central, l'ISP dispose d'une équipe d'inspection. Elle est « utilisée à trois fins : quand il y a des évasions, des suicides, elle réalise une enquête administrative ; quand il y a un problème de détention, de traitement, l'inspection intervient avec un rapport à destination de la direction de l'administration pénitentiaire uniquement ; quand il y a une volonté de mener une étude technique¹⁰⁵ ». « Si les indices sont suffisants, le directeur demande à l'ISP de faire une enquête, avec déplacement sur les lieux¹⁰⁶ ». « L'administration pénitentiaire a la responsabilité de l'intégrité des détenus. Quand il y a des phénomènes de violence, une enquête interne est menée par l'ISP, dirigée par un inspecteur de l'inspection générale des services judiciaires, à la disposition de la direction de l'administration pénitentiaire. Ce qui peut aboutir à des poursuites disciplinaires.¹⁰⁷ »

L'un des anciens directeurs de l'administration pénitentiaire précise ainsi que les rapports de l'ISP sont très complets avec aussi bien les points positifs que négatifs. « Cet événement s'est produit car... » et l'ISP met en évidence les différents facteurs possibles : hommes mal formés, architecture.¹⁰⁸ » « Les inspecteurs de l'ISP, issus de l'administration pénitentiaire, ont fait remarquer que les conditions de détention étaient pires il y a vingt ans, et qu'il y a eu une vraie adaptation de l'administration pénitentiaire, le problème étant celui des repères, et de la limite, de la barrière des traitements inhumains ou dégradants¹⁰⁹ ».

¹⁰³ Entretien 2.

¹⁰⁴ Note du garde des sceaux, ministre de la justice, du 21 août 2002, ayant pour objet l'organisation de l'inspection des services pénitentiaires.

¹⁰⁵ Entretien 4.

¹⁰⁶ Entretien 7.

¹⁰⁷ Entretien 1.

¹⁰⁸ Entretien 7.

¹⁰⁹ Entretien 6.

2. Les autres sources d'information

« Le parc immobilier est vétuste, les courbes d'occupation des locaux pénitentiaires sont variables. Le taux d'occupation dans les maisons d'arrêt est tel qu'il y a surpopulation, ce qui a des conséquences sur les conditions de vie, ce qui peut engendrer des comportements anormaux, des détenus ou du personnel.¹¹⁰ » Que ce soit par le biais des associations ou ONG gravitant autour de la prison, ou que ce soit par les détenus eux-mêmes, ou les relations « off », l'administration pénitentiaire connaissait l'existence de traitements inhumains ou dégradants dans ses établissements pénitentiaires, bien avant les années 1990.

Tout d'abord, les directeurs de l'administration pénitentiaire ont pu exercer des fonctions qui les ont amenés à regarder de près les conditions de détention, c'est notamment le cas des magistrats. « Concernant les traitements inhumains ou dégradants, l'institution se protège. Il y a une réalité de vétusté. Les conditions de détention sont dégradantes¹¹¹. » Cet ancien directeur a eu l'occasion de visiter la prison de Bourges, dans les années 1970, et « il y faisait froid, humide, il n'y avait pas de sanitaires. Il y a toujours eu un décalage entre les normes d'hygiène communes et celles des prisons. A Perpignan, il y avait encore des dortoirs avec tous les noirs réunis dans le même. La prison de Strasbourg aussi n'était pas satisfaisante, établissement qui accueille aujourd'hui l'ENA. » Et en tant que directeur de l'administration pénitentiaire, il a été alarmé par les directeurs. Il reconnaît que « l'administration se protège, les dysfonctionnements sont connus et mis sous le compte du manque de moyens budgétaires. »

L'un des directeurs précise que « la direction est très attentive aux plaintes, notamment par l'intervention des associations de défense des droits des détenus, de défense des droits de l'homme. Cela conduit à des enquêtes administratives¹¹² ». Un autre met en avant, que « dans le changement, le plus déterminant, c'est les détenus. Ce sont eux qui ont fait évoluer les prisons. Quand les systèmes prennent du retard, ça devient insupportable (surtout lorsque la majorité des détenus sont des prévenus), la situation est ressentie comme injuste ». Ainsi, les conditions de détention viennent légitimer les événements. La

¹¹⁰ Entretien 7.

¹¹¹ Entretien 2.

¹¹² Entretien 7.

période « Dorlhac », est une période où le politique va vers le carcéral car la prison devient un phénomène de société qui est le désordre. Selon ce même directeur, « nous avons besoin de la prison comme symbole de l'interdit. La menace de la sanction est importante dans la société. Comme la prison doit exister, il faut la mettre à niveau ». « Le désordre dans les prisons menace l'ordre public, et donc inquiète l'opinion¹¹³. » Les révoltes de détenus ont donc pu jouer le rôle de rappel auprès de la direction de l'administration pénitentiaire et auprès du ministère sur les « mauvaises » conditions de détention dans les prisons françaises. « Depuis les grandes révoltes des années 1970, il y a eu au sein de l'administration pénitentiaire une prise de conscience. »

La création en 1990 de l'Observatoire international des prisons (OIP) va consister en une piqûre de rappel pour l'administration pénitentiaire. Il est intéressant de noter que cette création coïncide avec le rapport Bonnemaïson et la création du CPT, ce qui fait de la période des années 1990 une période de mutation pour cette administration. L'un des anciens directeurs rencontrés évoquera le rôle de l'OIP dans la reconnaissance par l'administration pénitentiaire de l'existence des traitements inhumains ou dégradants. « La préoccupation de l'amélioration de la détention est née avec Badinter-Ezratty, elle s'est poursuivie pour l'humanisation des prisons sans que les règles européennes ne viennent jouer un rôle important¹¹⁴. » Pour un ancien directeur, depuis les grandes révoltes des années 1970, il y a eu, au sein de l'administration pénitentiaire, une prise de conscience. La prison peut entraîner des traitements inhumains ou dégradants. Même s'il y a quand même une position de repli, car pour l'extérieur c'est qu'il y a faute des personnels. Concernant les traitements inhumains ou dégradants, l'institution se protège¹¹⁵.

La remarque d'un ancien directeur quant à l'existence de traitements inhumains ou dégradants potentiels est tout à fait édifiante. Tentant de minimiser la responsabilité de l'administration pénitentiaire concernant les mauvais traitements, il démontre que la direction de l'administration pénitentiaire sait tout à fait ce que les détenus peuvent subir en détention : « cependant, il y a toute une catégorie de violences indiscernables, comme les violences psychologiques. Une technique très connue est celle du coup de pied, qui consiste à donner un coup de pied toutes les heures durant la nuit dans la porte de la

¹¹³ Entretien 2.

¹¹⁴ Entretien 4.

¹¹⁵ Entretien 2.

cellule, jusqu'à ce qu'un drame arrive. Il peut y avoir des doutes, il n'y a jamais de preuves. C'est résiduel, mais ça existe. Quand il s'agit de violences physiques, c'est plus facile. Mais là, demeure le problème des rebellions. Concernant les violences entre détenus, il y a les rixes, les bagarres, et celles où le personnel n'intervient pas. Ici c'est le problème du caïdat, notamment dans les centrales. Là où il n'y a pas de remontées vers la hiérarchie, quand on n'en entend pas parler, c'est qu'il y a problème. Le caïdat, c'est la tranquillité pour les personnels.¹¹⁶ »

De même, la direction de l'administration pénitentiaire connaît la résistance du personnel et la persistance de pratiques attentatoires à la dignité, concernant l'encloisonnement des toilettes par exemple, avec l'argument que le code de procédure pénale prévoit que le détenu doit être sous surveillance constante. D'où la difficulté de préserver l'intimité et la surveillance¹¹⁷. En tout cas, l'administration pénitentiaire savait, sait, que les détenus peuvent être soumis à des traitements inhumains ou dégradants. « Il n'y a jamais eu de discussions sur les traitements inhumains ou dégradants, ce que ça pouvait être. Les conditions d'hébergement sont peu prises en compte, il n'y avait pas assez de moyens pour aller plus vite¹¹⁸. »

On ne peut donc que constater que l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH est régulièrement « maltraité » par l'administration pénitentiaire, et que cette dernière le sait. Il existe donc bien un phénomène, l'existence de traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires, contraire à une norme, l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH. Cet interdit a cependant pu être ignoré et considéré comme une norme facultative par l'administration pénitentiaire.

¹¹⁶ Entretien 1.

¹¹⁷ Entretien 6.

¹¹⁸ Entretien 4.

TITRE II – L’INTERDIT DE LA TORTURE ET DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, UNE NORME FACULTATIVE POUR L’ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

La réalité des traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires ne peut être occultée. Pourtant, l’administration pénitentiaire a pu agir vis-à-vis de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH comme s’il s’agissait d’un interdit facultatif, agissant envers lui comme si elle avait le choix de l’observer ou non – alors même qu’elle était directement concernée par cette norme. La réponse de l’administration pénitentiaire a, de fait, souvent été la suivante : « les problèmes sont vus en interne, ni la CSDH, ni les règles minima ne sont prises en compte (...) Il n’y a pas besoin d’une conscience européenne¹. » D’où cette remarque d’un ancien directeur de l’administration pénitentiaire : « il y a peu d’influence de la Convention européenne des droits de l’homme². » Or, cette Convention est d’applicabilité immédiate et directe en droit interne. C’est donc ici toute la portée normative des normes contenues dans cette Convention qui est relativisée, au risque de ne devenir que de « simples propositions idéologiques », « l’expression d’une philosophie politique », alors même qu’un « régime juridique est organisé³ ». Si, dans la hiérarchie des normes française, les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie, il en va autrement du rapport qu’entretient véritablement l’administration pénitentiaire à l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

Si l’administration pénitentiaire n’a, pendant longtemps, pas jugé devoir appliquer l’article 3 CSDH, c’est parce qu’elle ne considérait pas l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants comme obligatoire : non qu’elle niât l’existence du principe de légalité ou de la présence au sein du bloc de légalité de la Convention européenne des

¹ Entretien 4.

² Entretien 4.

³ D. Lochak, « Mutation des droits de l’homme et mutation du droit », in *RIEJ*, 1984, n° 13, p. 54, citée par F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l’homme*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, 2003, p. 52.

droits de l'homme, mais parce que cette norme ne lui semblait pas d'une réelle portée normative (chapitre 1). Ce qui a été renforcé par le fait que les contrôles auxquels elle est soumise ne l'ont pas poussée à considérer cet interdit comme une norme juridique obligatoire : l'absence de contrôles efficaces, qu'il s'agisse des contrôles non juridictionnels nationaux ou des contrôles juridictionnels, n'a pas contraint l'administration pénitentiaire, alors que ces contrôles auraient pu, dû, lui imposer un autre rapport à la norme (chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LA « NORMATIVITE RELATIVE » DE L'ARTICLE 3 CSDH POUR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

L'administration pénitentiaire, comme toutes les autres administrations françaises, est tenue d'agir en respect du principe de légalité, considéré comme le principe essentiel à l'effectivité de l'Etat de droit. Ce principe signifie que « le droit se présente sous la forme d'un ordre structuré et hiérarchisé, comportant des niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres », il implique aussi « l'assujettissement de la puissance d'Etat : l'activité des divers organes de l'Etat va se trouver encadrée et régie par le droit¹ », pour ce qui concerne sa fonction instrumentale, tout du moins : « normativisme partout, ubiquité de la pyramide de Kelsen », pour reprendre l'analyse de Walter Leisner².

L'article 3 CSDH est pleinement intégré dans l'ordre juridique interne, l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants fait partie de la hiérarchie des normes. La question de sa normativité ne devrait donc pas se poser. Pourtant, l'administration pénitentiaire a longtemps minimisé la portée normative de l'interdit qu'il contient (I). Et de fait, elle a souvent eu une attitude de réticence vis-à-vis de l'article 3 CSDH, préférant plutôt s'appuyer sur des principes nationaux, ou mettant en avant d'autres priorités (II).

I – L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, une norme minimisée par l'administration pénitentiaire

Le rapport de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH et à l'interdit qu'il contient ne peut se résumer à celui que devrait être celui d'une administration au droit.

¹ J. Chevallier, « La dimension symbolique du principe de légalité », texte présenté au Séminaire du Valais sur le principe de légalité, Crans-sur-Sierre, 30-31 mai et 1^{er} juin 1990.

² W. Leisner, « L'Etat de droit – une contradiction », in C. Eisenmann, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 67.

L'administration pénitentiaire a longtemps minimisé la « force énonciative³ » de l'article 3 CSDH. Cette attitude s'explique par le fait que l'administration pénitentiaire est confrontée à une pluralité de normes supranationales : l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants n'est finalement, pour elle, qu'une norme parmi d'autres normes à valeur plus ou moins normative (A). De plus, cet interdit ne lui étant pas destiné directement, l'administration pénitentiaire a pu le considérer comme une norme « distante » de sa réalité, ne la concernant pas directement, ce qui a été renforcé par l'impression de l'administration pénitentiaire d'agir apparemment conformément à cette norme (B).

A- La pluralité des normes supranationales, source de dilution de la force normative de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants

Le principe de légalité français s'inscrit dans une conception moniste du droit. Or, lorsque l'on regarde la pluralité de normes supranationales applicables à et par l'administration pénitentiaire, l'article 3 CSDH tend à être noyé dans un flot de normes à valeur plus ou moins normatives : d'où la difficulté de l'administration pénitentiaire à intégrer cette logique plurielle et à faire de l'article 3 CSDH un texte contenant une norme juridique contraignante. Au fond, l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH est dilué dans l'ensemble des normes supranationales couvrant ce champ et ayant des valeurs normatives bien distinctes. L'article 3 CSDH n'est qu'un texte de plus dans le champ de la protection des droits de l'homme.

Jean-Guy Belley définit, dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*⁴, le pluralisme juridique comme « l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques » ; dans une seconde acception, il le définit comme « la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit ». Donc, si l'on entend par pluralisme l'existence simultanée de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques, et qui coexistent en établissant plus ou moins des rapports de

³ J.-C. Froment, « Vers une "prison de droit" ? », in *RSC*, n° 3, juillet-septembre 1997, p. 545.

⁴ J.-G. Belley, in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, pp. 446 et s.

droit, l'administration pénitentiaire est bien confrontée à une situation de pluralisme juridique : l'article 3 CSDH est un texte parmi d'autres, et l'interdit qu'il contient est simplement plus contraignant que d'autres normes. On pourrait considérer qu'il existe donc un pluralisme de fait. L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants perd de sa force normative, est banalisé. D'où la tendance de l'administration pénitentiaire à produire son propre système de règles et à y intégrer les normes qu'elle choisit.

Il existe donc une pluralité de normes, entrant directement dans le champ des droits de l'homme et plus particulièrement de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, à laquelle l'administration pénitentiaire est plus ou moins soumise⁵. Différents accords ou traités internationaux obligent l'administration pénitentiaire (1). Cependant, d'autres textes n'ayant, eux, pas de force juridique obligatoire, tendent à orienter les politiques pénitentiaires : il s'agit de certaines recommandations de l'Assemblée générale des Nations unies, de recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, ou encore de résolutions du Parlement européen (2). Le gouvernement français, plus particulièrement le ministère de la justice et la direction de l'administration pénitentiaire doivent, devraient, tenir compte de l'ensemble de ces textes, alors même qu'ils sont multiples et de portée normative variée.

1. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés

Le Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice de la Commission présidée par Guy Canivet sur « l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires » le rappelle, dans le régime moniste qui est le nôtre, les normes issues des traités et accords régulièrement ratifiés font partie intégrante du droit interne avec une autorité supérieure à

⁵ Nous faisons ici le choix de n'évoquer que les textes qui peuvent concerner directement les personnes détenues du point de vue de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH. En effet, d'autres textes sont applicables aux détenus. Il s'agit par exemple du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui constitue une norme à destination de « tous les membres de la famille humaine », adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution du 16 décembre 1966, entré en vigueur en France le 4 février 1981, ratifié par la loi n° 80-461 du 25 juin 1980, *JO*, 26 juin 1980, et publié par un décret 81-77 du 29 janvier 1981, *JO*, 1^{er} février 1981. Certains de ces accords ou traités internationaux ont d'ailleurs déjà été évoqués dans le chapitre précédent. Pour ce qui concerne l'ensemble des règles applicables aux détenus, de manière plus générale, I. Mansuy les a analysés dans sa thèse de doctorat. I. Mansuy, *La protection des droits des détenus en France et en Allemagne*, Thèse de doctorat de droit public, Paris I, 2003, 467 p. La pluralité des textes internationaux applicables à l'administration pénitentiaire est donc encore bien plus importante que celle que nous évoquons ici. La portée normative de l'article 3 CSDH s'en trouve encore plus relativisée.

la loi, qu'il s'agisse des conventions internationales ou plus particulièrement de la Convention européenne des droits de l'homme⁶. Les normes contenues dans ces traités ou accords s'imposent donc à l'administration pénitentiaire comme à toute autre administration, et l'article 3 CSDH pas plus que les autres textes internationaux, si l'on en reste au simple respect du principe de légalité.

Au niveau international, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷ intéresse plus particulièrement la détention, notamment dans son article 10 stipulant que « toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine », et dans son article 28 instituant un Comité des droits de l'homme, auquel les Etats parties « s'engagent à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le présent Pacte et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits⁸ ». La Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 26 juin 1987⁹ est également un instrument du droit international contraignant pour l'administration pénitentiaire.

Au niveau régional, des traités ou accords ont été signés par la France et obligent l'administration pénitentiaire : c'est le cas, bien sûr, de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰, qui dispose d'un mécanisme juridictionnel de contrôle original, la Cour européenne des droits de l'homme¹¹. Mais il y a également la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou

⁶ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, La documentation française, 2000, p. 41.

⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies, dans sa résolution du 16 décembre 1966, entrée en vigueur en France le 4 février 1981, ratifié par la loi n° 80-460 du 25 juin 1980, *JO*, 26 juin 1980, et publié par un décret n° 81-76 du 29 janvier 1981, *JO*, 1^{er} février 1981.

⁸ Article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies.

⁹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 10 décembre 1984 par l'Assemblée générale des Nations Unies, entrée en vigueur le 27 mai 1987, ratifiée par la loi n° 85-1173 du 12 novembre 1985, *JO*, 13 novembre 1985, et publiée par un décret n° 87-916 du 9 novembre 1987, *JO*, 14 novembre 1987. Voir notamment la définition de la torture, supra, titre I, chapitre 1, I, A, 1.

¹⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, ratifiée par la loi n° 73-1227, du 31 décembre 1973, *JO*, 3 janvier 1974 et publiée par un décret n° 74-360 du 3 mai 1974, *JO*, 4 mai 1974.

¹¹ Sur le contrôle de la Cour sur l'administration pénitentiaire française, voir plus précisément infra, même titre, chapitre 2, II, B.

dégradants, adoptée à Strasbourg le 26 novembre 1987¹², qui a créé un organe spécifique chargé de la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le CPT, compétent dans tout lieu relevant de sa juridiction où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique¹³.

Que ce soit au niveau international ou européen, le gouvernement français et ainsi l'administration pénitentiaire doivent donc appliquer ces normes en vertu du principe de légalité. Par ailleurs, d'autres textes, non obligatoires ceux-ci, viennent compléter ces traités, ce sont des recommandations ou résolutions de différents organes internationaux.

2. Les normes supranationales non obligatoires

D'un tout autre statut, puisque n'ayant pas de force juridique obligatoire pour les gouvernements, des textes tendent à orienter les Etats, à leur servir de principes. C'est le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) des Nations unies, qui, adoptée le 10 décembre 1948, prévoit la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants à son article 5¹⁴. Par ailleurs, certaines recommandations des Nations unies concernent tout particulièrement le traitement des détenus. Il s'agit de l'« Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus » et recommandations y relatives, résolution adoptée le 30 août 1955 lors du 1^{er} Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants¹⁵. Par la suite, la « Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en relation avec la détention et l'emprisonnement », résolution 3452 (XXX), a été adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies, le 9 décembre

¹² Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, signée le 26 novembre 1987, adoptée par la loi n° 88-1243 du 30 décembre 1988, *JO*, 3 janvier 1989, publiée par un décret n° 89-283, *JO*, 6 mai 1989.

¹³ Voir titre I, chapitre 1, II, concernant l'interprétation du CPT de l'article 3 CSDH, et la deuxième partie, titre I, chapitre 1 sur la médiation du CPT dans l'émergence de l'article 3 CSDH comme norme juridique contraignante pour l'administration pénitentiaire.

¹⁴ Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948, entrée en vigueur le jour-même, avis publié le 19 février 1949, *JO*, 19 février 1949. Elle n'est pas considérée comme un texte ayant une autorité supérieure à la loi. Voir sur ce point, notamment, CE Ass., 23 novembre 1984, *Roujansky et alii.*, *Rec.*, p. 383 ; ou plus récemment, CE 1^{ère} Ss Sect., 3 mai 2002, *Loberot*, req. n° 234929, le Conseil d'Etat reprenant systématiquement la même formulation : « considérant que la seule publication faite au Journal officiel du 9 février 1949, du texte de la déclaration universelle des droits de l'homme ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des textes diplomatiques qui, ayant été ratifiés et publiés en vertu d'une loi, ont aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, une autorité supérieure à celle de la loi interne ».

¹⁵ Ensemble approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.

1975. Puis les « Principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement », adoptés le 9 décembre 1988 par l'Assemblée générale des Nations unies, dans sa résolution 43/173, ou les « Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus », adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies le 14 décembre 1990, dans sa résolution 45/111, sont venus compléter l'ensemble de ces règles minima pour le traitement des détenus. Ces déclarations de principe constituent des cadres de référence pour les administrations pénitentiaires des Etats membres.

Au niveau régional, un certain nombre de recommandations¹⁶ adoptées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe concernent spécifiquement les administrations pénitentiaires et portent sur le traitement des détenus, notamment depuis la résolution (73) 5¹⁷ sur l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, qui est une reprise de l'ensemble des règles minima adopté en 1957 par l'ONU. La recommandation R (87) 3 sur les « Règles pénitentiaires européennes », adoptée par le Comité des ministres le 12 février 1987 est venue réviser les règles minima de 1973, et demander aux Etats membres de s'inspirer de ces règles dans leurs législations. D'autres recommandations ont complété ces règles sur des aspects particuliers de la détention, comme la recommandation R (99) 22 concernant « le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale ». Les recommandations ne sont, là non plus, pas obligatoires pour les Etats membres.

Enfin, l'Union européenne dispose, elle aussi, de textes intéressant particulièrement l'administration pénitentiaire, mais il faut à nouveau avoir à l'esprit que ces textes n'ont pas de force juridique, tout du moins pour l'instant, et ne sont que des déclarations d'intention. Il s'agit, par exemple, de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁸ signée au nom de leurs institutions, par les Présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, et proclamée le 7 décembre 2000 à Nice. A l'article 4, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est affirmée, dans les mêmes termes que ceux de l'article 3 CSDH. Par ailleurs, des résolutions du Parlement européen concernent les conditions de détention, notamment la

¹⁶ Les recommandations adoptées avant 1979 ont été publiées dans la série des textes adoptés intitulée « Résolutions ».

¹⁷ Résolution (73) 5 adoptée le 19 janvier 1973 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

¹⁸ A laquelle le Parlement européen a donné son accord le 14 novembre 2000 et la Commission, le 6 décembre 2000. Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, *JO, C 364*, 18 décembre 2000.

Résolution sur les mauvaises conditions de détention dans les prisons de l'Union européenne en date du 18 janvier 1996¹⁹, ou la Résolution sur le respect des droits de l'homme dans l'Union européenne, adoptée le 17 février 1998²⁰, demandant que toute forme de traitements inhumains, dégradants ou de tortures soit interdite et punie pour les détenus et les personnes en état d'arrestation provisoire. La Résolution sur le respect des droits de l'homme dans l'Union européenne, adoptée le 17 décembre 1998 « invite les États membres à mettre en place une « haute autorité », indépendante des pouvoirs publics, qui serait chargée de veiller au respect des règles déontologiques par l'ensemble des forces de sécurité dont les citoyens peuvent avoir à pâtir, et qui pourrait être saisie directement par les citoyens », au vu de « cas de torture, de viols, de traitements inhumains, cruels et dégradants, infligés à des personnes arrêtées ou détenues, notamment au cours de gardes à vue, par des agents de la force publique ou des personnels pénitentiaires ». La Résolution sur les conditions carcérales dans l'Union européenne : aménagements et peines de substitution, adoptée le 17 décembre 1998, demande aux Etats membres d'appliquer les règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe, et de respecter les recommandations du CPT.

Si ces normes vont toutes dans le même sens, et se retrouvent dans une certaine « unité ou homogénéité de leur contenu²¹ », la pluralité et l'incertitude quant à leur valeur normative demeurent. L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants devient norme impérative ici, déclaration d'intention, là. Ces changements de « statut », pour un interdit symboliquement très fort, tendent à relativiser la réelle portée normative contenue dans l'article 3 CSDH. Rien d'étonnant alors à ce que l'administration pénitentiaire ne lui accorde pas tout le crédit qu'il mérite. Cette minimisation relative de la portée contraignante de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH peut donc s'expliquer pour partie par l'existence d'une pluralité de normes supranationales applicables dans le champ de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Une autre explication peut être trouvée dans le fait que cet interdit est une norme « distante » de l'administration pénitentiaire.

¹⁹ Résolution sur les mauvaises conditions de détention dans les prisons de l'Union européenne, adoptée le 18 janvier 1996, *JO*, C 032, 5 février 1996.

²⁰ Résolution sur le respect des droits de l'homme dans l'Union européenne, adoptée le 17 février 1998, *JO*, C 080, 16 mars 1998, notamment son § 100.

²¹ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, p. 339.

B- L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, une norme « distante » de l'administration pénitentiaire

Il ne s'agit pas de dire ici que l'administration pénitentiaire a refusé toute modernisation, ni toute prise en compte des normes adoptées au niveau du Conseil de l'Europe, en l'espèce l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Simplement, la distance entre cette norme et l'administration pénitentiaire a fait que cette dernière ne se sentait pas directement concernée par l'article 3 CSDH, ce qui c'est traduit, au final, par une minimisation de sa valeur juridique contraignante. Ceci s'explique, d'une part, par le fait que son application aux établissements pénitentiaires n'est qu'indirecte, par « ricochet », et donc éloignée de la « spécificité carcérale » (1). Cette position a, d'autre part, été renforcée par le sentiment répandu au sein de l'administration pénitentiaire d'une conformité générale des actes et des pratiques à l'article 3 CSDH (2).

1. L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, une norme éloignée de la « spécificité carcérale »

L'interdit contenu dans l'article 3 CSDH a vocation à s'appliquer à l'ensemble des institutions qui y sont soumises, l'administration pénitentiaire, comme les autres institutions françaises. De ce fait, l'administration pénitentiaire a pu se sentir plus concernée au niveau des normes supranationales, en termes de droits de l'homme et d'amélioration des conditions de détention, par les recommandations européennes, alors même que leur portée normative n'est pas celle de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, puisqu'elles ne sont pas obligatoires. Un ancien directeur de l'administration pénitentiaire a pu constater, lorsqu'il était en poste, qu'il n'y avait pas de référence à l'article 3 CSDH, en revanche, il y en avait une aux règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe²². Sous la direction d'Ivan Zakine, en 1983 notamment, les décrets ne faisaient pas référence à l'article 3 CSDH, ni aux traitements inhumains ou dégradants²³, alors que les textes pouvaient aller dans ce sens. « C'était finalement de l'application de l'article 3

²² Entretien 9.

²³ L'un de ces textes est le décret n° 83-48 du 26 janvier 1983, modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale, *JO*, 28 janvier 1983, qui a accentué la libéralisation du régime d'incarcération, en poursuivant l'amélioration de la condition du détenu. Voir le commentaire de J. H. Syr, « Une nouvelle réforme pénitentiaire », in *RPDP*, n° 4, octobre-décembre 1983, pp. 367-381.

CSDH sans le savoir, sans le dire²⁴ ». L'idée sous-jacente était alors de se mettre en conformité avec les règles minimales du Conseil de l'Europe. C'était les balbutiements du droit international. Les textes de 1983 visaient à modifier les conditions de vie, à les rendre plus décentes. Il y avait un bouillonnement de fait dans la même philosophie que celle de l'article 3 CSDH, mais la référence était celle des règles minimales du Conseil de l'Europe²⁵.

L'article 3 CSDH, à la différence des recommandations du Conseil de l'Europe, n'est pas expressément destiné à l'administration pénitentiaire²⁶. Non précisément adapté à la « spécificité pénitentiaire²⁷ », non destiné à des institutions nommées, donc non spécifiquement formulé à l'intention de l'administration pénitentiaire, l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est resté une norme distante de cette administration. Cette distance est renforcée par l'absence de définition des termes de torture et de traitements inhumains ou dégradants à l'intérieur même de l'article 3 CSDH, dans la mesure où ce dernier ne renvoie à aucun acte, ni à aucune situation précise, pouvant concerner directement l'administration pénitentiaire.

Or la spécificité carcérale demeure. « Par sa spécificité, la prison est une institution qui défie le juriste. Lieu clos, séparé de la société, elle semble échapper aux normes qui la régissent et aux catégories juridiques traditionnelles qui lui sont applicables²⁸. » Le détenu n'est pas un citoyen comme les autres : certes des droits lui sont reconnus, mais « les spécificités de l'ordre pénitentiaire menacent l'effectivité des droits susceptibles d'être invoqués par le détenu²⁹ ». « La permanence de l'emprise de l'institution carcérale sur ses membres » est une réalité³⁰. Pour suivre l'analyse de Philippe Combessie, « si l'on regarde

²⁴ Entretien 9.

²⁵ Entretien 9.

²⁶ Mais dans la mesure où la détention ne prive pas l'intéressé « de la garantie des droits et libertés définis dans la Convention » (CommEDH, *Ilse Koch*, décision du 8 mars 1962, req n° 1270/61, *Ann. vol. 5*, p. 127), les détenus sont bien protégés par « ricochet », par l'article 3 CSDH.

²⁷ J.-C. Froment, « Vers une "prison de droit" ? », *op. cit.*, pp. 546 et s.

²⁸ F. Chauvin, cité par I. Gorce, « L'administration pénitentiaire confrontée à sa norme juridique », in *RPDP*, n° 4, décembre 2000, p. 524.

²⁹ V. Tchen, « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », in *RFDA*, mai-juin 1997, p. 609.

³⁰ D. Lhuillier, N. Aymard, *L'univers pénitentiaire. Du côté des surveillants de prison*, coll. « Sociologie clinique », Paris, Desclée de Brouwer, 1997, p. 31.

la frontière entre la prison et l'extérieur, on voit une clôture qui semble douée du pouvoir de se reconstituer, un peu plus loin, dès qu'une brèche pourrait s'établir³¹ ».

2. *Le sentiment de l'administration pénitentiaire d'agir conformément à cette norme*

La distance entre l'article 3 CSDH et l'administration pénitentiaire est renforcée par le fait que globalement cette administration n'a pas le sentiment que ses textes ou pratiques y soient contraires, malgré l'existence d'actes ou pratiques qualifiables de traitements inhumains ou dégradants. Un ancien directeur précise, d'ailleurs, qu'ils parlaient de l'article 3 CSDH « en équipe de direction ». Mais pour lui, alors, « à l'administration pénitentiaire française, on n'est pas si mauvais que ça. Il y a eu la mise en place d'un service de documentation et d'information internationale, qui commençait à développer avec l'extérieur des relations. (...) Le Conseil de l'Europe élabore des normes, et la France n'est pas si en retard que ça. L'idée est qu'il fallait progresser.³² » Il apparaît clairement que l'administration pénitentiaire ne se sent pas concernée directement par la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Peut-être justement parce que la notion de torture est incluse dans les termes de cet interdit. La réflexion revient à plusieurs reprises³³ : la France n'est pas la Turquie, ni Chypre, ni la Grèce. Une remarque, faite avant la première condamnation de la France par la CEDH³⁴, est particulièrement intéressante et traduit un sentiment général : « les textes réglementaires et les circulaires ne donnent pas l'impression de violer l'article 3 CSDH. (...) Il n'y a pas de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme contre la réglementation. Dans tous les cas pour la Cour européenne des droits de l'homme, la France n'est pas la pire...³⁵ »

De fait, l'administration pénitentiaire n'a été confrontée à l'interdiction contenue dans l'article 3 CSDH que très récemment³⁶. Pour autant, d'autres règles européennes visent l'amélioration de la condition du détenu, et semblent prises en compte. Ceci peut s'expliquer en partie par le mode de formation de ces règles et par le rôle joué par la France dans leur élaboration : par exemple, les règles minima européennes ont été

³¹ P. Combessie, « Ouverture des prisons, jusqu'à quel point ? », in C. Veil, D. Lhuillier (dir.), *La prison en changement*, coll. « Trajets », Ramonville Saint-Agne, Erès, 2000, p. 96.

³² Entretien 7.

³³ Entretiens 1, 4, 10.

³⁴ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, 1^{ère} section, req. n° 67263/01, *CEDH 2002-IX*

³⁵ Entretien 10.

³⁶ *Infra* même titre chapitre 2, II, B.

élaborées en collaboration avec la France notamment. Considérées d'ailleurs comme « un corpus de règles d'application de l'article 3 CSDH et même plus », ce sont elles, selon un ancien directeur de l'administration pénitentiaire, qui ont fait naître l'intérêt pour l'article 3 CSDH³⁷ ». Ainsi, les règles minima européennes sont intégrées à la réglementation, il y a une influence des règles du Conseil de l'Europe, dans le décret de 1985³⁸ particulièrement, mais pas directement de l'article 3 CSDH³⁹. Mais les règles européennes ont été rédigées par ceux à qui elles étaient destinées, d'où, à nouveau ce sentiment de conformité à la règle.

En ce sens, l'élaboration de la recommandation R (87) 3 sur les « Règles pénitentiaires européennes », adoptée par le Comité des ministres le 12 février 1987, est tout à fait intéressante. Un ancien directeur de l'administration pénitentiaire rappelle que « la Conférence des directeurs de l'administration pénitentiaire dont l'organe permanent était le Comité pénitentiaire européen, devenu le Comité pénologique, se réunit quatre fois par an pour des réunions et pour assurer le suivi et la continuité des travaux ». Le Comité a été présidé pendant cinq ans par Jean-Pierre Dintilhac, alors sous-directeur de l'administration pénitentiaire, ensuite directeur de l'administration pénitentiaire. Cet ancien membre reconnaît que les échanges au sein du Comité et de la Conférence, ainsi que les visites ont créé une véritable émulation. La remise à jour de la R (73) par la R (87) 3 se fait au moment où la Convention commence à avoir une place plus importante. Il considère d'ailleurs que c'est la première injection de norme européenne⁴⁰.

L'administration pénitentiaire n'est donc pas en rupture totale avec le Conseil de l'Europe, loin de là, mais l'accent n'est pas mis sur la Convention en elle-même, et encore moins sur l'article 3 CSDH, dans la mesure où l'actualité est celle des règles pénitentiaires. Les textes qu'elle élabore semblent apparemment en conformité avec les exigences minimales du Conseil de l'Europe. Et la situation dans les prisons françaises n'est pas la pire d'Europe. L'article 3 CSDH n'est donc pas à l'ordre du jour. En 1993, un ouvrage publié par le ministère de la justice, paraît sur les règles pénitentiaires et leur application : il fait état d'une enquête menée au printemps 1993 par le Conseil de l'Europe, sur l'application

³⁷ Entretien 2.

³⁸ Décret n° 85-836 du 6 août 1985 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale, *JO*, 8 août 1985.

³⁹ Entretien 8.

⁴⁰ Entretien 2.

de sa recommandation R (87) 3⁴¹. La préoccupation n'est donc pas l'article 3 CSDH qui demeure une norme distante. D'autres normes, principes, lui sont préférés.

II – Des objectifs et principes de droit interne préférés à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants

Le rapport de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH s'inscrit dans la logique qui est la sienne, à savoir, faire prévaloir des objectifs et principes qu'elle a acceptés, plutôt que des normes externes, considérées comme normes secondaires par rapport au droit interne, largement privilégié. Il ne s'agit pas de subsidiarité, ce qui impliquerait un rapport clair à la norme, mais bien d'une relégation de la norme. En effet, la véritable priorité est la « sécurité », mission qui déborde toutes les autres, et qui est au cœur du quotidien pénitentiaire (A). Même lorsque la mission de sécurité se fait moins présente, lorsque l'intérêt se porte vers les droits des détenus, l'administration pénitentiaire ne se tourne pas pour autant du côté de l'article 3 CSDH. Ce sont toujours des références à des normes ou principes nationaux que l'administration pénitentiaire utilise, comme le principe de respect de la dignité humaine ou d'autres encore plus éloignés comme celui d'égalité ou de réinsertion, alors même que l'assise normative pourrait être celle de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (B).

A- Un objectif prioritaire : la sécurité

« L'administration pénitentiaire est prise par le quotidien⁴². » Et ce quotidien, pour cette administration consiste avant tout dans sa mission de garde, et donc de sécurité. En effet, la mission première assignée par la société à son service public pénitentiaire, par la loi de 1987⁴³ est une mission d'exécution des décisions et sentences pénales et de maintien de la sécurité publique, donc avant tout une mission de sécurité (1). La mission de réinsertion sociale vient en deuxième position, et le service public pénitentiaire doit la favoriser. La

⁴¹ *Les règles pénitentiaires européennes et leur application*, coll. « Travaux et Documents », Paris, Ministère de la justice, Direction de l'administration pénitentiaire, 1993, 116 p.

⁴² Entretien 7.

⁴³ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JO*, 23 juin 1987.

mission de sécurité est en fait un « élément central du droit applicable en prison⁴⁴ ». Elle est ainsi, un axe essentiel dans les politiques de modernisation de cette administration, face auquel l'article 3 CSDH ne fait pas le poids. Et les exigences de la sécurité vont finalement faire obstacle à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH (2).

1. Une mission prioritaire : la garde

La sécurité peut être considérée comme la mission première de l'administration pénitentiaire. Cette mise en avant de la mission de sécurité a pu être liée, par le passé, à des contextes politiques particuliers, comme celui de la Guerre d'Algérie. L'un des anciens directeurs⁴⁵ rappelle qu'en 1962, dernière phase de cette guerre, alors que les prisons regorgent de prisonniers algériens, et que l'OAS fait ses débuts, le souci, l'obsession, c'est la sécurité. Le message au sein de l'administration pénitentiaire est alors clair « vous devez vivre dans l'angoisse de l'évasion ». L'humanitaire n'est pas la préoccupation de l'administration pénitentiaire. Même si la Santé est surpeuplée, ce n'est pas le souci majeur. Aujourd'hui, si, comme le fait remarquer Eric Péchillon, « la question des droits de l'homme ne peut plus être écartée pour des motifs de sécurité », il n'en demeure pas moins que « le droit applicable en prison subit directement les exigences de la mission de sécurité⁴⁶ ». Ce que Pierre Couvrat faisait remarquer en 1985, « en réalité deux tendances s'opposent sans cesse, l'une humanitaire, l'autre sécuritaire, sans que l'une triomphe totalement de l'autre et sans que l'autre soit étouffée, si bien qu'à tout moment on peut craindre ou souhaiter un mouvement en sens inverse⁴⁷ ». Et si l'on assiste en fait à une « confusion », une « interpénétration » des deux modèles sécuritaire et humanitaire⁴⁸, pour l'administration pénitentiaire, sa mission première demeure la sécurité.

La définition législative des missions du service public pénitentiaire renforce cette prédominance de la mission de sécurité⁴⁹. Le Conseil constitutionnel a lui-même repris cette hiérarchie dans les missions du service public pénitentiaire, en réaffirmant, aux

⁴⁴ E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, LGDJ, 1998, p. 30.

⁴⁵ Entretien 9.

⁴⁶ E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷ P. Couvrat, « La politique pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », in *RSC*, 1985, p. 233.

⁴⁸ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, pp. 213 et s.

⁴⁹ E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 34.

termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »⁵⁰, donnant ainsi un caractère impératif et prédominant aux missions répressives, alors que la fonction plus active, plus « sociale » de cette administration passe au second plan⁵¹.

La définition des missions assignées aux surveillants de prison, dans le statut particulier du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire⁵², va dans ce sens. A nouveau, mission de sécurité et mission de réinsertion des surveillants sont distinguées. Jean-Charles Froment, s'appuyant sur les travaux d'Antoinette Chauvenet, Georges Benguigui et Françoise Orlic, montre que ces deux missions ne sont pas également reconnues dans le travail quotidien du surveillant : sa mission principale demeure celle de sécurité, alors que celle de réinsertion n'a qu'un « caractère résiduel et utopique »⁵³. Les propos de Serge Alberny, du syndicat FO, sont tout à fait éclairants : concernant la fonction de suivi de détenus à des fins socio-éducatives, il la refuse si elle doit introduire « le laxisme en détention, [les] détournant ainsi de [leur] rôle de garde et de sécurité »⁵⁴.

Les anciens directeurs reprennent cette idée : ce qui a toujours été attendu de l'administration pénitentiaire est avant tout la garde des personnes placées sous main de justice. Un magistrat ayant particulièrement travaillé sur cette administration précise ainsi que « tout le monde est favorable à l'Etat de droit, mais chacun à sa manière », et surtout, que « les droits de l'homme passent derrière la sécurité, (...) dans la logique de rendre responsable l'administration pénitentiaire de la sécurité »⁵⁵. La difficulté provient donc du fait de concilier les exigences juridiques, la France a signé la CSDH, et la prison, où la contrainte est de confiner un certain nombre de personnes, parfois extrêmement dangereuses, et ainsi de concilier sécurité et article 3 CSDH.

⁵⁰ CC, Décision n° 93-334 DC du jeudi 20 janvier 1994, loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *Rec.*, p. 27, dans ses considérants 9 et 12.

⁵¹ E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 71.

⁵² Décret n° 93-1113 du 21 septembre 1993 relatif au statut particulier du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, *JO*, 23 septembre 1993.

⁵³ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, p. 359.

⁵⁴ S. Alberny lors de l'intervention à l'occasion du Comité technique paritaire du 27 juin 1990, cité par J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, p. 360.

⁵⁵ Entretien 12.

L'article 803 CPP⁵⁶ est un des exemples de cette dichotomie entre sécurité et droit du détenu : « Nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite. Dans ces deux hypothèses, toutes mesures utiles doivent être prises, dans les conditions compatibles avec les exigences de sécurité, pour éviter qu'une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel ». La condition au menottage est donc l'impératif de sécurité. La Cour européenne l'a reconnu dans l'affaire *Mouisel*, puisqu'elle a considéré que « le port des menottes en l'espèce était disproportionné au regard des nécessités de la sécurité. S'agissant de l'état de dangerosité du requérant, et nonobstant son passé judiciaire, elle note l'absence d'antécédents et de références faisant sérieusement craindre un risque important de fuite ou de violence⁵⁷ ». Le requérant, condamné à 15 ans d'emprisonnement et atteint d'un cancer, avait été enchaîné lors de ses transferts en milieu hospitalier, ainsi que pendant les séances de chimiothérapie⁵⁸. De même dans l'affaire *Henaf*, la violation de l'article 3 CSDH a été appréciée eu égard à la dangerosité du patient détenu : « la mesure d'entrave était disproportionnée au regard des nécessités de la sécurité, d'autant que deux policiers avaient été placés en faction devant la chambre du requérant⁵⁹ ». L'arrêt de la CEDH reprend donc cette dichotomie entre droits du détenu et sécurité, puisque, en l'espèce, les nécessités de la sécurité ne justifient pas la pratique mise en place par l'administration pénitentiaire, ce qui a contrario signifie bien, que, au regard de l'impératif de sécurité, l'administration pénitentiaire peut être amenée à mettre en œuvre des pratiques restreignant particulièrement les droits des détenus.

La même analyse peut être faite concernant les mises à l'isolement. La direction de l'administration pénitentiaire a bien conscience que le régime de l'isolement n'est pas

⁵⁶ Article 60 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JO*, 5 janvier 1993 ; Article 93 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO*, 16 juin 2000.

⁵⁷ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, 1^{ère} section, req. n° 67263/01, *CEDH 2002-IX* ; *Droit Pénal*, n° 4, 2003, pp. 21-23, note A. Maron, M. Haas ; *RDP*, n° 3, 2003, p. 692, note F. Sudre ; §§ 47-48 : « En définitive, la Cour est d'avis que les autorités nationales n'ont pas assuré une prise en charge de l'état de santé du requérant lui permettant d'éviter des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Son maintien en détention, surtout à partir du mois de juin 2000, a porté atteinte à sa dignité. Il a constitué une épreuve particulièrement pénible et causé une souffrance allant au-delà de celle que comporte inévitablement une peine d'emprisonnement et un traitement anticancéreux. La Cour conclut en l'espèce à un traitement inhumain et dégradant en raison du maintien en détention dans les conditions examinées ci-avant. »

⁵⁸ Commentaire de l'arrêt *Mouisel*, F. Sudre, *op. cit.*, p. 692.

⁵⁹ CEDH, 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, 1^{ère} section, req. n° 65436/01, *CEDH 2003-XI*, § 56.

satisfaisant, mais, malgré la circulaire de 1998⁶⁰, les isolements longs ne sont toujours pas aménagés pour des « raisons de sécurité⁶¹ ». Ce que la CEDH vient conforter par son arrêt du 27 janvier 2005 *Ramirez-Sanchez c. France*⁶², refusant de qualifier un isolement de plus de huit années de traitement inhumain, la Cour admettant « que la détention du requérant pose de sérieuses difficultés aux autorités françaises ». « Celui-ci, impliqué dans plusieurs attentats terroristes dans les années 70, était à l'époque considéré comme l'un des terroristes les plus dangereux dans le monde. Dès lors, la Cour comprend que les autorités aient estimé nécessaire de prendre des mesures extraordinaires de sécurité afin de le détenir⁶³ ». Cependant, le placement à l'isolement doit désormais être motivé, la simple allusion à des « troubles à l'ordre ou à la discipline dans l'établissement » n'étant plus suffisante, aux termes de l'arrêt *Remli* de la CAA de Paris⁶⁴, confirmé par le Conseil d'Etat⁶⁵. L'atteinte à la « sécurité » devra être explicitée pour permettre la restriction des droits des détenus.

2. La sécurité, l'axe prioritaire des politiques pénitentiaires

La sécurité est au cœur de la modernisation pénitentiaire. Cette problématique n'est pas nouvelle, en 1983, par exemple, les projets du ministère de la justice pour améliorer les conditions de vie quotidienne dans les prisons étaient confrontés à cette dualité de la réalité carcérale, améliorer les conditions de détention « sans porter atteinte à la discipline ni à la sécurité⁶⁶ ». Jean Favard se demandait, en 1989, d'où venaient les obstacles à une reconnaissance accrue des droits des détenus, en concluant que l'obstacle de fond était celui de la conciliation entre droits et sécurité⁶⁷. Cette réflexion s'opère dans un contexte particulier, qui correspond à un moment charnière de la modernisation pénitentiaire, dont

⁶⁰ Circulaire AP 98-04 PMJ4 du 14 décembre 1998 relative au placement à l'isolement, *BOMJ*, janvier-mars 1999.

⁶¹ Entretien 10.

⁶² CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, 1^{ère} section, req. n° 59450/00.

⁶³ *Ibidem*, § 101.

⁶⁴ CAA Paris, 5 novembre 2002, *Remli*, req. n° 01PA00075, concl. J.-P. Demouveau, *D.*, n°6, 2003 ; *AJDA*, 3 février 2003, pp. 175-180, note D. Costa ; E. Péchillon, « L'isolement désormais placé sous contrôle du juge », in *Dedans-Dehors*, n°35, janvier 2003, pp. 24-25.

⁶⁵ CE, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, *Rec.*, p. 366 ; *Gaz. Pal.*, 9-13 novembre 2003, p. 13, concl. M. Guyomar ; *D.*, n° 34, 2003, pp. 2331-2334, note M. Herzog-Evans ; *AJDA*, 17 novembre 2003, pp. 2090-2093, note D. Costa. Arrêt que nous avons déjà évoqué dans le titre précédent, et sur lequel nous revenons dans ce titre, infra, chapitre 2, II, A, 2.

⁶⁶ Projets du ministère de la justice pour améliorer les conditions de vie quotidienne dans les prisons, in *RPDP*, n° 1, janvier-mars 1983, p. 27.

⁶⁷ J. Favard, « Le détenu citoyen », in *RPDP*, n° 3, juillet-septembre 1989, p. 260.

« la pierre angulaire » est le *Rapport Bonnemaison*⁶⁸. A la suite de ce rapport et des actions de réflexion entreprises, l'administration pénitentiaire va élaborer un plan de modernisation. Le document d'orientation générale *Le possible à trois ans* – document de travail de l'administration pénitentiaire qui sort en juillet-août 1990 – privilégie encore, même s'il réaffirme les deux impératifs de notre société comme étant « la sécurité du public et le respect des libertés individuelles », la mission de sécurité, la réinsertion étant envisagée comme produisant de la « sécurité future⁶⁹ ».

Cette dualité est toujours d'actualité⁷⁰. La loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) du 9 septembre 2002⁷¹ comprend un titre V consacré aux dispositions relatives à l'amélioration du fonctionnement et de la sécurité des établissements pénitentiaires, complété par un décret du 20 mars 2003 relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses autres dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires⁷². Les grandes orientations du projet de loi mettent sur le même plan une sécurisation et une humanisation renforcées des établissements pénitentiaires. Dans cette logique, le programme pénitentiaire issu de la LOPJ pour 2003-2007 vise à moderniser le système pénitentiaire « en termes de sécurité, d'amélioration des conditions de travail du personnel pénitentiaire et des conditions de vie des détenus et d'équipements⁷³ ».

⁶⁸ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, pp. 281 et s.

⁶⁹ Direction de l'administration pénitentiaire, *Le possible à trois ans*, Paris, SCERI, juillet-août 1990, p. 24.

⁷⁰ L'avant-projet de loi pénitentiaire présenté en juillet 2001 mettait en avant les droits des détenus, mais a évolué, après le 11 septembre 2001, « vers moins de droits de l'homme, et plus de sécurité, notamment sur les fouilles ». L'avant projet de loi annonçait également l'inscription « du service public pénitentiaire parmi les acteurs des politiques publiques en matière de prévention de la délinquance ». L'administration pénitentiaire considérait d'ailleurs que le premier projet allait trop loin, au regard des impératifs de sécurité (Entretien 10). L'avant-projet de loi pénitentiaire faisait explicitement référence aux normes européennes et inscrivait ces réformes dans l'application du droit européen. L'avant-projet de loi pénitentiaire français intégrait les notions de dignité de la personne, de respect de l'intégrité physique et de mauvais traitement, notions qui font directement référence aux normes contenues dans la CSDH. Cette loi aurait précisé les missions de l'administration pénitentiaire et surtout le statut du détenu, et les conditions générales de détention.

⁷¹ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JO*, 10 septembre 2002.

⁷² Décret n° 2003-259 du 20 mars 2003 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses autres dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires, *JO*, 22 mars 2003.

⁷³ Communiqué de presse de D. Perben, ministre de la justice, garde des sceaux, du 21 novembre 2002.

L'administration pénitentiaire est donc, désormais, un « véritable acteur des nouveaux dispositifs de sécurité⁷⁴ », au vu de différentes réformes comme celle, par exemple, des services pénitentiaires d'insertion et de probation engagée par une circulaire du garde des Sceaux, du 31 mars 1998, adoptée par un décret du 13 avril 1999⁷⁵ puis complétée par des circulaires, traduisant ainsi « l'intégration des services pénitentiaires dans les dispositifs de sécurité⁷⁶ ». Dans cette même logique, la soumission des personnels pénitentiaires au contrôle de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)⁷⁷ participe de l'intégration de l'administration pénitentiaire aux acteurs de la sécurité⁷⁸. La loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure⁷⁹ intègre d'ailleurs totalement l'administration pénitentiaire dans les forces de la sécurité intérieure, ce qui a été repris par la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003⁸⁰. La consécration de cette appartenance n'est pas anodine et met en évidence que l'exercice des missions de l'administration pénitentiaire, dont celle de maintien de la sécurité, n'a de sens que parce qu'elle participe plus largement aux politiques de sécurité. La sécurité étant désormais « l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives », et reconnu comme « un droit fondamental⁸¹ », l'administration pénitentiaire peut-elle ne pas la privilégier.

⁷⁴ J.-C. Froment, « L'administration pénitentiaire et les politiques de sécurité, vers une participation effective », in J.-C. Froment, J.-J. Gleizal, M. Kaluszynski (dir.), *Les Etats à l'épreuve de la sécurité*, coll. « CERDAP », Grenoble, PUG, 2003, p. 83.

⁷⁵ Décret n° 99-276 du 13 avril 1999, modifiant le code de procédure pénale et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *JO*, 14 avril 1999.

⁷⁶ J.-C. Froment, « L'Administration pénitentiaire et les politiques de sécurité, vers une participation effective », *op. cit.*, p. 84.

⁷⁷ Loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, *JO*, 7 juin 2000.

⁷⁸ *Infra*, deuxième partie.

⁷⁹ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, *JO*, 30 août 2002.

⁸⁰ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO*, 19 mars 2003.

⁸¹ Article 1^{er} de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *op. cit.* : « L'article 1^{er} de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité est ainsi rédigé : "Article 1er. – La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. L'Etat a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens. Il associe à la politique de sécurité, dans le cadre de dispositifs locaux dont la structure est définie par décret, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ainsi que les représentants des professions, des services et des associations confrontés aux manifestations de la délinquance ou oeuvrant dans les domaines de la prévention, de la médiation, de la lutte contre l'exclusion ou de l'aide aux victimes." »

B- Des principes reconnus par l'administration pénitentiaire préférés à l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH

Lorsque l'administration pénitentiaire s'intéresse aux droits de l'homme, tout du moins aux droits du détenu, la référence normative ne sera pas l'article 3 CSDH, mais des principes connus et reconnus par elle. Autrement dit, elle aboutira peu ou prou au même résultat que si elle avait fondé son action sur l'article 3 CSDH, mais elle ne l'aura pas fait, préférant l'appuyer sur des principes, normes, avalisés par elle, consacrés en droit interne. Ce qui ne signifie pas pour autant que ces normes et/ou principes sont une priorité pour l'administration pénitentiaire. Simplement, lorsqu'elle agit dans le champ des traitements inhumains ou dégradants, elle le fait en référence au principe de respect de la dignité humaine (1), voire au principe d'égalité ou à sa mission de réinsertion (2).

1. Le principe de respect de la dignité humaine

La référence au principe de respect de la dignité humaine est particulièrement significative de la position de distance de l'administration pénitentiaire vis-à-vis de l'article 3 CSDH. En effet, norme à valeur impérative en droit interne⁸², le « respect de la dignité de la personne humaine » rejoint directement la logique contenue dans la Convention et particulièrement son article 3. D'ailleurs, sa consécration en droit interne est due pour une large part à l'influence de la CSDH et de la jurisprudence de la CEDH. A partir de là, on pourrait envisager que l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est d'une certaine manière reconnu par l'administration pénitentiaire, puisque cette dernière fait référence à une norme conforme à l'esprit de la CSDH, et à l'article 3 CSDH. Or la valeur normative de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est niée tant qu'il est considéré comme une influence. Le problème ne se situe donc pas au niveau d'un refus de tout ce qui serait susceptible d'améliorer la condition du détenu, mais bien au niveau de la reconnaissance de l'obligatorité de l'article 3 CSDH, et donc au niveau du rapport de l'administration au droit.

⁸² La valeur même du principe ne va pas sans poser de problèmes. François Borella montre ainsi que « la dignité humaine est tantôt citée comme un fondement non juridique des prérogatives juridiques de l'être humain, tantôt comme un concept juridique spécifique précisant et complétant les droits déjà garantis ». F. Borella, « Le concept de dignité de la personne humaine », in P. Pedrot (dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne : Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 28.

Cette référence au principe de dignité humaine peut sembler tout à fait naturelle, dans la mesure où le Code de référence de l'administration pénitentiaire, le Code de procédure pénale, dans sa partie réglementaire consacrée au rôle et à l'organisation générale de l'administration pénitentiaire, dispose à l'article D. 189⁸³ qu'à « l'égard de toutes les personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à quelque titre que ce soit, le service public pénitentiaire assure le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et prend toutes les mesures destinées à faciliter leur réinsertion sociale ».

La « dignité humaine » est un principe qui sert de référence à l'administration pénitentiaire, tant au niveau du discours même, que des textes juridiques adoptés. Pour autant, il n'a été consacré en droit public interne que récemment. Renée Koering-Joulin fait d'ailleurs remarquer que du côté du droit pénal, avant 1992, la dignité n'est pas reconnue comme une valeur fondamentale⁸⁴. Ce n'est qu'en 1994 que le principe de « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation » a été consacré, pour la première fois, par le Conseil constitutionnel, s'appuyant sur le Préambule de la Constitution de 1946, dans sa décision sur les lois dites de bioéthique⁸⁵, et réaffirmé depuis⁸⁶. Puis en 1995, le « respect de la dignité de la

⁸³ Article D. 189 CPP : « (Décret n° 83-48 du 26 janvier 1983 art. 1, *JO*, 28 janvier 1983) (Décret n° 98-1099 du 8 décembre 1998 art. 156, *JO*, 9 décembre 1998) : A l'égard de toutes les personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à quelque titre que ce soit, le service public pénitentiaire assure le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et prend toutes les mesures destinées à faciliter leur réinsertion sociale ». Précédemment, article D. 189 CPP (Décret n° 83-48, 26 janvier 1983, art. 1, *JO*, 28 janvier 1983) « Conformément aux dispositions de l'article 728, le régime intérieur des établissements affectés à l'exécution des peines que régit le présent titre est institué en vue de préparer leur reclassement social. A l'égard de tous les détenus dont elle a la charge à quelque titre que ce soit, l'administration pénitentiaire assure le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et prend toutes les mesures destinées à faciliter leur réintégration dans la société ».

⁸⁴ R. Koering-Joulin, « La dignité de la personne humaine en droit pénal », in M.-L. Pavia, T. Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. « Etudes juridiques », Paris, Economica, 1999, p. 67. Désormais, l'article 225-14 du Code pénal dispose que « le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende », par exemple.

⁸⁵ « Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle », CC, décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, dites lois sur la bioéthique, *Rec.*, p. 100 ; *GDCC*, n° 47 ; *D.*, 1995, p. 237, note B. Mathieu ; *RDP*, 1995, p. 54, note D. Rousseau.

⁸⁶ Par exemple, CC, décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, loi relative à la diversité de l'habitat, *Rec.*, p. 176 ; ou CC, décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et

personne humaine » est consacré par le Conseil d'Etat, suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Frydman, dans ses deux arrêts *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix-en-Provence* du 27 octobre 1995⁸⁷, dans la continuité d'une jurisprudence allant déjà largement dans ce sens⁸⁸.

Le Conseil d'Etat, a ainsi considéré que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public » et que par conséquent, « l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction⁸⁹ qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ». Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Frydman rappelle, en effet, « que l'impératif de respect de la dignité de la personne humaine compte au nombre de ceux placés au sommet des exigences de notre système juridique ». Il s'appuie ici sur la décision du 27 juillet 1994 du Conseil constitutionnel. Il évoque encore l'article 3 CSDH, qui impose le respect de la dignité humaine sous toutes ses formes, mais aussi les nombreux textes internationaux, Convention de New-York du 1^{er} mars 1980, Convention de New-York du 26 janvier 1990, par exemple. Il en conclut que « le respect de la dignité de la personne humaine constitue lui-même l'une des composantes essentielles de la moralité publique », la moralité publique étant « la quatrième composante de la notion d'ordre public ».

Le principe de respect de la dignité humaine est conforme à l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme, même s'il n'y est pas mentionné en tant que tel, ce que met en évidence Béatrice Maurer⁹⁰. La dignité humaine est d'ailleurs, selon elle, une notion difficile à définir, mais elle est, dans sa dimension fondamentale, la première « qualité de la personne humaine », et implique que l'être humain soit respecté par le fait même qu'il appartient à l'espèce humaine, indépendamment de tout conditionnement extrinsèque. Elle remarque également que ce concept est souvent associé à d'autres

comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *Rec.*, p. 87 ; ou encore CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité, *Rec.*, p. 116.

⁸⁷ CE Ass., 27 octobre 1995, *Comm. de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix-en-Provence*, *Rec.*, p. 372, concl. P. Frydman ; GAJA, n° 104 ; *D.*, 1996, p. 177, note G. Lebreton ; *RDP*, 1996, p. 536, notes M. Gros et J.-C. Froment.

⁸⁸ Voir par exemple, CE, 1/4 SSR, 11 juillet 1990, *Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c. Syndicat CGT de la société Griffine-Maréchal*, *Rec.*, p. 215 ; CE Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, *Rec.*, p. 194, concl. Kessler, *D.*, 1994, p. 74, note Peyrical.

⁸⁹ En l'occurrence ici, des spectacles dits de « lancer de nains ».

⁹⁰ B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Monde européen et international », Paris, La documentation Française, 1999, p.16.

concepts comme celui de liberté, d'égalité⁹¹. Les obligations découlant du principe de respect de la dignité humaine vont donc bien au-delà de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, qui en fait contribue à la protection de la dignité humaine⁹². La décision du Conseil constitutionnel de 1995 sur la loi relative à la diversité de l'habitat⁹³ est en ce sens tout à fait intéressante, puisqu'elle fait de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent un objectif de valeur constitutionnelle résultant du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Ce principe, ou tout du moins la reconnaissance d'une nécessité de préserver la dignité humaine, a été affirmé très tôt par l'administration pénitentiaire avant sa consécration par la jurisprudence administrative ou constitutionnelle. Si aucune référence explicite à l'article 3 CSDH et à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants n'est observable dans le discours des directeurs de l'administration pénitentiaire, en revanche, on retrouve une référence au « respect de la dignité humaine », ou au « respect de la personne humaine ». Jean-Pierre Dintilhac met en évidence qu'« à partir des années 1970 (et plus encore avec le décret du 26 janvier 1983⁹⁴) progresse l'idée que les droits fondamentaux de l'homme doivent s'appliquer à tous les détenus sans exception et que la privation de liberté ne devrait emporter que les privations de droits inhérentes à l'enfermement. (...) Il est évident que le respect de la dignité des détenus et le respect d'un certain nombre de droits (mais aussi d'obligations) en milieu carcéral vont dans le sens d'une meilleure prise en compte de la loi par la population pénale⁹⁵ ».

A la suite du décret du 26 janvier 1983, Myriam Ezratty, dans une circulaire⁹⁶, précise que « la pratique consistant à dénuder complètement un détenu ne [lui] apparaît pas compatible avec le respect de la dignité humaine ». Et à la suite du décret n° 85-836 du 6 août 1985⁹⁷, pour ce qui concerne les modalités des fouilles, la circulaire du 14 mars

⁹¹ *Ibidem*, p. 18.

⁹² L. E. Pettiti, « La dignité de la personne humaine en droit européen », in M.-L. Pavia, T. Revet (dir.), *op. cit.*, p. 55.

⁹³ CC, décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, loi relative à la diversité de l'habitat, *Rec.*, p. 176, cons. 5, 6, 7, 8.

⁹⁴ Décret n° 83-48 du 26 janvier 1983 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3^{ème} partie : décrets), *JO*, 28 janvier 1983.

⁹⁵ J.-P. Dintilhac, « L'administration pénitentiaire : évolution et perspectives », in *RPDP*, n° 2, avril-juin 1990, p. 135.

⁹⁶ Circulaire AP du 26 janvier 1983, *BOMJ*, n° 13, 31 mars 1984.

⁹⁷ Décret n° 85-836 du 6 août 1985 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale, *JO*, 8 août 1985. « L'extension de la pratique des fouilles à corps découlant de l'instauration des parloirs libres dans les

1986⁹⁸ relative à la fouille des détenus vient à nouveau préciser à plusieurs reprises que la réalisation de ces fouilles doit se faire dans le « respect de la dignité de la personne humaine », dans le « respect de la dignité des détenus ». Ainsi cette circulaire, si elle ne fait pas référence à l'article 3 CSDH, souhaite s'inscrire dans un cadre respectueux des droits de l'homme. Elle sera d'ailleurs jugée conforme à l'article 3 CSDH par le Conseil d'Etat⁹⁹. En 1989, Jean Favard reprend, dans une allocution devant la Société générale des prisons, les règles minima de 1955 des Nations Unies, et de 1973 et de 1985 du Conseil de l'Europe, pour insister sur le fait que les différences entre la vie libre et la vie en prison doivent être réduites dans la mesure où ces différences tendent à affaiblir le respect de la dignité de la personne détenue¹⁰⁰.

Lorsque l'article 3 CSDH émerge dans le discours pénitentiaire, il apparaît au côté du principe de préservation de la dignité humaine. En 1994, Pierre Pedron, sous-directeur des services pénitentiaires publie un article sur la « révolution tranquille » qui s'opère à l'administration pénitentiaire « sous les auspices du Conseil de l'Europe¹⁰¹ ». A partir de cette période, apparaît dans le discours de certains directeurs la préoccupation d'un exercice des missions de l'administration pénitentiaire dans un cadre respectueux des droits de l'homme, notamment dans le cadre de l'article 3 CSDH, de manière à « préserver la dignité du détenu¹⁰² ». Ainsi pour Bernard Prévost, « les installations matérielles de détention doivent (...) permettre le respect de la personne humaine des individus placés sous main de justice », « préalable incontournable à l'exercice de la mission pénitentiaire dans un état de droit¹⁰³ ». Le principe de respect de la dignité de la personne humaine demeure une référence, tout du moins quand la problématique des droits du détenu est au cœur des préoccupations pénitentiaires.

maisons d'arrêt et les maisons centrales appelle une disposition de principe selon laquelle ces modalités de contrôle – dont le maintien apparaît indispensable pour préserver la sécurité dans les établissements – doivent être réalisées dans le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. »

⁹⁸ Circulaire DAP 86-29GI du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus, *BOMJ*, janv-mars 1986. « Cette mission, qui implique nécessairement que soient maintenus la sécurité et l'ordre dans les établissements pénitentiaires, doit cependant toujours s'exercer dans le respect de la dignité de la personne humaine. » « Ces dernières [les fouilles] doivent être réalisées dans des conditions propres à assurer leur efficacité mais également le respect de la dignité des détenus et celle des agents chargés de les réaliser conformément aux dispositions de l'article D. 275 CPP telles qu'elles résultent du décret du 6 août 1985. »

⁹⁹ CE, 4/6 SSR, 8 décembre 2000, *Frérot, Rec.*, p. 589 et *Mouesca*, req. n°176389 ; *LPA*, 8 février 2001, concl. R. Schwartz.

¹⁰⁰ J. Favard, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰¹ P. Pedron, « Administration pénitentiaire : les limites d'une révolution tranquille », in *RPDP*, n° 1, janvier-mars 1994, p. 41.

¹⁰² B. Prévost, « Quelle modernisation pour le Service public pénitentiaire ? », in *RPDP*, n° 1 janvier-mars 1995, pp. 17 et s.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 17.

2. La référence à d'autres principes : l'égalité et la réinsertion

Les droits des détenus ont évolué, des réformes ont été entreprises pour l'amélioration des conditions de détention, mais la norme de référence n'était pas l'article 3 CSDH. Si l'administration pénitentiaire a mis en œuvre ces réformes dans l'esprit de la Convention européenne, et parfois même de l'article 3 CSDH, c'est en se référant souvent à d'autres principes, notions, notamment le principe d'« égalité » ou la mission de « réinsertion » de l'administration pénitentiaire. Si l'amélioration des conditions de détention du détenu n'est pas la préoccupation première de l'administration pénitentiaire, qui demeure la « sécurité », des progrès significatifs, aussi bien dans le régime de la détention, que dans les conditions de vie des détenus, ont tout de même eu lieu.

Un ancien directeur précise ainsi que « ce ne sont pas les règles européennes qui l'ont motivé, mais une volonté d'égalité entre tous les établissements pénitentiaires. Le problème de l'égalité le touchait beaucoup, y compris au niveau de l'individualisation des peines¹⁰⁴ ». Le principe d'égalité est un principe fondamental. De valeur constitutionnelle¹⁰⁵, il a par ailleurs été consacré, lui et ses corollaires, comme principe général du droit par le juge administratif¹⁰⁶. La référence à ce principe est donc lourde de sens. Le décret du 26 janvier 1983¹⁰⁷ a engagé l'administration pénitentiaire dans un processus de modernisation et d'humanisation de la prison, tant sur les conditions de détention que sur le statut du détenu et avec lui a progressé l'idée que « les droits fondamentaux de l'homme doivent s'appliquer à tous les détenus sans exception ». Ce qui sous-tend ce texte c'est bien une volonté d'égalité¹⁰⁸. « On retrouve là l'expression d'une tendance à l'uniformisation, c'est à dire à l'égalité pour tous, qui fut à l'origine de

¹⁰⁴ Entretien 4.

¹⁰⁵ Inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans le Préambule de la Constitution de 1958, et dans le texte même de la Constitution, le principe d'égalité a pour la première fois été consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 décembre 1973, « Taxation d'office » (CC, décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, loi de finances pour 1974, *Rec.*, p. 25 ; *GDCC*, n° 21 : notamment son article 62) et a par la suite été au cœur de près de 150 décisions du juge constitutionnel.

¹⁰⁶ Voir notamment CE Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, *Rec.*, p. 151 ; *GAJA*, n° 68.

¹⁰⁷ Décret n° 83-48 du 26 janvier 1983 modifiant le code de procédure pénale (3^{ème} partie : décrets) en ce qui concerne la détention provisoire, dossier du détenu, isolement, visites, courrier, maintien des liens familiaux, sorties et entrées, semi-liberté, transferts, sécurité et police intérieure, service social, médecine, hygiène, assistance morale et éducative, gestion des biens, commission de surveillance, conseil supérieur de l'administration pénitentiaire, comité consultatif de la liberté conditionnelle, *JO*, 28 janvier 1983.

¹⁰⁸ J.-P. Dintilhac, « L'administration pénitentiaire : évolution et perspectives », *op. cit.*, p. 134.

l'abandon du régime progressif sous sa forme classique en 1975.¹⁰⁹ » Jean-Pierre Dintilhac rappelle toutefois dans une circulaire que la « notion d'égalité de traitement » n'est pas uniformisation ce qui donne sens à l'individualisation du régime de détention¹¹⁰.

Jean-Claude Karsenty fait ainsi référence à l'égalité de traitement rompue lorsque certains détenus sont placés dans « des établissements récents équipés, où la formation, l'enseignement, le travail, les loisirs, le sport font partie des conditions normales de la détention alors que d'autres détenus n'en disposent pas, simplement parce que les prisons françaises sont hétérogènes¹¹¹ ». L'amélioration des conditions de détention n'est donc pas envisagée du point de vue de l'article 3 CSDH. Elle est due, pour lui, à la diminution de la surpopulation pénale, au mouvement de libéralisation des régimes de détention et à la politique de décroisement des prises en charge de la population pénale engagée par l'administration pénitentiaire¹¹², sans qu'aucune référence à l'article 3 CSDH ne soit faite, alors qu'il est clairement fait référence au « principe d'égalité devant le service public » pour les détenus¹¹³.

De même, la notion de « réinsertion sociale » est très souvent utilisée comme vecteur de réforme, légitimation de l'amélioration des conditions de vie des détenus : « la prison ne peut être qu'un lieu de désocialisation où se préparent les récidives si elle n'est pas un endroit où se prépare la réinsertion sociale du détenu ». C'est « dans cette perspective que, sans porter atteinte à la discipline ni à la sécurité nécessaire », le ministère de la justice élabore au début des années 1980 des projets « pour améliorer les conditions de vie dans les prisons¹¹⁴ ».

Cette référence à la mission de réinsertion de l'administration pénitentiaire sera particulièrement forte au cours de la période 1981-1986, ce qui avait été le cas de 1974 à 1977, aussi, mais « la politique d'humanisation et de réinsertion connaît une nouvelle

¹⁰⁹ J. H. Syr, « Une nouvelle réforme pénitentiaire : le décret n° 83-48 du 26 janvier 1983 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale », in *RPDP*, n° 4, octobre-décembre 1983, p. 369.

¹¹⁰ Circulaire 90-11 GA 1 du 22 octobre 1990 relative au régime des établissements du programme 13000, *BOMJ*, 31 décembre 1990.

¹¹¹ J.-C. Karsenty, « L'administration pénitentiaire des années 1990 : des crises pour un renouveau ? », in *RPDP*, n° 3 et 4, juillet-décembre 1992, p. 268.

¹¹² *Ibidem*, pp. 264 et s.

¹¹³ *Ibid.*, p. 276.

¹¹⁴ « Projets du ministère de la justice pour améliorer les conditions de vie quotidienne dans les prisons », in *RPDP*, n° 1, janvier-mars 1983, pp. 27-31.

étape à la suite de l'arrivée de la gauche au pouvoir en 1981¹¹⁵ ». Robert Badinter, ministre de la justice, s'exprime ainsi lors d'une allocution à l'ENAP, le 1^{er} décembre 1981 : « saisir l'occasion de la détention pour donner au détenu les moyens moraux et matériels de sa propre insertion ou réinsertion est le but vers lequel tous, qui que nous soyons ici, devons tendre¹¹⁶ ». Dans cette même allocution, il est réaffirmé que la mission de garde doit d'ailleurs « s'exercer (...) dans une société comme la nôtre, dans le souci permanent de la dignité humaine ce qui est l'honneur de notre civilisation ». La mission de réinsertion est d'ailleurs au cœur de « l'humanisation du monde carcéral », dans le document *Humaniser et moderniser*¹¹⁷.

La « réinsertion sociale » est, depuis 1987, un but assigné par la loi¹¹⁸ au service public pénitentiaire, et qui a été « constitutionnalisé » par une décision du Conseil constitutionnel de 1994 relative aux peines incompressibles¹¹⁹. La mission de réinsertion confiée à l'administration pénitentiaire est donc consacrée en droit interne, et par la loi, et par le Conseil constitutionnel. A partir de là, la référence à cette mission est tout à fait normale, et elle sert à légitimer un certain nombre de réformes. *Le Possible à trois ans*, expression du projet de service de l'administration pénitentiaire, en 1993, insiste sur « la réinsertion, sécurité de demain¹²⁰ ». La réinsertion servira ainsi de référence dans la loi de programme du 6 janvier 1995 relative à la justice¹²¹ pour le renforcement de l'encadrement des détenus et la restauration du parc immobilier.

Pour Guy Casadamont, la réinsertion serait en fait pour les personnels de surveillance « une manière de servir ». « Ce qui continue à se dire sous le nom de "réinsertion" »

¹¹⁵ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, op. cit., pp. 213 et s.

¹¹⁶ Circulaire du 17 décembre 1981, « Allocution de Monsieur le Garde des Sceaux (1^{er} décembre 1981) », *BOMJ*, 31 décembre 1981.

¹¹⁷ Ministère de la justice, *Humaniser et Moderniser, 1981-1985*, p. 20.

¹¹⁸ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JO*, 23 juin 1987.

¹¹⁹ CC, décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, cons. 12 ; *Rec.*, p. 27 ; *RFDC*, 1994, p. 353, T.S. Renoux.

¹²⁰ DAP, *Le possible à trois ans*, op. cit., pp. 24 et s.

¹²¹ Loi de programme n° 95-9 du 6 janvier 1995 relative à la justice, *JO*, 8 janvier 1995 : « Renforcer l'encadrement des détenus et restaurer le parc immobilier Environ 1 400 emplois seront créés pour renforcer l'encadrement des détenus, notamment des criminels sexuels et des prévenus dangereux, qui seront incarcérés dans des maisons d'arrêt régionales afin d'améliorer la sécurité des personnels et de permettre un meilleur suivi des détenus, gage de leur réinsertion ultérieure. Des travaux d'aménagement, d'un montant de 900.000.000 F, seront effectués, en particulier sur le plan sanitaire, tandis que les places les plus vétustes seront abandonnées, de manière à faciliter le travail des surveillants et à mettre fin aux conditions de détention dégradantes qui peuvent subsister ».

recoupe, pour les personnels de surveillance, l'exigence devenue droit, inscrite à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.¹²² »

Les réformes se font donc, mais l'article 3 CSDH n'apparaît pas comme norme de référence. Au final, la logique plus ou moins consciente de l'administration pénitentiaire a longtemps été le recours à d'autres normes, principes, ou notions et la relégation de fait de la norme supranationale, en l'espèce l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ce dernier demeurant une norme subsidiaire. La norme nationale est préférée à la norme supranationale, plus proche, mieux connue et renvoyant à des obligations, elles aussi plus proches et mieux connues. Ce mouvement est en fait plus général et dépasse l'administration pénitentiaire, à qui l'on ne peut pas reprocher de se comporter comme la plus haute juridiction administrative l'a longtemps fait, vis à vis de la Convention européenne des droits de l'homme¹²³. Ce qui ne dispense pas, pour autant, l'administration pénitentiaire de considérer la norme supranationale comme obligatoire. Le principe de légalité ne tolère pas de « préférences ». Cependant si l'administration pénitentiaire a pu minimiser la portée normative de l'article 3 CSDH, c'est parce que les contrôles existants ont été incapables de générer un changement dans cette approche.

¹²² G. Casadamont, « Surveiller », in G. Casadamont, P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 221.

¹²³ *Infra*, titre II, chapitre 2, I.

CHAPITRE 2 – UNE ABSENCE DE CONTROLE REEL DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

Si l'administration pénitentiaire a pu considérer l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH comme une norme facultative, relativisant ainsi sa portée normative, cela peut s'expliquer par le fait que les contrôles auxquels elle est soumise¹ ont été, jusqu'à présent, suffisamment peu contraignants concernant l'existence de traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires. Cet état de fait est connu puisqu'une commission chargée de « dresser les pistes d'amélioration pour le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires » a été créée en juillet 1999, sous la présidence de Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation. La lettre de mission adressée au président de la Commission était très explicite et constatait que les modalités de contrôle de droit commun « s'avèrent parfois inadaptées aux réalités pénitentiaires, soit en raison de leur caractère très ponctuel, soit du fait de leur absence de conséquences immédiates pour la situation du détenu. Quant aux mécanismes de contrôle spécifiques aux établissements pénitentiaires, s'ils sont très variés, leur mise en œuvre concrète est parfois défailante ; la rareté des visites des commissions de surveillance sont ainsi régulièrement dénoncés² ».

Les différents contrôles existants se sont donc avérés inefficaces dans ce domaine. Il ne s'agit pas de décrire, ni d'analyser l'ensemble des mécanismes de contrôle existants, mais bien de montrer leur incapacité à faire évoluer le rapport de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH. Le contrôle particulier exercé par le CPT³ ne sera pas évoqué ici,

¹ Article D. 229 CPP : « Sans préjudice du contrôle des autorités judiciaires, prévu aux articles D. 176 et suivants, et celui de la commission de surveillance, les établissements pénitentiaires font l'objet du contrôle général de l'inspection des services pénitentiaires et des inspections périodiques des magistrats ou des fonctionnaires de la direction de l'administration pénitentiaire et des directeurs régionaux ou de leurs adjoints ; en outre, ils sont soumis aux inspections du préfet ou du sous-préfet, ainsi que, dans le domaine de leur compétence, de toutes autres autorités administratives investies d'un pouvoir de contrôle à l'égard des différents services de l'administration pénitentiaire. Les modalités selon lesquelles les directeurs régionaux et leurs adjoints effectuent leurs inspections et en dressent rapport sont définies par une instruction de service. »

² Lettre de mission du 28 juillet 1999, adressée par le garde des sceaux, ministre de la justice à M. G. Canivet, Premier président de la Cour de cassation, in Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, La Documentation française, 2000, p. 7.

³ *Infra*, deuxième partie, titre I, chapitre 1.

puisqu'il s'agit d'un contrôle préventif, tenant une place particulière dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. Au final, ni les contrôles non juridictionnels nationaux (I), ni les contrôles juridictionnels existants (B) ne se sont révélés satisfaisants⁴.

I – L'inefficacité des contrôles non juridictionnels nationaux

Les règles pénitentiaires européennes⁵ établissent une différence entre les « inspections », internes à l'administration pénitentiaire, et les « contrôles », exercés par des autorités n'appartenant pas à cette dernière. Ces contrôles non juridictionnels, qu'ils soient internes ou externes, alors qu'ils pourraient jouer un rôle clé dans la réception de la norme qu'est l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, n'obligent pas l'administration pénitentiaire à

⁴ De nombreuses analyses de l'insuffisance, de l'inefficacité des contrôles actuels des établissements pénitentiaires ont été réalisées. Notre propos est donc simplement de mettre en évidence que l'absence d'un contrôle efficace réel de l'administration pénitentiaire a conforté cette administration dans sa position de distance vis-à-vis de la norme qu'elle aurait dû appliquer d'elle-même. J.-C. Bonichot, « Le contrôle de l'administration pénitentiaire (problèmes de compétence) », in *RFDA*, 1999, n° 1, pp. 227-230 ; P. Darbéda, « Contrôler les établissements pénitentiaires : un regard citoyen », in *RPDP*, n° 4, décembre 2000, pp. 535-554 ; A. Dorléans, « Le contrôle des établissements pénitentiaires », in *Prison-Justice*, n° 91, juin 2000, pp. 30-33 ; A. de Frisching, « Les problèmes soulevés par les visites des lieux de détention. Le point de vue d'un directeur de prison », in *Actes du Séminaire des 7 et 8 novembre 1988 à Strasbourg. Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 2, n° 1, 1990, pp. 13-14 ; I. Mansuy consacre la seconde partie de sa thèse à l'étude du « contrôle du respect des droits des détenus en France et en Allemagne », I. Mansuy, *La protection des droits des détenus en France et en Allemagne*, Thèse de doctorat de droit public, Paris I, 2003, 467 p. ; P. Marest, « Qui doit contrôler les prisons ? », in *Dedans Dehors*, septembre 1999, pp. 8-10. Pour une approche historique : Mission de recherche Droit et Justice, M. Vogel, *Contrôler les prisons. L'Inspection générale des services administratifs et de l'administration pénitentiaire (1907-1948)*, coll. « Perspectives sur la Justice », Paris, La Documentation française, 1998, 192 p. Par ailleurs, les parlementaires français ont créé deux commissions d'enquête dont les rapports ont été publiés : G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, « Rapport de la Commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France n° 449 », tomes 1 et 2, Paris, Sénat, 2000, 224 p. ; 551 p. et J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, « Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises n°2521 », tome 1 : rapport ; tome 2 : auditions, Paris, Assemblée nationale, 2000, 328 p. ; 565 p. Le ministère de la justice a créé en 1999, une Commission présidée par G. Canivet, Premier président de la Cour de Cassation, dont le rapport a été publié en 2000 : *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, *op. cit.*

⁵ Recommandation R (87) 3 sur les « Règles pénitentiaires européennes », adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 12 février 1987, règle 4 : « Des inspecteurs qualifiés et expérimentés, nommés par une autorité compétente, devront procéder à l'inspection régulière des établissements et services pénitentiaires. Leur tâche consistera en particulier à veiller si et dans quelle mesure ces établissements sont administrés conformément aux lois et règlements en vigueur, aux objectifs des services pénitentiaires et aux normes imposées par les présentes règles » ; règle 5 : « Le respect des droits individuels des détenus, en particulier la légalité de l'exécution des peines, doit être assuré par un contrôle exercé conformément à la réglementation nationale par une autorité judiciaire ou toute autre autorité légalement habilitée à visiter des détenus, et n'appartenant pas à l'administration pénitentiaire ».

modifier son rapport à cette norme. Les contrôles externes ne sont d'ailleurs plus efficaces que les contrôles internes (A). A l'heure actuelle, ces derniers apparaissent même plus contraignants, même si clairement insuffisants (B).

A- Un contrôle externe inefficace

Il existe des contrôles mais ceux-ci ne sont pas satisfaisants. Un ancien directeur a pu s'exprimer ainsi, « les contrôles existent, mais ne remplissent pas leur mission ; la réunion annuelle avec le préfet est une plaisanterie⁶ ». Les contrôles externes sont multiples (1), mais tous inefficaces, puisqu'ils se révèlent incapables de contraindre l'administration pénitentiaire à modifier son rapport au droit (2).

1. Des contrôles externes multiples et variés

L'administration pénitentiaire est soumise à une multitude de contrôles extérieurs. D'autres administrations centrales, ne dépendant pas du ministère de la justice, peuvent être amenées à contrôler certains aspects liés à la détention⁷. Dans le domaine de la santé, par exemple, l'IGAS est l'une de ces administrations⁸. Elle veille depuis 1984 aux conditions de prise en charge sanitaire des détenus et depuis la loi du 18 janvier 1994⁹, elle contrôle, avec les services déconcentrés du ministère chargés de la santé, l'exécution des lois et règlements se rapportant à la santé publique et effectuent les vérifications utiles à leurs missions¹⁰. De même les services d'inspection de l'Education nationale peuvent vérifier les activités d'enseignement et de formation, et l'Inspection du travail est habilitée à contrôler le respect des conditions d'hygiène et de sécurité dans les ateliers¹¹.

⁶ Entretien 1.

⁷ Article D. 231 CPP : « Les administrations ou corps intéressés par certaines parties du service des établissements pénitentiaires sont habilités à en vérifier l'organisation et le fonctionnement, dans la limite des attributions que leur confèrent les lois et règlements. »

⁸ IGAS, Inspection générale des services judiciaires, *L'organisation des soins aux détenus : rapport d'évaluation*, Paris, IGAS, 2001, 196 p.

⁹ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, *JO*, 19 janvier 1994.

¹⁰ Article D. 348-1 CPP.

¹¹ Article D. 109 CPP : « Sont applicables aux travaux effectués par les détenus dans les établissements pénitentiaires ou à l'extérieur des établissements pénitentiaires dans les conditions définies au premier alinéa de l'article 723, les mesures d'hygiène et de sécurité prévues par le livre II du titre III du code du travail et les décrets pris pour son application. »

Une commission de surveillance est instituée auprès de chaque établissement pénitentiaire. Cette institution ancienne, créée en 1819¹², est « chargée de la surveillance intérieure de l'établissement pénitentiaire en ce qui concerne la salubrité, la sécurité, le régime alimentaire et l'organisation des soins, le travail, la discipline et l'observation des règlements, ainsi que l'enseignement et la réinsertion sociale des détenus. Il lui appartient de communiquer au ministre de la justice les observations, critiques ou suggestions qu'elle croit devoir formuler. Elle ne peut, en aucun cas, faire acte d'autorité¹³ ». Elle « se réunit sur convocation de son président, au moins une fois par an, dans l'établissement près duquel elle est instituée. En outre, un ou plusieurs de ses membres peuvent être délégués pour visiter l'établissement pénitentiaire plus fréquemment si la commission l'estime utile. La commission entend le chef d'établissement qui présente un rapport sur l'organisation et le fonctionnement de l'établissement. Elle peut également procéder à l'audition de toute personne susceptible de lui apporter des informations utiles à l'exercice de sa mission. En application de l'article D. 261, le président de la commission de surveillance reçoit les requêtes des détenus portant sur toute matière relevant de la compétence de cette commission, telle qu'elle est définie à l'article D. 184¹⁴ ».

D'autre part, « les établissements pénitentiaires sont soumis à la visite et au contrôle des autorités judiciaires dans les conditions précisées aux articles D. 176¹⁵ et suivants et à la surveillance de la commission instituée près de chacun d'eux¹⁶ ». Par ailleurs, aux termes

¹² P. Darbéda, « Contrôler les établissements pénitentiaires : un regard citoyen », *op. cit.*, p. 544.

¹³ Article D. 184 CPP.

¹⁴ Article D. 183 CPP.

¹⁵ Article D. 176 CPP : « Le juge de l'application des peines doit visiter les établissements pénitentiaires au moins une fois par mois pour vérifier les conditions dans lesquelles les condamnés y exécutent leur peine (...) Il adresse chaque année au ministre de la justice, sous le couvert des chefs de cour et de tribunaux de grande instance, un rapport sur l'application des peines.

Article D. 177 CPP : « Conformément aux dispositions de l'article 222, le président de la chambre d'instruction visite, chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par trimestre, les maisons d'arrêt du ressort de la cour d'appel, et y vérifie la situation des personnes mises en examen en état de détention provisoire. (...) Le juge d'instruction et, en ce qui concerne les mineurs relevant de sa juridiction, le juge des enfants, peuvent également visiter la maison d'arrêt et y voir les prévenus aussi souvent qu'ils l'estiment utile./En outre, le juge des enfants procède à une visite de la maison d'arrêt au moins une fois par an pour y vérifier les conditions de la détention des mineurs.

Article D. 178 CPP : « Le procureur de la République et le procureur général visitent les établissements pénitentiaires./Le procureur de la République doit se rendre dans chaque prison une fois par trimestre et plus souvent s'il y a lieu, notamment pour entendre les détenus qui auraient des réclamations à présenter. (...) Le procureur général visite chaque établissement pénitentiaire du ressort de la cour d'appel, au moins une fois par an.

Article D. 179 CPP : « Un rapport conjoint du premier président et du procureur général rend compte chaque année au ministre de la justice du fonctionnement des établissements pénitentiaires de leur ressort et du service assuré par le personnel de ces établissements. »

¹⁶ Article D. 230 CPP.

de l'article D. 232 CPP, « les magistrats et les fonctionnaires ou autres personnes ayant autorité ou mission dans l'établissement pénitentiaire ont accès dans la détention après justification de leur qualité ou présentation de leur ordre de mission et après s'être soumis aux mesures de contrôle réglementaires. S'ils ont à s'entretenir avec les détenus, ils peuvent le faire en dehors des jours et délais normaux de visite et en l'absence de tout membre du personnel ; l'entretien a lieu éventuellement dans les cellules lorsque cette façon de procéder ne présente pas d'inconvénient ». Cependant, les dispositions du Code de procédure pénale relatives aux visites de magistrats dans les établissements pénitentiaires paraissent appliquées de manière très variable selon les catégories de magistrats concernés, particulièrement les procureurs de la République et les procureurs généraux¹⁷.

D'autres formes de contrôle existent, comme celui des parlementaires : aussi bien au niveau des visites qu'ils peuvent effectuer dans les établissements pénitentiaires – désormais institutionnalisées par la loi du 15 juin 2000¹⁸, même si auparavant, les parlementaires étaient déjà acceptés en visite au sein des établissements pénitentiaires – qu'au niveau des commissions d'enquête qu'ils peuvent diligenter. Ces dernières ne sont d'ailleurs pas « régulières » puisque la dernière date de 2000, et que la précédente avait été constituée en 1872¹⁹.

Parmi les autorités administratives indépendantes (AAI) chargées de réguler les rapports des « usagers » avec l'administration, certaines peuvent intervenir directement dans le champ pénitentiaire. Ainsi, la Commission d'accès aux documents administratifs²⁰ (CADA) ou le médiateur de la République²¹ peuvent être amenés à intervenir dans le secteur pénitentiaire : la CADA, par exemple dans le cadre de la communication d'un dossier individuel à un détenu, tout en sachant qu'au vu de l'impératif de sécurité publique et de sécurité des personnes le refus de l'administration pénitentiaire de communiquer des

¹⁷ P. Darbéda, *op. cit.*, pp. 540 et s.

¹⁸ Article 129 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO*, 16 juin 2000, insérant dans le CPP l'article 720-1-A : « Les députés et les sénateurs sont autorisés à visiter à tout moment les locaux de garde à vue, les centres de rétention, les zones d'attente et les établissements pénitentiaires. »

¹⁹ Voir sur ce point l'audition de I. Zakine. J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 2 : auditions, *op. cit.*, pp. 157 et s.

²⁰ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JO*, 18 juillet 1978.

²¹ Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur, *JO*, 4 janvier 1973.

informations peut être justifié ; le médiateur est compétent pour connaître des réclamations individuelles relatives à un litige qui oppose un usager à l'administration, à la condition que ce dernier démontre un préjudice personnel et direct²². Une expérimentation vient d'être lancée, pour dix-huit mois : un délégué du médiateur de la République a été nommé à la maison d'arrêt de Fresnes. Dix autres délégués devraient être nommés dans d'autres établissements. Il sera chargé de tenter de régler les différends entre les détenus et l'administration, « en toute indépendance », assure Dominique Perben qui compte sur les délégués du médiateur pour « humaniser l'univers carcéral et préparer la libération »²³. La création de cette institution met en évidence l'incapacité des institutions actuelles à répondre à cette volonté.

Une autre AAI, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) est chargée, sans préjudice des prérogatives que la loi attribue, notamment en matière de direction et de contrôle de la police judiciaire, à l'autorité judiciaire, de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République. Dès l'origine, l'objet du projet de loi était de permettre, « à l'instar de celle du Médiateur de la République, de répondre à un besoin de transparence à l'égard des citoyens dans leurs rapports avec les différents intervenants en matière de sécurité²⁴ ». L'activité de cette dernière tend peu à peu à se renforcer, malgré sa création récente et une saisine indirecte par le biais de parlementaires²⁵. En 2001, l'on ne comptait qu'une vingtaine de saisines, une quarantaine en 2002 et soixante-dix en 2003, le champ de ces saisines s'étant élargi. En 2004, quatre-vingt dix-sept affaires ont été portées devant la CNDS²⁶. Elle tend à devenir un contrôle efficace de l'administration pénitentiaire – elle a d'ailleurs rendu un rapport spécial concernant l'administration pénitentiaire²⁷ – mais le recul manque pour l'instant. Elle a en tout cas un rôle à jouer dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire²⁸.

²² I. Mansuy, *op. cit.*, p. 254.

²³ Information recueillie in *20 minutes*, 7 avril 2005.

²⁴ Cette volonté était annoncée, dans l'exposé des motifs du projet de loi n° 621, portant création d'un conseil supérieur de la déontologie de la sécurité.

²⁵ Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2001*, Paris, La documentation française, 2002, 136 p. ; *Rapport 2002*, Paris, La documentation française, 2003, 143 p. ; *Rapport 2003*, Paris, La documentation française, 2004, 385 p. ; *Rapport 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, 536 p.

²⁶ Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2004*, *op. cit.*, p. 7.

²⁷ P. Truche, Président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport spécial de la Commission nationale de déontologie de la sécurité*, *JO*, 8 avril 2004.

²⁸ Sur le rôle joué par la CNDS dans cette réception, voir *infra*, deuxième partie, titre I, chapitre 2.

2. Des contrôles externes inefficaces

Quoi qu'il en soit, ces contrôles sont tous considérés globalement comme non satisfaisants. « Il s'est produit, durant plus de deux ans, des faits graves à la prison de Beauvais alors que magistrats, visiteurs de prison, commission de surveillance, ont fréquenté ou visité l'établissement sans rien déceler. Durant longtemps à Fleury-Mérogis, des faits graves de sévices sur des transsexuels se sont perpétrés²⁹ ». Personne ne nie d'ailleurs cette inefficacité des contrôles externes actuels, y compris les personnels : Désiré Derensy, auditionné au titre de l'Union générale des syndicats pénitentiaires CGT, reprend les conclusions de la Commission Canivet, « une administration ne peut s'auto-contrôler, la commission de surveillance ne servant strictement à rien³⁰ ».

La Commission d'enquête parlementaire du Sénat a pu constater au cours de ses travaux que la commission de surveillance ne remplit pas les missions qui sont les siennes. « Le constat sur ce point est sans appel. » S'appuyant sur le témoignage d'Ivan Zakine³¹, le Sénat va qualifier la commission de surveillance de « rituel sans portée ». La Commission du Sénat s'appuie également sur un rapport sur « les relations des préfets avec les services de l'administration pénitentiaire et les établissements qui en dépendent » réalisé en 1999 par Philippe Faure, préfet hors cadre, à la demande du Gouvernement où le fonctionnement des commissions de surveillance est longuement évoqué et où est mise en évidence une série de dysfonctionnements qui ôtent toute efficacité aux commissions. Quoi qu'il en soit, les commissions de surveillance constituent aujourd'hui un instrument de contrôle inadapté à la situation des établissements pénitentiaires³².

²⁹ Audition de G. Canivet, J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 2 : auditions, *op. cit.*, pp. 73 et s.

³⁰ Audition de D. Derensy (Union générale des syndicats pénitentiaires CGT), J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 2 : auditions, *op. cit.*, pp. 235 et s.

³¹ « La commission de surveillance est une grand messe d'une solennité extrême. Quand cela se fait, on fait une visite au pas de course – parce qu'on n'a pas le temps – de ce que le chef d'établissement veut bien nous montrer : des locaux bien astiqués et bien propres. La visite se termine au mess des surveillants devant un apéritif. Le résultat n'est qu'un rituel qui n'a pas véritablement apporté quelque chose », G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, tome 1, *op. cit.*, p. 157.

³² La commission de surveillance ne se réunit pratiquement jamais plus d'une fois par an, alors que cette réunion annuelle n'est qu'un minimum. Dans certains cas, il semble même que la réunion annuelle n'ait pas lieu. Les réunions de la commission de surveillance durent entre une heure et demi et trois heures. Les visites de la commission de surveillance sont très brèves et se font sous la conduite du chef d'établissement. Il semble en outre que les commissions de surveillance n'utilisent pas la possibilité qui leur est offerte d'entendre toute personne susceptible d'apporter des informations utiles. De même, la possibilité pour les détenus d'adresser des requêtes au président de la commission n'est pratiquement jamais utilisée. G.-P.

Les autres contrôles externes ne le sont pas plus, y compris le contrôle par les autorités judiciaires. L'analyse de Dominique Monjardet concernant la police peut être utilisée ici, et il est possible d'affirmer que l'une des causes de cette inefficacité vient de la dépendance fonctionnelle de l'administration pénitentiaire et de l'autorité judiciaire³³. La Commission d'enquête du Sénat explique quant à elle l'inefficacité du contrôle des autorités judiciaires par une indifférence, voire une certaine désinvolture. Quoi qu'il en soit, il apparaît « clairement que les visites de magistrats dans les établissements pénitentiaires ne sont pas effectuées dans les conditions prévues par le code de procédure pénale³⁴ ».

Quant aux contrôles administratifs, l'utilité de ces inspections paraît presque nulle. La commission d'enquête a pu constater à de multiples reprises lors de ses visites qu'un grand nombre d'installations ne respectaient pas les normes en vigueur sans qu'aucune conclusion en soit tirée³⁵. « Ces contrôles sont souvent effectués "a minima", en tenant essentiellement compte de la situation matérielle déplorable dans laquelle se trouvent de nombreuses prisons ; en sorte qu'il s'agit, trop souvent, d'un contrôle en retrait de celui qui est opéré dans la société "libre". Comme si les prisons étaient un monde largement soustrait à la norme, leur état inéluctable et les détenus des personnes dont les droits ne sont pas pleinement reconnus.³⁶ » Quoi qu'il en soit, les contrôles administratifs externes ne sont aujourd'hui guère suivis d'effets...

Le constat est donc bien celui d'une inefficacité générale des contrôles externes de l'administration pénitentiaire. Et alors même que les règles minimales en matière

Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, tome 1, *op. cit.*, pp. 158 et s.

³³ D. Monjardet, « Contrôler la police... », in *Panoramiques*, n°33, 2^{ème} trimestre 1998, p. 78.

³⁴ G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, tome 1, *op. cit.*, pp. 161 et s.

³⁵ « Un exemple très frappant de l'absence de suite donnée aux inspections techniques est celui des cuisines de la maison d'arrêt de Nice, parfaitement analysé par le juge de l'application des peines dans un récent rapport : "La vétusté des lieux et l'absence tant de travaux de réhabilitation que de remise en conformité des cuisines pendant des années ont entraîné des problèmes d'hygiène dénoncés d'ailleurs par l'autorité médicale au sein de la maison d'arrêt et confirmés par la direction des services vétérinaires et la direction des affaires sanitaires et sociales qui ont effectué plusieurs visites du site notamment en 1996 et 1997, dressant un constat alarmant de la situation en matière d'hygiène alimentaire de la cuisine tant au niveau des locaux que du fonctionnement. Il fallait attendre une intoxication alimentaire massive des détenus le 6 janvier 1998 pour que M. le Préfet des Alpes Maritimes décide de la fermeture des cuisines le 14 janvier 1998 (...)" ». G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, tome 1, *op. cit.*, pp. 155 et s.

³⁶ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, pp. 146. et s.

d'hygiène et de sécurité ne sont pas respectées et que les différents contrôles n'y changent rien, il n'est alors pas étonnant que l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH ne soit pas au cœur de ces contrôles et que l'administration pénitentiaire ne se sente pas obligée par cette norme. C'est finalement, et paradoxalement, le contrôle interne qui semble le plus à même de produire des effets concrets, même si là encore ses limites sont évidentes.

B- Un contrôle interne insuffisant

Le contrôle interne de l'administration pénitentiaire prend deux formes : le contrôle hiérarchique même, et le contrôle par les services d'inspection³⁷ rattachés au ministère de la justice. Dans les deux cas, ce contrôle s'avère bien insuffisant dans le champ qui nous préoccupe : le contrôle hiérarchique se révèle inadapté (1), et les corps d'inspection, beaucoup trop liés à l'administration pénitentiaire (2).

1. Un contrôle hiérarchique inadapté

Max Weber considère que le principe de hiérarchie administrative est « l'organisation d'autorités précises de contrôle et de surveillance pour toute autorité constituée, avec un droit d'appel ou de requête des subordonnés aux supérieurs³⁸ ». Ce modèle normativiste de l'action bureaucratique, à savoir un modèle fondé sur une hiérarchie stricte et impersonnelle, et sur la professionnalisation, a pour conséquence de soumettre le fonctionnaire à une obligation d'obéissance³⁹. Le fonctionnement de l'administration pénitentiaire se fonde sur ce schéma d'organisation pyramidale, et y est encore plus abouti qu'ailleurs, ce qui peut s'expliquer par « son histoire très liée à celle de l'armée », mais aussi par « sa mission même qui exige plus qu'ailleurs le respect des principes hiérarchiques⁴⁰ ». Le contrôle hiérarchique devrait donc s'avérer un contrôle particulièrement efficace dans cette administration.

³⁷ Aux termes de l'article D. 229 CPP, « les établissements pénitentiaires font l'objet du contrôle général de l'inspection des services pénitentiaires », l'Inspection générale des services judiciaires (IGSJ) quant à elle dépend directement du ministère de la justice.

³⁸ M. Weber, *Economie et société*, tome 1, Paris, Plon, 1998, p. 292.

³⁹ Pour Max Weber, l'obéissance signifie que « l'action de celui qui obéit se déroule en substance, comme s'il avait fait du contenu de l'ordre la maxime de sa conduite, et cela simplement de par le rapport formel d'obéissance, sans considérer la valeur ou la non valeur de l'ordre ». *Ibidem*, p. 288.

⁴⁰ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, p. 169.

Le contrôle interne des établissements pénitentiaires relève en premier lieu de l'administration pénitentiaire et du ministère de la justice. Ainsi, les neuf directions régionales des services pénitentiaires, ainsi que la mission des services pénitentiaires de l'outre-mer, assurent un contrôle hiérarchique sur l'ensemble des établissements pénitentiaires, et ont notamment un rôle d'inspection. En pratique, les directions régionales ne disposent pas de services d'inspection et le contrôle consiste en des visites occasionnelles des directeurs régionaux et de leurs adjoints dans les établissements pénitentiaires. Au sein de l'établissement pénitentiaire, c'est donc au chef d'établissement de contrôler les actions des personnels. Et en dehors de l'établissement, les services centraux rattachés au ministère de la justice ont pour mission de contrôler leur administration par le biais notamment des directions régionales. Le contrôle hiérarchique est nécessaire, mais pose tout de même question puisque demeurant une forme d'auto-contrôle de l'administration. Il est en effet couramment admis que la hiérarchie couvre les fautes commises par les subordonnés⁴¹, ce qui peut s'expliquer, par la volonté de ne pas mettre en péril l'exercice ultérieur de l'autorité hiérarchique⁴². Un ancien directeur de l'administration pénitentiaire précise, par exemple, que sous sa direction chaque fois qu'un surveillant avait commis une violence, il était traduit devant le Conseil de discipline, mais qu'au final, il y avait peu de révocations⁴³.

Il est par ailleurs nécessaire que les objectifs hiérarchiques aillent dans le sens d'une condamnation des pratiques contraires à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Les propos de Désiré Derensy, membre de l'union générale des syndicats pénitentiaires CGT, retranscrits dans le rapport parlementaire de l'Assemblée nationale sont terribles⁴⁴ : « Le principal est que le détenu ne s'évade pas. De toute façon, le nouveau [surveillant] apprend très vite qu'il vaut mieux "dix pendus qu'un évadé". La preuve en est qu'en cas d'évasion, le surveillant passe au conseil de discipline, alors que ce n'est pas le cas lorsqu'un suicide a lieu. Il vaut mieux pour un surveillant un détenu qui se suicide ou qui tente de se suicider plutôt qu'un détenu qui s'évade, quelle que soit la dangerosité de l'un ou de l'autre ». Or, le contrôle « hiérarchique » est au final « politique ». Donc, si le politique n'est pas volontariste et met en avant d'autres priorités,

⁴¹ D. Monjardet, *Ce que fait la police - sociologie de la force publique*, Paris, La Découverte, 1996, p. 208.

⁴² J.-L. Loubet del Bayle, *La police : approche sociologique*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 120 et s.

⁴³ Entretien 3.

⁴⁴ J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 1 : rapport, *op. cit.*, pp. 169 et s.

comme la sécurité, le contrôle hiérarchique ne joue pas son rôle dans le processus de réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ou finalement comme un frein à cette réception. L'objectif sécuritaire apparaît, à nouveau, comme un obstacle, guidant ici l'exercice du contrôle hiérarchique⁴⁵.

Les services d'inspection pourraient alors obliger l'administration pénitentiaire et endosser pleinement ce rôle de contrôle interne, mais ils sont finalement trop liés à la direction de l'administration pénitentiaire pour pouvoir réellement agir en corps d'inspection autonomes.

2. Des corps d'inspection trop liés à l'administration pénitentiaire

« J'ai été directeur de l'administration pénitentiaire et j'avais à ma disposition une inspection dite « générale » des services pénitentiaires. Elle n'est pas conçue comme un organe de contrôle externe indépendant de l'administration, mais est un instrument au service d'un ministère⁴⁶. » Cette critique émanant d'un ancien directeur, Ivan Zakine, montre les limites évidentes d'un contrôle interne par des corps d'inspection liés à l'institution qu'ils sont chargés de contrôler, que ce soit, en l'espèce l'ISP ou l'IGSJ : les liens organiques sont tels que la dépendance est réelle.

En ce qui concerne l'ISP, son chef⁴⁷ dépend organiquement du choix de la direction de l'administration pénitentiaire. L'inspection est dirigée statutairement par un magistrat, membre de l'IGSJ et mis à disposition de l'administration pénitentiaire pour remplir cette mission. « Le chef de l'ISP est choisi par le directeur, et c'est par cooptation pour les autres inspecteurs. (...) Le pouvoir du chef d'inspection ne lui est donné que par le directeur, et normalement le directeur suit le chef de l'inspection pour la nomination des personnels⁴⁸ ».

Les autres membres de l'ISP sont eux rattachés à l'administration pénitentiaire, ce qui d'une certaine manière permet aux inspections d'être plus efficaces, du fait de la

⁴⁵ Voir sur ce point, supra même titre, chapitre 1, II, A.

⁴⁶ Audition de I. Zakine. J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 2 : auditions, *op. cit.*, pp. 157 et s.

⁴⁷ Audition de P. Maître. J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 2 : auditions, *op. cit.*, pp. 115 et s.

⁴⁸ Entretien 6.

connaissance qu'ils ont de l'institution. Dominique Monjardet évoque ainsi le problème lié à la compétence de celui qui est chargé du contrôle : « la profession se définissant par la détention d'un monopole de compétence dans un champ d'activité, le contrôle de l'exercice de cette compétence ne peut être assuré que par les professionnels eux-mêmes, seuls compétents⁴⁹ ». En ce qui concerne plus particulièrement l'administration pénitentiaire, c'est ce qui ressort des propos de Philippe Maître, chef de l'ISP, lors de son audition par la Commission d'enquête parlementaire en mars 2000⁵⁰ : « l'apport de mes collègues pénitentiaires est irremplaçable, car, connaissant beaucoup mieux le milieu pénitentiaire que quiconque qui y est extérieur, ils parviennent à obtenir des renseignements, des confidences de tel ou tel membre du personnel, et, petit à petit – c'est très long et parfois très difficile – la vérité sur ce qui se passe en l'absence du service d'inspection ».

Pourtant, il évoque lui-même les limites du contrôle exercé par l'ISP, reconnaissant qu'« une visite d'une journée de la maison d'arrêt de Beauvais⁵¹, n'aurait probablement pas permis de détecter ce qui s'y passait même après cinq ans d'expérience – [ses] collègues comptabilisent pour chacun vingt, vingt-deux et vingt-cinq ans d'administration pénitentiaire. Il va de soi que la plupart des faits qui s'y sont déroulés, ne se seraient pas produits au passage de l'inspection et que la réserve naturelle des fonctionnaires, la crainte peut-être des détenus, ne leur aurait pas permis de révéler immédiatement tout ou partie de ceux-ci. » Donc, l'ISP se révèle inefficace lorsqu'il s'agit de détecter de graves manquements à l'article 3 CSDH, ce qui relativise l'efficacité globale de ce contrôle interne du point de vue du contrôle des conditions de détention et du respect des droits du détenu. Par ailleurs, les rapports de l'ISP ne sont pas rendus publics⁵², et le Rapporteur de

⁴⁹ D. Monjardet, « Contrôler la police... », *op. cit.*, p. 76.

⁵⁰ Audition de P. Maître. J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 2 : auditions, *op. cit.*, pp. 115 et s.

⁵¹ « L'année 1999 a été marquée par la révélation des événements très graves survenus à la prison de Beauvais entre 1995 et 1998. Le directeur de l'établissement et certains membres du personnel se livraient à des actes violents et humiliants à l'égard des détenus ou d'autres membres du personnel. Ces agissements ont pu durer pendant trois ans, ce qui laisse à penser que les contrôles prévus n'ont pas fonctionné. », Sénat, *Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de finances pour 2000, tome V Justice : Administration pénitentiaire*, n° 94, p. 13.

⁵² Voir sur ce point le chapitre précédent.

la Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale le faisait remarquer à Philippe Maître, alors chef de l'ISP, l'opacité qui entoure les rapports et inspections pose problème⁵³.

Ce contrôle est donc loin d'être parfait. D'une part, les liens d'interdépendance organique entre l'ISP et la direction de l'administration pénitentiaire rendent suspect le contrôle de l'ISP, et d'autre part, la non publicité des rapports tend à relativiser la portée de ce contrôle, dans la mesure où le mandataire, le destinataire et le contrôlé ne sont qu'une seule et même institution. De plus, la proximité de l'ISP de l'administration pénitentiaire, revendiquée en termes d'efficacité, ne permet pas de stopper les atteintes à l'article 3 CSDH.

L'autre organe de contrôle est l'IGSJ, également compétente pour effectuer des inspections dans les établissements pénitentiaires. « L'IGSJ n'est pas un organe de contrôle externe, c'est un instrument de contrôle d'une efficacité importante mais à la discrétion du ministre quant à son utilisation.⁵⁴ » Mais le contrôle de l'IGSJ se résume en fait en la publication de rapports thématiques, sur des sujets précis. De même, elle est intervenue ponctuellement dans des enquêtes faisant suite à un incident dans un établissement pénitentiaire⁵⁵. On ne peut donc pas attendre de l'IGSJ un contrôle efficace concernant les violations de l'article 3 CSDH, ni un contrôle de sa mise en œuvre par l'administration pénitentiaire.

« La rénovation ne peut pas se faire de l'intérieur. Les institutions sont maîtrisées, contrôlées, mais il faut une mobilisation de l'extérieur⁵⁶. » Ainsi, le contrôle interne, qu'il s'agisse du contrôle de la hiérarchie immédiate, ou du contrôle hiérarchique par l'intermédiaire des corps d'inspection et de contrôle, s'avèrent peu crédibles. Le contrôle externe n'est pas plus convaincant. Ce n'est donc pas le contrôle non juridictionnel de

⁵³ « Ne pensez-vous pas qu'un rapport d'inspection ou les futurs rapports de la mission qui pourrait être mise en place à la suite des propositions de M. Canivet auraient un rôle beaucoup plus important s'ils étaient rendus publics ou du moins accessibles à un certain nombre d'autorités ? En effet, si nous avions connaissance de leur contenu, nous chercherions ensemble les réponses à ces questions. L'opacité qui entoure les rapports et les inspections – je ne sais si elle est voulue, recommandée ou si elle résulte des textes réglementaires – ne nous autorise pas à avoir une vision normale de l'administration pénitentiaire et de la vie en prison. » . J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 2 : auditions, *op. cit.*, pp. 115 et s.

⁵⁴ Audition de I. Zakine, Audition de I. Zakine, G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, tome 2, *op. cit.*, p. 205.

⁵⁵ I. Mansuy, *op. cit.*, pp. 246 et s.

⁵⁶ Entretien 2.

l'administration pénitentiaire qui peut insuffler un changement dans le rapport de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH. Le contrôle juridictionnel quant à lui n'a pendant longtemps été que minimum concernant l'administration pénitentiaire, que ce soit au niveau national ou au niveau européen.

II – La longue absence d'un véritable contrôle juridictionnel

Pour ce qui concerne le contrôle juridictionnel national, seul sera évoqué celui des juridictions administratives, du fait de « la compétence de principe » reconnue au juge administratif concernant l'activité pénitentiaire⁵⁷. Le Conseil d'Etat a eu, à partir de l'arrêt *Dame Fargeaud d'Epied*, à connaître des litiges concernant l'application d'un régime pénitentiaire spécial, ou les mesures de transfèrement⁵⁸. Pour autant, la situation n'était pas très claire, malgré l'intervention du législateur en la matière à la fin des années 1970 et dans les années 1980⁵⁹, mais les « flottements de la jurisprudence » qui ont pu être remarqués⁶⁰, semblent aujourd'hui s'éloigner : la jurisprudence *Dame Fargeaud d'Epied* est appliquée par le juge administratif. L'arrêt *Malbeau* confirme cet abandon de compétence du juge administratif en matière de décisions d'application des peines⁶¹, en

⁵⁷ E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, pp. 122 et s. Voir sur ce point, notre introduction.

⁵⁸ CE, 8 décembre 1967, *Kayanakis*, *Rec.*, p. 475. « Considérant que le sieur Kayanakis, condamné par la Cour de Sûreté de l'Etat, a demandé devant le Tribunal administratif de Paris l'annulation de la décision de l'administration pénitentiaire le transférant de la prison centrale de Toul à la maison d'arrêt des Baumettes à Marseille, des décisions du directeur de cette maison d'arrêt lui retirant le bénéfice du régime spécial et le soumettant au régime cellulaire et de la décision implicite du garde des sceaux, ministre de la justice rejetant le recours hiérarchique qu'il avait formé contre ces décisions ; que les litiges auxquels peuvent donner lieu de telles mesures intéressent le fonctionnement du service administratif pénitentiaire et relèvent, dès lors, de la compétence de la juridiction administrative ; qu'ainsi le sieur Kayanakis est fondé à soutenir que le Tribunal administratif de Paris a, à tort, rejeté comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, sa demande dirigée contre les décisions susmentionnées ; que, par suite, le jugement attaqué doit être annulé ».

⁵⁹ Voir sur ce point, J.-M. Auby, « Le contentieux administratif du service public pénitentiaire », in *RDP*, mai-juin 1987, p. 560.

⁶⁰ I. Mansuy, *op. cit.*, p. 297.

⁶¹ Sur les réductions de peine : CE, 9 novembre 1990, *Théron*, *Rec.*, p. 133 ; *AJDA*, 1991, p. 546, note N. Belloubet-Frier ; *D.*, 1991, Jur., p. 390, J.-Y. Plouvin ; *RFDA*, 1991, p. 671, J. Pradel. Sur les décisions de libération conditionnelle : CE, 4 novembre 1994, *Korber*, concl. J.-C. Bonichot, *Rec.*, p. 489 ; *LPA*, 23 janvier 1995, n° 10, p. 4.

l'espèce une permission de sortir, qui malgré la loi du 15 juin 2000⁶² avait conservé son statut de « mesure d'administration judiciaire »⁶³.

La question de la torture et des traitements inhumains ou dégradants se rattache à l'exécution de la peine, aux « modalités du traitement pénitentiaire », non « à la nature et aux limites d'une peine infligée par une autorité judiciaire », et relève ainsi de la compétence du juge administratif. Seul sera étudié le contrôle des juridictions administratives sur les actes de l'administration pénitentiaire, non le contrôle des juridictions judiciaires, ce qui n'empêche pas que certaines actions de l'administration dans ce champ puissent relever d'une qualification pénale.

Le contrôle des juridictions administratives peut être qualifié de « frileux » : les actes pris par l'administration pénitentiaire, particulièrement ceux pouvant poser problème aux termes de l'article 3 CSDH, ont longtemps été considérés par le juge comme des mesures d'ordre intérieur, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir. La responsabilité de l'administration pénitentiaire n'est, quant à elle, engagée que difficilement pour des dommages aux détenus (A). Du côté européen, le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est ouvert que peu à peu au champ de la détention dans le cadre de recours fondés sur l'article 3 CSDH. L'administration pénitentiaire française ne s'est pendant longtemps pas du tout sentie concernée par ce contrôle, n'accordant du crédit qu'aux « arrêts concernant la France⁶⁴ » (B).

A- Le contrôle juridictionnel des juridictions administratives : un contrôle frileux

Globalement, le Conseil d'Etat est « frileux pour tout ce qui concerne l'administration pénitentiaire⁶⁵. » Le contrôle du juge administratif sur les décisions de l'administration pénitentiaire a pendant longtemps été extrêmement « restreint ». Au niveau du contentieux de l'excès de pouvoir, le contrôle du juge a été quasi inexistant jusqu'en 1995, le juge se

⁶² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes, *op. cit.*

⁶³ Il n'appartient pas au juge administratif de connaître d'un litige relatif à une permission de sortir, qui « n'est pas une simple modalité du traitement pénitentiaire mais constitue une mesure qui modifie les limites de la peine ». CE, 6/4 SSR, 9 février 2001, *Malbeau, Rec.*, p. 54 ; *RFDA*, 2001, p. 534 ; *RFDA*, 2002, pp. 598-602, note J.-P. Céré, E. Péchillon, « Le détenu et son juge ».

⁶⁴ Entretien 5.

⁶⁵ Entretien 10.

refusant à connaître les « mesures d'ordre intérieur » (1). L'arrêt *Marie* marque en ce sens une ouverture du contrôle juridictionnel des actes de l'administration pénitentiaire⁶⁶. En ce qui concerne le contentieux de pleine juridiction, en matière de responsabilité de l'administration pénitentiaire, l'on ne peut que constater que le juge a exigé longtemps l'existence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire (2).

1. La mesure d'ordre intérieur et la longue absence du contrôle du juge

Si l'on reprend la définition large donnée en 1981 par Maryvonne Hecquard-Theron, les mesures d'ordre intérieur sont « l'ensemble des mesures édictées au sein de l'institution administrative (...) quels que soient les caractères spécifiques de ces mesures⁶⁷ ». Les décisions qualifiées comme telles sont des décisions « de minime importance, prises dans le fonctionnement du service⁶⁸ ». La politique du juge est de rejeter tout recours pour excès de pouvoir contre cette catégorie d'actes, de manière à limiter le « contentieux interne », ces mesures de gestion interne n'ayant pas d'effet sur la situation juridique des intéressés. « La mesure d'ordre intérieur n'a de place et de justification dans le système juridique français qu'en tant qu'expression du pouvoir hiérarchique. (...) [Elle] est une manifestation éclatante du droit disciplinaire.⁶⁹ » En réalité, si le juge a longtemps écarté ou limité le recours pour excès de pouvoir en invoquant le caractère d'« ordre intérieur », c'est, pour suivre l'analyse de Jean-Marie Auby, « pour éviter le développement du contentieux dans des services où le maintien de la discipline est particulièrement nécessaire⁷⁰ ».

Concernant les décisions de l'administration pénitentiaire qualifiées de mesures d'ordre intérieur par le juge, pendant des années, la position de ce dernier a été de considérer que les sanctions disciplinaires, les décisions de transfèrement ou de placement à l'isolement

⁶⁶ CE Ass., 17 février 1995, *Marie*, *Rec.*, p. 85 ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. P. Frydman ; *GAJA*, n° 103 ; *D.*, 1995, p. 381, note N. Belloubet-Frier. *Infra*, deuxième partie, titre I, chapitre 2, I.

⁶⁷ M. Hecquard-Theron, « De la mesure d'ordre intérieur », in *AJDA*, 20 mai 1981, pp. 235 et s. « L'ordre intérieur, dans les services publics, correspond à la part irréductible d'auto-organisation qui est nécessaire à toute entreprise pour poursuivre la réalisation de sa fin propre en dépit de nécessaires insuffisances d'une réglementation rigide, et pour rendre effective la responsabilité de ceux détiennent la direction ». J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives, Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Sirey 1934, p. 258, cité par M. Hecquard-Theron.

⁶⁸ J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2002, pp. 237 et s.

⁶⁹ M. Hecquard-Theron, *op. cit.*, pp. 241 et s.

⁷⁰ J.-M. Auby, *op. cit.*, p. 569.

par exemple, ne faisaient pas grief puisqu'elles ne modifiaient pas la situation juridique du détenu. Cette position était particulièrement défavorable au détenu, et problématique. Si le juge administratif se déclarait compétent, l'irrecevabilité était opposée de manière fréquente⁷¹. C'est le cas, encore aujourd'hui, par exemple, pour les mesures de transfèrement : le juge a affirmé dans l'arrêt *Kayanakis* l'irrecevabilité du recours⁷², et depuis sa jurisprudence est restée constante en la matière. L'affaire *Caillol*⁷³ a quant à elle montré les limites de cette attitude du juge⁷⁴, allant en l'occurrence à l'encontre des conclusions du commissaire du gouvernement Genevois. Cette jurisprudence fort contestée, en rupture avec les principes de l'Etat de droit⁷⁵, a été maintenue jusqu'en 1995 en matière pénitentiaire, alors qu'elle était en recul dans d'autres matières, comme la notation des fonctionnaires⁷⁶, ou les résultats de compétitions sportives⁷⁷, et plus significativement, l'organisation des établissements scolaires, le Conseil d'Etat ayant accepté les recours contre le règlement intérieur d'une école, dans la fameuse affaire dite « du foulard »⁷⁸.

Le problème est que le droit pénitentiaire, le droit du service public pénitentiaire, s'est fait en grande partie par voie réglementaire⁷⁹, plus encore par voie de circulaires⁸⁰, acte qualifié en principe d'acte unilatéral non décisoire et insusceptible de recours devant le juge administratif⁸¹. Comme les juridictions administratives ont tendance à voir en matière

⁷¹ *Ibidem*, p. 562.

⁷² CE, 8 décembre 1967, *Kayanakis*, *op. cit.* Et récemment, CE, 23 février 2000, *Glaziou*, req. n° 155607 ; *D.*, 2001, p. 564, chron. J.-P. Céré.

⁷³ En l'espèce il s'agissait d'un recours contre la décision de placement en « quartier de plus grande sécurité » de M. Caillol. CE Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, *Rec.*, p. 28, concl. Genevois, *RDP*, 1984, pp. 483 et s. « A quoi bon conférer à la juridiction administrative compétence pour statuer sur la mesure d'isolement concernée si elle refuse d'apprécier sa légalité ? », demandait alors P. Couvrat, « Les compétences juridictionnelles en matière d'exécution de détentions provisoires (à propos de l'affaire Caillol) », in *RSC*, 1984, pp. 555. et s.

⁷⁴ J.-C. Froment, « Vers une "prison de droit" ? », *op. cit.*, pp. 541 et s.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ CE Sect., 23 novembre 1962, *Camara*, *Rec.*, p. 627.

⁷⁷ CE Sect., 25 janvier 1991, *Vigier*, *Rec.*, p. 29.

⁷⁸ CE 4/1 SSR, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, *Rec.*, p. 389, concl. Kessler, *RFDA*, 1993, p. 112.

⁷⁹ Même si cela change et que le législateur tente de légiférer en la matière, voir sur ce point, deuxième partie, titre II.

⁸⁰ M. Herzog-Evans, « Le droit pénitentiaire : un droit faible au service du contrôle des détenus ? », in C. Faugeron, P. Combessie, A. Chauvenet, *Approches de la prison*, coll. « Perspectives criminologiques », Paris, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 276 et s.

⁸¹ Si depuis la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker* (CE, 29 janvier, *Notre-Dame du Kreisker*, *Rec.*, p. 64 ; *Revue pratique de droit administratif*, 1954, p. 50, concl. B. Tricot) le juge administratif a admis la possibilité de contrôler les circulaires réglementaires, et aujourd'hui celles contenant des dispositions à caractère impératif (CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, *Rec.*, p. 463 ; *AJDA*, 17 mars 2003, pp. 487 et s., chron. F. Donnat et D. Casas), cette reconnaissance n'a lieu qu'a posteriori, après recours, justement, ce qui pour la matière pénitentiaire pose la question de l'accès au juge pour la personne détenue.

pénitentiaire, plus qu'ailleurs, des mesures d'ordre intérieur⁸², dont le juge se refuse à connaître la légalité, le contrôle de légalité des actes de l'administration pénitentiaire est loin d'être entier. Ainsi la qualification de mesure d'ordre intérieur de la plupart des décisions de l'administration pénitentiaire défavorables aux détenus a empêché le contrôle du juge, cette administration n'étant, de fait, pas soumise au contrôle de légalité. L'absence de contrôle du juge était d'autant plus problématique que les décisions qualifiées ainsi par lui entraient pour beaucoup dans la catégorie de décisions de l'administration pénitentiaire susceptibles de constituer des traitements inhumains ou dégradants⁸³, comme la mise à l'isolement ou les décisions de transfèrements⁸⁴. Les détenus ne disposaient donc d'aucun recours devant le juge administratif pour contester la légalité de certaines décisions potentiellement contraires à l'article 3 CSDH.

Le Conseil d'Etat a étendu progressivement son contrôle sur les actes de l'administration pénitentiaire⁸⁵. L'arrêt *Marie*, rendu le 17 février 1995⁸⁶, a marqué une réelle évolution dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ce dernier va déclarer recevable le recours d'un détenu contestant une punition de cellule, et va l'annuler. L'évolution récente de la jurisprudence a donc marqué un tournant décisif dans le contrôle du juge des décisions de l'administration pénitentiaire⁸⁷. Le champ des mesures d'ordre intérieur s'est rétréci, le contrôle du juge progresse, y compris, désormais, sur les décisions de placement à l'isolement : le revirement réalisé par l'arrêt *Remli*⁸⁸ marque un nouveau tournant du contrôle de la légalité des décisions de l'administration pénitentiaire. Le régime

⁸² M. Herzog-Evans, « Le droit pénitentiaire : un droit faible au service du contrôle des détenus ? », *op. cit.*, p. 277.

⁸³ Sur ces notions, supra même partie, chapitre 2, I.

⁸⁴ Voir en ce sens, CE, 28 février 1996, *Fauqueux, Rec.*, p. 52, pour l'isolement administratif et CE, 23 février 2000, *Glaziou*, précité, sur l'isolement et sur le transfèrement, qui affirmaient que ces deux décisions constituaient des mesures d'ordre intérieur, jusqu'à l'arrêt du Conseil d'Etat confirmant l'arrêt de la CAA de Paris ayant considéré l'isolement comme une décision faisant grief. CE, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli, Rec.*, p. 366 ; *Gaz. Pal.*, 9-13 novembre 2003, p. 13, concl. M. Guyomar ; *D.*, n° 34, 2003, pp. 2331-2334, note M. Herzog-Evans ; *AJDA*, 17 novembre 2003, pp. 2090-2093, note D. Costa. CAA Paris, 5 novembre 2002, *Remli*, req. n° 01PA00075, concl. J.-P. Demouveau, *D.*, n°6, 2003 ; *AJDA*, 3 février 2003, pp. 175-180, note D. Costa ; E. Péchillon, « L'isolement désormais placé sous contrôle du juge », in *Dedans-Dehors*, n°35, janvier 2003, pp. 24-25.

⁸⁵ Voir en ce sens les conclusions de Patrick Frydman sur l'arrêt *Marie*. CE Ass., 17 février 1995, *Marie*, précité.

⁸⁶ CE Ass., 17 février 1995, *Marie*, précité. M. Marie avait écrit à l'IGAS pour se plaindre du fonctionnement du service médical de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, où il était détenu ; en raison de cette plainte il s'était vu infliger une sanction de mise en cellule de punition, en application des articles D. 167 et D. 169 CPP.

⁸⁷ Voir sur l'évolution récente de la jurisprudence du Conseil d'Etat, infra deuxième partie, titre II, chapitre 2.

⁸⁸ CE, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, précité.

disciplinaire du détenu et le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré sont désormais contrôlés par le juge. Subsistent des zones d'ombre : le juge se refuse encore à contrôler les mesures relatives aux transferts des détenus⁸⁹, ou le placement en cellule disciplinaire à titre préventif, sur décision du chef d'établissement⁹⁰. Il ne s'agit ici que de l'hypothèse du contrôle des actes de l'administration pénitentiaire, de la recevabilité des recours. Certes, l'administration pénitentiaire est de plus en plus soumise au contrôle du juge administratif, ce qui est une avancée légitime dans un Etat de droit, mais les condamnations de l'administration pénitentiaire pour des actes susceptibles de constituer des actes de torture ou de traitements inhumains ou dégradants ne sont pas courantes. Par ailleurs, si le Conseil d'Etat accepte désormais de contrôler l'administration pénitentiaire, il en va autrement pour lui d'accepter de la condamner sur le fondement de l'article 3 CSDH⁹¹. Quoi qu'il en soit, « alors que le contentieux de l'excès de pouvoir semble s'orienter vers une meilleure protection des droits des détenus, le plein contentieux s'enlise dans une casuistique répétitive et timorée⁹² ».

2. Le contentieux de la responsabilité

L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précise que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». C'est ainsi que la responsabilité de l'agent public est définie dans cet article. En effet, la responsabilité est la capacité à répondre de (ses actes) et devant (quelqu'un). « La notion de responsabilité enveloppe l'idée d'une relation de cause à effet, entre un agent et ses actes – qu'il s'agisse d'actes effectifs comme d'actes de parole ou d'écriture.⁹³ » Elle n'est pas née de la philosophie, elle est issue du droit et reste encore très souvent marquée par cette origine. Et le droit met l'accent à la fois sur la notion d'indemnisation et sur la notion de causalité. On peut être tenu pour responsable sans être en faute⁹⁴. La question de la responsabilité de l'administration pénitentiaire renvoie donc à la question des limites posées à cette institution : jusqu'à quel point cette administration a-t-elle à rendre compte de ses actes, à la société, au juge.

⁸⁹ CE, 23 février 2000, *Glaziou*, précité.

⁹⁰ CE 5/7 SSR, 12 mars 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Frérot*, *Rec.*, p. 121 ; *AJDA*, 2003, p. 1271, concl. contr. T. Olson ; *AJDA*, 24 mars 2003, p. 251, note M.-C. de Montecler.

⁹¹ *Infra* deuxième partie, titre I, chapitre 2, I.

⁹² P. Poncela, « La responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard des usagers détenus », in *RSC*, janvier-mars 2000, p. 234.

⁹³ A. Etchegoyen, *Le temps des responsables*, coll. « Agora », Paris, Julliard, 1993, p. 46.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 47 et s.

La responsabilité de l'Etat à propos des services pénitentiaires a été admise dès le début du XX^{ème} siècle⁹⁵, mais cette responsabilité était subordonnée à la preuve d'une faute « manifeste et d'une particulière gravité⁹⁶ ». Cette qualification a évolué, et la responsabilité de l'Etat du fait du service pénitentiaire a été, depuis 1958, conditionnée par une faute lourde⁹⁷. « Les conditions de mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique à raison des services publics pénitentiaires témoignent (...) des limites du contentieux administratif dans ce secteur.⁹⁸ » L'existence d'une faute lourde a longtemps été nécessaire pour engager la responsabilité du service pénitentiaire, que le dommage ait été subi par un tiers⁹⁹, ou par un détenu¹⁰⁰, alors même que le Conseil d'Etat a reconnu que l'administration pénitentiaire est « responsable de ses prisonniers¹⁰¹ ». En revanche, la faute simple suffit à engager la responsabilité de l'Etat s'il s'agit d'une faute simple de surveillance quand les dommages trouvent leur origine dans l'aménagement et l'entretien des locaux¹⁰² ou quand ils sont commis à l'intérieur de l'établissement par des individus venus de l'extérieur¹⁰³. Même s'agissant des soins, une faute simple a parfois été jugée suffisante, dès lors qu'elle ne concernait que la stricte organisation matérielle du service médical¹⁰⁴. De même si les opérations ne comportent pas de difficultés particulières, comme le tri du courrier adressé aux détenus, la responsabilité de l'Etat est engagée pour

⁹⁵ J.-M. Auby, *op. cit.*, p. 572.

⁹⁶ CE, 4 janvier 1918, *Mineurs Zulemaro et Duschesne, Rec.*, p. 9 ; *D.*, 1920.II.1, note Appleton.

⁹⁷ CE Sect., 3 octobre 1958, *Rakotoarinovy, Rec.*, p. 470.

⁹⁸ J.-C. Froment, « Vers une "prison de droit" ? », *op. cit.*, p. 543.

⁹⁹ CE 10/8 SSR, 10 mai 1985, *Dame Ramade, Rec.*, p. 147, concernant le meurtre commis par un détenu 48 jours après son évasion lors d'un transfert.

¹⁰⁰ Dans l'arrêt *Dame Veuve Picard*, suite à l'assassinat du sieur Picard par un co-détenu, le Conseil d'Etat écarte toute responsabilité de l'Etat. Ne constitue pas une faute lourde susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat : le fait d'avoir appliqué un régime de détention, sur décision du juge d'application des peines, caractérisé par l'isolement la nuit et l'exercice d'activités en commun le jour au sieur Girard, même s'il avait été transféré plusieurs fois en hôpital psychiatrique ; le fait de ne pas avoir fait hospitaliser le sieur Girard, alors qu'aucun acte de l'intéressé ne le justifiait. « La circonstance que le sieur Girard a pu se procurer une lame façonnée dans un atelier où travaillent des détenus et dissimuler cette arme avant d'en frapper le sieur Picard ne suffit pas à révéler en l'espèce un défaut de surveillance constitutif d'une faute lourde », et que « c'est à tort que le tribunal administratif de Caen a condamné l'Etat à verser une indemnité de 8000 F à la dame Picard », CE Sect., 5 février 1971, *Ministre de la justice c. Picard, Rec.*, p. 101, note F. Moderne, *D.*, 1971, p. 147.

¹⁰¹ CE 6/2 SSR, 26 mai 1978, *Cons. Wachter, Rec.*, p. 222, note J. Duffar, *D.*, 1978, p. 711.

¹⁰² Pour des dommages occasionnés par des négligences lourdes de conséquences dans l'aménagement ou l'entretien des locaux, CE, 31 mars 1954, *Dame Gioux, Rec.*, p. 200 ; ainsi de bouteilles laissées dans une salle de douche, CE, 26 mai 1944, *Dlle Serveau, Rec.*, p. 153 ; ou de matières inflammables oubliées dans un local ; CE, 11 mai 1956, *Michel et Petit, Rec.*, p. 190 ; ou encore d'une organisation défectueuse des activités quotidiennes, CE, 25 janv. 1952, *Vacqué, Rec.*, p. 60 ; CE, 11 oct. 1957, *Croce, Rec.*, p. 525.

¹⁰³ CE, 25 février 1952, *Cons. Lassale-Barrère, Rec.*, p. 60.

¹⁰⁴ CE, 22 juillet 1953, *Veuve Ledentu, Rec.*, p. 778 ; CE, 6 juillet 1960, *Ribot, Rec.*, p. 1124.

faute simple¹⁰⁵, ou en cas de « mauvais fonctionnement du service pénitentiaire » pour la perte d'objets appartenant à un détenu lors d'un transfert¹⁰⁶.

En fait, la faute lourde était « systématiquement requise dès lors que se trouve prise en défaut la mission de surveillance » ; dans l'exercice de cette mission l'administration pénitentiaire était « assez facilement exonérée de toute responsabilité par le constat de l'absence de prévisibilité du dommage¹⁰⁷. » Or, pour Eric Péchillon, l'exigence de la faute lourde comme condition de mise en œuvre de la responsabilité de l'administration « n'est jamais un choix anodin du juge administratif ». Le but est ici de faire bénéficier l'administration d'une protection. Et « cette recherche de protection de l'administration ne peut se faire, s'agissant de responsabilité, qu'au détriment de l'utilisateur victime : c'est là un corollaire inévitable, particulièrement en matière pénitentiaire¹⁰⁸ ».

La jurisprudence a évolué en faveur d'une meilleure protection des tiers, et la responsabilité sans faute de l'Etat a été admise pour les mesures impliquant un risque spécial pour les tiers¹⁰⁹, ce que le Conseil d'Etat a reconnu concernant les permissions de sortir considérant « qu'en instituant le régime des permissions de sortir, le législateur a entendu mettre en œuvre des méthodes nouvelles dans l'exécution des peines privatives de liberté, (...), que lesdites méthodes créent, lorsqu'elles sont utilisées, un risque spécial pour les tiers qui ne bénéficient plus des garanties qui résultaient pour eux de l'application plus rigoureuse des peines privatives de liberté ; qu'il suit de là que la responsabilité du service public en raison des dommages causés aux tiers ne saurait être subordonnée à la preuve d'une faute commise par l'administration, mais découle des conditions mêmes dans lesquelles fonctionne le service¹¹⁰ ».

Pour ce qui concerne les « usagers » du service public pénitentiaire, en revanche, « les progrès ont été très faibles », pour reprendre l'analyse faite en 1987 par Jean-Marie

¹⁰⁵ En l'espèce, des erreurs répétées de la part de l'administration d'une maison d'arrêt se traduisant par l'ouverture de lettres adressées à un détenu par son défenseur, TA Versailles, 10 oct. 1997, *Mouesca, Rec.*, p. 1061.

¹⁰⁶ CAA Lyon, 3 déc. 1998, *Mme Theis*, req. n° 96LY000352.

¹⁰⁷ P. Poncela, *op. cit.*, p. 234.

¹⁰⁸ E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 380.

¹⁰⁹ C. Giudicelli, *Contentieux administratif des détenus – Aspects de la jurisprudence*, Paris, Ministère de la justice – Direction de l'administration pénitentiaire, 1998, pp. 49 et s.

¹¹⁰ CE 5/3 SSR, 2 décembre 1981, *Theys, Rec.*, p. 456.

Auby¹¹¹, et surtout très récents. Ainsi, des faits qualifiables de traitements inhumains ou dégradants, comme les violences entre détenus, ne pouvaient engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire qu'en présence d'une faute lourde¹¹², ce qui tendait à lui conférer une « immunité de fait¹¹³ » : les décisions relevant l'existence d'une faute lourde en la matière étaient très rares¹¹⁴ : dans l'arrêt *Cons. Wachter* de 1978, un détenu étant mort suite à un incendie allumé par un codétenu, le Conseil d'Etat reconnaît que l'administration pénitentiaire a commis une « grave négligence en s'abstenant de prendre les mesures particulières de surveillance qui s'imposaient à l'égard de ce détenu, en vue de prévenir les initiatives dangereuses qu'il pouvait prendre notamment la nuit ; que cette faute lourde est de nature à engager la responsabilité de l'Etat pour le décès de l'un des codétenus¹¹⁵ ». La rareté de ce type de condamnations, alors que la fréquence des actes de violence en détention ne se dément pas, peut surprendre¹¹⁶. Cela signifie, pour schématiser, que l'administration pénitentiaire n'a pas à rendre compte des traitements inhumains ou dégradants qui peuvent exister dans les établissements pénitentiaires, si elle n'est pas jugée « lourdement » fautive. Ce qui a bien pour conséquence de minimiser ces atteintes à la dignité humaine, et de faire de l'interdit de ces traitements une norme facultative.

« Une généralisation du régime de faute simple s'impose pour l'ensemble du droit de la responsabilité imputable à l'administration pénitentiaire en raison de dommages causés aux détenus. Ce régime de responsabilité, pour partie nouveau, doit pouvoir s'appuyer sur un statut juridique précis du détenu, dans lequel la qualité d'usager de service public trouverait sa traduction dans des droits reconnus¹¹⁷. » Un arrêt récent du Conseil d'Etat,

¹¹¹ J.-M. Auby, *op. cit.*, p. 548.

¹¹² Sur ce point, des exemples récents comme CAA Bordeaux, 2^{ème} ch, 29 mai 1995, X., note F. Mallol, *D.*, 1996, pp. 39-40 : la faute lourde n'a pas été reconnue. TA Rouen, 3 février 1999, *M.C.*, note C. Marliac-Négrier, *LPA*, 18 février 1999, n° 35, pp. 16-19 : l'administration pénitentiaire a été condamnée par le tribunal administratif de Rouen, alors qu'un détenu avait subi en détention de graves sévices physiques et sexuels de la part de codétenus, dont l'un était connu pour être particulièrement dangereux. En l'espèce, le tribunal administratif relève une faute lourde de l'administration pénitentiaire, « tant en ce qui concerne le placement de M. Ca., individu particulièrement dangereux, qu'en ce qui concerne la surveillance qu'il impliquait ».

¹¹³ CAA de Nantes, 26 juillet 1991, *Consorts Onno c/ M. le garde des sceaux, ministre de la justice*, req. n° 89NT00852 ; *RFDA*, 1992, pp. 269-274, note R. Hostiou.

¹¹⁴ P. Poncela, *op. cit.*,

¹¹⁵ CE 6/2 SSR, 26 mai 1978, *Cons. Wachter*, précité.

¹¹⁶ P. Poncela, *op. cit.*, p. 232.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 237.

rendu le 23 mai 2003, concernant le suicide d'un détenu¹¹⁸, a affirmé la responsabilité de l'administration pénitentiaire, le suicide de M. Chabba devant être « regardé comme la conséquence directe d'une succession de fautes imputables au service pénitentiaire ». « Le glas de la faute lourde semble bien avoir sonné au terme de cet arrêt.¹¹⁹ » Cet arrêt a donc ouvert une voie qui pourrait réellement responsabiliser l'administration pénitentiaire vis-à-vis des détenus, même si cette notion de « succession de fautes » peut poser des difficultés¹²⁰.

On pouvait attendre de la Cour européenne des droits de l'homme qu'elle fût plus sévère à l'égard de l'Etat français à propos d'actes relevant de son administration pénitentiaire, contrairement à l'article 3 CSDH. Ce contrôle n'a jusque récemment pas été plus efficace que celui des juridictions administratives nationales.

B- L'apparition récente d'un contrôle juridictionnel européen effectif

Le contrôle de l'administration pénitentiaire française par la Cour européenne des droits de l'homme est un contrôle récent, dans la mesure où d'une part la France n'a reconnu que récemment le droit de recours individuel devant la Cour (1). Et d'autre part, de manière plus générale, la Cour n'a longtemps pas contrôlé les conditions de détention en elles-mêmes, ce qui réduisait considérablement le contrôle exercé dans le champ de la détention (2).

1. Un contrôle récent

Le contrôle exercé par la Cour n'est pas récent, puisque cette dernière a été installée initialement en 1959. Mais la France n'a ratifié qu'en 1974¹²¹ la Convention. Par conséquent, cette dernière n'a force obligatoire en France que depuis trente ans. Ainsi, la compétence de la Cour n'a pas été reconnue dès la signature de la Convention. Par ailleurs, la France n'a pas immédiatement reconnu la possibilité aux individus de saisir la

¹¹⁸ CE 2/1 SSR, 23 mai 2003, *Mme Chabba*, *Rec.*, p. 240 ; *RFDA*, 2003, p. 850 ; *AJDA*, 2004, p. 157, note N. Albert.

¹¹⁹ N. Albert, « L'abandon de l'exigence de la faute lourde pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire », in *AJDA*, 2004, p. 157.

¹²⁰ *Infra*, deuxième partie, titre II, chapitre 2 sur la notion de succession de fautes simples.

¹²¹ Sur cet aspect voir introduction.

Cour, et le contrôle qui a tout d'abord été exercé est le contrôle inter-étatique mis en place par la CSDH. En effet, la Convention a institué un droit de recours individuel conférant à l'individu le droit de saisir directement la Commission d'une requête relative à la violation par l'un des Etats parties d'un des droits protégés par la Convention¹²². Or, ce droit de recours individuel n'a, à l'origine, été institué que de manière facultative, dans la mesure où la possibilité de saisir la Cour était subordonnée à l'acceptation par les Etats de la compétence de la Commission, filtre entre l'individu et la Cour. Ce recours n'est devenu possible pour les individus en France, qu'à partir du 2 octobre 1981, date à laquelle la France a accepté la compétence de la Commission en la matière.

Avant cette date, on ne peut donc pas parler de contrôle réel de la France par la Cour. En effet, avant que la France ne reconnaisse le droit de recours individuel devant la CEDH, le contrôle n'était pas de grande ampleur, les recours inter-étatiques étant marginaux. « Jusqu'en 1981, la CSDH n'est pas très connue en France ; c'est le recours individuel qui va faire connaître la Convention¹²³. » De manière générale, le droit de recours individuel est devenu la « pierre angulaire du mécanisme de sauvegarde instauré par la CSDH¹²⁴ ». C'est d'ailleurs la France qui a été l'Etat le plus souvent traduit devant la Commission entre 1982 et 1998¹²⁵. Le nombre de requêtes introduites contre la France ne cesse de croître, en 2002, il est de 2789¹²⁶, il était de 870 en 1999, et de 1032 en 2000. Avant 1981, le contrôle de la Cour sur l'administration pénitentiaire n'est donc pas effectif, ce qui n'a pas contraint l'administration pénitentiaire à considérer la Convention comme obligatoire, et l'article 3 CSDH particulièrement, dans la mesure où les textes étaient en conformité apparente avec les règles minima, ce qui ne la poussait pas à se référer à ce texte international¹²⁷.

Désormais, au vu de la multiplicité des recours formés contre la France, le contrôle de la Cour peut s'exercer, et des recours peuvent être dirigés contre la France pour des actes accomplis par l'administration pénitentiaire. Il faut toutefois relativiser cette possibilité de contrôle, dans la mesure où la Cour ne peut intervenir que si elle est saisie et après

¹²² F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004, pp. 19 et s.

¹²³ Entretien 2.

¹²⁴ F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 21.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Sources : site Internet du Conseil de l'Europe

http://www.coe.int/T/F/Communication_et_Recherche/Presse/Infos_pays/f_fr.asp

¹²⁷ Entretien 8.

l'épuisement des voies de recours internes. Ceci pose le problème de l'accès des détenus aux juridictions internes, avant d'avoir accès à la Cour, en raison, notamment, comme le note Françoise Tulkens, de la vulnérabilité sociale du détenu qui rend difficile l'épuisement de toutes les voies de recours internes, et encore plus difficile la saisine de la Cour¹²⁸. Mais cette dernière a affirmé explicitement, en s'appuyant sur l'arrêt *Golder*¹²⁹, que « la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons¹³⁰ », mettant ainsi fin à « la théorie des limitations implicites inhérentes à la privation de liberté, initialement utilisée par la Commission européenne des droits de l'homme¹³¹ ».

Ainsi, la possibilité pour les individus de saisir la Cour ayant été reconnue tardivement et le fait que la condition juridique du détenu fasse de lui un justiciable « à part » font que l'administration pénitentiaire ne s'est pas sentie concernée par ce contrôle, ni donc, par les normes de référence de ce contrôle. De plus, lorsque la Cour a pu enfin connaître d'actes ou de situations imputables à l'administration pénitentiaire française, elle a longtemps hésité à regarder du côté des conditions objectives de détention. L'évolution de la jurisprudence de la Cour, du critère intentionnel au critère matériel, marque en ce sens, un tournant.

2. Du critère intentionnel au critère matériel : un contrôle accru des conditions de détention

La définition retenue des traitements inhumains ou dégradants met en évidence l'évolution de la jurisprudence de la Cour¹³² qui paraît « s'amorcer¹³³ ». Le critère intentionnel a été relativisé par la Cour¹³⁴, et désormais la Cour regarde du côté des traitements

¹²⁸ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison, La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in J-P. Céré (dir.), *Panorama européen de la prison*, coll. « Sciences criminelles », Paris, L'Harmattan, 2002, pp. 30 et s.

¹²⁹ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, Cour plénière, req. n° 4451/70, *Série A n° 18*, § 36.

¹³⁰ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. n° 7819/77 et 7878/77, *Série A n° 80*, § 69.

¹³¹ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in O. De Schutter, D. Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 249-285. (version actualisée par F. Tulkens au 28 février 2003).

¹³² Même partie, titre I, chapitre 1, I.

¹³³ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in O. De Schutter, D. Kaminski (dir.), *op. cit.*

¹³⁴ Notamment depuis l'arrêt *V c. Royaume-Uni* (CEDH, 16 décembre 1999, *V. c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, req. n° 24888/94, *CEDH 1999-IX*), mais surtout depuis l'arrêt *Peers c. Grèce* (CEDH, 19 avril 2001, *Peers c. Grèce*, 2^{ème} section, req. n° 28524/95, *CEDH 2001-III*). Supra même partie titre I, chapitre 1, I, B.

« objectivement » inhumains ou dégradants, les conditions de détention en elles-mêmes peuvent donc être considérées comme attentatoires à l'article 3 CSDH, en dehors de toute intention d'humilier le détenu. Mais cette évolution est récente, et l'on peut finalement la dater de l'apparition du CPT dans le champ de la prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Jusqu'aux années 1990, « la doctrine de la Commission est restrictive quant aux droits des détenus. Les conditions matérielles ne sont pas bonnes mais sur les principes, à l'époque, il n'y a pas de danger de condamnation¹³⁵ ». Lorsque la Cour examine les conditions de détention, elle s'attache à l'effet cumulatif de ces conditions, et c'est là que le CPT joue un rôle primordial, ses constatations devenant des éléments de preuve pour la Cour¹³⁶. Mark Kelly, lors de la Conférence de Dublin de mars 2000 sur « la protection des droits de l'homme au XXI^{ème} siècle », mettait déjà en avant la complémentarité du CPT et de la Cour, montrant l'influence progressive du CPT sur la jurisprudence de la Cour dans le champ de l'article 3 CSDH, tout du moins, l'influence de ses constatations¹³⁷.

Ce n'est donc qu'à partir de la fin des années 1990 que la Cour va commencer à contrôler les conditions-mêmes de détention, et que par conséquent, l'administration pénitentiaire française va être directement concernée par le contrôle de la Cour pour son activité quotidienne qui « maltraite » régulièrement l'article 3 CSDH¹³⁸. Jusque là, l'administration pénitentiaire n'était pas directement concernée, ou tout du moins ne se sentait pas directement concernée, puisque le seuil de gravité nécessaire pour déclencher une condamnation, ou même une poursuite, était tel que, globalement, seules des situations exceptionnelles dans le champ de la détention étaient susceptibles d'être condamnées. Désormais, la Cour se permet d'examiner les conditions objectives de détention et elle a abaissé considérablement le seuil de gravité exigé pour que de telles conditions soient jugées contraires à l'article 3 CSDH, seuil très élevé jusque là¹³⁹. Par

¹³⁵ Entretien 8.

¹³⁶ Voir en ce sens, l'arrêt *Dougoz c. Grèce* (CEDH, 6 mars 2001, *Dougoz c. Grèce*, 3^{ème} section, req. n° 40907/98, *CEDH 2001-II*) cité par F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison, La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in J-P. Céré (dir.), *Panorama européen de la prison*, op. cit., p. 39, précédemment analysé dans cette même partie, titre I, chapitre 1, III.

¹³⁷ M. Kelly, « Perspectives from the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment », in *Human rights Law Journal*, 4 novembre 2000, vol. 21, n° 8, p. 302.

¹³⁸ *Supra*, même titre, chapitre 1, II, A.

¹³⁹ B. Ecochard, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *RFDA*, janvier-février 2003, pp. 99 et s. ; B. Maurer, op. cit., pp. 307 et s.

exemple¹⁴⁰, le fait pour les autorités pénitentiaires d'avoir de force rasé la tête d'un détenu dans le contexte d'une punition qui lui avait été imposée pour avoir écrit des textes offensants à l'égard des gardiens peut atteindre le seuil de gravité requis pour tomber dans le champ du traitement dégradant interdit par l'article 3 de la Convention¹⁴¹.

Il a fallu attendre 2002 pour que l'administration pénitentiaire soit condamnée pour la première fois par la CEDH¹⁴² : ce qui signifie que la Cour reconnaît que l'administration pénitentiaire française peut être à l'origine de pratiques contraires à l'article 3 CSDH. Ce qui implique que l'administration pénitentiaire française n'est pas à l'abri de ces condamnations¹⁴³, alors qu'elle les pensait réserver à d'autres pays. Jusqu'à cet arrêt, l'administration pénitentiaire éprouvait un véritable sentiment d'impunité de vis à vis du contrôle juridictionnel européen. Il ne peut plus en être ainsi. L'administration pénitentiaire doit donc désormais faire avec le contrôle de la Cour, qui est de plus en plus saisie de requêtes la concernant directement.

Si la Cour européenne des droits de l'homme européen s'est ouverte peu à peu au contrôle des conditions de détention, et par conséquent tend de plus en plus à obliger l'administration pénitentiaire à se saisir de l'article 3 CSDH, si les juridictions administratives n'ont pendant longtemps pas véritablement contrôlé cette administration qui jouissait d'une très large liberté d'action, en dehors de toute censure, l'administration pénitentiaire a pu croire à une absence de contrôle juridictionnel. Cet état de fait a été particulièrement important dans la (non) réception de l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. Par ailleurs, peu contrôlée ou mal contrôlée par les organes non juridictionnels, l'administration pénitentiaire n'a pas été poussée à considérer l'article 3 CSDH comme une norme contraignante alors même qu'elle ne lui portait « naturellement » que peu d'intérêt.

¹⁴⁰ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in O. De Schutter, D. Kaminski (dir.), *op. cit.*

¹⁴¹ CEDH, 11 décembre 2003, *Yankov c. Bulgarie*, 1^{ère} section, req. n° 39084/97, *CEDH 2003-XII*, §§ 112-114. Voir sur ce point même partie, titre I, chapitre 1, I, B.

¹⁴² CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, 1^{ère} section, req. n° 67263/01, *CEDH 2002-IX*.

¹⁴³ Voir sur ce point deuxième partie, titre I, chapitre 2, I, A.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La réception de la norme juridique qu'est l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire ne s'est pas faite automatiquement. L'administration pénitentiaire avait connaissance de l'article 3 CSDH, mais aussi de l'existence de situations et/ou actes contraires à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants au sein des établissements pénitentiaires. Elle n'a pas pour autant considéré l'article 3 CSDH comme le support d'une norme obligatoire, à sa destination. Cette connaissance, à la fois du texte et de situations et/ou actes qualifiables de traitements inhumains ou dégradants, n'a pas été suffisante à faire reconnaître à l'administration pénitentiaire le caractère obligatoire de la norme contenue dans ce texte. La simple existence d'un texte de droit ne suffit donc pas à faire de ce dernier un texte contenant une norme juridique obligatoire pour le système auquel cette norme est destinée – alors même qu'elle appartient au bloc de légalité de ce système.

Ce rapport de l'administration pénitentiaire à la norme qu'est l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants trouve des explications : la distance de cet interdit de l'administration pénitentiaire, la pluralité de normes existant dans le domaine de la lutte contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants, l'utilisation d'autres normes par l'administration pénitentiaire, finalement pas si éloignées, la nécessité de répondre à des objectifs, mais aussi l'absence de contrôles efficaces. Le constat est donc sans appel : l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants ne pouvait être considéré par l'administration pénitentiaire comme norme juridique contraignante sur le simple constat de son appartenance aux sources de la légalité administrative.

La réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire a nécessité, nécessite, l'existence d'opérations engendrant un rapport nouveau de l'administration pénitentiaire à la norme qu'est l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

DEUXIEME PARTIE
LES OPERATIONS ABOUTISSANT A LA RECEPTION DE
L'INTERDIT CONTENU DANS L'ARTICLE 3 CSDH PAR
L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

L'administration pénitentiaire connaissait l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ainsi que l'existence de pratiques et/ou situations contraires à cette norme : elle ne l'a cependant pas reconnu comme norme juridique contraignante du simple fait de son entrée en vigueur. La réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH dépend de différentes opérations qui ont permis à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants de gagner le statut de norme juridique contraignante pour l'administration pénitentiaire. Parmi ces opérations, toutes n'ont pas nécessairement comme but premier cette réception, mais leur existence a contribué à la reconnaissance de l'obligatorité de la norme par l'administration pénitentiaire.

Ces opérations ne se sont pas organisées linéairement, chronologiquement. Elles ont pu à la fois permettre l'émergence de l'article 3 CSDH dans les préoccupations de l'administration pénitentiaire, et appuyer la réception de l'interdit qu'il contient. D'autres apparaissent à la fois comme facteur et comme preuve de cette réception. Il s'agit donc de mettre en évidence les phénomènes de rétroaction¹ à l'œuvre dans la réception de cette norme. Ces opérations peuvent néanmoins être classées en deux catégories.

La réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire dépend, d'une part, de médiations, comprises comme des opérations servant d'intermédiaires, des interventions extérieures permettant la reconnaissance de l'obligatorité de la norme juridique, rappelant ainsi que cette réception n'est pas immédiate. Il est ici fait appel à un concept de science politique propre à l'analyse des politiques publiques², qui permet une meilleure compréhension de cette catégorie d'opérations intervenant dans la réception de la norme : les médiations participent de « l'opération de codage de la réalité et de production d'une articulation entre l'idéal et

¹ J.-C. Thoenig, « L'analyse des politiques publiques », in M. Grawitz et J. Leca (dir.), *Traité de science administrative*, vol. 4, J.-C. Thoenig, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, 1985, pp. 19 et s.

² « Une politique n'existe réellement qu'à travers *les acteurs concrets* qui entrent en relation (au besoin s'affrontant) à l'occasion de son élaboration ou de sa mise en œuvre. On appellera *médiateurs* les agents qui réalisent la construction du référentiel d'une politique, c'est-à-dire la création d'images cognitives déterminant la perception du problème par les groupes en présence et la définition des solutions appropriées. (...) Il ne fait pas de doute que les médiateurs occupent une position *stratégique* dans le système de décision dans la mesure où ce sont eux qui formulent le *cadre intellectuel* au sein duquel se déroulent les négociations, les conflits où les alliances qui conduisent à la décision. » P. Muller, *Les politiques publiques*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1994, p. 50.

l'existant », et engagent « des ressources matérielles, intellectuelles ou humaines pour l'imposer »³ (titre I).

La réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH nécessite, d'autre part, des opérations d'intégration de la norme dans le droit interne de l'administration pénitentiaire, alors même qu'elles ne sont pas obligatoires, puisque l'article 3 CSDH est d'applicabilité directe⁴. Ces opérations mettent en évidence le fait que, contrairement à une application stricte du principe de légalité, pour devenir contraignante, la norme juridique doit être introduite dans le corpus juridique accepté par l'administration pénitentiaire (titre II).

³ V. Simoulin, « Emission, médiation, réception... Les opérations constitutives d'une réforme par imprégnation », in *RFSP*, 2000, vol. 50, n° 2, pp. 343 et s.

⁴ La notion d'applicabilité directe, au sens large, vise « l'applicabilité d'une règle de droit international dans l'ordre interne sans aucune mesure d'exécution ». J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, coll. « Universités francophones », Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 71.

TITRE I – LES MEDIATIONS NECESSAIRES A LA RECEPTION DE L’INTERDIT DE LA TORTURE ET DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS COMME NORME JURIDIQUE CONTRAIGNANTE

La réception de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l’administration pénitentiaire française comme norme à valeur juridique contraignante s’est réalisée grâce à des médiations. Il ne s’agit pas ici de « médiation » au « sens juridique du terme », comme on l’entend notamment dans le champ pénal, mais de médiations en tant qu’opérations d’intermédiaires, interventions extérieures dans ce processus de reconnaissance du caractère contraignant de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l’administration pénitentiaire. « Le premier trait essentiel du processus de médiation, c’est sans doute son caractère collectif et concurrentiel. D’abord car on ne saurait réduire un système réformateur à l’existence et à l’action d’un seul acteur, son efficacité étant à notre sens liée de façon déterminante à sa complétude et au poids des acteurs qui le composent. Ensuite, car il n’y a pas qu’un seul système réformateur, ou du moins rien n’oblige à ce qu’il n’y en ait qu’un seul, ces divers systèmes réformateurs ayant à la fois un intérêt commun à l’accomplissement de la réforme et étant en lutte pour la façonner à l’image de leurs intérêts¹ ».

Ces médiations jouent un rôle prépondérant dans la réception de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH qui va dépendre de ce truchement d’« intermédiaires », de « médiateurs² ». Ce « médiateur » est « l’acteur qui accomplit l’opération de codage de la réalité et de production d’une articulation entre l’idéal et l’existant, et qui engage des ressources matérielles, intellectuelles ou humaines pour l’imposer ». Mais c’est finalement le processus, l’opération de médiation qui est importante plus que les médiateurs en eux-mêmes, dans la mesure où ces derniers peuvent changer avec le temps³.

¹ V. Simoulin, « Emission, médiation, réception... Les opérations constitutives d’une réforme par imprégnation », in *RFSP*, 2000, vol. 50, n° 2, p. 346.

² *Ibidem*, pp. 343 et s.

³ *Ibid.*, pp. 333-350.

Le concept de médiation, emprunté à la science politique, permet de rendre compte des opérations nécessaires à la construction de la juridicité d'un texte. La référence aux analyses de politiques publiques est donc, ici, intéressante. Dans le cadre des analyses des politiques publiques, la transformation d'un problème en objet politique est le produit d'un travail spécifique réalisé par des acteurs politiques identifiables dont la nature peut varier⁴. Si on transpose cette analyse, si l'on se sert de cette analyse comme d'un instrument de compréhension, on peut dire que la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants renvoie à la transformation du contenu d'un texte juridique en contenu normatif. La juridicisation d'un texte, la transformation d'une prescription en norme juridique pour l'administration pénitentiaire passe donc par un travail spécifique, réalisé par des acteurs plus ou moins identifiables. Ces acteurs sont des institutions, des groupes, des organisations. Plusieurs médiateurs peuvent ainsi être identifiés.

L'une de ces médiations occupe une place particulière. Il s'agit de celle du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou des traitements inhumains ou dégradants, le CPT, qui « intervient » comme médiateur, y compris au sens juridique « traditionnel » du terme cette fois, puisqu'il participe « du changement de paradigme en matière de résolution des conflits avec la substitution au mode conflictuel d'un mode consensuel⁵ ». Sa fonction est d'amener les Etats à anticiper, prévenir, les violations de l'article 3 CSDH. En ce sens, le CPT peut être considéré comme un organe créé spécifiquement pour amener les Etats et les institutions publiques de privation de liberté à recevoir véritablement l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (chapitre 1). Si la médiation du CPT, liée à sa fonction de prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, participe dans une large mesure à la reconnaissance de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH comme norme juridique, elle n'est pas suffisante. D'autres médiations juridictionnelles et non juridictionnelles participent de la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire (chapitre 2).

⁴ J.-C. Thoenig, « L'analyse des politiques publiques », in M. Grawitz et J. Leca (dir.), *Traité de science administrative*, vol. 4, J.-C. Thoenig (dir.), *Les politiques publiques*, Paris, PUF, 1985, 548 p. ; Y. Mény, J.-C. Thoenig, *Politiques publiques*, coll. « Thémis Science politique », Paris, PUF, 1989, 391 p. ; P. Muller, *Les politiques publiques*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1994, 127 p.

⁵ J.-P. Bonafé-Schmitt, « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? », in P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, coll. « Droit », Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 1996, p. 420.

CHAPITRE 1 – LE CPT, ORGANE AD HOC DE LA RECEPTION DE LA TORTURE ET DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS PAR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

Agissant à titre préventif, le CPT intervient notamment dans le but de prévenir les mauvais traitements contre les détenus dans les établissements pénitentiaires. Son efficacité complète ne dépend donc pas que de lui, mais bel et bien de la coopération des Etats parties à la Convention et de la prise en compte par ces derniers de ses recommandations¹ : il ne s'agit donc pas de faire une évaluation quantitative, statistique, de la part que l'on peut attribuer au CPT dans la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

La création du CPT répond bien au constat de ce que la simple existence de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants ne permet pas une protection adéquate des personnes privées de libertés contre de tels traitements². Cette création met en évidence que la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par les Etats parties à la CSDH, et par leurs institutions privatives de liberté, n'est pas satisfaisante, puisque ne permettant pas une prévention totale des situations et/ou pratiques attentatoires à cet interdit. La création du CPT semble ainsi répondre à une volonté de voir la norme reçue – au sens retenu – et appliquée par les institutions soumises au contrôle du CPT. Il peut donc être considéré comme un organe fondamentalement destiné à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par les institutions privatives de liberté – donc l'administration pénitentiaire française – puisque l'idée de prévention des atteintes à une norme implique une reconnaissance totale de la norme en question, et en premier lieu, son caractère obligatoire.

¹ Voir sur ce point notre article : M.-J. Bernard, « Conseil de l'Europe, droits de l'homme et prisons : l'impact du CPT dans la réforme des prisons », in *RFAP*, n° 99, juillet-septembre 2001, p. 524.

² Le préambule à la CEPT est en ce sens tout à fait explicite : « Les Etats membres du Conseil de l'Europe, (...) convaincus que la protection des personnes privées de liberté contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants pourrait être renforcée par un mécanisme non judiciaire, à caractère préventif, fondé sur des visites ».

Le contrôle du CPT est ainsi celui d'un tiers impartial et désintéressé, totalement extérieur à l'administration pénitentiaire, mais aussi à l'Etat français et son contrôle s'exerce a priori, de manière extrêmement large (I). Le CPT a permis la confrontation directe de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH – lui donnant l'opportunité de se saisir de la problématique des droits de l'homme de manière frontale et par là même de légitimer ses réformes pénitentiaires – le CPT se révélant, au final, une véritable incarnation de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (II).

I – L'intervention d'un « tiers » impartial et désintéressé

Le CPT joue un rôle de « tiers impartial et désintéressé », expression ici utilisée en référence aux travaux d'Alexandre Kojève, pour qui « le particularisme du droit réside dans l'intervention d'un "tiers" impartial et désintéressé, qui s'effectue à l'occasion d'une "interaction" entre deux êtres humains, et dont l'objectif est d'annuler la réaction éventuelle du second à l'action du premier : c'est cette intervention qui constitue "l'élément spécifiquement juridique" ; c'est elle qui "transmet un caractère juridique à l'ensemble de la situation"³. » Le CPT intervient comme tiers neutre, dans aucun autre but que le sien – la prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Le tiers n'est désintéressé que du point de vue des deux parties en cause, non d'une façon absolue. L'intervention du CPT imprime donc au rapport que l'administration pénitentiaire entretient à l'article 3 CSDH un caractère juridique.

Cette intervention a permis une évolution de l'approche que l'administration pénitentiaire avait de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. En ce sens, elle participe pleinement du processus de réception de cette norme. Son extériorité aurait pu être un obstacle, mais s'avère finalement un atout (A). L'étendue de son contrôle, même s'il demeure perfectible, renforce son caractère impartial et désintéressé (B).

³ A. Kojève, *Esquisse pour une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, p. 25.

A- L'extériorité du CPT : un atout, un défaut

L'extériorité du contrôle est ce qui va permettre le contrôle. La médiation du CPT, ne supprimant pas les autres acteurs, permet la coexistence de tous les acteurs sociétaux, ce qui ne crée pas un énième organe, mais bien une nouvelle forme de contrôle (1). Cette extériorité est aussi ce qui aurait pu empêcher l'action du CPT. L'inconnu a pu poser problème à l'administration pénitentiaire – administration close, s'ouvrant peu à peu – pour qui l'expérience de l'altérité a été un véritable bouleversement qui n'est pas allé sans poser de difficultés (2).

1. Un nouvel organe de contrôle pour l'administration pénitentiaire

Sans prérogatives juridictionnelles, le CPT joue à l'heure actuelle un rôle unique de tiers extérieur, neutre, dans la relation entre les administrations, les Etats et les personnes détenues. Tout comme le thérapeute peut intervenir dans une relation conflictuelle, le CPT tire sa légitimité d'intervention sur le terrain sensible des traitements inhumains ou dégradants auprès des Etats, du fait qu'il n'est ni juge, ni partie. Le CPT a été créé dans cette optique (a), ce qui explique l'étendue de ses compétences, et qui en fait un organe pionnier (b).

a- La création du CPT

Pour comprendre le fonctionnement original du CPT, il est nécessaire d'évoquer sa création. Ce n'est qu'en regardant du côté des origines de la CEPT que l'on peut saisir l'innovation que la création d'un tel organe représente, et les espoirs mis en lui. La CEPT doit beaucoup à Jean-Jacques Gautier – fondateur du Comité suisse contre la torture, créé en janvier 1977 et devenu Association de prévention de la torture (APT) en 1992 – qui s'est fortement inspiré de la pratique du Comité international de la Croix Rouge (CICR)⁴. Son but était la création d'un système de visites de tous les lieux de détention par des experts indépendants⁵, même en dehors de conflits armés, allant en ce sens bien au-delà de

⁴ C. Mottet, in Association pour la prévention de la torture, *La mise en œuvre de la Convention européenne de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Bilan et perspectives après cinq ans d'existence*, Actes du séminaire du 5 au 7 décembre 1994 à Strasbourg, Genève, Association pour la prévention de la torture, 1995, p. 9.

⁵ C. Nicolay, « Une nouvelle approche des droits de l'homme », in *RPDP*, n° 1, janvier-mars 1996, p. 11.

la compétence du CICR⁶. Sa proposition date de 1976. C'est la Commission des questions juridiques de l'Assemblée du Conseil de l'Europe qui a élaboré, avec le Comité suisse contre la torture, un projet qui allait servir de base à la CEPT, et qui sera inséré en 1983, en annexe d'un rapport de la Commission des questions juridiques⁷. La vision des rédacteurs de la CEPT allait très loin et était très pragmatique. Le 26 novembre 1987, la Convention a été ouverte à la signature, et est entrée en vigueur le 1^{er} février 1989. L'APT est une association clé dans l'élaboration de la CEPT. Elle a fait un travail en amont ainsi qu'un travail de suivi : le rôle joué par l'APT est demeuré important, dans la mesure où pour chaque visite du CPT, pendant ses cinq premières années d'existence, elle a rédigé des rapports sur les pays qui allaient faire l'objet d'une visite, ce qui a été modifié depuis 1997⁸.

Le CPT est donc l'instrument de contrôle préventif, instauré par la CEPT. La Convention vise à renforcer la protection des personnes privées de liberté contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Le système mis en place tend à éviter une concurrence avec les instances de la CSDH. Pour qu'il n'y ait pas de risque de concurrence d'interprétation, toute référence à l'article 3 CSDH a été retirée du texte même de la CEPT, ce dernier n'apparaissant, paradoxalement, que dans le préambule⁹, alors même que la CEPT vient renforcer l'interdit qu'il contient. La crainte du chevauchement de compétences avec les organes existants du Conseil de l'Europe a fait prendre aux rédacteurs de la CEPT de multiples précautions. Ainsi, il a été expressément précisé à l'article 17 § 2 de la CEPT qu'« aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme une limite ou une dérogation aux compétences des organes de la Convention européenne des droits de l'homme ou aux obligations assumées par les parties en vertu de cette Convention ». De même, le rapport explicatif à la CEPT précise que le Comité devra respecter les compétences dévolues à la Commission et à la Cour, et ne devra pas intervenir dans les procédures en cours devant ces mêmes instances, ni se

⁶ A. Cassese, « Une nouvelle approche des droits de l'homme : la Convention européenne pour la prévention de la torture », in *Revue générale de droit international public*, 1989, p. 9.

⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁸ La publication des *Cahiers de l'Institut des droits de l'homme*, en octobre 1996, peut être considérée comme un pré-rapport au rapport du CPT. *Les cahiers de l'Institut des droits de l'homme*, vol. 2, 1996, et CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France du 6 au 18 octobre 1996*, CPT/Inf (98).

⁹ E. Ponroy, C. Jacq, « Etude comparative des Conventions des Nations Unies et du Conseil de l'Europe relatives à la torture et aux peines ou traitements inhumains ou dégradants », in *RSC*, n° 2, avril-juin 1990, p. 321.

prêter à des interprétations de la Convention européenne des droits de l'homme, surtout s'agissant de l'article 3 CSDH ; le droit de requête n'est pas touché par ces dispositions¹⁰.

Les premières élections des membres du CPT ont eu lieu le 19 septembre 1989 et le Comité a tenu sa première réunion moins de deux mois plus tard, du 13 au 16 novembre 1989. Il a mis au point son règlement intérieur et des méthodes de travail spécifique, accordant une place importante à la conduite collégiale des travaux et cherchant à assurer son impartialité. A cet égard, le Comité a adopté deux pratiques importantes : l'une concerne le choix des pays où il est appelé à effectuer des visites périodiques ; l'autre est relative au rôle du membre du Comité élu au titre du pays où une visite doit être effectuée, en d'autres termes le membre « national »¹¹. Concernant la première pratique, les pays devant faire l'objet de visites périodiques devaient être choisis par tirage au sort, au moins les premières années. Quant à la seconde pratique, relative à la situation du membre « national », le CPT est arrivé à la conclusion qu'en définitive, la participation de ce membre à une visite dans le pays concerné, présenterait des inconvénients. Bien que le membre « national » ait, d'ordinaire, une connaissance particulière de son propre pays, laquelle pourrait être utile à la délégation effectuant la visite, l'on a craint que sa présence au sein de la délégation ne fasse, dans certaines circonstances du moins, apparaître la procédure comme entachée de partialité¹². L'absence de membres nationaux dans la délégation effectuant la visite renforce donc la position d'extériorité du CPT vis-à-vis de l'Etat contrôlé.

b- La « fonction pionnière » du CPT

Ce qui donne sens à la CEPT, c'est qu'elle met en place un système de prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. En cela, le CPT remplit une fonction pionnière et son impact potentiel¹³ est réel. Mais avant d'aborder la question de cet impact¹⁴, il semble nécessaire de revenir sur cette « fonction pionnière » du CPT¹⁵ qui vise

¹⁰ A. Cassese, *op. cit.*, pp. 16 et s. et *Rapport explicatif à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, CPT/Inf/C (89) 1 [FR] (Partie 2).

¹¹ CPT, *1^{er} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} novembre 1989 au 31 décembre 1990*, CPT/Inf (91) 3 [FR], § 18.

¹² *Ibidem*, §§ 19 et 20.

¹³ G. Kaiser, « Detention in Europe and the European Committee for the prevention of torture », in *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice*, vol. 3, I, 1995, pp. 15 et s.

¹⁴ *Infra*, même chapitre, II, 2.

« l'évitement d'un conflit » au plan pratique. A la différence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, le CPT n'est pas un organe juridictionnel habilité à résoudre des litiges juridiques relatifs à des allégations de violations d'obligations résultant d'un traité c'est-à-dire, à statuer sur des plaintes ex post facto.

« Le CPT est avant tout et principalement un mécanisme de prévention des mauvais traitements bien qu'il puisse également, dans certains cas spécifiques, intervenir après que de tels faits ont eu lieu. La tâche du CPT n'est pas de critiquer publiquement les Etats mais plutôt de les assister dans la recherche des voies et moyens d'évitement des mauvais traitements. Son travail est axé sur la prévention d'éventuels actes ou pratiques de torture ou peines ou traitements inhumains ou dégradants.¹⁶ » Le *1^{er} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} novembre 1989 au 31 décembre 1990* fournit une excellente vue d'ensemble de l'innovation que représente le CPT, et de la fonction extrêmement originale qu'il est amené à remplir. Ce rapport sert désormais de base d'explication du travail du CPT : repris dans le *2^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1991*¹⁷, les rapports généraux suivants y feront référence. Dans un souci pédagogique, le CPT est amené dans ses rapports de visite à réexpliquer ses compétences et ses méthodes d'intervention¹⁸.

Il appartient donc au CPT, d'établir si, en des lieux où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique, il existe des conditions ou des circonstances, générales ou particulières, susceptibles de se dégrader au point de conduire à des actes de torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou qui seraient, en tout cas, propices à la perpétration de tels actes ou pratiques. Le CPT a ainsi une fonction d'alerte, de veille, de manière à éviter qu'une situation dégénère en torture ou en traitement inhumain ou dégradant. Ainsi défini, son mandat n'exclut évidemment pas une fonction d'enquête ou de surveillance à l'égard de faits qui se sont produits dans un passé récent, notamment dans les cas des visites ad hoc où la visite est motivée par des allégations graves et persistantes d'abus majeurs commis dans un pays donné. En pareil cas, l'une de ses tâches

¹⁵ CPT, *1^{er} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} novembre 1989 au 31 décembre 1990*, op. cit., § 2.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CPT, *2^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1991*, CPT/Inf (92) 3 [FR].

¹⁸ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France, du 27 octobre au 8 novembre 1991*, CPT/Inf (93) 2 [FR], p. 8, par exemple.

consiste évidemment à vérifier sur place si ces allégations sont ou non fondées. Cependant, même dans cette hypothèse, son obligation principale ne se limite pas à faire un rapport sur de tels abus : il lui faut plutôt examiner les conditions générales qui entourent les abus allégués et, au besoin, proposer des moyens tant d'y mettre immédiatement fin que d'empêcher qu'ils ne se reproduisent dans l'avenir¹⁹.

La « prévention » constitue la pierre angulaire de tout le système de surveillance institué par la CEPT. Cela implique que dans certains cas, le CPT puisse – après avoir examiné les conditions de détention dans tel ou tel pays – ne pas se limiter à suggérer l'adoption de mesures immédiates ou à court terme (comme par exemple, des dispositions d'ordre administratif), voire des mesures telles des modifications législatives. Il peut juger indispensable de recommander l'adoption de mesures à long terme, lorsqu'il lui semble impossible de modifier les pratiques par la simple action judiciaire ou législative ou le recours à d'autres techniques juridiques. En ce sens, il s'intéresse aussi à la formation des professionnels chargés de la privation de liberté. En ce qui concerne plus particulièrement l'administration pénitentiaire française, il a déjà eu l'occasion de faire des remarques à propos de la formation ou de la déontologie de la profession²⁰.

Pour s'acquitter avec efficacité de sa fonction de prévention, le CPT doit tendre vers un degré de protection plus élevé que celui que la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme retiennent lorsqu'elles se prononcent dans des affaires concernant les mauvais traitements aux personnes privées de liberté et leurs conditions de détention. En tout cas, deux principes fondamentaux régissent les relations entre le CPT et les Etats : la coopération et la confidentialité. A nouveau, le rôle du Comité n'est pas de condamner des

¹⁹ CPT, *1^{er} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} novembre 1989 au 31 décembre 1990*, op. cit.

²⁰ Par exemple dans le *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France, du 27 octobre au 8 novembre 1991*, op. cit., § 129 : « Le CPT recommande que l'aptitude à la communication interpersonnelle constitue un élément déterminant lors du recrutement du personnel pénitentiaire et que dans la formation initiale et continue, une importance particulière soit accordée à l'acquisition et au perfectionnement de techniques en ce domaine » ; CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 14 au 26 mai 2000*, CPT/Inf (2001) 10, § 72 : « Le CPT recommande d'ouvrir largement aux fonctionnaires pénitentiaires la formation aux techniques de contrôle et de maîtrise physique. »

Etats, mais plutôt de les accompagner. Après chaque visite, le CPT établit un rapport²¹ exposant les faits constatés et comportant, si nécessaire, des recommandations et d'autres conseils, sur la base desquels un dialogue est entamé avec l'Etat concerné. A ce jour, la pratique du CPT a consisté « à inviter les Etats concernés à soumettre un rapport intérimaire, généralement dans un délai de six mois, à compter de la date de réception du rapport du CPT, et à faire suivre ce rapport d'un rapport final, généralement dans un délai de douze mois à compter de la date de réception du rapport²² ».

Ce dialogue instauré avec les Etats marque la véritable innovation de ce contrôle externe²³. L'intérêt de ce dernier n'est donc pas à chercher dans la dénonciation d'actes ou situations contraires à l'article 3 CSDH. Le but de ce dernier est de faire évoluer aussi bien les conditions de détention, que les mentalités concernant la détention, et non d'obtenir réparations pour des dommages aux « usagers ». Il ne s'agit pas de condamner un Etat, mais de mettre en place une collaboration effective avec les Etats, donc à terme, avec les institutions contrôlées. Le CPT est donc un nouvel organe de contrôle, totalement extérieur à l'administration pénitentiaire, puisqu'il est compétent dans tous les lieux de privation de liberté sous contrôle d'une autorité publique, ce qui présente l'avantage de ne pas stigmatiser l'administration pénitentiaire. Ensuite, il ne fait pas que contrôler ponctuellement l'administration pénitentiaire, mais met aussi en place un suivi de ses visites, puisqu'il demande aux Etats des réponses, ainsi que des informations, sur la base desquelles il effectuera les visites suivantes. Cette fonction pionnière remplie par le CPT a pu poser problème à l'administration pénitentiaire, du fait même de l'extériorité de son contrôle. Là où l'extériorité du contrôle pouvait servir à légitimer le contrôle vis-à-vis de l'extérieur, elle a pu également être un obstacle à une bonne coopération de l'institution contrôlée.

2. Une réticence a priori de l'administration pénitentiaire

Les rédacteurs de la CEPT ont voulu mettre en place un contrôle a priori : à la CEDH, donc, de relever les violations de l'article 3 CSDH. Cependant, il est dur de faire

²¹ Ce rapport de visite est, en principe, confidentiel ; néanmoins, presque tous les Etats ont choisi de lever la règle de la confidentialité et ont rendu public le rapport. CPT, *11^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2000*, CPT/Inf (2001) 16.

²² C. Nicolay, *op. cit.*, p. 19.

²³ Supra, première partie, titre I, chapitre 2.

comprendre aux Etats la compétence du CPT²⁴. En effet, d'une part, l'administration pénitentiaire a vécu l'arrivée du CPT comme une ouverture imposée (a). D'autre part, le terme même de « torture » a posé véritablement problème (b).

a- L'ouverture imposée

Globalement, « les Etats n'avaient pas l'habitude de l'empiètement sur leur souveraineté²⁵ ». A travers le contrôle du CPT, c'est au fond tout le problème lié à la perte de souveraineté, a fortiori dans le champ de la Justice et de la Sécurité, du fait d'instances internationales, qui est posé. Ce sentiment est encore partagé par certains, les institutions européennes sont loin d'être totalement acceptées, les autorités françaises, ainsi que les organisations professionnelles n'ont d'ailleurs pas toujours montré à l'égard des arrêts de la CEDH un profond respect, même encore récemment²⁶.

« Le CPT est une nouvelle étape du contrôle externe. Avant, le contrôle était librement consenti. Chaque pays décidait de montrer ce qu'il voulait. Rien n'était contraignant. Le CPT est une instance qui peut à tout moment venir dans les pays, aller dans tous les lieux d'enfermement. C'est un événement important²⁷. » Le contrôle du CPT va être vécu comme un véritable « choc », il a fait l'effet d'une « bombe ». L'information circule, les instructions sont données, mais des réticences persistent : « en 1991, il y a une réunion à Matignon, avec le Préfet Grimaud, une note est produite, et les explications se font de bouche à oreille. L'administration pénitentiaire est très hiérarchisée, donc cela va très vite pour faire circuler l'information. Le problème se situe plus entre les directeurs d'établissements pénitentiaires et les surveillants et les gradés²⁸. » On parvient encore à

²⁴ Entretien 9.

²⁵ Entretien 12.

²⁶ A l'occasion de l'arrêt *Selmouni c. France* (CEDH, *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, Grande Chambre, req. n° 25803/94, *CEDH 1999-V*, *GACEDH*, n° 11), condamnant la France pour torture du fait de la police nationale, le ministère de l'intérieur a adopté une position particulière, estimant que les décisions de la CEDH ne s'imposaient pas au juge français, en revanche, le Quai d'Orsay a indiqué que la France allait se conformer à l'arrêt. « La condamnation de la France pour torture embarrasse le gouvernement », *Le Monde*, 30 juillet 1999, et C. Roire, « Jospin ne s'est pas torturé pour répondre à la Cour européenne des droits de l'homme », *Le Canard enchaîné*, 4 août 1999. Rappelons, que depuis, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes, *JO*, 16 juin 2000, a instauré un mécanisme de réexamen d'une décision pénale définitive, après un arrêt rendu par la CEDH constatant une violation des dispositions de la CSDH, « dès lors que par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la « satisfaction équitable » allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme » (article 89).

²⁷ Entretien 2.

²⁸ Entretien 2.

saisir la crainte que le CPT a suscité à l'époque. « Le CPT va venir et que va-t-il dire ? L'œil extérieur crée de l'inquiétude, d'autant plus, qu'il n'est pas habituel²⁹. » Ces peurs venaient de la trop grande extériorité de ce nouvel organe de contrôle. « Le degré de connaissance du CPT, à l'époque, était nul³⁰ ». Les préoccupations étaient nationales.

Par ailleurs, pour les membres de l'administration pénitentiaire, cela s'est avéré une petite révolution, car il fallait ouvrir les portes, toutes les portes³¹. Or, pour une institution dont l'objet même est l'enfermement, et « le premier principe, l'isolement³² », l'ouverture n'est pas naturelle. Depuis quelques années, l'administration pénitentiaire s'est ouverte à l'extérieur, et mène une politique de décroisement, ce qui s'est traduit par « une ouverture de l'administration sur l'extérieur et la pénétration des dispositifs de droit commun à l'intérieur des murs³³ ». Isabelle Gorce, ancienne sous-directrice des personnes placées sous main de justice, fait de la réforme des soins en milieu pénitentiaire de 1994, « le point d'orgue de ce mouvement ». Ainsi, l'administration pénitentiaire s'est ouverte aux autres ministères, et elle s'est « adjoint la participation d'un secteur associatif entreprenant et mobilisé³⁴ ».

Pour autant, la nature de l'intervention du CPT n'entre pas dans le champ de cette politique de décroisement « volontaire », mais bien dans la logique d'une ouverture imposée. D'où ce sentiment ressenti au sein de la direction de l'administration pénitentiaire, lors de sa première visite, « le CPT agaçait », « mais en même temps, il n'y a pas eu du tout de consignes de cacher quoi que ce soit³⁵ ». Un autre représentant de l'administration pénitentiaire précise qu'il n'a pas le souvenir de rapports accablants, certes des critiques, la dénonciation de mauvaises conditions de détention. Lors de l'une des visites du CPT en France, à laquelle il a été confronté, il indique qu'il « ne sautait pas de joie », mais qu'il leur a ouvert toutes les portes. Il était persuadé que dans les 183 prisons de l'époque, il y avait moins de reproches à faire que dans les établissements

²⁹ Entretien 2.

³⁰ Entretien 4.

³¹ Entretien 4.

³² « Isolement du condamné par rapport au monde extérieur, à tout ce qui a motivé l'infraction, aux complicités qui l'ont facilitée. Isolement des détenus les uns par rapport aux autres. Non seulement la peine doit être individuelle, mais aussi individualisante. » M. Foucault, *Surveiller et punir*, coll. « Tel », Paris, Gallimard, 1995, pp. 274 et s.

³³ I. Gorce, « L'administration pénitentiaire », in *Regards sur l'actualité*, mai 2000, p. 10.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Entretien 6.

d'autres pays d'Europe. « Au début des missions, on pouvait être agacé par le CPT »³⁶. L'ouverture des portes au CPT s'est donc faite, mais bien sous la contrainte. Cette réticence de l'administration pénitentiaire vis-à-vis du contrôle du CPT a été renforcée par le nom même du CPT, faisant référence au terme de torture.

b- Le terme de torture, un terme fort

La notion de torture dans le titre même a créé des blocages. Alors même que les échos sont rarement défavorables concernant l'administration pénitentiaire, « la réticence provient de l'utilisation du terme de torture³⁷ ». Cette remarque traduit le sentiment général ressenti à l'égard du Comité : une incompréhension face à sa dénomination. En effet, ses initiales ne reprennent que le terme de torture, et tout l'aspect prévention des peines ou traitements inhumains ou dégradants est minimisé. L'administration pénitentiaire s'est donc sentie accusée a priori de tortures, ce qui est très mal passé. Cette réticence n'est pas propre à la France. Dans tous les Etats parties à la Convention, la réaction a été la même : « nous ne sommes pas des tortionnaires ». Pour l'administration pénitentiaire française, cela a été pareil : ce qui était difficile, c'était « l'aspect psychologique, du fait du titre du Comité. Le terme de torture a beaucoup heurté les syndicats des personnels pénitentiaires ». Cela a été ressenti comme une suspicion concernant la pratique de la « torture » dans les prisons. Et « si l'existence de traitements dégradants est reconnue, le terme de torture est très mal accepté.³⁸ »

Ce problème avait été soulevé lors des débats autour de l'élaboration de la CEPT. Le secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe, Peter Leuprecht, qui lui-même a beaucoup investi sur cette idée d'organisme régional, a contacté la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Une rencontre a été organisée et sont venues les personnes concernées, comme si l'idée s'était concrétisée. La France était représentée par le Préfet Grimaud. Un rapport sur l'élaboration de la CEPT a été rédigé et tout le monde s'est félicité de cette initiative. Cependant, il y a eu un débat sur le terme de torture introduit dans le titre du CPT. Antonio Cassese fait remarquer que la CEPT était nécessaire au vu de témoignages d'un certain nombre d'ONG dignes de foi, concernant des traitements

³⁶ Entretien 7

³⁷ Entretien 9.

³⁸ Entretien 2.

inhumains ou dégradants, ainsi que dans certains cas, des méthodes de torture utilisées occasionnellement dans un certain nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe³⁹. La volonté des rédacteurs était de créer un organe de prévention venant compléter les législations nationales, les mécanismes internationaux existants, la CSDH au niveau du Conseil de l'Europe, de manière à renforcer la sécurité des personnes privées de liberté⁴⁰. Si du point de vue symbolique le terme de torture est extrêmement fort, et devait nécessairement susciter des réticences, Rod Morgan note justement que, de manière générale, « l'intitulé peut-être un peu rébarbatif de ce comité demeure malheureusement assez cohérent avec la situation rencontrée sur le terrain⁴¹ ».

Etymologiquement, la fonction du symbole est de réunir pour reconnaître⁴². Le fait que le CPT, dans son titre même, fasse référence explicitement à la torture, participe de cette volonté de réunion des Etats parties autour de la lutte contre la torture. Ce terme, du point de vue de sa valeur symbolique, à savoir sa capacité à créer des représentations, est donc extrêmement important. La prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, la création du CPT, dont les prémices remontent à 1976, sont issues du mouvement de l'après-guerre, dans la continuité du CICR. Si la valeur symbolique de la norme – ici l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants – est déterminée par son intégration dans l'organisation à laquelle elle s'adresse – ici le Conseil de l'Europe – et plus particulièrement les Etats parties à la CEPT, la valeur symbolique de l'interdit de la torture est extrêmement forte. Ce qui caractérise la fonction symbolique de la norme, c'est la production de sens dans un contexte de communication et d'interprétation⁴³. Au-delà donc, de sa fonction instrumentale, l'interdit de la torture participe de cette quête de sens, du fait même du contexte dans lequel il a émergé. Le fait que le nom du Comité y fasse référence s'inscrit tout à fait dans cette logique : un travail de communication et d'interprétation.

³⁹ A. Cassese, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰ Voir notamment le *Rapport explicatif à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, CPT/Inf/C (89) 1 [FR] (Partie 2), §§ 12 et s.

⁴¹ R. Morgan, « Tortures et traitements inhumains ou dégradants en Europe : quelques données, quelques questions », in C. Faugeron, A. Chauvenet, P. Combessie, *Approches de la prison*, coll. « Perspectives criminologiques », Bruxelles, De Boeck Université, 1996, p. 326.

⁴² Symbole provient du grec « sumbolon » qui à l'origine désignait la réunion d'un bol cassé en deux, qui prouvait que les deux parties se connaissaient. « Objet coupé en deux constituant un signe de reconnaissance quand les porteurs pouvaient assembler les deux morceaux ». J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

⁴³ M. Garcia-Villegas, « Symbolic power without symbolic violence », in *Florida Law Review*, vol. 55, n° 1, 2003, p. 167.

Derrière cette idée de valeur symbolique de la norme, on observe que « les règles ne seraient pas faites pour être appliquées, mais pour qu'au sujet de leur application une négociation directe et indirecte s'engage entre les parties », les autorités centrales se contentant souvent « d'action symbolique »⁴⁴. On retrouve ici clairement la volonté même des rédacteurs de la CEPT concernant la création du CPT. Il est finalement tout à fait intéressant que l'appellation même du Comité pose question, cela peut être vecteur de dialogue entre les institutions, ce qui participe de la logique du travail du CPT, ce dernier s'avérant au final le seul contrôle extérieur efficace de l'administration pénitentiaire.

B- Le contrôle du CPT : un contrôle extérieur encore perfectible

L'administration pénitentiaire est soumise à des contrôles nationaux non juridictionnels globalement inefficaces, et à un contrôle juridictionnel réel, mais relativement récent, ce qui a engendré un sentiment d'impunité⁴⁵. Le contrôle du CPT dans le champ pénitentiaire est une véritable innovation, du fait de ses compétences et de son mode de fonctionnement, mais aussi du fait de son efficacité (1). Pour autant, si ce contrôle a pu, dans un premier temps, faire l'effet d'une « bombe » dans une administration comme l'administration pénitentiaire, ce contrôle doit aujourd'hui être réaménagé, revu, renforcé, dans la mesure où il commence à montrer ses limites (2).

1. Un contrôle efficace

L'administration pénitentiaire a finalement accepté le CPT, dont le contrôle s'est révélé efficace. Légitimé, ce dernier a pu jouer son rôle pleinement (a). Il ne s'est d'ailleurs pas cantonné à prévenir des actes de violence, mais a étendu son contrôle à tous les aspects touchant la détention⁴⁶. L'administration pénitentiaire, pour la première fois, s'est vue contrôlée de manière globale, par un organe totalement indépendant (b).

⁴⁴ Sur ce point, voir Pierre Lascoumes qui énonce cette hypothèse dans une perspective organisationnelle. P. Lascoumes, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », in *L'Année sociologique*, vol. 40, 1990, p. 59.

⁴⁵ Supra première partie, titre II, chapitre 2.

⁴⁶ Voir sur ce point l'interprétation de l'article 3 par le CPT, supra première partie, titre I, chapitre 1, II.

a- Une légitimité acquise

L'irruption du CPT dans les établissements pénitentiaires a été un véritable bouleversement pour l'administration pénitentiaire. Ce contrôle aurait pu n'être qu'un contrôle de plus sans n'avoir aucune efficacité. Si le contrôle opéré par le CPT a pu s'avérer efficace, c'est parce qu'il a su acquérir une légitimité auprès de l'administration pénitentiaire, mais aussi dans tous les pays visités⁴⁷. En effet, « légitimité et efficacité s'entremêlent. La seconde n'est plus l'heureux complément de la première, mais l'une de ses conditions mêmes⁴⁸ ».

La légitimité « légale » du CPT n'est, bien entendu, pas à remettre en cause ici : la France a ratifié la CEPT le 9 janvier 1989, qui est entrée en vigueur le 1^{er} mai 1989⁴⁹, et à partir de cette date, le CPT a été habilité à contrôler les lieux de privation de liberté par les autorités publiques françaises, comprenant, bien sûr les établissements pénitentiaires. Cependant, la légitimité sur la base de la légalité n'est pas suffisante. Jürgen Habermas évoque les conditions nécessaires établissant la validité d'un système juridique : il faut qu'il soit dans l'ensemble efficace sur le plan social et qu'il soit dans l'ensemble éthiquement justifié⁵⁰. La légitimité de la règle est fondamentalement procédurale. Elle repose sur la communication, non sur la prescription. La création du CPT correspond à cette logique de communication, de dialogue.

Lorsque la première visite en France a eu lieu du 27 octobre au 8 novembre 1991, le CPT n'était pas connu au sein de l'administration pénitentiaire. L'information est venue du Premier ministre, puisque le CPT contrôlait non seulement les établissements pénitentiaires, mais également les locaux de garde à vue, les centres de rétention et les centres hospitaliers spécialisés. Au niveau institutionnel, l'administration pénitentiaire a parfaitement joué le jeu par rapport au CPT, pour que la publication du rapport soit rapide. Et globalement, les échos n'ont été que rarement défavorables concernant l'administration pénitentiaire : il est ainsi ressorti de cette visite que les violations de l'article 3 CSDH dans les prisons, du fait des personnels, étaient bien plus rares que dans les autres lieux de

⁴⁷ Voir sur cet aspect M. Anstett, « La Convention européenne pour la prévention de la torture : succès et incertitudes », in *RPDP*, n° 3, juillet 1997, pp. 195 et s.

⁴⁸ G. Carcassonne, « La modernisation de l'Etat », in *Après-demain*, n°387, septembre 1996, p. 19.

⁴⁹ Loi n° 88-1243 du 30 décembre 1988, autorisant l'approbation d'une convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, *JO*, 3 janvier 1989.

⁵⁰ J. Habermas, *Droit et démocratie entre faits et normes*, coll. « nrf essais », Paris, Gallimard, 1997, p. 44.

privation de liberté, comme les locaux de la police. Ceci peut s'expliquer⁵¹ par le fait que surveillants et détenus vivent dans une véritable promiscuité, qui s'avère souvent longue, à la différence du rapport nécessairement plus court qui s'installe entre un policier et une personne placée en garde à vue.

Lors de la première visite, le Cabinet du Premier ministre a assuré au mieux sa mission d'information auprès de toutes les administrations concernées. Une cellule de suivi a été mise en place avec comme personne référente, le Préfet Grimaud. La réaction au sein de la direction de l'administration pénitentiaire a été « on joue le jeu », « on donne accès », car le but était la publication du rapport, pour que l'administration voit ce qu'il y avait à faire ; de ce fait, il y a eu une bonne mobilisation au sein de la direction pour que ça se passe bien⁵². Un des anciens directeurs de l'administration pénitentiaire ayant vécu une visite du CPT évoque la préparation d'une visite du CPT : le ministère a reçu l'information de la visite, puis, la consigne stricte de ne présenter aucun obstacle a été envoyée à la direction de l'administration pénitentiaire. Il y a eu une circulaire et un télégramme de rappel aux directeurs régionaux, qui ont ensuite répercuté l'information pour présenter le CPT et laisser les membres de ce dernier visiter les prisons⁵³. Il n'y a donc, finalement, pas eu de réticences au niveau de l'administration centrale. Les informations ont été passées au niveau des prisons, et les visites se sont globalement bien passées⁵⁴. Le CPT a donc été plutôt bien accepté du fait de la mise en place d'un véritable dialogue entre le CPT, le ministère des Affaires étrangères, le Cabinet du Premier ministre, le ministère de la justice, et la direction de l'administration pénitentiaire.

Cette communication entre le CPT et l'administration pénitentiaire a été renforcée par un autre facteur, la connaissance du CPT de l'administration pénitentiaire française du fait d'un travail effectué au sein du Comité et à la présence d'experts, mais aussi de la présence à la tête du Comité d'un ancien directeur de l'administration pénitentiaire, Ivan Zakine, membre du CPT de 1993 à 2001, et président du CPT pendant deux mandats de 1997 à 2001. Cela a nécessairement facilité les relations entre le CPT et l'administration pénitentiaire. Ce « passé » et cette connaissance de l'administration pénitentiaire, ne remettent pas en cause, pour autant, l'impartialité des contrôles, puisque, les membres

⁵¹ Entretien 9.

⁵² Entretien 8.

⁵³ Entretien 4.

⁵⁴ Entretien 8.

nationaux ne participent pas aux visites de leur pays. Simplement, l'éloignement du CPT s'est réduit ce qui a facilité les relations entre le CPT et l'administration pénitentiaire.

Par la suite, la légitimité du CPT s'est trouvée renforcée par la coopération qui s'est mise en place, et qui a montré à l'administration pénitentiaire que le Comité cherchait réellement à prévenir les cas de torture et de traitements inhumains ou dégradants, non à montrer du doigt des administrations. En 1996, par exemple, dans le cadre des réunions avec le CPT, des problèmes d'abus sexuels à Fleury ont été évoqués. Le Comité a attendu les mesures prises par l'administration pénitentiaire, et du fait de la révocation annoncée des surveillants, il n'y a pas eu de recommandations, ni d'observations dans le rapport⁵⁵.

b- Un contrôle global

L'efficacité du CPT est liée à l'étendue de son mandat, qu'il exerce pleinement lors de ses visites⁵⁶. Ce contrôle étendu a d'ailleurs marqué au sein de l'administration pénitentiaire : « le champ d'intervention du CPT allait très loin. Avec les traitements inhumains ou dégradants, le problème des bâtiments est abordé, le problème de la formation, des relations positives entre les détenus et les surveillants, le problème des règles pénitentiaires (régime disciplinaire, isolement). Sous l'aspect de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants, le document au final s'intéresse très largement au

⁵⁵ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France du 6 au 18 octobre 1996*, op. cit., § 73 : « Lors de la visite au complexe pénitentiaire de Fleury-Mérogis, la délégation a eu connaissance d'allégations d'abus sexuels perpétrés par des fonctionnaires pénitentiaires sur des détenus hébergés dans un quartier réservé des maisons d'arrêt de Fleury-Mérogis. Ces allégations ont été immédiatement portées à la connaissance des autorités françaises. Malheureusement, des cas de mauvais traitements de détenus surgissent de temps à autre dans tout système pénitentiaire. Il est essentiel que, face à de tels cas, les autorités prennent rapidement les mesures qui s'imposent. A la lumière des informations fournies par les autorités françaises concernant les cas précités, le CPT reste persuadé qu'elles sont fermement engagées dans la lutte préventive et répressive contre les mauvais traitements de détenus. »

⁵⁶ Le CPT est d'ailleurs un organe qui sert désormais de référence au niveau international. Aux USA et au Costa Rica, a vu le jour l'élaboration d'un projet de protocole visant à réformer la Convention des Nations Unies, pour faire du CPT un modèle international. La Commission des droits de l'homme l'a adopté en avril 2002 et il est passé à l'ECOSOC. Dans sa déclaration du 16 mai 2003, à l'occasion de l'adoption du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le Comité contre la torture des Nations unies se félicite de la résolution 57/199 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 2002 qui a adopté et ouvert à signature, adhésion et ratification le Protocole facultatif. Ce dernier a pour objectif l'établissement d'un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants, sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il complète donc utilement la Convention et les travaux accomplis par le Comité en rappelant que les efforts tendant à éliminer la torture et les mauvais traitements doivent avant tout être centrés sur la prévention.

fonctionnement de l'administration pénitentiaire⁵⁷ ». En effet, le CPT décortique systématiquement l'appareil pénitentiaire, des normes de référence en passant par les conditions matérielles de détention, et fait des observations ou émet des recommandations qui vont au-delà d'une compréhension restrictive de la prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. La Commission Canivet fait état de cette compétence étendue du CPT parlant ainsi du contrôle mis en place comme d'un « contrôle global des établissements pénitentiaires des Etats membres », qui doit « inciter les Etats à parfaire leur action par un contrôle à l'échelon de leur territoire, en s'inspirant des importants pouvoirs conférés au CPT⁵⁸ ».

Les différents rapports de visite du CPT dans les établissements pénitentiaires français fournissent des exemples significatifs de la globalité et de la transparence du contrôle : tout le fonctionnement du système pénitentiaire est passé au crible. Dans le rapport de 1991, par exemple, le CPT recommande que l'aptitude à la communication interpersonnelle constitue un élément déterminant lors du recrutement du personnel pénitentiaire et que dans la formation initiale et continue, une importance particulière soit accordée à l'acquisition et au perfectionnement de techniques en ce domaine⁵⁹. Dans le rapport de 1996, le CPT recommande de revoir la procédure disciplinaire⁶⁰ ; de veiller à l'entière mise en oeuvre des dispositions du décret du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et vérifier le déroulement des audiences disciplinaires au Centre de Jeunes Détenus de Fleury-Mérogis⁶¹ ; de revoir l'exécution des mesures d'isolement afin de renforcer les activités mises à disposition des détenus et de leur assurer un contact humain approprié et d'assurer que la mise à l'isolement soit de la durée la plus brève possible⁶². Dans les rapports de 2000 et 2003, le CPT recommandait de procéder à une révision, au cas par cas, du respect des exigences des instructions de 1998 relatives à l'isolement administratif⁶³.

⁵⁷ Entretien 8.

⁵⁸ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, La Documentation française, 2000, p. 156.

⁵⁹ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France, du 27 octobre au 8 novembre 1991*, op. cit., § 129.

⁶⁰ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 6 au 18 octobre 1996*, op. cit., § 151.

⁶¹ *Ibidem*, § 152.

⁶² *Ibid.*, § 162.

⁶³ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le CPT du 14 au 26 mai 2000*, op. cit., § 114. CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française*

C'est donc à un examen minutieux des établissements pénitentiaires, mais aussi de tout le système carcéral français que se livre le CPT, qui a su se faire accepter par l'administration pénitentiaire. « Le CPT fait preuve d'un certain discernement, avec sa distinction entre les recommandations et les observations⁶⁴. » Ce contrôle reste cependant « perfectible et sujet à des améliorations futures⁶⁵ ».

2. Un contrôle perfectible

Différents éléments pourraient à terme devenir des obstacles à la mission exercée par le CPT vis-à-vis de l'administration pénitentiaire française, et pourraient donc empêcher une bonne prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Si la première visite périodique du CPT a été vécue comme un électrochoc, les visites suivantes ont moins perturbé le fonctionnement de l'administration pénitentiaire. Finalement, le fait que cette dernière émette moins de réticences à l'égard du contrôle du CPT est problématique : le contrôle n'est plus craint, alors même que le dernier rapport de 2003 faisait encore état de conditions de détention déplorables, et que l'administration pénitentiaire est loin d'avoir réglé tous les problèmes soulevés par le CPT, notamment la question de l'isolement. Si l'externalité du CPT est un élément qui contribue à le faire accepter, la distance peut devenir un handicap. Désormais, « l'administration pénitentiaire veut le contrôle du CPT⁶⁶ », le problème étant qu'il est trop lointain, et qu'« à terme le système va être asphyxié⁶⁷ ».

La coopération entre le CPT et l'administration pénitentiaire est bonne, mais cette dernière est bien consciente du fait que le contrôle est « aléatoire et peu fréquent⁶⁸ ». Et le risque est paradoxalement qu'une certaine routine s'installe : tous les trois ou quatre ans, il y a une visite, certains aspects sont dénoncés, et entre temps, le quotidien prend à nouveau le pas sur la prévention des traitements inhumains ou dégradants. De plus, le CPT est désormais connu, et ses visites périodiques sont finalement considérées comme peu dangereuses pour les établissements pénitentiaires, puisqu'elle n'est pas l'institution la

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 11 au 17 juin 2003, CPT/Inf (2004) 6, § 55.

⁶⁴ Entretien 8.

⁶⁵ M. Anstett, *op. cit.*, p. 200.

⁶⁶ Entretien 12.

⁶⁷ Entretien 12.

⁶⁸ Entretien 10.

plus malmenée par le CPT⁶⁹. Or, le dialogue mis en place entre les autorités françaises et le CPT doit conduire à des réactions de l'administration pénitentiaire, qui ne doit pas subir les visites du Comité, mais les anticiper. Deux éléments inhérents au fonctionnement même du CPT sont ici à mettre en évidence : d'une part, l'espacement des visites, et d'autre part le nombre restreint d'établissements visités.

Concernant les visites « périodiques » en France des établissements pénitentiaires, celles-ci ne sont ni régulières, ni rapprochées : elles ont eu lieu pour l'instant en novembre 1991, octobre 1996 et mai 2000, toutes en métropole⁷⁰. Le CPT souhaitait à l'origine pouvoir effectuer deux visites périodiques par an dans chaque pays, mais cet espoir s'est révélé vain et même l'objectif d'un cycle périodique de quatre ans fixé en 1997 apparaît désormais « utopique »⁷¹. Dans son *13^{ème} rapport général*, le CPT fait état du nombre de visites limité faute de renforcement supplémentaire du Secrétariat du Comité⁷². De ce fait, la périodicité des contrôles en France ne peut pas être meilleure, et depuis mai 2000, aucune visite périodique n'a été annoncée pour la France. En revanche, elle a fait l'objet de visites ad hoc, puisque « outre des visites périodiques, le Comité peut organiser tout autre visite lui paraissant exigée par les circonstances⁷³ ».

La France a déjà fait l'objet de plusieurs visites ad hoc. La première visite ad hoc concernant l'administration pénitentiaire, réalisée en 1994 en Martinique, n'a pas été accablante⁷⁴, l'administration pénitentiaire n'a d'ailleurs pas cherché à masquer des problèmes criants et a indiqué au CPT que « les conditions de détention au centre

⁶⁹ « Le CPT pour la France relève des problèmes immobiliers, il n'y a pas d'actes de torture, ce qui est déjà un bon point. » Entretien 1.

⁷⁰ En effet, en juillet 1994, le CPT a mené une visite ad hoc en Martinique au cours de laquelle, il a visité le Centre pénitentiaire de Fort-de-France ; en juin 2003, il a mené une visite ad hoc en métropole concernant l'administration pénitentiaire. Une délégation du CPT a effectué une visite d'une semaine dans le département de la Réunion en décembre 2004. L'objet principal de cette visite était d'évaluer la situation dans les établissements pénitentiaires de ce département français. La délégation a aussi examiné le traitement des personnes placées en garde à vue sur l'île de la Réunion (à ce jour, le rapport n'a pas été publié). Il est à noter que d'autres visites en France ont eu lieu mais il s'agissait de visites ad hoc n'intéressant pas directement l'administration pénitentiaire.

⁷¹ R. Morgan, M. Evans, *Combattre la torture en Europe*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 29.

⁷² CPT, *13^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier 2002 au 31 juillet 2003*, CPT/Inf (2003) 35, p. 8.

⁷³ Article 7-1 CEPT.

⁷⁴ Entretien 7.

pénitentiaire de Fort-de-France n'étaient pas conformes aux lois de la République⁷⁵ ». Cette visite ad hoc en Martinique n'a finalement pas marqué les esprits, considérée comme anecdotique, dans la mesure où elle s'est déroulée en dehors de la métropole, donc dans un contexte particulier. Or, le CPT a mené sa première visite ad hoc, en France métropolitaine, du 11 au 17 juin 2003⁷⁶, organisée en vue de contrôler l'administration pénitentiaire. Cette visite semble marquer la volonté du CPT de resserrer le contrôle qu'il exerce sur les établissements pénitentiaires français, puisque l'objet principal de cette visite a été d'« évaluer la situation actuelle dans le système pénitentiaire, notamment en matière de surpeuplement et de régimes de détention des condamnés purgeant de longues peines⁷⁷ ». « Il s'agissait d'une visite qui a paru au CPT "être exigée par les circonstances" (cf. article 7, paragraphe 1, de la Convention). L'augmentation récente et alarmante du surpeuplement des maisons d'arrêt ainsi que du nombre de suicides en milieu carcéral ont été les raisons principales ayant conduit le Comité à effectuer cette visite. Celle-ci a aussi été l'occasion pour le CPT d'examiner les évolutions intervenues en matière de régimes de détention des condamnés purgeant de longues peines (...)»⁷⁸. » Une nouvelle visite ad hoc a eu lieu en décembre 2004, dans le département de la Réunion. L'objet principal de cette visite était notamment d'évaluer la situation dans les établissements pénitentiaires de ce département français⁷⁹. L'utilisation de la visite ad hoc par le CPT peut être un moyen de redynamiser le contrôle exercé sur les établissements pénitentiaires français, et dans ce contexte, de remobiliser l'administration pénitentiaire autour de la question de la prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

Par ailleurs, les établissements visités lors d'un déplacement sont peu nombreux, de manière à ce que le CPT puisse les inspecter attentivement⁸⁰. Ce mode d'action, qui fait des rapports du CPT un élément d'information complet sur la situation des établissements visités, est à nouveau une de ses faiblesses. Les établissements pénitentiaires qui sont, de

⁷⁵ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en Martinique du 3 au 7 juillet 1994*, CPT/Inf (96) 24, § 26.

⁷⁶ CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, *op. cit.*

⁷⁷ Flash info du 19 juin 2003 du CPT, disponible sur le site du CPT : <http://www.cpt.coe.int/fr/>

⁷⁸ CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, *op. cit.*, § 5.

⁷⁹ Flash info du 22 décembre 2004 du CPT, disponible sur le site du CPT : <http://www.cpt.coe.int/fr/>

⁸⁰ R. Morgan, M. Evans, *op. cit.*, p. 45.

manière générale, moins nombreux à être visités que les postes de police, n'ont qu'une faible probabilité d'être contrôlés. Sur les 188 établissements pénitentiaires, et l'établissement public de santé national de Fresnes, seuls 15 établissements ont été visités – dont l'établissement public de santé national de Fresnes. Ce contrôle est donc très aléatoire et finalement restreint. Le contrôle « restreint » serait-il le propre de tout contrôle touchant l'administration pénitentiaire ?

Enfin, la difficulté de ce type de contrôle est qu'il repose justement sur le principe de la prévention. Or, l'administration pénitentiaire n'est pas une administration encline à faire évoluer les choses naturellement en matière de traitements inhumains ou dégradants. Alors que l'intérêt du CPT réside dans ce caractère préventif qui permet d'éviter à terme, les situations de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, la difficulté provient de la tendance attentiste de l'administration pénitentiaire prise par un quotidien qui se résume à la garde et la sécurité⁸¹. « Le bureau juridique se sert des conclusions du CPT. Actuellement on est dans la phase où l'on s'en sert a posteriori », on ne les anticipe pas⁸². « Concernant l'application de l'article 3 CSDH, tout le monde s'est ému à la lecture du livre de Véronique Vasseur⁸³. Mais le rapport de 1994 du CPT, dénonçait les mêmes dysfonctionnements, à la virgule près. Après le livre de Véronique Vasseur, il y a eu un branle-bas de combat à l'administration pénitentiaire, après le rapport du CPT, l'administration pénitentiaire était restée indifférente⁸⁴. »

Le contrôle du CPT, tel qu'il est actuellement, ne peut donc à lui seul faire évoluer le rapport de l'administration pénitentiaire à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Cependant, le contrôle du CPT est loin d'être sans effets. Si le contrôle reste à améliorer, il demeure nécessaire. Il a notamment permis l'émergence de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH comme norme juridique à part entière pour l'administration pénitentiaire, et ce, du fait qu'il est une incarnation de l'article 3 CSDH pour l'administration pénitentiaire.

⁸¹ Supra, première partie, titre 2, chapitre 1, II, A.

⁸² Entretien 5.

⁸³ V. Vasseur, *Médecin-chef à la prison de la santé*, Paris, Le cherche midi éditeur, 2000, 202 p.

⁸⁴ Entretien 9.

II – Le CPT : incarnation de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants pour l’administration pénitentiaire

Si l’administration pénitentiaire n’a pas reçu automatiquement l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ce n’est pas qu’elle ne le connaissait pas. La simple existence de la norme juridique ne suffit pas à lui conférer le statut de norme juridique contraignante pour le système auquel elle est destinée⁸⁵. L’intervention de ce tiers impartial et désintéressé⁸⁶, dans le processus de réception de cette norme a été tout à fait fondamentale, car le CPT peut en fait être considéré comme une incarnation de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants pour l’administration pénitentiaire. Il a été créé pour prévenir des situations potentiellement attentatoires à l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, et de fait, il est la seule institution chargée de faire respecter l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par le biais de déplacements à l’intérieur des institutions, même s’il ne peut agir que de manière préventive. Cette incarnation de la norme par une institution a modifié le rapport que l’administration pénitentiaire entretenait à l’article 3 CSDH.

A partir du moment où le CPT a été créé et qu’il a effectué sa première visite en France, l’administration pénitentiaire a été confrontée directement à l’article 3 CSDH, ne pouvant plus l’ignorer (A). Dans le même temps, elle s’est aperçue qu’elle pouvait mobiliser l’intervention de cette institution, le CPT faisant obligation aux *Etats* d’avoir des institutions privatives de liberté respectueuses de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (B).

A- La confrontation directe de l’administration pénitentiaire à l’article 3 CSDH

L’intervention du CPT est pour l’administration pénitentiaire une confrontation directe à l’article 3 CSDH. Les visites sur le « terrain » sont un rappel de l’existence de la norme, mais aussi, surtout, un rappel de l’engagement de la France vis-à-vis de cette norme (1).

⁸⁵ Voir en ce sens supra première partie, titre II.

⁸⁶ Supra I.

Ces visites ont d'ailleurs un impact immédiat, l'administration pénitentiaire devant réagir, la France devant rendre des comptes au CPT (2).

1. Les visites du CPT, un rappel pour l'administration pénitentiaire

« Le CPT est une irruption, un rappel, par sa globalité⁸⁷. » D'une part, les visites du CPT sont un rappel de l'existence de l'article 3 CSDH pour l'administration pénitentiaire ; d'autre part, elles sont l'occasion d'une confrontation entre les pratiques au sein de l'administration pénitentiaire et la norme. Par son intrusion dans le quotidien des établissements pénitentiaires, l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants gagne en « proximité », ce qui fait défaut à cette norme⁸⁸. L'article 3 CSDH devient un filtre au travers duquel le fonctionnement de l'administration pénitentiaire peut être passé, comme cela l'a été fait avec le filtre de la « sécurité »⁸⁹.

La décennie 1990 est d'ailleurs l'époque où l'administration pénitentiaire commence à faire référence à l'article 3 CSDH, ce qui correspond à l'arrivée du CPT dans le champ pénitentiaire. Il n'y a « pas de référence à la CSDH avant le CPT⁹⁰ ». La médiation du CPT a permis de donner « sens »⁹¹ à cette norme, notamment du fait de l'existence des rapports élaborés suite aux visites. Ses méthodes de travail permettent une collaboration avec les Etats et de fait, un véritable travail pédagogique entre le CPT et les Etats, ce que la jurisprudence de la CEDH ne permet pas. La première visite du CPT a engendré un mouvement de réflexion sur cet article, des travaux ont été menés pour expliquer la signification de cette norme à laquelle l'administration pénitentiaire était désormais confrontée. En 1994, Xavier Salvat, sous-directeur à l'exécution des décisions judiciaires, présente une contribution à une session de l'ENM sur les droits de l'homme et la prison, dans laquelle il recense des aspects de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme applicables aux personnes privées de liberté, ainsi que des aspects tirés des rapports du CPT⁹². En 1995, un ouvrage, publié par la direction de l'administration

⁸⁷ Entretien 8.

⁸⁸ Supra première partie, titre II, chapitre 1, I.

⁸⁹ E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, 1998, 627 p.

⁹⁰ Entretien 8.

⁹¹ Elément essentiel dans la reconnaissance de l'obligatorité de la norme. Infra, troisième partie, titre II, chapitre 2, I.

⁹² X. Salvat, *Droits de l'homme et prison, contribution à la session « La prison dans le système répressif français »* de l'Ecole Nationale de la Magistrature, Ministère de la justice, 1994, 33 p et 13 p.

pénitentiaire, *Prison et droits de l'homme*⁹³, dresse un état des lieux de la jurisprudence de la CEDH visant à définir les différentes notions, puis à appliquer ces notions aux conditions de détention⁹⁴, mais cet ouvrage ne fait pas référence à l'interprétation particulière du CPT de l'article 3 CSDH⁹⁵.

L'organisation d'une visite du CPT vise à rappeler l'existence de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, non à surprendre les Etats. Dans un premier temps, chaque visite périodique est programmée vers la fin de l'année civile la précédant. Le CPT indique aux Etats son intention d'effectuer cette visite, intention qui est reprise dans un communiqué de presse⁹⁶. Puis, dans un deuxième temps, le CPT notifie ceci officiellement à chaque Partie. La notification comporte les noms des membres du Comité chargés d'effectuer la visite et ceux de toutes les personnes qui assisteront la délégation. Cette notification à l'officier de liaison du pays concerné se fait environ deux semaines avant la visite⁹⁷. Enfin, dans un troisième temps, le CPT avise les Etats concernés, peu avant la visite des lieux que la délégation a l'intention de visiter, « sans que ceci empêche la délégation de visiter également des lieux qui ne sont pas mentionnés dans la notification⁹⁸ ». L'Etat doit donc nécessairement effectuer un travail pédagogique auprès de ces administrations de manière à ce que le déroulement de la visite se passe le mieux possible.

De fait, ce travail pédagogique que le CPT engendre permet de rappeler l'interdit, mais de manière différente : il ne s'agit plus d'appliquer la norme, parce que celle-ci est obligatoire ou parce que cela serait favorable à l'amélioration des conditions de vie des détenus, mais pour donner une bonne image de l'institution. C'est ce qui ressort des différents entretiens menés. Le CPT contribue à faire une bonne publicité de l'administration pénitentiaire lorsqu'il fait état de l'esprit de grande coopération dans

⁹³ D. Bibal-Séry, *Prison et droits de l'homme*, coll. « Travaux et Documents », Paris, Direction de l'administration pénitentiaire, 1995, 175 p.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 15 et s.

⁹⁵ *Supra*, première partie, titre I, chapitre 1, II.

⁹⁶ C. Nicolay, *op. cit.*, pp. 17 et s.

⁹⁷ Elle précise également la date et la durée prévue de la visite.

⁹⁸ Article 34 du Règlement intérieur du CPT, adopté le 16 novembre 1989, puis modifié le 8 mars 1990, le 11 mai 1990, le 9 novembre 1990, le 31 janvier 1991, le 20 septembre 1991 et le 12 mars 1997, CPT/Inf/C (89) 3 rév.1.

lequel se déroule une visite⁹⁹ ou qu'il relève que la coordination entre Cabinet du Premier ministre et les directions des administrations concernées est très bonne¹⁰⁰.

Lorsqu'une visite du CPT a lieu, l'article 3 CSDH est donc bien au cœur des préoccupations de l'administration pénitentiaire. Cependant, depuis l'arrivée du CPT, et de manière cyclique, l'article 3 CSDH resurgit. Il s'agit bien d'une « piqûre de rappel » pour l'administration pénitentiaire, qui réactive la connaissance qu'elle a de cette norme. La visite ad hoc, en ce sens, est un rappel encore plus fort de l'existence de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, puisqu'elle a un but précis concernant l'administration en cause, ce qui, à la différence des autres visites, tend à la stigmatiser¹⁰¹.

Si le CPT rappelle à l'administration pénitentiaire l'existence de l'article 3 CSDH, il lui rappelle également qu'elle ne peut s'y soustraire, et ce, comme les autres administrations françaises. Plus généralement, la France a des engagements, au-delà des cloisonnements administratifs. L'administration pénitentiaire est un « lieu de privation de liberté par une autorité publique » comme d'autres. Si cette administration « aime faire les choses seule », est « très introvertie¹⁰² », le CPT l'oblige à faire face à la norme, comme les autres administrations concernées par son contrôle. Ainsi, face au CPT, il n'y a plus de spécificité propre à l'administration pénitentiaire : un lieu d'enfermement est un lieu d'enfermement, et à ce titre, doit respecter l'interdit contenu dans l'article 3 de la CSDH, le CPT étant chargé de prévenir les atteintes à cet interdit quelle que soit l'administration.

Le travail de préparation des visites et de suivi se fait au niveau intergouvernemental et permet ainsi une réintégration de l'administration pénitentiaire dans une réflexion

⁹⁹ Voir sur ce point, par exemple le *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France, du 27 octobre au 8 novembre 1991*, *op. cit.*, § 5 : « Les entretiens avec les autorités nationales, tant au début de la visite qu'à l'issue de celle-ci, se sont déroulés dans un esprit de grande coopération. Des échanges de vues fructueux ont été menés avec le ministre de la justice et certains de ses hauts fonctionnaires. La délégation a également eu des entretiens avec des hauts fonctionnaires des ministères des affaires étrangères, de la défense, de l'intérieur et de la santé. La délégation souhaite souligner l'assistance que M. le Préfet Grimaud, délégué général du médiateur de la République, et M. Bruno Gain, sous-directeur des droits de l'homme à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères, ont fourni, en leur qualité d'agents de liaison, non seulement pendant, mais aussi avant et après la visite du CPT en France. Les directives du Premier ministre aux membres du gouvernement, en date du 22 octobre 1991, expliquant en détail les fonctions et les compétences du CPT, ainsi que les documents d'identité fournis aux membres du Comité, signés par les ministres concernés, sont dignes d'exemples. Ces divers documents ont notamment permis un accès relativement aisé aux différents lieux de détention. »

¹⁰⁰ Entretiens 8, 1.

¹⁰¹ Supra, même chapitre, I, B, 2.

¹⁰² Entretien 4.

interministérielle, celle-ci n'étant plus que l'une des administrations concernées. Quand le CPT est en France, une réunion avec tous les directeurs des administrations concernées est organisée au Quai d'Orsay, ou à l'Assemblée nationale. Le CPT expose sa mission, et demande à chaque directeur de pouvoir effectuer une visite¹⁰³. S'ensuit une information au sein de chaque administration, de manière à ce que les directeurs régionaux soient prêts à recevoir la visite du CPT. « Il y a une circulaire et un télégramme de rappel aux directeurs régionaux, qui répercutent ensuite l'information pour présenter le CPT et laisser les membres visiter les prisons¹⁰⁴. » Des observations immédiates peuvent être faites au comité de suivi à Matignon.

C'est à l'Etat que s'adresse le CPT. Lors de la première visite en 1991, le cas des parturientes entravées a particulièrement marqué les esprits¹⁰⁵. « Il y a eu une guerre de tranchées », l'administration pénitentiaire et le ministère de l'intérieur se sont alors renvoyés la responsabilité. « Ce sont des réactions très cloisonnées, mais à Matignon, le problème devait être résolu¹⁰⁶. » L'Etat montré du doigt doit prendre des mesures au-delà du cloisonnement des administrations, ou tout du moins insuffler une réflexion interministérielle¹⁰⁷. « Les rapports du CPT dépassent la verticalité de chaque administration, d'où la nécessité pour le Gouvernement de prendre des mesures générales¹⁰⁸ ». Le fait que le CPT s'adresse au Gouvernement français, et non à chaque administration en particulier, ne laisse donc pas le choix aux administrations, elles sont concernées, toutes au même niveau. Et le CPT intervient aussi pour que les administrations modifient leurs pratiques. Des réformes, ou des amorces de réformes, sont ainsi engagées par l'administration pénitentiaire, qui doit réagir à la visite du CPT.

¹⁰³ Entretien 1.

¹⁰⁴ Entretien 4.

¹⁰⁵ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France, du 27 octobre au 8 novembre 1991, op. cit.*, § 90.

¹⁰⁶ Entretien 8.

¹⁰⁷ En matière d'interministérialité, il existe des situations complexes, notamment celle des escortes vers les hôpitaux. Actuellement, le transport des détenus pour une hospitalisation doit être assuré par les forces de l'ordre (Circulaire interministérielle du 8 avril 1963), la prise en charge des détenus pour des consultations relevant de l'administration pénitentiaire. Des projets sont donc en cours pour étudier la possibilité de transférer la garde et l'escorte vers les hôpitaux à l'administration pénitentiaire. La création des unités hospitalières sécurisées interrégionales destinées à l'accueil des personnes incarcérées s'inscrit dans cette même logique (Arrêté du 24 août 2000 relatif à la création des unités hospitalières sécurisées interrégionales destinées à l'accueil des personnes incarcérées, *JO*, 31 août 2000).

¹⁰⁸ Entretien 8.

2. L'impact concret des visites du CPT pour l'administration pénitentiaire

Si dans la pratique et à court terme, des « effets positifs tout à fait concrets ont pu apparaître suite à une visite du CPT¹⁰⁹ », en ce qui concerne les effets à long terme, l'évaluation de l'influence réelle de l'intervention du CPT dans les politiques pénitentiaires demeure délicate d'un point de vue méthodologique. L'impact du CPT, en termes quantitatifs, est impossible à déterminer, ce qui ne signifie pas qu'il n'existe pas. Quoi qu'il en soit, le contrôle du CPT a un impact concret et tend à faire évoluer « la condition pénitentiaire¹¹⁰ ». Il est clair que le CPT impulse des réformes, ce qui inscrit son action, et ainsi l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, dans la réalité pénitentiaire.

De manière générale, et dans tous les pays visités, des effets positifs « tout à fait concrets » tels que des « fonds dégagés pour une réfection des lieux », l'« amélioration de la formation du personnel », peuvent être visibles suite à une visite du CPT¹¹¹. En ce qui concerne les mesures prises dans l'immédiat après-visite, il ne s'agit que de palliatifs, visant à répondre à une situation particulière, dénoncée comme inacceptable par le CPT et pouvant être relativement vite réglée par l'administration pénitentiaire. Il ne s'agit pas de mettre en place d'une véritable politique pénitentiaire intégrant l'article 3 CSDH comme texte de référence, mais de répondre à l'urgence d'une situation, parfois installée de longue date et subitement mise en lumière par le CPT. L'article 3 CSDH gagne ainsi sa place dans le discours de l'administration pénitentiaire, des réponses aux traitements inhumains ou dégradants doivent être trouvées, mais les palliatifs proposés sont encore loin d'être assimilable à la phase de « formulation de solutions », mise en évidence par Charles O. Jones, qui correspond à la phase où des réponses sont étudiées, élaborées, négociées pour établir une solution particulière qui devient la politique légitime¹¹².

Dans le rapport relatif à la première visite périodique du CPT en France, « des problèmes de vétusté aux Baumettes et à Nice ont été soulevés. Le rapport est sorti plusieurs mois après. La réfection des cellules était déjà en chantier, et Grasse était en construction. Donc

¹⁰⁹ M. Anstett, *op. cit.*, p. 198.

¹¹⁰ Entretien 8.

¹¹¹ M. Anstett, *op. cit.*, p. 199.

¹¹² J.-C. Thoenig, « L'analyse des politiques publiques », in M. Grawitz et J. Leca (dir.), *Traité de science administrative*, vol. 4, J.-C. Thoenig, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, 1985, p. 18.

la réponse du gouvernement allait dans le bon sens pour le CPT¹¹³ ». Que ce soit pour la sortie du rapport ou la réponse du Gouvernement, l'administration pénitentiaire met en avant les éléments qui vont dans le sens des remarques du CPT. Il y a une réaction immédiate de l'administration visant à « répondre aux observations, d'où des mesures concernant la propreté, le nettoyage ; des calendriers de mise en conformité sont élaborés¹¹⁴ ». Certains programmes ne sont d'ailleurs pas tenus, faute de moyens. Mais même sur le plan réglementaire, un travail sérieux, de fond, notamment, sur le régime disciplinaire, s'est amorcé¹¹⁵. Suite à la première visite, des aménagements immédiats, des réunions, des programmations immédiates ont été mis en place, mais il y a eu un essoufflement. Un programme de réponses ponctuelles avec les moyens disponibles a été élaboré, mais il n'y a pas eu de rallonge budgétaire¹¹⁶.

Après chaque visite, des rénovations matérielles sont annoncées en réponse aux problèmes soulevés. Suite à la visite de 1996, des budgets de rénovation ont été débloqués, ou des améliorations du quotidien mises en œuvre, comme par exemple la distribution à chaque détenu de la Maison d'arrêt de Paris-la Santé, d'une « dose d'eau de Javel utilisable pour les usages sanitaire et domestique » tous les quinze jours¹¹⁷. Idem dans la réponse du Gouvernement suite au rapport relatif à la visite effectuée en mai 2000, des travaux de peinture et de remplacement de matériel cassé ont été entrepris¹¹⁸. Ces exemples révèlent bien que les visites du CPT ont un impact réel sur le quotidien des détenus, mais que les mesures prises à court terme ne sont pas de vraies réponses à la question des traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires.

Il y a donc une prise en compte immédiate pour la sortie du rapport ainsi que pour la réponse du Gouvernement. Des palliatifs sont mis en place puisque les rapports sont attendus, lus, et entendus par d'autres institutions, comme la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH). Le CPT est une référence parmi d'autres, les améliorations proviennent d'une conjonction d'éléments. Le dernier rapport de 2000 a été examiné par la CNCDDH, concernant la prévention du suicide. S'en est suivie une

¹¹³ Entretien 4.

¹¹⁴ Entretien 8.

¹¹⁵ Entretien 8.

¹¹⁶ Entretien 8.

¹¹⁷ CPT, *Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du CPT relatif à sa visite effectuée en France du 6 au 18 octobre 1996*, CPT/Inf (98) 8, pp. 31 et s.

¹¹⁸ CPT, *Réponse du Gouvernement de la République au rapport du CPT relatif à sa visite effectuée en France du 14 au 26 mai 2000*, CPT/Inf (2001) 11, p. 43.

circulaire sur la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires, ainsi que des rénovations¹¹⁹. Pour autant, il ne s'agit pas de la mise en chantier immédiate de réformes profondes du système pénitentiaire à la suite d'une visite du CPT. Cependant des réformes peuvent être amorcées pour les rapports de suivi, qui laissent plus de temps aux Etats et aux administrations pour remédier aux situations dénoncées.

Le temps de la réforme administrative est un temps long. Le CPT travaille, lui, dans le temps court. La rencontre entre ces deux temporalités ne peut se faire que dans l'opposition. Et la réaction de l'administration pénitentiaire à l'action du CPT ne peut se faire dans l'instantané. L'existence des rapports de suivi permet une amorce de réconciliation entre ces deux temporalités. Un exemple illustre parfaitement la dichotomie qui existe entre le temps des recommandations du CPT et le temps de réaction de l'administration pénitentiaire.

Dans le rapport de 1991, le CPT a noté qu'en France plusieurs voies de réclamations sont offertes aux détenus, tant internes qu'externes, et qu'ils peuvent communiquer par lettres confidentielles avec un grand nombre d'autorités (articles D. 259 et suivants du CPP). A cet égard, il invitait les autorités françaises à ajouter le Président du CPT à la liste établie en vertu de l'article D. 262 CPP¹²⁰. Dans la réponse du Gouvernement, adressée au CPT en janvier 1993, le Gouvernement français faisait remarquer qu'« ainsi que le CPT l'a observé, la liste des organes et des personnes avec lesquels les détenus peuvent communiquer sous pli fermé est importante. Y figure notamment le président de la Commission européenne des droits de l'homme. Le Gouvernement français étudie néanmoins la possibilité d'ajouter à cette liste le président du CPT¹²¹ ». Dans le rapport de suivi du Gouvernement français en réponse au rapport de 1991, le Gouvernement précise que « par note en date du 19 avril 1993 signée par le directeur de l'administration pénitentiaire, le Président du CPT fait désormais partie de la liste des autorités administratives et judiciaires avec lesquelles les détenus peuvent correspondre sous pli

¹¹⁹ Entretien 10. Circulaire AP 2002-05 PMJ4 du 26 avril 2002, relative à la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires, *BOMJ*, avril-juin 2002.

¹²⁰ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France, du 27 octobre au 8 novembre 1991*, *op. cit.*, § 153.

¹²¹ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité de Prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France du 27 octobre au 8 novembre 1991 et réponse du Gouvernement de la République française*, CPT/Inf (93) 2, pp. 80-81.

fermé¹²² ». Il est à noter que la modification du Code de procédure pénale ne s'est faite qu'en 1997, et coïncide avec l'autorisation pour les détenus de correspondre sous pli fermé avec les membres du CPT¹²³. Mais la modification est intervenue et inscrit, au final, le CPT dans le Code de procédure pénale.

Par ailleurs, le CPT formule parfois des recommandations ou des observations alors que des réformes sont déjà en cours. Le CPT a finalement un rôle « d'aiguillon¹²⁴ », il stimule l'administration pénitentiaire. Après la visite de 1991, et le premier rapport concernant la France, « il y a eu le plan quinquennal, mais le CPT n'est pas le seul responsable car les troubles sociaux de 1990-1991 avec les surveillants avaient déjà conduit à un plan triennal d'action sous la direction de Jean-Pierre Dintilhac. Pierre Méhaignerie présente un plan quinquennal en 1994, plan très abouti car préparé depuis 1990, suite aux troubles sociaux de 1990-1991, que le CPT vient alimenter. L'administration pénitentiaire « rafle » alors tout le budget de la justice. Mais le plan n'a pas abouti, les constructions des prisons prévues ont lieu maintenant. Ça n'a finalement pas touché les détenus¹²⁵ ». La prise en compte des recommandations du CPT est également visible au niveau des plans d'action concernant la formation professionnelle. « Il y a eu tout un panel de recommandations dans un projet global pénitentiaire, qui est le plan d'action¹²⁶. »

L'administration pénitentiaire met donc en place des palliatifs, engage des réformes. L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants devient donc un élément concret, directement relié au quotidien de l'administration pénitentiaire, et les actions réalisées le sont pour mettre en conformité les actes de l'administration pénitentiaire aux recommandations du CPT. C'est donc incarné dans ce dernier que l'article 3 CSDH pénètre réellement l'action de l'administration pénitentiaire. Le CPT va également permettre à l'administration pénitentiaire de s'emparer de l'article 3 CSDH, de

¹²² CPT, *Rapport de suivi du Gouvernement français en réponse au rapport du CPT relatif à sa visite en France du 27 octobre au 8 novembre 1991*, CPT/Inf (94) 1, p. 34

¹²³ Arrêté du 12 mai 1997 fixant la liste des autorités administratives et judiciaires avec lesquelles les détenus peuvent correspondre sous pli fermé, *JO*, 28 mai 1997 : « La liste des autorités administratives et judiciaires avec lesquelles les détenus peuvent correspondre sous pli fermé, en application de l'article D. 262, est fixée comme suit (...) Le président du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants au Conseil de l'Europe, Strasbourg ; Tous membres du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants au Conseil de l'Europe, Strasbourg. »

¹²⁴ Entretien 7.

¹²⁵ Entretien 8.

¹²⁶ Entretien 8.

se l'approprier, en se révélant, pour elle, une réelle opportunité : l'administration pénitentiaire peut désormais mobiliser l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants comme soutien aux réformes engagées.

B- Le CPT, une opportunité pour l'administration pénitentiaire

Les rapports du CPT, ses recommandations, ses commentaires sont autant d'éléments que doit prendre en compte l'administration pénitentiaire, et plus largement l'Etat français. L'action de l'administration pénitentiaire s'inscrivant dans la continuité des rapports du CPT ne pourra donc pas être remise en cause, soupçonnée d'illégitimité, ce que l'administration pénitentiaire va comprendre. Ainsi, elle va pouvoir utiliser le problème de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, et mobiliser l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH. L'institution devient alors pour l'administration pénitentiaire une opportunité, et la norme, une norme ressource. Le CPT, qui incarne l'article 3 CSDH, devient un levier pour l'administration pénitentiaire vis-à-vis de l'Etat, des gouvernements (1). Il devient également un outil vis-à-vis de l'intérieur, contre les résistances internes (2).

1. Un levier pour l'administration pénitentiaire vis-à-vis de l'Etat

La difficulté récurrente au sein de l'administration pénitentiaire est le manque cruel de moyens, dénoncé comme facteur de tous les dysfonctionnements de cette administration. L'absence de moyens revient de manière régulière dans le discours des anciens directeurs de l'administration pénitentiaire, et reste analysée comme la cause première de l'existence de situations inhumaines ou dégradantes. Cette explication permet d'éviter le questionnement fondamental du sens de la peine, et du fonctionnement général de cette administration – au fond, ces dysfonctionnements en sont-ils, ne sont-ils pas plutôt le reflet des choix opérés en matière de Justice et de Sécurité – alors même que l'administration pénitentiaire demeure le parent pauvre de la justice. En matière budgétaire, elle ne dispose pas d'un budget propre, mais d'un budget au sein du ministère de la justice, un « cadre budgétaire contraint¹²⁷ ». A titre indicatif, en 1999, le budget du ministère est de 26,27 milliards de francs (un peu plus de 4 milliards d'euros), le budget

¹²⁷ I. Gorce, « L'administration pénitentiaire », in *Regards sur l'actualité*, n° spécial 261, mai 2000, p. 12.

de l'administration pénitentiaire de 7,42 milliards de francs (environ 1,13 milliards d'euros), soit un peu plus de 28 % du budget de la justice¹²⁸, alors que le budget de la justice en 1999, ne représente que 1,56 % du budget de l'Etat (source LFI 1999). En 2005, les crédits ouverts pour le ministère de la justice sont de 5,461 milliards d'euros, soit moins de 1,9 % du budget de l'Etat, et le budget de l'administration pénitentiaire devrait représenter 30,29 % du budget de la justice, soit 1,65 milliards d'euros¹²⁹.

Dans ces conditions, « le CPT est un levier vis-à-vis de l'Etat, car c'est un moyen d'obtenir des moyens : les conditions de détention dénoncées proviennent d'un véritable manque de moyens¹³⁰ ». Lors de la première visite, l'administration pénitentiaire « s'est emparée du rapport comme d'un levier¹³¹ ». « Le rapport du CPT est un justificatif théorique pour les demandes budgétaires, notamment dans le plan quinquennal de 1994 de Pierre Méhaignerie que le CPT vient alimenter¹³² ». Cela va permettre une réorientation des budgets vers l'administration pénitentiaire, et l'adoption du programme pluriannuel pour la justice, défini par la loi du 6 janvier 1995, initialement prévu sur cinq ans, mais mené en réalité sur six ans, c'est à dire en fait pour la période 1995-2000. Trois milliards de francs sont alors alloués à l'administration pénitentiaire sur les 8,1 milliards de francs du programme. Globalement, le programme s'inscrit bien dans la logique des réformes du CPT¹³³. La modernisation, la réforme de l'administration pénitentiaire peut donc être légitimée auprès de l'Etat, par la nécessité de prendre en compte les observations du CPT.

¹²⁸ DAP, *Rapport annuel d'activité 1999 de l'administration pénitentiaire*, Paris, La documentation française, 2001, pp. 257 et s.

¹²⁹ Ministère de la justice, *Budget de la Justice 2005 « Une action dans la durée »*, septembre 2004, 12 p.

¹³⁰ Entretien 8.

¹³¹ Entretien 8.

¹³² Entretien 8.

¹³³ Loi de programme n° 95-9 du 6 janvier 1995 relative à la justice, *JO*, 8 janvier 1995. Le rapport annexe approuvé par cette loi précise que « la loi de programme a pour objectif d'améliorer le fonctionnement de la justice par l'attribution de moyens supplémentaires de 1995 à 1999 : ouverture de 8,1 milliards de francs d'autorisations de programme et augmentation des effectifs autorisés de 6 100 ». « II. – L'administration pénitentiaire. Le deuxième objectif de la loi de programme est de contribuer à résoudre les problèmes de l'administration pénitentiaire en créant 3 920 emplois supplémentaires et en consacrant 3 milliards de francs à l'investissement. Afin de mieux faire face aux problèmes posés par la surpopulation carcérale, le sous-encadrement des détenus et la vétusté du parc immobilier, un effort sera mené dans trois directions. 1. Renforcer l'encadrement des détenus et restaurer le parc immobilier. Environ 1 400 emplois seront créés pour renforcer l'encadrement des détenus, notamment des criminels sexuels et des prévenus dangereux, qui seront incarcérés dans des maisons d'arrêt régionales afin d'améliorer la sécurité des personnels et de permettre un meilleur suivi des détenus, gage de leur réinsertion ultérieure. Des travaux d'aménagement, d'un montant de 900 000 000 F, seront effectués, en particulier sur le plan sanitaire, tandis que les places les plus vétustes seront abandonnées, de manière à faciliter le travail des surveillants et à mettre fin aux conditions de détention dégradantes qui peuvent subsister. 2. Lutter contre la surpopulation carcérale. Les capacités de détention seront accrues de plus de 4 000 places qui s'ajouteront aux 800 places nouvelles en cours de construction outre-mer. Ces réalisations sont diversifiées pour répondre aux besoins nouveaux.

L'administration pénitentiaire n'est par ailleurs pas remise en cause dans son fondement mais dans des modalités de fonctionnement non satisfaisantes en termes de traitements inhumains ou dégradants. Alors que « le statut de l'administration pénitentiaire dans le ministère de la justice est traditionnellement dévalorisé en France¹³⁴ » – ce qui peut s'expliquer par la fonction même d'exécution des peines, « l'une des spécificités du modèle administratif français est la sous-considération des tâches d'exécution au profit des tâches de conception¹³⁵ » – le CPT vient légitimer l'intérêt que le ministère et plus généralement l'Etat, doit porter à cette administration, de manière à ce qu'elle ne porte pas préjudice à l'image de la justice en France, et plus généralement de l'Etat français, puisque les observations du CPT sont faites à l'Etat, non à l'administration concernée.

Le CPT se révèle ainsi un moyen supplémentaire d'attirer l'attention du ministère et de l'Etat, en dehors des clivages nationaux, et hors de tout affrontement : il est évident que les mouvements sociaux des personnels pénitentiaires, ou les mutineries dans les établissements sont des moyens, nettement plus spectaculaires, de mettre en avant les problèmes de l'administration pénitentiaire. Mais à nouveau, la position de tiers impartial et désintéressé du CPT permet de poser les questions de manière beaucoup plus sereine, l'application du droit étant ici au cœur du débat. C'est finalement au nom de l'application de l'article 3 CSDH que l'administration pénitentiaire sollicite une attention particulière à son égard. Le rapport à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants change, et s'il n'est pas nécessairement considéré comme obligatoire, il n'est plus ignoré, ce qui est tout à fait indispensable à sa réception. Si le CPT est donc envisagé comme un véritable levier par l'administration pénitentiaire vis-à-vis de l'Etat, il l'est également vis-à-vis des résistances internes.

Deux maisons centrales à petits effectifs seront construites pour accueillir les condamnés qu'il convient d'isoler de la masse des détenus. De plus, un programme de 1 200 places en centres de semi-liberté sera lancé, car il est inutile de prévoir pour certains condamnés des détentions sévères et une rupture totale avec le monde extérieur quand une surveillance légère suffit. En conséquence, compte tenu des places des prisons fermées qui devront être remplacées, devront être recrutés environ 1 750 agents, dont 300 pour les centres de semi-liberté, et engagés des investissements d'un montant de 2,1 milliards. 3. Mettre en oeuvre une nouvelle politique pénale. Pour prévenir la récidive, la politique pénale ne peut pas être uniquement fondée sur la mise en détention. La détention provisoire doit être l'exception. Les peines inférieures à six mois doivent pouvoir être converties en travaux d'intérêt général. Cette politique exige la mise en place de moyens nouveaux : actuellement, 100 000 condamnés en milieu ouvert sont suivis par 768 agents ; ce nombre sera doublé pour que les juges n'hésitent pas à prononcer des peines alternatives à l'emprisonnement. »

¹³⁴ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, p. 263.

¹³⁵ *Ibidem*, J.-C. Froment s'appuie ici sur les analyses de L. Rouban et L. Sfez.

2. Un outil contre les résistances internes

« L'absorption des réformes suppose une neutralisation des résistances », précise un ancien directeur de l'administration pénitentiaire¹³⁶. « Le CPT est un levier vis-à-vis du personnel concernant des réformes qu'il considère insupportables, mais qui sont obligatoires¹³⁷. » Le CPT a pu devenir ce levier car il « s'est ouvert aux organisations syndicales pour savoir ce qu'il en était de la formation et vérifier les programmes concernant les droits de l'homme¹³⁸ ». Certes, le titre, au départ, a pu être perçu comme un obstacle à l'acceptation de ce contrôle, et le travail du CPT a pu être considéré comme illégitime. Mais « ça a été tout le travail du CPT de faire comprendre qu'il pouvait être un bon agent de publicité pour ces agents. Une administration qui voit publier un rapport où les locaux apparaissent comme sordides, mais où l'on voit que le personnel joue le jeu, est ouvert aux droits de l'homme, cela montre la bonne volonté de l'administration.¹³⁹ » Dans un premier temps, les organisations syndicales ont eu « un blanc », puis ils lui ont manifesté « une neutralité bienveillante non démunie de calculs visant à une réclamation de moyens¹⁴⁰ ». Il n'y a jamais eu de « contradictions purement théoriques ». C'était un « oui à condition que ». Il n'y a pas eu de réactions négatives sinon en termes de moyens¹⁴¹.

Le rôle des organisations professionnelles au sein de l'administration pénitentiaire, comme dans toute administration¹⁴², participe de la légitimation de l'institution. Si l'administration légitime le groupe d'intérêts, c'est parce que, à son tour, le groupe sert de légitimation à l'institution. Ce « processus de légitimation réciproque, d'échange entre l'administration et les syndicats » permet de comprendre le lien étroit qui relie l'administration pénitentiaire aux organisations professionnelles. Pourtant, les organisations pénitentiaires « ne jouent plus le rôle qui a été le leur dans l'application des politiques publiques. En ne facilitant pas leur mise en œuvre, elles se décrédibilisent aux

¹³⁶ Entretien 3.

¹³⁷ Entretien 8.

¹³⁸ Entretien 9.

¹³⁹ Entretien 9.

¹⁴⁰ Entretien 8.

¹⁴¹ Entretien 8.

¹⁴² Voir Y. Mény, « La légitimation des groupes d'intérêt par l'administration française », in *RFAP*, n° 39, 1986, pp. 99 et s. ; J.-D. Reynaud, *Les syndicats en France*, 2 volumes, coll. « Collection politique », Paris, Seuil, 3^{ème} éd., 1975, 318 p. et 346 p. Plus particulièrement sur le syndicalisme pénitentiaire, J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, 452 p.

yeux de l'administration qui est tentée de leur retirer encore des sources de légitimation ». Alors que « les syndicats devraient être un vecteur essentiel de la modernisation », ils « ne veulent pas s'identifier à des agents de gestion et d'évaluation du changement »¹⁴³. Par exemple, le projet de code déontologie pour le service public pénitentiaire¹⁴⁴ a pu faire l'objet de réactions d'hostilité de la part de syndicats pénitentiaires¹⁴⁵, mais dès lors que l'obligation déontologique provient de l'extérieur¹⁴⁶, l'opposition est vaine. La nécessité d'appliquer la recommandation dépasse les clivages nationaux.

Face à cette position de repli des organisations professionnelles, le CPT apparaît donc comme un véritable outil face aux résistances internes. L'argument de l'obligation venue de l'extérieur permet à l'administration pénitentiaire de couper court aux objections. L'existence du CPT oblige les Etats et leurs administrations à prendre des mesures pour se mettre en conformité avec les normes internationales, car « la prison ne peut plus ignorer les normes internationales et communautaires¹⁴⁷ » ; même si les recommandations n'ont aucun caractère contraignant, « il serait malséant de ne pas les respecter¹⁴⁸ ». La norme supranationale permet de légitimer les politiques pénitentiaires élaborées aux yeux de l'administration pénitentiaire dans son ensemble. L'introduction du contrôle externe, celui du CPT, permet au fond l'imposition de la norme, d'une manière indirecte, aux acteurs de l'administration pénitentiaire. Le CPT se révèle être un tiers entre le sommet de l'administration pénitentiaire et la base. Son contrôle ayant été accepté par l'Etat, l'obligation tacite de réforme s'impose à tous.

En ce sens, la réforme du placement à l'isolement de 1998 est tout à fait intéressante. L'administration pénitentiaire, afin de légitimer la réforme du placement à l'isolement, potentiellement qualifiable de traitement inhumain ou dégradant, se sert des rapports du CPT. Il s'agit en l'espèce de la circulaire sur l'isolement, du 14 décembre 1998, signée par

¹⁴³ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, op. cit., p. 410.

¹⁴⁴ Paru au *Courrier de la Chancellerie*, n° 47, décembre 1999, p. 2.

¹⁴⁵ Par exemple, voir la réaction de la CFDT dans les *Actualités sociales hebdomadaires*, n° 2129, août 1999, p. 32.

¹⁴⁶ Le CPT recommandait en effet aux autorités françaises de « rappeler aux fonctionnaires pénitentiaires (...) de ne pas employer plus de force qu'il n'est strictement nécessaire » ; et « que toutes les formes de mauvais traitements infligés aux détenus, dont le langage abusif, sont inacceptables et seront sévèrement sanctionnés ». Les autorités françaises ont répondu que le futur code de déontologie en cours d'élaboration répondait à cette recommandation, in CPT, *Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du CPT relatif à la visite effectuée en France du 14 au 26 mai 2000*, op. cit., pp. 32 et s.

¹⁴⁷ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, op. cit., p. 400.

¹⁴⁸ M. Herzog-Evans, « Vers une prison normative ? », in C. Veil, D. Lhuillier (dir.), *La prison en changement*, « Trajets », Ramonville Saint-Agne, Erès, 2000, p. 48.

Gilbert Azibert, directeur de l'administration pénitentiaire, par délégation du ministre de la justice¹⁴⁹. Dans l'introduction de la circulaire, Gilbert Azibert précise : « la modification de l'article D. 283-1 du CPP opérée par le décret relatif à l'organisation et au fonctionnement des établissements pénitentiaires réforme la procédure et le contrôle de la durée de l'isolement. Il m'est apparu indispensable de diffuser des instructions pour accompagner la mise en oeuvre de cette réforme et conforter la place du chef d'établissement, responsable de l'usage de cette mesure comme instrument de gestion de la détention. Cela entraîne l'obligation de définir rigoureusement les motifs d'un placement à l'isolement, d'être attentif aux délais de notification et aux modalités de calcul des périodes d'isolement, de respecter le principe selon lequel les détenus isolés sont soumis au régime ordinaire de détention. Ces orientations viennent également corroborer l'évolution récente de la jurisprudence administrative et européenne et les recommandations exprimées par différentes instances internationales : Comité européen de prévention de la torture ou des traitements inhumains et dégradants, Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies. »

Gilbert Azibert reprend ensuite dans le corps même des instructions la référence expresse au CPT, concernant la procédure de mise à l'isolement – « quel que soit le motif de l'isolement, le respect de la procédure suivante est impératif. Elle a été élaborée en vue de se conformer aux recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture, tendant au respect d'une procédure écrite, motivée, notifiée au détenu. La conduite de la procédure est confiée, sous la responsabilité du chef d'établissement, à la ou les personnes qu'il désigne, par écrit, à cet effet. Le chef d'établissement conservant la responsabilité de la décision, ou son adjoint responsable par intérim, est tenu de signer l'imprimé relatif à l'isolement » – et concernant également le régime de l'isolement – « au terme de sa visite effectuée en France, du 6 au 18 octobre 1996, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants recommande "un équilibre entre les exigences de la cause et la mise en oeuvre du régime de l'isolement", eu égard aux conséquences néfastes que peut avoir ce régime sur la personne incarcérée. Il préconise le recours à des mesures tendant à une organisation du quartier d'isolement préservant l'accès à de meilleurs espaces de promenade et aux activités, notamment de plein air. Ces recommandations rejoignent les conclusions de groupes de travail conduits

¹⁴⁹ Circulaire AP 98-04 PMJ4 du 14 décembre 1998 relative au placement à l'isolement, *BOMJ*, janvier-mars 1999.

par ou à la demande de l'administration pénitentiaire. (...) Pour ces raisons, les éléments essentiels du régime ordinaire de détention doivent, dans la mesure du possible et en tenant compte des contraintes matérielles, être préservés au quartier d'isolement ».

L'efficacité du contrôle préventif du CPT réside donc dans sa capacité à engendrer « des améliorations significatives tout en ménageant les susceptibilités des Etats¹⁵⁰ ». Le dialogue est en tout cas réel, le cas de la circulaire sur l'isolement en est le témoin. Efficace et légitime, le CPT est écouté et écoute : le dialogue instauré engendre un rapport nouveau de l'administration pénitentiaire à la norme supranationale. Serait-il alors possible de parler de « maïeutique », le CPT permettant aux Etats de découvrir ou redécouvrir des principes qu'ils portent en eux sans le savoir, dans une dialectique ascendante menant à l'idée du bien, en tout cas au « bien-être » des détenus ? Le CPT est, quoi qu'il en soit, une médiation essentielle dans la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire.

L'intervention du CPT est tout à fait fondamentale à la réception de la norme supranationale. Elle donne l'occasion à l'administration pénitentiaire de se réapproprier, de redécouvrir le texte de l'article 3 CSDH. Elle permet ainsi à l'administration de jouer un rôle actif dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH. Pour autant, si elle « est un des éléments importants pour faire naître des réformes qui ne se faisaient pas¹⁵¹ », elle n'est pas suffisante. La médiation du CPT ne peut engendrer à elle seule la réception de la norme.

¹⁵⁰ J. Buisson, « Rapport de la Commission sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires », in *RSC*, n° 1, janvier-mars 2001, p. 207.

¹⁵¹ Entretien 8.

CHAPITRE 2 – LES INTERVENTIONS NON SPECIFIQUEMENT DESTINEES A LA RECEPTION DE L’INTERDIT CONTENU DANS L’ARTICLE 3 CSDH

Le CPT joue un rôle très important dans la réception de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH par l’administration pénitentiaire. La médiation de cette institution a engendré un nouveau rapport de l’administration pénitentiaire à l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Pour autant, l’intervention du CPT ne suffit pas et l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH n’a pas été considéré comme une norme juridique à part entière par l’administration pénitentiaire de son seul fait. D’autres médiations, à la fois parallèles et complémentaires sont identifiables : il s’agit bien de médiations entendues comme interventions extérieures à l’administration pénitentiaire participant de la reconnaissance du caractère contraignant de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l’administration pénitentiaire. C’est finalement de leur articulation, voire de leur interaction, que dépend la réception de la norme, la juridicisation du texte connu de l’administration pénitentiaire.

Le juge, qu’il soit national ou supranational tient une place particulièrement importante dans la réception de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. L’intervention juridictionnelle y tient en effet une place tout à fait considérable : l’intervention du juge¹ est indispensable (I). Si le rôle du juge est essentiel, d’autres médiations, non juridictionnelles, interviennent dans la réception de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l’administration pénitentiaire (II).

¹ Au niveau national, il s’agit du juge administratif. Voir sur ce point, supra, titre I, chapitre 2, II.

I – L'intervention juridictionnelle dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire

L'intervention juridictionnelle joue un rôle extrêmement important dans la réception de l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire, mais dépend de la capacité des juridictions à condamner cette administration. Cette dernière a connaissance de la jurisprudence administrative et européenne des droits de l'homme mais ce n'est que lorsque le risque de condamnation devient réel, qu'elle cherche à modifier les textes en vigueur : la reconnaissance du caractère contraignant de la norme est liée à la sanction². Pour Hans Kelsen, l'élément essentiel du droit est l'élément de « contrainte », qui « ne consiste pas dans la « contrainte psychologique », mais dans le fait que des actes de contrainte spécifiques, des sanctions, sont prévus dans des cas spécifiques par les règles formant l'ordre juridique³. Si la contrainte est un élément essentiel du droit, alors « les normes qui constituent l'ordre juridique doivent prescrire, un acte de contrainte, une sanction⁴ ».

Les interventions juridictionnelles sont, ici, celle du juge administratif et particulièrement celle du Conseil d'Etat, pour ce qui concerne le juge national, celle de la CEDH, au niveau supranational. Les deux juridictions n'interviennent d'ailleurs pas de la même façon, ni n'occupent la même place dans la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire mais leur rôle est lié sans aucun doute au rôle traditionnel de la sanction dans la reconnaissance du caractère contraignant d'une norme juridique. La CEDH semble cependant intervenir de manière supplétive (A). Le Conseil d'Etat, en revanche, se révèle jouer un rôle incontournable dans la réception de la norme (B).

² Sur le rôle de la sanction dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, *infra*, troisième partie, titre II, chapitre 1, I.

³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, « La pensée juridique », Paris, Bruylant-LGDJ, 1997, pp. 80 et s.

⁴ *Ibidem*, p. 94.

A- La médiation de la CEDH : une intervention supplétive dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire

La CEDH n'occupe pas, paradoxalement⁵, une place principale dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. Elle y participe, mais de manière supplétive⁶, ce qui peut s'expliquer, notamment, par le contrôle récent exercé par la CEDH sur l'administration pénitentiaire⁷. En revanche, elle joue un rôle fondamental en ce qu'elle influence d'autres « médiateurs » de la réception : la CEDH participe peut-être plus à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par un phénomène de rétroaction, en agissant sur un médiateur incontournable, le Conseil d'Etat⁸.

Cependant, l'administration pénitentiaire est bien confrontée au contrôle de la CEDH et ce contrôle, s'il n'a pas bouleversé le rapport de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH, tend à le modifier. La capacité de la CEDH à influencer sur le rapport de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH est finalement fonction de l'audace de la première à condamner la seconde. Ainsi la jurisprudence de la CEDH vis-à-vis de l'administration pénitentiaire française a évolué (1), alors que l'attitude de cette dernière est demeurée ambiguë vis-à-vis de la Cour (2).

1. L'évolution de la jurisprudence de la CEDH concernant l'administration pénitentiaire

La Cour consacre désormais un droit à des conditions de détention conformes à la dignité humaine⁹, depuis l'arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000¹⁰. Si le régime de la détention a toujours fait l'objet d'un contrôle de la Cour sous l'angle de l'article 3 CSDH, l'évolution récente de la jurisprudence met en évidence l'accroissement du contrôle de la

⁵ Paradoxalement, car elle est l'organe institué « afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes le respect de la [CSDH] et de ses protocoles⁵ ».

⁶ Entretien 1.

⁷ Supra, première partie, titre II, chapitre 2, II, B.

⁸ Infra, même chapitre, I, B, 2.

⁹ J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (octobre 2002-février 2003) », in *AJDA*, 2003, pp. 608 et s.

¹⁰ CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, Grande Chambre, req. n° 30210/96, *CEDH 2000-XI*, § 94, *GACEDH*, n° 12 : « Néanmoins, l'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Aerts c. Belgique* du 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V, p. 1966, §§ 64 et suiv.). »

Cour dans ce domaine. Ainsi, dans l'affaire *Peers c. Grèce*¹¹, la Cour conclut à une violation de l'article 3 CSDH, même si elle admet qu'il n'y avait pas, en l'espèce, intention ou volonté d'humilier le requérant. Si un tel facteur doit être pris en considération, l'absence de celui-ci ne peut conduire à exclure une violation de l'article 3 CSDH. En outre, en l'espèce, les autorités n'ont pris aucune mesure pour améliorer les conditions de détention du requérant objectivement inacceptables, et pareille omission dénote un manque de respect. Ces conditions ont porté atteinte à la dignité du requérant. A nouveau dans l'arrêt *Kalachnikov c. Russie* du 15 juillet 2002¹², l'absence d'une véritable intention d'humilier ou de rabaisser l'intéressé ne saurait exclure un constat de violation. Les conditions de détention que le requérant a subies, en particulier l'environnement fortement surpeuplé et insalubre et ses effets néfastes sur la santé et le bien-être de l'intéressé, combinées avec la durée de la détention, s'analysent en un traitement dégradant¹³.

Le contrôle de la Cour s'exerce aussi sur l'administration pénitentiaire française et dans deux affaires récentes, la CEDH a conclu à une violation de l'article 3 CSDH. Pour la première fois, dans un arrêt *Mouisel c. France*¹⁴, du 14 novembre 2002, la France a été condamnée sur le fondement de l'article 3 CSDH, pour des faits relevant de son administration pénitentiaire. Un an plus tard, elle l'a à nouveau été dans un arrêt *Henaf c. France*¹⁵, du 27 novembre 2003.

L'arrêt *Mouisel c. France* a sonné comme une piqûre de rappel¹⁶. Dans cet arrêt, la Cour « a entendu élever les standards de protection¹⁷ ». La France a été condamnée par la CEDH pour des faits ou situations contraires à l'article 3 CSDH et imputables à l'administration pénitentiaire. Jusqu'à cet arrêt, on pouvait finalement parler d'un

¹¹ CEDH, 19 avril 2001, *Peers c. Grèce*, 2^{ème} section, req. n° 28524/95, *CEDH 2001-III*.

¹² CEDH, 15 juillet 2002, *Kalachnikov c. Russie*, 3^{ème} section, req. n° 47095/99, *CEDH 2002-VI*.

¹³ F. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in O. De Schutter, D. Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 249-285. (version actualisée par F. Tulkens au 28 février 2003).

¹⁴ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, 1^{ère} section, req. n° 67263/01, *CEDH 2002-IX*, §§ 47-48 ; *Droit Pénal*, n° 4, 2003, pp. 21-23, note A. Maron, M. Haas ; *RDP*, n° 3, 2003, p. 692, note F. Sudre. Sur l'affaire, voir première partie, titre I, chapitre 2, I, 2.

¹⁵ CEDH, 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, 1^{ère} section, req. n° 65436/01, *CEDH 2003-XI*. Sur l'affaire, voir première partie, titre I, chapitre 2, I, 3.

¹⁶ Entretien 5.

¹⁷ F. Massias, « Bilan de la jurisprudence relative à la protection offerte par l'article 3 en matière de privation de liberté : *Papon c/ France*, 7 juin 2001 – *Mouisel c/ France*, 14 novembre 2002 », in *RSC*, janvier-mars 2003, p. 151.

véritable sentiment d'impunité de l'administration pénitentiaire vis à vis du contrôle juridictionnel européen, appuyé par l'absence de condamnation¹⁸. Cet arrêt a été l'occasion pour la Cour de mettre en évidence qu'elle observe « l'évolution de la législation française en la matière [la compatibilité d'un état de santé très préoccupant avec le maintien en détention du requérant en prison dans un tel état] avec l'accroissement des compétences du juge de l'application des peines en cas de maladie grave des condamnés¹⁹ ». « La Cour constate ainsi que la santé de la personne privée de liberté fait désormais partie des facteurs à prendre en compte dans les modalités de l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en ce qui concerne la durée du maintien en détention. Il s'agit de l'application de l'affirmation de la Cour selon laquelle "le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques" (arrêt *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 101, CEDH 1999-V).²⁰ » Pour Florence Massias, « l'affirmation de cette évolution était indispensable : sa consécration par la Cour interdit maintenant aux Etats de faire marche arrière²¹ ».

L'arrêt *Mouisel* n'a cependant pas été une véritable surprise pour l'administration pénitentiaire, dans la mesure où, par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades²², les faits reprochés à la France ont été corrigés par la voie législative, avant même la condamnation par la Cour. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades permet la suspension d'une peine 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. Mais la France a été à nouveau condamnée dans l'arrêt *Henaf c. France*. En l'espèce, l'entrave subie par un détenu, âgé et réputé non dangereux, durant son hospitalisation en milieu ouvert, a été qualifiée de traitement inhumain. La Cour a été d'avis que les autorités nationales n'ont pas assuré au requérant un traitement compatible avec les dispositions de l'article 3 de la Convention.

¹⁸ Supra, première partie, titre II, chapitre 2, II.

¹⁹ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, précité, § 43.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ F. Massias, *op. cit.*, p. 152.

²² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002.

Suite à ces condamnations, l'administration pénitentiaire attendait avec impatience que la Cour rende un arrêt²³, concernant un isolement imposé de huit ans. En l'espèce, la CEDH, dans l'arrêt *Ramirez-Sanchez c. France*, n'a pas conclu à la violation de l'article 3 CSDH²⁴. Cependant, trois juges de la Cour souhaitaient que « le maintien du requérant à l'isolement pour une période de huit ans et trois mois soit qualifié de « traitement inhumain contraire à l'article 3 de la Convention » – en raison du régime de l'isolement lui-même, de la durée du maintien à l'isolement, et des raisons et de la motivation des décisions de mise en isolement²⁵. Mais cette opinion n'a pas été suivie, et la France n'a pas été condamnée.

Alors que la jurisprudence de la Cour allait dans le sens d'un contrôle accru des conditions de détention en France, cet arrêt marque un coup d'arrêt à cette évolution, puisque, en l'espèce, la Cour confirme ce que l'administration pénitentiaire a toujours pensé : les conditions de détention en France ne sont pas les pires d'Europe. La Cour a en effet observé que la situation du requérant « était loin d'être celle des requérants dans l'affaire *Ilascu et autres*²⁶ ». Pour la Cour, « il convient également de tenir compte des préoccupations du Gouvernement selon lesquelles le requérant pourrait utiliser les communications à l'intérieur ou à l'extérieur de la prison pour reprendre contact avec des membres de son groupe terroriste ou tenter de faire du prosélytisme auprès des autres détenus et éventuellement préparer une évasion. On ne saurait affirmer que ces craintes sont sans fondement ou déraisonnables²⁷ ». La Cour fait d'ailleurs référence à l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*²⁸, et si elle ne le cite pas in extenso, cela s'inscrit dans la volonté

²³ Entretiens 5 et 10.

²⁴ CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, req. n° 59450/00, § 120. « Tout en partageant les soucis du CPT concernant les éventuels effets à long terme de l'isolement imposé au requérant, la Cour considère que les conditions générales et très spéciales de maintien à l'isolement du requérant et la durée de celui-ci n'ont pas atteint le seuil minimum de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention compte tenu notamment de sa personnalité et de sa dangerosité hors normes. En conséquence, il n'y a pas eu violation de cette disposition de ce chef. »

²⁵ *Ibidem*. « Pour l'ensemble de ces raisons, nous pensons que, dans le cas d'espèce, malgré les risques non négligeables liés à la personnalité du requérant, son maintien à l'isolement ininterrompu pendant plus de huit ans, a atteint le seuil minimum de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention et qu'il y a eu violation de cette disposition. » Sur ce point voir supra, première partie, titre I, chapitre I, A, 2.

²⁶ *Ibid.*, § 113.

²⁷ *Ibid.*, § 119.

²⁸ *Ibid.*, § 98 : « Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité dont l'appréciation dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc. (voir, par exemple, l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 65, § 162). De plus, la Cour, afin d'apprécier la valeur des éléments de preuve devant elle dans l'établissement des traitements contraires à l'article 3, se sert du critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable ». Une

de rappeler que « ainsi que l'a souligné la Commission, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc.²⁹ »

Relatif par essence, le contrôle juridictionnel de la CEDH intervient dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire, mais de manière relative. La médiation de la CEDH dans cette réception est, en ce sens, ambiguë.

2. Le rôle ambigu de la CEDH dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH

La réticence même de la CEDH à condamner la France pour des faits relevant de son administration pénitentiaire et l'attitude de l'administration pénitentiaire vis-à-vis de ce contrôle juridictionnel qui en découle, font de la médiation de la CEDH une médiation ambiguë, ambivalente, mal déterminée, semblant « participer de natures contraires et appeler des jugements contradictoires³⁰ ». Elle confronte directement l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH, mais elle lui permet de conserver une position de distance vis-à-vis de ce texte juridique.

Si l'influence de la Cour est relative, cela ne signifie pas que la jurisprudence européenne est sans effets : d'une part, elle produit des effets directs en ce que les Etats peuvent être condamnés ; d'autre part, les arrêts peuvent être l'occasion du réexamen d'une décision pénale définitive³¹. De plus, le contrôle de la CEDH peut produire des effets très concrets au sein de l'administration pénitentiaire. Quand il y a un recours devant la CEDH, le

telle preuve peut cependant résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. Le comportement des parties lors de la recherche des preuves entre également en ligne de compte dans ce contexte (*Ibidem*, p. 65, § 161 et *Antonio Indelicato c. Italie*, précité, § 33). »

²⁹ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, Série A25, § 162.

³⁰ J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

³¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes, *JO*, 16 juin 2000, instaurant un mécanisme de réexamen d'une décision pénale définitive, après un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme constatant une violation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme : « dès lors que par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la « satisfaction équitable » allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme » (article 89).

Service des Affaires européennes et internationales (SAEI) du ministère de la justice envoie la requête à l'administration pénitentiaire, qui rédige une note sur l'affaire en droit et en faits, la fait passer au SAEI, qui, à son tour, la fait passer au bureau des droits de l'homme du ministère des affaires étrangères, qui, lui, va produire le mémoire en défense pour la France³².

Par ailleurs, une condamnation engendrera une note d'information, un rappel des textes existants, des directives. Une chose est sûre, un arrêt de la Cour perturbe l'administration pénitentiaire³³ : « quand il y a un arrêt, ça devient un sujet prioritaire. Et il y a une mise en conformité si nécessaire ». Tout du moins, diffusion de circulaires³⁴. « Depuis l'arrêt *Mouisel*, il y a eu plusieurs notes aux directeurs de la sécurité pour que le port des menottes ne soit pas une obligation. C'est ici le problème d'une pratique ancrée, et il n'est pas évident de faire changer les mentalités³⁵ ». L'administration pénitentiaire considère que la CEDH est très proportionnée. Il n'y a pas, par exemple, de refus catégorique du port des menottes, et le contrôle de la CEDH peut permettre à l'administration pénitentiaire d'avoir des repères, ce qui fait l'intérêt de ce contrôle. Le bureau juridique y est très attentif³⁶.

Mais l'arrêt *Mouisel c. France* est intervenu alors que la loi du 4 mars 2002 – sur la suspension de la peine 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 – avait déjà été adoptée³⁷. L'administration pénitentiaire a considéré qu'il s'agissait de circonstances particulières, en l'espèce, un détenu malade : l'arrêt a, de ce fait, été considéré comme isolé³⁸. Par ailleurs, l'article 803 du CPP³⁹ existe mais n'est pas appliqué. Actuellement le menottage fait partie de la sécurité. Finalement, il y a peu de

³² Entretien 10.

³³ Entretien 5.

³⁴ Voir en ce sens, les différentes notes et circulaires produites depuis l'arrêt *Henaf c. France*, dont la dernière date du 18 novembre 2004. Circulaire du 18 novembre 2004, relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, *BOMJ*, octobre-décembre 2004.

³⁵ Entretien 5.

³⁶ Entretien 5.

³⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *op. cit.*

³⁸ Entretien 5.

³⁹ Article 803 CPP : « (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 60 *Journal Officiel* du 5 janvier 1993), (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 93 *Journal Officiel* du 16 juin 2000) Nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite. Dans ces deux hypothèses, toutes mesures utiles doivent être prises, dans les conditions compatibles avec les exigences de sécurité, pour éviter qu'une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel. »

chances que ça ait changé les pratiques. Certes au niveau de l'administration centrale, il y a eu une prise en considération de la nécessité de proportionnalité. Mais les objectifs sécuritaires, peuvent empêcher les changements⁴⁰. En ce sens, la circulaire du 18 novembre 2004 fait l'objet de vives critiques de la part de l'Observatoire international des prisons⁴¹, car si elle réaffirme que l'escorte du détenu doit se faire « dans le souci de la préservation de la dignité humaine au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴² », « en prévoyant que les détenus pourront faire l'objet d'une surveillance constante pendant les soins, impliquant le cas échéant une présence physique des agents de l'escorte dans le local de consultation, cette circulaire porte une atteinte manifeste au secret médical. Les principes déontologiques fondamentaux qui régissent la relation médicale se trouvent également gravement mis en cause par la possibilité prévue par le texte de maintenir le patient entravé aux mains et/ou chevilles durant les soins⁴³ ».

La condamnation de la France dans l'arrêt *Mouisel* pourrait même produire un effet inverse à celui souhaité : au lieu de renforcer le caractère obligatoire de l'article 3 CSDH, le caractère supplétif du contrôle de la CEDH a été renforcé. L'avancée législative s'est faite sans la CEDH et a donc pu conforter l'administration pénitentiaire dans cette tendance à ne pas accorder d'importance au contrôle de la Cour, puisque les faits reprochés à la France et à l'administration pénitentiaire ont pu être corrigés sans la Cour. A l'inverse, l'arrêt *Henaf c. France* a véritablement rappelé le caractère contraignant de la norme, sans que l'administration pénitentiaire puisse objecter une quelconque avancée en la matière. Suite à cet arrêt, l'administration pénitentiaire attendait avec intérêt la décision de la CEDH concernant l'isolement de plus de huit ans d'un détenu.

La non condamnation de la France dans l'affaire *Ramirez Sanchez*⁴⁴ vient relativiser le contrôle exercé par la CEDH. Face à une situation que l'administration pénitentiaire pensait pouvoir être considérée comme un traitement inhumain ou dégradant⁴⁵, le refus de la CEDH de la qualifier comme telle montre que les pratiques pénitentiaires françaises ne sont pas si condamnables et qu'elles peuvent perdurer. En ce sens, l'arrêt *Ramirez Sanchez*

⁴⁰ Entretien 5.

⁴¹ La requête de l'OIP devant le Conseil d'Etat a été rejetée. CE 10/9 SSR, 30 mars 2005, req. n° 276017.

⁴² Circulaire du 18 novembre 2004, relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, *op. cit.*

⁴³ OIP, « Que cesse le scandale du traitement hospitalier des détenus ! », in *Le Monde*, 9 mars 2005.

⁴⁴ CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, précité.

⁴⁵ Entretien 5.

c. France peut être considéré comme une caution donnée à l'administration pénitentiaire, au lieu d'être une incitation à modifier son rapport à l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH. Au fond, seul un approfondissement audacieux du contrôle de la CEDH sur l'administration pénitentiaire pourra permettre à la CEDH de devenir une médiation incontournable dans la réception de l'article 3 CSDH, au même titre, par exemple, que le Conseil d'Etat. Quoiqu'il en soit, ces médiations ne se concurrencent pas, et la CEDH joue un rôle important, notamment dans l'influence qu'elle peut avoir sur le Conseil d'Etat.

B- L'intervention incontournable du Conseil d'Etat dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire

L'administration pénitentiaire applique l'ensemble des décisions de justice la concernant, mais l'intervention de la Haute juridiction s'avère décisive. Ainsi, l'évolution de la jurisprudence de la jurisprudence des juridictions administratives, particulièrement celle du Conseil d'Etat, elle-même influencée par d'autres institutions ou juridictions, a été un facteur déterminant de l'évolution du rapport de l'administration pénitentiaire à l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH. Cette évolution témoigne de l'approfondissement du contrôle du juge sur les activités de l'administration pénitentiaire. Le Conseil d'Etat exerce ainsi une réelle influence sur le rapport de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH (1). Il est d'ailleurs lui-même soumis à des influences, ce qui tend à mettre en évidence une imbrication des médiations entre elles dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH (2).

1. L'influence d'une juridiction

Si le juge administratif a longtemps été frileux vis-à-vis de l'administration pénitentiaire⁴⁶, il a progressivement étendu son contrôle sur les activités de cette administration. Cette évolution lente de la jurisprudence (a) a permis à la Haute juridiction de gagner une place prépondérante dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH (b).

⁴⁶ Supra première partie, titre II, chapitre 2, II, A.

a- L'évolution lente de la jurisprudence du Conseil d'Etat

L'avancée la plus marquante et qui constitue un pas décisif dans l'histoire du contrôle du juge administratif des activités de l'administration pénitentiaire est celle réalisée en 1995 par l'arrêt *Marie*, du Conseil d'Etat, du 17 février 1995⁴⁷. Cet arrêt va élargir la voie de l'approfondissement du contrôle du juge en matière pénitentiaire, les mesures disciplinaires cessant d'être considérées comme des mesures d'ordre intérieur. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que, « eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir », et en l'espèce, « en prenant la décision attaquée, le directeur de la maison d'arrêt (...) s'est fondé sur des faits qui ne sont pas de nature à justifier une sanction ». Cette affaire qualifiée de « banale et mineure » par la doctrine⁴⁸, a provoqué, avec l'arrêt *Hardouin*, rendu le même jour⁴⁹, « un important revirement de jurisprudence ». Ces arrêts marquent l'abandon d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat selon laquelle les sanctions disciplinaires constituaient des « mesures d'ordre intérieur »⁵⁰.

Le contrôle du juge s'exerce donc sur les sanctions disciplinaires, à condition que « la nature et la gravité » de la mesure soit telles que cette dernière constitue une décision faisant grief. Le contentieux administratif des sanctions disciplinaires internes⁵¹ a alors été ouvert, et le décret du 2 avril 1996 portant sur le régime disciplinaire⁵² est venu normaliser la procédure disciplinaire⁵³. Une affirmation de l'existence du « droit disciplinaire », non plus seulement d'un « pouvoir disciplinaire » de l'administration pénitentiaire⁵⁴, s'est opérée, le droit pénétrant ainsi les prisons, et l'administration pénitentiaire étant désormais confrontée au droit, non plus seulement à l'arbitraire. Le droit de la prison a alors pu

⁴⁷ CE Ass., 17 février 1995, *Marie*, *Rec.*, p. 85 ; *GAJA*, n° 103 ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. P. Frydman ; *D.*, 1995, p. 381, note N. Belloubet-Frier. Sur l'affaire, supra première partie, titre II, chapitre 2, II, A.

⁴⁸ Voir en sens le commentaire de l'arrêt in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003.

⁴⁹ CE Ass., 17 février 1995, *Hardouin*, *Rec.*, p. 82 ; *GAJA*, n° 103 ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. P. Frydman.

⁵⁰ Supra première partie, titre II, chapitre 2, II, A.

⁵¹ J.-C. Froment, « Vers une "prison de droit" ? », in *RSC*, n° 3, juillet-septembre 1997, p. 542.

⁵² Décret n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale, *JO*, 5 avril 1996.

⁵³ P. Couvrat, « L'originalité du droit disciplinaire dans les prisons », in *Archives de politique criminelle*, n° 22, 2000, p. 87.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 86.

s'ouvrir « à la vie juridique⁵⁵ », même si de nombreuses « zones d'ombre » subsistent dans ce régime disciplinaire du détenu⁵⁶.

L'ouverture du contentieux à cette matière est finalement symptomatique de l'ouverture plus générale du contentieux administratif aux actes de l'administration pénitentiaire. Pour autant, de nombreuses décisions, à la suite de l'arrêt *Marie*, ont continué d'être qualifiées de mesures d'ordre intérieur, alors même que l'interprétation du double critère tenant à la nature et la gravité des mesures, exigé pour qu'elles puissent faire l'objet d'un recours, a pu être remise en cause par la doctrine. C'était le cas notamment de la jurisprudence *Fauqueux*, du 28 février 1996⁵⁷, sur la mise à l'isolement, qui faisait l'objet de vives critiques : le Conseil d'Etat se « bornant à reprendre la lettre des textes en vertu desquels l'isolement n'était pas une sanction disciplinaire, ni ne modifiait les conditions de détention, sans confronter ces affirmations textuelles à la réalité⁵⁸ ». Constitue toujours une mesure d'ordre intérieur, la décision de placement en cellule disciplinaire à titre préventif d'un détenu, sur décision du chef d'établissement⁵⁹, ou les mesures relatives aux transferts des détenus⁶⁰.

Le revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'Etat concernant la décision de placement à l'isolement d'un détenu contre son gré est tout à fait fondamental. L'arrêt *Remli* du 30 juillet 2003 confirmant l'arrêt de la CAA de Paris⁶¹ considère désormais l'isolement comme une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir – « le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constitue, eu égard à l'importance de

⁵⁵ J.-P. Céré, « Les droits des détenus sous la Cinquième République : de réels progrès ? », in *RFAP*, n° 99, juillet-septembre 2001, p. 422.

⁵⁶ P. Couvrat, « L'originalité du droit disciplinaire dans les prisons », *op. cit.*, pp. 89 et s. Et même si le détenu peut, depuis la loi du 12 avril 2000 (Loi n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, 13 avril 2000), se faire assister d'un avocat au cours de la procédure disciplinaire, les droits de la défense sont encore « maltraités », J.-P. Céré, « Les droits des détenus sous la Cinquième République : de réels progrès ? », *op. cit.*, p. 423.

⁵⁷ CE, 28 février 1996, *Fauqueux*, *Rec.*, p. 52 ; *RSC*, 1997, p. 447, chron. P. Poncela. L'arrêt de la CEDH *Ramirez Sanchez c. France* a estimé que cette jurisprudence était contraire à « l'article 13 de la Convention à raison de l'absence en droit interne d'un recours qui eût permis au requérant de contester les mesures de prolongation de mise à l'isolement ». CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, précité, § 135.

⁵⁸ M. Herzog-Evans, « L'isolement carcéral imposé n'est plus une mesure d'ordre intérieur », note sous CE, 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, *D.*, 2003, n° 34, pp. 2331 et s.

⁵⁹ CE 5/7 SSR, 12 mars 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Frérot*, *Rec.*, p. 121 ; *AJDA*, 2003, p. 1271, concl. contr. T. Olson ; *AJDA*, 24 mars 2003, p. 251, note M.-C. de Montecler.

⁶⁰ CE, 23 février 2000, *Glaziou*, req. n° 155607 ; *D.*, 2001, p. 564, chron. J.-P. Céré.

⁶¹ CE 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Remli*, *Rec.*, p. 366 ; *Gaz. Pal.*, 9-13 novembre 2003, p. 13, concl. M. Guyomar ; *D.*, n° 34, 2003, pp. 2331-2334 note M. Herzog-Evans ; *AJDA*, 17 novembre 2003, pp. 2090-2093, note D. Costa. CAA Paris, 5 novembre 2002, *Remli* ; *D.*, n°6, 2003, concl. J.-P. Demouveau ; *AJDA*, 3 février 2003, pp. 175-180, note D. Costa.

ses effets sur les conditions de détention, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir » – et devant être motivée – « la mise à l'isolement est au nombre des décisions qui doivent être motivées en application de l'article premier de la loi du 11 juillet 1979 ». Le Conseil d'Etat a donc abandonné sa lecture stricte des articles D. 283-1 et D. 283-2 CPP, pour lui préférer une démarche pragmatique : il prend ainsi en compte la dimension factuelle de la situation des « administrés »⁶². Par ailleurs, la référence explicite à la loi du 11 juillet 1979⁶³ va entraîner une modification de la procédure de mise à l'isolement. La décision devait déjà être motivée, selon les termes mêmes de la circulaire du 14 décembre 1998⁶⁴, qui s'appuyait d'ailleurs sur la jurisprudence *Marie* pour justifier cette nécessité. Mais cette obligation est ici renforcée, et la décision devra être prise dans le cadre d'une procédure contradictoire, en application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000⁶⁵. Ceci a aussi pour conséquence de permettre au détenu de correspondre sous pli fermé avec le mandataire de son choix, ou encore d'avoir accès à son dossier. Cette évolution concernant les décisions de mise à l'isolement

⁶² D. Costa, note sous CE 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, précité. La suspension en référé d'une décision de prolongement d'un placement à l'isolement prononcé par le directeur de l'administration pénitentiaire, s'inscrit dans cette perspective. Par exemple, TA Paris, 19 août 2004, req. n° 0418191/9/1 ; *Actualité juridique Pénal*, n° 10/2004, p. 374, note E. Péchillon.

⁶³ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JO*, 12 juillet 1979.

⁶⁴ Circulaire AP 98-04 PMJ4 du 14 décembre 1998 relative au placement à l'isolement, *BOMJ*, janvier-mars 1999 : « Le placement à l'isolement par mesure de précaution ou de sécurité est ordonné par le chef d'établissement à la demande du détenu ou de sa propre initiative. S'agissant d'une compétence qui lui appartient en propre, il doit porter une attention particulière à sa motivation. » L'article 1.4.1 précise que « depuis l'arrêt *Marie* rendu par le Conseil d'Etat le 17 février 1995, les juridictions administratives acceptent de contrôler la légalité des décisions disciplinaires "faisant grief". Le contrôle de la légalité ne s'est pas étendu pour l'instant aux décisions de placement à l'isolement. Elles continuent à être qualifiées par les décisions les plus récentes de "mesures d'ordre intérieur" non susceptibles de recours. Les juridictions se réfèrent à l'article D. 283-2 pour considérer que "la mesure de mise à l'isolement n'a pas pour effet d'aggraver les conditions de la détention et n'est pas par nature susceptible d'exercer une influence sur la situation juridique de la personne qui en est l'objet" (Conseil d'Etat, 28 février 1996, arrêt *Fauqueux*, Conseil d'Etat, 22 septembre 1997, arrêt *Trébutien*). Cependant, depuis le revirement jurisprudentiel relatif aux sanctions disciplinaires, on constate un accroissement considérable des recours contentieux formés par les détenus contre les décisions de placement à l'isolement ou de prolongation d'isolement. (...) C'est dans ce contexte de prise en compte croissante des droits individuels que s'impose l'obligation de motiver la décision de placement à l'isolement. » Par ailleurs, le directeur de l'administration pénitentiaire, Gilbert Azibert faisait remarquer que « la simple reprise des motifs succincts, indiqués à l'article D. 283-1, "par mesure de précaution ou de sécurité", est insuffisante ».

⁶⁵ Article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (entré en vigueur le 1er novembre 2000), *JO*, 13 avril 2000 : « Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. L'autorité administrative n'est pas tenue de satisfaire les demandes d'audition abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique. (...) ».

participe du mouvement plus général de soumission du service public pénitentiaire aux exigences de la légalité administrative⁶⁶.

En ce qui concerne le recours de plein contentieux, l'évolution est beaucoup plus progressive. Si les juges du fond reconnaissent la responsabilité de l'administration pénitentiaire⁶⁷, sans retenir la faute lourde⁶⁸, le Conseil d'Etat quant à lui, y est longtemps demeuré attaché. Récemment, il a néanmoins reconnu la responsabilité de l'administration pénitentiaire concernant le suicide d'un détenu⁶⁹, le suicide devant être « regardé comme la conséquence directe d'une succession de fautes imputables au service pénitentiaire ». Les juges du fond ont d'ailleurs mis en œuvre cette jurisprudence Chabba⁷⁰. Mais cette formulation de succession de fautes, n'est pas la reconnaissance de la faute simple unique⁷¹.

Le Conseil d'Etat tend à faire évoluer sa jurisprudence en matière pénitentiaire, même si l'administration pénitentiaire n'est pas encore considérée comme une administration comme les autres en matière de contrôle juridictionnel. La Haute juridiction occupe ainsi une place importante dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH.

⁶⁶ D. Bouju, « L'ordre intérieur, une réalité pénitentiaire mieux appréhendée par le juge administratif », in E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*, Rennes, Laboratoire d'études du droit public, 2003, p. 132.

⁶⁷ Voir sur ce point supra, première partie, titre II, chapitre 2, II, A.

⁶⁸ Un exemple concernant le suicide d'un détenu par intoxication médicamenteuse à la maison d'arrêt de Saint-Quentin-Fallavier. Le jugement rendu par le tribunal administratif de Grenoble retient que « le fait de ne pas avoir procédé à une nouvelle fouille (...) doit être regardé comme constitutif d'une faute dans l'organisation de la mission de surveillance, faute de nature à engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire », TA Grenoble, 2 décembre 2003.

⁶⁹ CE 2/1 SSR, 23 mai 2003, *Mme Chabba, Rec.*, p. 240 ; *AJDA*, 2004, p. 157, note N. Albert ; *RFDA*, 2003, p. 850.

⁷⁰ TA Rouen, 17 septembre 2004, *Mme L.*, req. n° 0202252 ; *AJDA*, 2005, p. 737, note H. Arbousset.

⁷¹ Dans une affaire concernant la mort d'un détenu suite à un incendie provoqué par un codétenu, le juge a refusé l'indemnisation sur le fondement d'une succession de fautes conséquence directe du décès. L'indemnisation s'est faite sur le fondement d'une responsabilité sans faute, à raison du risque spécial créé par l'incarcération de « trois jeunes gens dans une cellule de 9 m² en méconnaissance de la réglementation concernant l'emprisonnement individuel des détenus de moins de 21 ans ». Cette évolution jurisprudentielle, si elle est confirmée, pourrait s'avérer décisive dans le processus de réception de la norme supranationale, la surpopulation carcérale entrant dans le champ des mauvais traitements dénoncés au niveau international. TA Versailles, 18 mai 2004, *M. et Mme Z.*, req. n° 0101135 ; *AJDA*, 2004, p. 2172, note H. Arbousset. Par ailleurs, la CAA de Marseille a retenu la responsabilité de l'Etat concernant le suicide d'un détenu, « l'absence de signalement aux gardiens par le service médical pénitentiaire du risque d'attentat à ses jours que présentait M. X du fait de sa mise en détention s'ajoutant à l'absence de mise en place d'une surveillance médicale appropriée de l'intéressé, ont constitué une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat à l'égard des ayants-droit de la victime ». CAA Marseille, 15 novembre 2004, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Engel*, req. n° 02MA00449 ; *JCP A*, 2005, n° 1092, note F Lemaire, « Abandon confirmé ou survivance de la faute lourde pour l'administration pénitentiaire ? ».

b- Le rôle du Conseil d'Etat dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire

L'administration pénitentiaire est une administration qui « aime faire les choses seule⁷² ». Rien d'étonnant alors à ce qu'elle ait souvent élaboré ses réformes seule, par la voie du décret simple⁷³. Il n'y a pas de travail de concert entre la direction de l'administration pénitentiaire et les juridictions administrative et européenne des droits de l'homme⁷⁴. Le dialogue n'a pas été instauré de manière à prévenir d'éventuelles violations de la légalité. Si le rôle d'une juridiction n'est certes pas celui de la prévention, le Conseil d'Etat, de par son deuxième visage de conseiller du gouvernement pourrait tout à fait travailler en collaboration avec les services juridiques des administrations. Il n'en est rien. Par conséquent, le seul mode de communication entre le Conseil d'Etat et l'administration pénitentiaire est celui de la mise en cause juridictionnelle⁷⁵.

Le constat est le même quels que soient les interlocuteurs rencontrés : « L'évolution du régime disciplinaire n'aurait jamais eu lieu sans le Conseil d'Etat en 1995. Il y a eu une circulaire une semaine après⁷⁶. » « Par rapport au Conseil d'Etat et à l'arrêt *Marie*, il y a eu des débats. Les anciens de l'administration pénitentiaire, ceux qui avaient plusieurs années de service se sont sentis remis en cause, envisageant la chose comme une réduction de l'autorité. Les plus jeunes ont vu cet arrêt comme une avancée du droit. Il n'y a pas eu de révolution, il y a eu débats⁷⁷. » A la suite de l'arrêt *Marie*, l'administration pénitentiaire a dû revoir globalement son régime disciplinaire. Pendant des années tout ce qui avait touché ce régime n'avait été réformé que par la voie du décret simple⁷⁸. L'innovation en la

⁷² Entretien 4.

⁷³ Par exemple, des réformes comme celle des services pénitentiaires d'insertion et de probation engagée par une circulaire du garde des Sceaux, du 31 mars 1998, adoptée par un décret du 13 avril 1999 (décret n° 99-276 du 13 avril 1999, modifiant le code de procédure pénale et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation, *JO*, 14 avril 1999), ou la modification de la classification des établissements pénitentiaires, (décret n° 2003-259 du 20 mars 2003 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses autres dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires, *JO*, 22 mars 2003), sont des réformes n'ayant pas fait l'objet d'un avis du Conseil d'Etat.

⁷⁴ Entretien 4.

⁷⁵ Sur le rôle de la sanction dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, voir infra, troisième partie, titre II, chapitre 1, I.

⁷⁶ Entretien 8.

⁷⁷ Entretien 7.

⁷⁸ Entretien 8.

matière date de 1996, le décret réformant le régime disciplinaire⁷⁹ ayant été pris après avis du Conseil d'Etat⁸⁰. Ce décret implique d'ailleurs l'entrée de l'avocat au prétoire, ce qui est une évolution importante, car l'entrée de l'avocat signifie recours, qui peut être fondé sur l'article 3 CSDH⁸¹.

Concernant l'isolement administratif imposé, autre exemple emblématique, même constat⁸². Si l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat avait été entendue⁸³, la confirmation de l'arrêt de la CAA de Paris par le Conseil d'Etat va avoir des conséquences procédurales et contentieuses importantes⁸⁴, que l'administration pénitentiaire jusque là refusait. En effet, au niveau procédural, le placement à l'isolement en application de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000⁸⁵ devra être soigneusement motivé, et décidé dans le cadre d'une procédure contradictoire, ce qui n'avait pas été prévu par une circulaire du 9 mai 2003⁸⁶, alors même que l'arrêt de la CAA avait été rendu. En ce qui concerne les conséquences contentieuses, le recours institué est un recours pour excès de pouvoir, il n'est donc pas soumis à la saisine préalable d'une autorité hiérarchique⁸⁷.

Concrètement, la sanction du Conseil d'Etat a engendré une réforme de la procédure de placement à l'isolement⁸⁸. Cette mise en conformité du droit ne se fait d'ailleurs pas par acquis de conscience. Le directeur de l'administration pénitentiaire, dans une note 21 juin 2004, fait directement référence aux décisions des tribunaux administratifs rendues à la suite de l'arrêt *Remli*. C'est donc parce que le Conseil d'Etat ouvre une brèche dans

⁷⁹ Décret n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (troisième partie : Décrets), *JO*, 5 avril 1996.

⁸⁰ Entretien 8.

⁸¹ Entretien 5.

⁸² L'administration pénitentiaire a engagé une réforme des textes relatifs à la procédure d'isolement à la suite de l'arrêt *Remli* du Conseil d'Etat. Note du 21 juin 2004 relative aux dispositions transitoires relatives à la procédure de placement à l'isolement.

⁸³ Circulaire AP 98-04 PMJ4 du 14 décembre 1998 relative au placement à l'isolement, *BOMJ*, janvier-mars 1999 : « Le placement à l'isolement par mesure de précaution ou de sécurité est ordonné par le chef d'établissement à la demande du détenu ou de sa propre initiative. S'agissant d'une compétence qui lui appartient en propre, il doit porter une attention particulière à sa motivation. »

⁸⁴ M. Herzog-Evans, « L'isolement carcéral imposé n'est plus une mesure d'ordre intérieur », *op. cit.*

⁸⁵ Loi 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, dite DCRA, *JO*, 13 avril 2000.

⁸⁶ Circulaire AP 2003-04 PMJ4 du 9 mai 2003 relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *BOMJ*, avril-juin 2003.

⁸⁷ M. Herzog-Evans, « L'isolement carcéral imposé n'est plus une mesure d'ordre intérieur », *op. cit.*

⁸⁸ Note du 21 juin 2004 relative aux dispositions transitoires relatives à la procédure de placement à l'isolement.

laquelle les autres juridictions seront obligées de s'engouffrer qu'il y a influence réelle du Conseil d'Etat.

Ainsi, certaines anticipations, certes partielles, sont envisagées dès lors qu'il existe une forte probabilité que l'administration pénitentiaire soit condamnée. Cela a été le cas concernant la réforme du régime de l'isolement, suite à l'arrêt de la CAA de Paris⁸⁹. Une note, informant de l'arrêt *Remli*, et visant à rappeler la circulaire de 1998 sur l'isolement, a été signée le 27 février 2003, par le Garde des Sceaux, pour que l'isolement soit motivé, ce qui peut avoir des conséquences très concrètes : ces notes peuvent avoir des incidences aussi importantes que de nouveaux textes réglementaires. Elles sont adressées directement aux chefs d'établissements, et l'isolement est le quotidien⁹⁰.

En ce sens, les avis du Conseil d'Etat permettent à l'administration pénitentiaire de connaître la position de la Haute juridiction sur des questions précises. De ce point de vue, les avis concernant l'administration pénitentiaire, ou tout du moins le champ pénitentiaire, peuvent se révéler aussi importants que les condamnations, puisque révélateur de ce que pourra être la position du juge en cas de litige postérieur. Ainsi concernant la loi DCRA du 12 avril 2000⁹¹, ce n'est que suite à un avis très explicite du Conseil d'Etat que la direction de l'administration pénitentiaire a adressé une circulaire aux directeurs d'établissements⁹², visant à rappeler l'application de cette loi aux détenus. Cette circulaire rappelle ainsi le dispositif prévu par la loi concernant la procédure d'assistance et de représentation dans le cadre de l'édiction des décisions individuelles devant être motivées⁹³. Entrent dans le champ d'application de cet article les décisions prises par la commission de discipline à l'encontre des personnes détenues. La circulaire fait ainsi explicitement référence à l'avis. « En effet, selon l'avis du Conseil d'Etat en date du 3 octobre 2000, le régime disciplinaire des détenus, organisé, conformément à l'article 728 du code de procédure pénale, par les articles D. 249 et suivants dudit code, dans leur rédaction issue du décret n° 96-287 du 2

⁸⁹ CAA Paris, 5 novembre 2002, *Remli*, précité.

⁹⁰ Entretien 5.

⁹¹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, 13 avril 2000.

⁹² E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*, op. cit., pp. 7 et s.

⁹³ « Cet article [24] prévoit que, exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de la loi du 11 juillet 1979 ne peuvent intervenir qu'après que l'intéressé a été mis à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales et permet à la personne concernée de se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. »

avril 1996, ne constitue pas un régime exclusif de l'application des garanties générales prévues par l'article 24 de la loi du 12 avril 2000. Intervenu à la suite du revirement jurisprudentiel opéré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Marie* (CE 17 février 1995) et en considération des principes contenus dans la recommandation R (87) 3 du Conseil de l'Europe sur les règles pénitentiaires et tirés de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le décret du 2 avril 1996 a consacré les principes de légalité des fautes et des sanctions et du contradictoire⁹⁴. »

Le Conseil d'Etat joue donc un rôle primordial dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, ce qui est d'autant plus important que la Haute juridiction est elle-même soumise à des influences qui la poussent à intégrer l'article 3 CSDH dans sa jurisprudence.

2. *Une juridiction sous influence*

L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat se fait sous l'impulsion, la pression ?, des commissaires du gouvernement. Ces derniers, favorables à une intensification du contrôle juridictionnel sur les actes de l'administration pénitentiaire, ont su persuader le Conseil d'Etat d'élargir son contrôle et permettre ainsi que les juges du fond puissent exercer un véritable contrôle sur les activités de cette administration, jusque là régie par la mesure d'ordre intérieur et responsable que de manière exceptionnelle (a). Ces commissaires du gouvernement sont d'ailleurs eux-mêmes influencés. Si le « juge administratif n'a pas à se soumettre aux fluctuations d'une opinion publique qui peut, sur une question aussi complexe et irrésolue que l'est celle des prisons, se contredire et se renier à peu d'années d'intervalle⁹⁵ », il est nécessairement soumis à des influences extérieures. Deux institutions ont participé du renforcement du contrôle du juge administratif sur l'administration pénitentiaire, particulièrement dans le champ des traitements inhumains ou dégradants : la CEDH (b) et le CPT (c).

⁹⁴ Circulaire AP 2000-05 CAB-DIR du 31 octobre 2000 relative à la procédure disciplinaire des détenus, *BOMJ*, octobre-décembre 2000.

⁹⁵ Concl. J.-P. Demouveau sur CAA Paris, 5 novembre 2002, *Remli*, précité, p. 378.

a- L'impulsion de certains commissaires du gouvernement⁹⁶

Le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Marie*⁹⁷ a suivi les conclusions du commissaire du gouvernement, Patrick Frydman, ce dernier qualifiant la jurisprudence du Conseil d'Etat d'« une jurisprudence d'*opportunité*, plutôt que de droit », fondée sur « une théorie des mesures d'ordre intérieur » « n'[apportant] pas de fondement véritablement convaincant » à cette jurisprudence⁹⁸. Le commissaire du gouvernement a montré qu'« au-delà de la fiction jusqu'ici délibérément entretenue par la jurisprudence », « la plupart de ces sanctions portent en réalité des atteintes manifestes tant aux droits et libertés des intéressés qu'à leur situation juridique ou statutaire⁹⁹ », considérant cette jurisprudence comme « une manifestation d'archaïsme sinon constitutive d'un véritable déni de justice, du moins difficilement compatible avec les principes de l'Etat de droit tel qu'il est aujourd'hui entendu¹⁰⁰ ».

L'arrêt *Remli*¹⁰¹ du Conseil d'Etat, confirmant l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris¹⁰², est lui aussi un véritable revirement de jurisprudence. La CAA avait suivi son commissaire du gouvernement, Jean-Pierre Demouveaux, en considérant que « le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constitue non une mesure d'ordre intérieur mais une décision faisant grief, susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir », dans la mesure où « une telle mesure aggrave les conditions matérielles de la détention ». Jean-Pierre Demouveaux¹⁰³ avait particulièrement insisté sur l'inéluctabilité du renversement de la jurisprudence *Fauqueux*, exhortant le juge administratif à faire un « effort d'adaptation ». Il appuyait son raisonnement sur des considérations de fait et de droit, ce revirement permettant de « rendre plus cohérente tant la jurisprudence relative aux mesures d'ordre intérieur que celle régissant les conditions de fonctionnement du service public pénitentiaire ».

⁹⁶ Sur le rôle des commissaires du gouvernement dans l'élaboration des arrêts du Conseil d'Etat, voir D. Labetoulle, « Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 333.

⁹⁷ CE Ass., 17 février 1995, *Marie*, précité.

⁹⁸ Concl. P. Frydman sur CE Ass., 17 février 1995, *Marie*, précité, copie de l'original présenté au Conseil d'Etat, pp. 4 et 5.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 6

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰¹ CE 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, précité.

¹⁰² CAA Paris, 5 novembre 2002, *Remli*, précité.

¹⁰³ Concl. J.-P. Demouveaux sur CAA Paris, 5 novembre 2002, *Remli*, *op. cit.*, p. 380.

Le commissaire du gouvernement, Mattias Guyomar, adopte dans l'affaire *Remli* l'attitude pragmatique de la CAA de Paris et, rejoint en cela le raisonnement suivi par Patrick Frydman dans l'affaire *Marie*, à savoir, qu'une décision interne à l'administration peut faire l'objet d'un recours en annulation si eu égard à sa nature et à sa gravité, soit elle porte atteinte aux droits et libertés de son destinataire, soit elle emporte des conséquences néfastes sur sa situation statutaire, juridique ou matérielle. Mattias Guyomar estime cette solution « à la fois imparable, sur le plan de l'orthodoxie juridique et, sur le plan du respect de la dignité humaine parfaitement juste¹⁰⁴ ». Le Conseil d'Etat suivra donc ici son commissaire du gouvernement dans la voie du rétrécissement du champ des mesures d'ordre intérieur.

Certains commissaires du gouvernement poussent le Conseil d'Etat à adopter une jurisprudence progressiste en matière pénitentiaire, et tout simplement à ouvrir son contrôle à la quasi-totalité des activités de l'administration pénitentiaire. Pour autant, la Haute juridiction ne suit pas systématiquement son commissaire du gouvernement, comme cela a été le cas, encore récemment, dans l'arrêt *Ministre de la justice c. Frérot*¹⁰⁵. M. Frérot, détenu au centre pénitentiaire de Fresnes, avait refusé à l'issue d'une visite au parloir de se soumettre à une fouille intégrale, notamment un contrôle buccal, et avait été placé en cellule dite de prévention, en réalité en cellule disciplinaire à titre préventif, par le président de la commission de discipline du centre pénitentiaire de Fresnes. Puis la commission de discipline avait prononcé à son encontre une sanction de mise en cellule disciplinaire pour une durée de huit jours. Le Conseil d'Etat, annulant l'arrêt de la CAA de Paris¹⁰⁶, a considéré que la décision de placement en cellule disciplinaire à titre préventif était destinée à « préserver l'ordre intérieur dans l'établissement de détention », en application de l'article D. 250-3 CPP, « qu'une mesure de cette nature, qui n'est pas constitutive d'une sanction disciplinaire, présente, eu égard à sa durée ainsi qu'à son caractère provisoire et conservatoire, le caractère d'une mesure d'ordre intérieur qui n'est pas susceptible d'être déférée au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

¹⁰⁴ M. Guyomar cité par D. Costa, note sous CE 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, *op. cit.*, p. 2091.

¹⁰⁵ CE 5/7 SSR, 12 mars 2003, *Ministre de la justice c. Frérot*, précité.

¹⁰⁶ CAA Paris, 29 juin 2001, req. n° 97PA03556.

Terry Olson, commissaire du gouvernement dans cette affaire, après avoir souligné « la volonté clairement affichée par la cour administrative d'appel de Paris de construire une jurisprudence novatrice voire audacieuse en matière de droit pénitentiaire », s'était interrogé sur les décisions relevant de la catégorie des mesures d'ordre intérieur, plus précisément sur leur délimitation. Il proposait au Conseil d'Etat de qualifier le placement en cellule disciplinaire à titre préventif d'acte faisant grief, assimilable à une sanction¹⁰⁷. Il indique ainsi dans ses conclusions : « continuer de juger que cette mesure est une mesure d'ordre intérieur nous paraîtrait aller clairement à rebours de l'orientation dominante de la jurisprudence et du mouvement des idées prévalant aujourd'hui quant à l'évolution souhaitable du milieu carcéral », le placement en cellule disciplinaire à titre préventif répondant aux exigences de la jurisprudence *Marie*, « quant à sa nature et sa gravité ». Pour autant, le Conseil d'Etat ne l'a pas suivi.

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

La jurisprudence de la CEDH est susceptible de faire évoluer la jurisprudence du Conseil d'Etat¹⁰⁸. La CEDH ne peut cependant espérer avoir une incidence sur la Haute juridiction que par le biais de l'influence, « l'autorité persuasive¹⁰⁹ », puisque « la CEDH n'est pas une juridiction suprême s'imposant au Conseil d'Etat. La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme ne permet pas au requérant de demander au juge administratif de réexaminer la décision qui a donné lieu à cet arrêt¹¹⁰. » Le juge administratif se plie normalement à l'autorité de la chose jugée par le juge européen des

¹⁰⁷ Concl. contr. T. Olson sur CE 5/7 SSR, 12 mars 2003, *Ministre de la justice c. Frérot*, *op. cit.*, p. 1274.

¹⁰⁸ Nous nous appuyons ici sur les nombreuses études réalisées sur l'influence de la jurisprudence européenne sur le juge national, notamment J. Andriantsimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, LGDJ, 1998, 663 p. ; S. Braconnier, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 590 p. ; L. Potvin-Solis, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, LGDJ, 1999, 799 p.

¹⁰⁹ J. Andriantsimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, *op. cit.*, pp. 161 et s.

¹¹⁰ CE 4/5 SSR, 11 février 2004, *Mme Chevrol*, *Rec.*, p. 67 : « Considérant qu'il ne résulte d'aucune stipulation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment de son article 46, non plus que d'aucune disposition de droit interne, que la décision du 13 février 2003 par laquelle la cour européenne des droits de l'homme a condamné la France puisse avoir pour effet de réouvrir la procédure juridictionnelle qui a été close par la décision du Conseil d'Etat du 9 avril 1999 et à l'issue de laquelle Mme Chevrol a saisi la cour européenne des droits de l'homme ; que dès lors la requête de Mme Chevrol ne peut qu'être rejetée ». Sur cet aspect, voir J. Andriantsimbazovina, « La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme », in *RFDA*, janvier-février 2005, pp. 163 et s.

droits de l'homme. Néanmoins, il le fait sur des critères différents de ceux connus traditionnellement en droit interne. Malgré son refus de reconnaître une autorité contraignante à la jurisprudence européenne des droits de l'homme – mais aussi constitutionnelle et communautaire – le juge administratif français n'est pas insensible à la force persuasive de celle-ci, enserré dans une nouvelle conception de l'autorité des décisions de justice : l'autorité de chose interprétée¹¹¹.

« Pour le juge administratif français, la Convention européenne ne constitue qu'une norme de référence subsidiaire » et « il évite de se placer sur le terrain de la Convention¹¹² ». Si la jurisprudence du Conseil d'Etat a évolué, ce mouvement de rejet de la Convention a longtemps été une réalité. Ainsi, Laurence Potvin-Solis remarque qu'« il n'existe pas de règles gouvernant l'ordre des moyens invoqués devant ses formations de jugement. Une telle préférence ne peut donc se manifester que de façon insidieuse¹¹³ ». De même, elle remarque que « le caractère subsidiaire de la Convention peut être décelé lorsque le Conseil d'Etat recourt à un principe général du droit français pour fonder sa décision alors qu'existe une disposition conventionnelle ayant un contenu matériel identique¹¹⁴ ».

Stéphane Braconnier parle ainsi d'une « résistance du droit administratif en général, et du juge en particulier¹¹⁵ ». Cette remarque a d'ailleurs été formulée par un ancien directeur de l'administration pénitentiaire : dans les fonctions judiciaires qu'il a exercées, il a pu « constater la réserve du juge français à l'égard du juge supranational dès lors qu'il y avait des dispositions nationales à appliquer¹¹⁶ ». On a « longtemps sous-estimé (et pas seulement en France) l'importance des incidences que pouvait comporter l'application de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif »¹¹⁷. Pourtant aujourd'hui, l'intérêt des plaideurs pour la Convention européenne des droits de

¹¹¹ J. Andriantsimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, *op. cit.*, pp. 365 et s.

¹¹² Laurence Potvin-Solis, reprenant ainsi l'analyse de Jean-François Flauss (J.-F. Flauss, « Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme », in *AJDA*, 1983, pp. 390-391), met en évidence la subsidiarité de la Convention dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. L. Potvin-Solis, *op. cit.*, p. 66.

¹¹³ *Ibidem*, p. 67.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 68. CE Ass., 26 septembre 1984, *Lujambio Galdaneo*, *Rec.*, p. 307 ; CE, 14 décembre 1987, *M. Urizar Murgoitio*, req. n° 88522 ; *RFDA*, 1989, pp. 55 et s., concl. O. Schrameck.

¹¹⁵ S. Braconnier, *op. cit.*, p. 186.

¹¹⁶ Entretien 9.

¹¹⁷ R. Abraham, « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif », in *RFDA*, 1990, p. 1053.

l'homme devant les juridictions nationales va croissant¹¹⁸, et la meilleure prise en compte du droit international par le juge administratif a conduit les plaideurs, par l'intermédiaire de leurs avocats, à multiplier les moyens fondés sur des normes issues du droit international, notamment la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁹.

Un dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour existe même s'il relève plus des « relations officieuses entre les juges¹²⁰ ». A nouveau, ce sont les commissaires du gouvernement qui jouent un rôle particulier dans ce processus, puisque « l'interprétation par référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'apparaît qu'à la lecture des conclusions des commissaires du gouvernement. La prise en compte des interprétations issues de la jurisprudence européenne peut conforter une lecture textuelle des normes conventionnelles mais peut aussi conduire le Conseil d'Etat à en dépasser les limites¹²¹ ». L'interprétation se fait ainsi par « référence implicite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹²² ».

Le revirement de jurisprudence de 1989¹²³ est en partie dû à l'action efficace et patiente de quelques commissaires du gouvernement, ceux que Jean-François Flauss appelle « la génération montante au sein du Conseil d'Etat »¹²⁴. Il est intéressant de noter que dans la fameuse affaire *Comm. de Morsang-sur-Orge*, le commissaire du gouvernement, Patrick Frydman, fait référence de manière extrêmement claire au droit international et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Alors même qu'il reconnaît que l'article 3 CSDH ne peut servir de base légale aux décisions des maires incriminées, il va s'appuyer sur cet article pour justifier que la dignité humaine soit considérée comme une composante de l'ordre public, et donc pour admettre la possibilité pour les maires « de faire usage des pouvoirs de police municipale en cas d'atteinte à la dignité de la personne humaine ».

¹¹⁸ F. Sudre, « Le contentieux français à Strasbourg : bilan de onze ans de recours individuel », in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme – 1974/1992*, Actes du colloque tenu à Montpellier en février 1993, Strasbourg, NP Engel, 1994, p. 62, cité par S. Braconnier, *op.cit.*, p. 27.

¹¹⁹ S. Braconnier, *op. cit.*, p. 151.

¹²⁰ L. Potvin-Solis, *op. cit.*, p. 212.

¹²¹ *Ibidem*, p. 660.

¹²² *Ibid.*

¹²³ CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo, Rec.*, p. 190 ; *RFDA*, 1989, p. 512, concl. P. Frydman ; *GAJA*, n° 98.

¹²⁴ S. Braconnier, *op. cit.*, p. 151.

Mattias Guyomar, dans ses conclusions sur l'arrêt *Remli*¹²⁵, précise « à l'appui de la confirmation du revirement opéré par la CAA de Paris – sans être toutefois déterminante – la circonstance qu'elle permet d'éviter le risque de voir la France un jour condamnée par la cour de Strasbourg pour violation du droit au recours effectif, posé par l'article 13 de la CSDH », risque réel dans l'hypothèse du maintien de la jurisprudence *Fauqueux*¹²⁶, ce que l'arrêt de la CEDH *Ramirez Sanchez c. France* a confirmé¹²⁷. Cependant, certains membres du Conseil d'Etat demeurent « allergiques aux textes supranationaux », pour reprendre les termes d'un ancien directeur de l'administration pénitentiaire¹²⁸.

L'effet de la jurisprudence européenne sur celle du Conseil d'Etat apparaît dans les hypothèses d'alignement par le Conseil d'Etat de sa jurisprudence sur celle de Strasbourg mais connaît aussi des limites en cas de conflit persistant entre les deux jurisprudences¹²⁹. Les droits des étrangers montrent, en revanche, le rapprochement entre les deux jurisprudences : la protection des droits et libertés des étrangers par la juridiction administrative offre une parfaite illustration de l'influence des méthodes d'interprétation de la Cour sur la jurisprudence du Conseil d'Etat¹³⁰. « La prise en compte par le Conseil d'Etat de l'effet horizontal médiate des droits de la CSDH apparaît clairement dans sa jurisprudence récente relative à l'article 3 de la Convention. Dans un arrêt du 1^{er} décembre 1997¹³¹, il s'est prononcé sur la conformité à cet article de la décision par laquelle le préfet du Val-d'Oise, ayant ordonné une reconduite à la frontière algérienne. Le Conseil d'Etat se fonde sur une lecture de l'article 27 bis de l'ordonnance de 1945 et de l'article 3 de la Convention pour juger que "ces dispositions combinées font obstacle à ce que puisse être légalement désigné comme pays de destination d'un étranger..." (...) Sans se référer expressément à la jurisprudence européenne, et sans le dire, le Conseil d'Etat applique à

¹²⁵ M. Guyomar, concl. sur CE 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁶ D. Costa, note sous CE 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, *op. cit.*, p. 2092.

¹²⁷ Cette jurisprudence a été jugée contraire à « l'article 13 de la Convention à raison de l'absence en droit interne d'un recours qui eût permis au requérant de contester les mesures de prolongation de mise à l'isolement ». CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, précité, § 135.

¹²⁸ Entretien 9.

¹²⁹ L. Potvin-Solis, *op. cit.*, p. 245.

¹³⁰ Voir par exemple, CE, 15 février 1980, *Gabor Winter, Rec.*, p. 87 ; concl. D. Labetoulle ; *D.*, 1980, p. 449, cité par L. Potvin-Solis, *op. cit.*, p. 662.

¹³¹ CE, 1/4 SSR, 1^{er} décembre 1997, *Kechemir, Rec.*, p. 457.

l'ordonnance de 1945 l'interprétation de l'article 3 dégagée par la Cour, et les combine pour sanctionner l'effet horizontal médiat des droits qu'il protège¹³² ».

c- L'influence du CPT

Si l'influence de la CEDH devient réelle, les rapports du CPT sont désormais cités dans les conclusions de certains commissaires du gouvernement, dans des affaires concernant l'administration pénitentiaire. La référence aux rapports n'apparaît pas dans le corps même des arrêts. Cependant, le fait que le CPT fasse son apparition dans les conclusions est tout à fait intéressant, dans la mesure où son interprétation de l'article 3 CSDH est extensive par rapport à celle de la CEDH¹³³. Les éléments de fait rapportés par le CPT sont un véritable appui à une démonstration. La référence au CPT n'apparaît pas lorsque le commissaire du gouvernement ne souhaite pas voir la situation qualifiée d'atteinte à la dignité humaine, et encore moins de traitement inhumain ou dégradant. A l'inverse, elle est utilisée pour renforcer la démonstration du commissaire du gouvernement. C'est finalement le même type de raisonnement que celui de la CEDH vis-à-vis du CPT, celle-ci utilisant désormais les rapports du CPT comme des éléments objectifs de preuve¹³⁴.

Le CPT a ainsi servi de référence dans l'affaire *Remli*. Jean-Pierre Demouveau, dans ses conclusions sous l'arrêt de la CAA de Paris *Remli*¹³⁵ se sert des rapports du CPT pour montrer combien « les décisions de mise à l'isolement constituent un bon exemple de cet écart entre le droit et le fait ». Or, la CAA de Paris s'appuie sur les conclusions de son commissaire du gouvernement pour décider qu'une mesure de placement à l'isolement d'un détenu contre son gré aggrave les conditions matérielles de détention. L'arrêt confirmatif du Conseil d'Etat reprend l'argumentaire de la CAA de Paris, et à nouveau, sans citer le CPT, estime que cette mesure est une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le commissaire du gouvernement, Mattias Guyomar, en l'espèce, fait lui aussi référence aux rapports du CPT dans ses conclusions¹³⁶.

¹³² L. Potvin-Solis, *op. cit.*, p. 161.

¹³³ *Supra* première partie, titre I, chapitre 1, II.

¹³⁴ *Supra* première partie, titre I, chapitre 1, III.

¹³⁵ CAA Paris, 5 novembre 2002, *Remli*, concl. J.-P. Demouveau, *op. cit.*

¹³⁶ M. Guyomar, concl. sur CE 4/6 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, *op. cit.*, pp. 10-14.

La jurisprudence *Remli* est un véritable revirement de jurisprudence, auquel le commissaire du gouvernement invitait la Haute juridiction. Or, comme le précisait Mattias Guyomar, « à jurisprudence constante », l'arrêt de la CAA de Paris aurait dû être annulé. Il est donc tout à fait intéressant de constater que pour convaincre le Conseil d'Etat d'opérer ce revirement, le commissaire du gouvernement s'est appuyé sur une « démarche pragmatique », « une appréciation *in concreto* des effets de la mise à l'isolement » pour « en mesurer effectivement la portée », et pour démontrer, au final, que « le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré doit être regardé, eu égard à la gravité de ses effets sur les conditions de détention, comme une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹³⁷ ». Pour se livrer à cette appréciation *in concreto*, Mattias Guyomar apporte comme élément de preuve le rapport du CPT de 2000 qui relève que la mise à l'isolement est un « régime éminemment restrictif auquel de tels détenus sont soumis en l'absence d'activités structurées et d'activités en commun » et « les conséquences désocialisantes et psychiquement destructurantes d'une décision de mise à l'isolement ».

Cette utilisation des rapports du CPT va dans le sens d'une protection accrue des droits des détenus. Le CPT n'est, par exemple, pas cité lorsque le commissaire du gouvernement ne souhaite pas prendre cette voie. Ainsi, lorsque Rémy Schwartz conclut sur les arrêts *Frerot et Mouesca*¹³⁸ à une non violation de la dignité humaine concernant la pratique des fouilles intégrales, il s'appuie sur la jurisprudence de la Cour, et non sur l'interprétation du CPT. Le Conseil d'Etat suivant son commissaire du gouvernement conclut qu'il n'y a pas eu « atteinte disproportionnée au principe posé à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Pourtant, le CPT s'est déjà prononcé, de manière très critique, sur les fouilles¹³⁹.

La référence aux rapports du CPT tend à faire de cette institution un organe « digne de foi » ; en d'autres termes, cette utilisation des remarques et observations du CPT légitime l'intervention de ce dernier, et par conséquent contribue à renforcer le rôle de cet organe auprès de l'administration pénitentiaire. Le fait que les rapports du CPT soient désormais

¹³⁷ C'est le raisonnement repris dans l'arrêt confirmatif du Conseil d'Etat, ce dernier reprenant quasiment in extenso la formulation du commissaire du gouvernement Guyomar, tout en préférant le terme d'« importance » à celui de « gravité ».

¹³⁸ CE 4/6 SSR, 8 décembre 2000, *Frerot, Rec.*, p. 589 et *Mouesca*, req. n° 176389 ; *LPA*, 8 février 2001, concl. R. Schwartz.

¹³⁹ *Supra* première partie, titre I, chapitre 2, I, B, 1.

cités dans les conclusions des commissaires du gouvernement est révélateur de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de droit du service public pénitentiaire. En effet, cela indique ici une volonté claire de ceux qui utilisent cette référence de soumettre l'administration pénitentiaire à la CEPT et à l'article 3 CSDH, au droit d'une manière plus générale. Cela signifie que les atteintes à l'article 3 CSDH en milieu pénitentiaire sont désormais considérées comme anormales, « non conformes aux règles générales et aux lois reconnues¹⁴⁰ », en dehors de la norme donc. Cette utilisation des rapports du CPT participe donc à la normalisation du droit et des pratiques pénitentiaires, à leur mise en conformité à l'article 3 CSDH, à la reconnaissance de l'obligatorité de l'interdit contenu dans ce texte par l'administration pénitentiaire.

L'intervention juridictionnelle emporte donc des conséquences concrètes sur la situation du détenu, et sur l'organisation de l'administration pénitentiaire. Son rôle s'avère ainsi particulièrement important dans la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, car d'autant plus « visible », contrairement à d'autres médiations plus souterraines. Pour autant, si les juridictions administratives – le Conseil d'Etat particulièrement – et la CEDH obligent l'administration pénitentiaire à normaliser ses pratiques, leur intervention ne peut engendrer à elle seule une réception pleine et entière de l'article 3 CSDH. La reconnaissance de l'obligatorité de la norme par l'administration pénitentiaire dépend d'autres interventions, non juridictionnelles.

II – Les médiations non juridictionnelles

La réception de l'article 3 CSDH comme norme juridique contraignante pour l'administration pénitentiaire dépend de plusieurs médiations, intervenant à des degrés divers. Ces opérations de « traduction » – entendue dans son sens étymologique, à savoir « action de faire passer » – participent de la « production d'un sens par des transactions entre des perspectives distinctes¹⁴¹ ». Les médiations non juridictionnelles ne sont pas

¹⁴⁰ J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

¹⁴¹ Notion développée par Pierre Lascoumes, à la suite de Michel Callon et Bruno Latour, reprise par Vincent Simoulin. V. Simoulin « Emission, médiation, réception... Les opérations constitutives d'une réforme par imprégnation », in *RFSP*, 2000, vol. 50, n° 2, p. 337.

indépendantes les unes des autres. Elles peuvent même agir sur les médiations juridictionnelles.

La création de la Commission nationale de déontologie de la sécurité, par la loi du 6 juin 2000, en ce qu'elle est chargée de « veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la république¹⁴² », participe désormais pleinement à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire (A). Plus généralement, la société elle-même intervient dans cette réception : cette médiation sociétale agit à la fois en tant que médiation directe, et en tant que médiation rétroagissant sur les autres médiations (B)

A- La Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)

La question du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires a fait l'objet d'un rapport de la Commission Canivet¹⁴³. Cette Commission a été créée en juillet 1999, pour réfléchir au contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, car à l'époque, il était tout à fait impensable que l'administration pénitentiaire entre dans le champ de compétences du Conseil supérieur de déontologie de la sécurité – dénomination alors retenue pour la future Commission nationale de déontologie de la sécurité – projet alors en cours d'élaboration. Il fallait donc que l'administration pénitentiaire se dote d'un dispositif de contrôle propre mais efficient, pour légitimer le refus du gouvernement et de l'administration pénitentiaire de soumettre cette dernière au contrôle de cette institution. La commission Canivet a rendu son rapport en mars 2000, et l'une de ses propositions était l'instauration d'un contrôleur général des prisons, institué comme autorité administrative indépendante¹⁴⁴. Mais entre temps, l'administration pénitentiaire a finalement été intégrée dans le champ de compétences de la CNDS.

¹⁴² Article 1^{er} de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, *JO*, 7 juin 2000, modifiée par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO*, 19 mars 2003.

¹⁴³ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, *op. cit.*

¹⁴⁴ Sur la forme, le contrôleur pourrait être comparé au médiateur de la République. Il serait nommé pour six ans sur proposition de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, par le Président de la République. Il disposerait d'un large pouvoir d'enquête qui inclurait le droit à la communication de tout rapport ou document émanant de l'administration pénitentiaire, et d'un pouvoir d'auto saisine. Le projet de loi pénitentiaire prévoyait l'institution d'un contrôleur général des prisons, il devait aussi développer la médiation, remplacer la commission de surveillance par une « commission d'évaluation et de coordination »

L'administration pénitentiaire est donc désormais soumise au contrôle de la CNDS, instituée sous la forme d'une autorité administrative indépendante (AAI). La création de ce type d'institution permet de répondre aux exigences de régulation d'un secteur qui touche à l'exercice des libertés essentielles, en lui octroyant des moyens d'intervention et d'expression originaux. La CNDS est ainsi une institution visant à contrôler les manquements à la déontologie dans toutes les professions de la sécurité, y compris l'administration pénitentiaire (1). De ce fait, elle occupe une place désormais tout à fait singulière dans la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire : si elle n'a pas été spécifiquement créée dans le but d'une réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire, elle devrait y contribuer très fortement (2).

1. Une institution ambitieuse dans la lutte contre les manquements déontologiques des professions de la sécurité intérieure

Aux termes mêmes de l'exposé des motifs du projet de loi portant création d'un conseil supérieur de la déontologie de la sécurité – dénomination initiale de la CNDS – le but de cette institution était de permettre, « à l'instar de celle du médiateur de la République, de répondre à un besoin de transparence à l'égard des citoyens dans leurs rapports avec les différents intervenants en matière de sécurité¹⁴⁵ ». En effet, face à la demande de sécurité, les agents publics ne sont plus les seuls à intervenir. Le respect de règles et de valeurs communes s'impose à l'ensemble de ces acteurs. « En cela, la déontologie constitue un élément essentiel de la sécurité que se doit d'assurer un Etat républicain ». La CNDS, créée sous la forme d'une autorité administrative indépendante¹⁴⁶ (AAI), est chargée d'une

et améliorer les contrôles de l'autorité judiciaire (Avant-projet de loi sur « la peine et le service public pénitentiaire » et synthèse de l'avant-projet de loi « les points forts », recueillis sur le site internet du ministère de la justice : <http://www.justice.gouv.fr>, parus en juillet 2001).

¹⁴⁵ Voir l'exposé des motifs du projet de loi n° 621, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 janvier 1998. Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2001*, Paris, La Documentation française, 2002, pp. 103 et s.

¹⁴⁶ Datant des années 1970, les AAI se sont développées dans des secteurs d'intervention de l'Etat, où la dépolitisation de son action était réclamée et nécessaire. L'existence de telles instances n'est pas une spécificité française. C'est en fait aux Etats-Unis que sont apparues les premières « independant agencies », ancêtres éloignés de ces autorités administratives indépendantes françaises. Le modèle britannique des quasi-autonomes non governmental organizations (« quangos ») recouvre des institutions très diverses, et instituées à l'initiative de l'exécutif, pour assurer une tâche déterminée, sans passer par la création d'un nouveau service. Il n'y a pas d'homogénéité entre les différentes « quangos », la variété de ces organismes est immense, et aucune institution n'est typique, même si elles jouissent d'un poids réel (Voir en ce sens C.-A. Colliard, G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1988, 319 p.) La première AAI française a été créée en 1973, c'est le médiateur de la République,

mission ambitieuse : veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République.

Les AAI sont une nouvelle forme de régulation des conflits¹⁴⁷ et jouent un rôle d'arbitrage, de médiation, du fait de leur extériorité présumée, par rapport à l'Etat¹⁴⁸. Quoiqu'il en soit, elles ont vocation à se substituer, ou tout du moins à se surajouter, aux contrôles traditionnels. En effet, « elles utilisent largement leur pouvoir de sanction administrative ; et leur création n'a pas entraîné la disparition des sanctions pénales qui existaient auparavant¹⁴⁹ ». Cependant, la « mission de régulation des autorités administratives indépendantes requiert une instantanéité qui s'accommode mal du contrôle a posteriori des instances juridictionnelles¹⁵⁰ ». Les AAI viennent le plus souvent compléter les modes traditionnels de protection des libertés qu'assurent le Parlement, le juge, les associations, dans des secteurs comme les nouvelles technologies, les relations avec l'administration, ou l'économie et où sont en cause des jeux de pouvoir¹⁵¹. Elles interviennent comme tierce personne dans les conflits et permettent la médiation et l'expression de tous les acteurs sociétaux¹⁵². Les contrôles traditionnels étant perçus comme des procédures de complaisance, cette forme d'intervention traduit la volonté de l'Etat de faire intervenir un tiers neutre¹⁵³, dont la nécessité se fait particulièrement

héritier de « l'ombudsman » suédois », importé des pays scandinaves. Le médiateur de la République a pour tâche de résoudre les conflits entre l'administration et les citoyens.

¹⁴⁷ M. Delmas-Marty, in J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998.

¹⁴⁸ Leur création est tantôt présentée comme une forme d'auto-limitation du pouvoir exécutif, ou en d'autres termes, comme signifiant le dessaisissement de l'autorité gouvernementale, à l'égard de laquelle existerait une certaine crise de confiance. Tantôt, les AAI sont considérées comme un dessaisissement du juge au profit de cette nouvelle forme de médiation. Hypothèses relevées par J.-L. Autun, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ? », in *RDP*, 1991, p. 1214.

¹⁴⁹ M. Delmas-Marty, « La mondialisation du droit : chances et risques », in *Recueil Dalloz*, Chroniques, 1999, p. 43 et s.

¹⁵⁰ J.-L. Autun, *op. cit.*, p. 1565.

¹⁵¹ H. Maisl, « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », in C.-A. Coliard, G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1988, p. 76.

¹⁵² Elles s'inscrivent de ce point de vue dans une logique de gouvernance, qui est la prise en compte du « processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, d'institutions qui ne sont pas tous étatiques, ni même publics pour atteindre des buts propres, discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés, incertains ». J. Commaille, B. Jobert, « La régulation politique : l'émergence d'un nouveau régime de connaissance », in J. Commaille, B. Jobert, *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, 1999, p. 28.

¹⁵³ Les AAI françaises font directement intervenir la notion de médiation dans les relations hiérarchiques (J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », in *RDP*, n°3, 1998, p. 676 et s.), et permettent une négociation autour de la norme juridique (L. Cohen-Tanugi, « Une doctrine pour la régulation », in *Le Débat*, n°52, novembre-décembre 1988, pp. 56).

ressentir dans le secteur sensible qu'est celui de la sécurité, et à plus forte raison, celui de la détention¹⁵⁴.

La création de la CNDS, dont l'objet est de privilégier les relations avec le public, peut être analysée comme une « externalisation du contrôle déontologique¹⁵⁵ ». Le premier élément d'externalisation est le statut de la CNDS. Le second élément d'externalisation, selon Jean-Luc Blachon¹⁵⁶, est la mise en avant de la victime, qui devient un acteur essentiel. « Initiatrice de la procédure, elle en est aussi sa cause et sa justification. » L'ordre déontologique est donc désormais l'affaire des individus potentiellement victimes du comportement des agents de sécurité. « L'individu devient gardien des équilibres¹⁵⁷. » Le dernier élément d'externalisation réside dans les pouvoirs d'investigation de la CNDS.

La CNDS est donc chargée de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité. Or, toutes les professions de la sécurité intérieure ne disposent pas d'un code de déontologie en tant que tel. La CNDS doit s'appuyer sur les différents textes régissant la déontologie de ces professions, et particulièrement le code de déontologie de la police nationale¹⁵⁸. Les travaux parlementaires font référence aux

¹⁵⁴ Ces AAI sont toutefois en mal de légitimité, car ne disposant pas d'une « légitimité directe » : elles ne tirent en effet leur légitimité ni de l'élection, ni de celle de l'appartenance organique au gouvernement. (Voir sur ce point L. Cohen-Tanugi, *op. cit.*, p. 65) Elles ne peuvent se fonder exclusivement sur l'indépendance, « condition nécessaire de la légitimité », et doivent se fonder aussi sur la transparence et l'équité. Le contrôle étroit de l'opinion y participe également. Cette légitimité croissante des autorités administratives indépendantes montre que « le perfectionnement de l'Etat de droit ne passe pas nécessairement par l'intervention du juge (J.-L. Autun, *op. cit.*, p. 1565). L'apparition d'autorités régulatrices indépendantes est le reflet d'une « défiance, nouvelle en France, mais constante dans la philosophie anglo-saxonne, à l'égard de l'Etat comme siège du pouvoir politique, lorsqu'il s'agit de contrôler des domaines sensibles au regard des libertés publiques et individuelles » (L. Cohen-Tanugi, *op. cit.*, p. 56).

¹⁵⁵ Jean-Luc Blachon, intervention lors du Séminaire « Les Etats à l'épreuve de la sécurité » organisé par le CERDAP, à Grenoble, en 2000.

¹⁵⁶ *Ibidem*. L'externalisation du contrôle de la déontologie permet cette transparence et devrait conduire à l'adhésion du public à une telle instance. Cette adhésion a été visible dans la presse, au moment de l'élaboration du projet, qui a considéré que la création de cette haute autorité mettait fin à « une quinzaine d'années de débat et de décisions souvent demeurées lettres mortes en matière de déontologie policière » (*Le Monde*, 21 novembre 1997). Mais la CNDS est compétente au-delà des activités policières : elle a certes été créée suite aux échecs d'instauration d'organes de contrôle déontologiques de la police nationale (Décret n° 93-217 du 16 février 1993 relatif au Conseil supérieur de l'activité de la police nationale, *JO*, 17 février 1993. Décret n° 93-810 du 7 mai 1993 portant suppression du Conseil supérieur de l'activité de la police nationale, *JO*, 8 mai 1993. Décret n° 93-1081 du 9 septembre 1993 instituant un haut conseil de déontologie de la police nationale, *JO*, 16 septembre 1993) mais répond à la volonté de « promouvoir le respect de la déontologie au sein de toutes les professions exerçant des activités de sécurité » (« Exposé des motifs du projet de loi initial portant création d'un conseil supérieur de la déontologie de la sécurité déposé au Parlement, le 14 janvier 1998, au nom de M. Lionel Jospin, Premier ministre, par M. Jean-Pierre Chevènement, ministre de l'intérieur ». Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2001*, *op. cit.*, p. 104.)

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Décret n° 88-592 du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale, *JO*, 19 mars 1986.

normes internationales que les agents de la sécurité intérieure doivent respecter dans l'exercice de leurs missions, dont la CSDH, « notamment son article 3 prohibant les traitements inhumains ou dégradants », et la CEPT¹⁵⁹. Le code de déontologie de la police nationale fait explicitement référence, dans l'énoncé des devoirs généraux des fonctionnaires de la police nationale à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants : « Toute personne appréhendée est placée sous la responsabilité et la protection de la police ; elle ne doit subir, de la part des fonctionnaires de police ou de tiers, aucune violence ni aucun traitement inhumain ou dégradant¹⁶⁰ ». De ce fait, et si les obligations déontologiques ne sont pas rappelées dans la loi du 6 juin 2000, la CNDS a pour vocation de faire respecter l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'ensemble des professions de la sécurité intérieure.

Pour mener à bien sa mission, la CNDS dispose de prérogatives étendues : elle a un véritable pouvoir d'investigation et de contrôle quant à la prise en compte des avis qu'elle formule. Le caractère indépendant de cette instance administrative nouvelle se reflète dans sa composition prévue à l'article 2 de la loi du 6 juin 2000, modifiée par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, ainsi que dans son mode de désignation. Ses quatorze membres sont désignés par les plus hautes autorités de l'Etat. La durée de leur mandat (six ans), non renouvelable, est une garantie supplémentaire d'indépendance. Son président actuel est Pierre Truche, Premier président honoraire de la Cour de cassation.

« La Commission adresse aux autorités publiques et aux dirigeants des personnes privées intéressées exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République tout avis ou recommandation visant à remédier aux manquements constatés ou à en prévenir le renouvellement¹⁶¹ ». Chaque année, elle publie un rapport, rendu public, sur les conditions d'exercice et les résultats de son activité¹⁶². Elle peut établir un rapport spécial publié au *Journal Officiel*, si l'autorité concernée ne lui fait pas parvenir de compte rendu ou si elle estime que son avis ou compte rendu n'a pas été suivi d'effet¹⁶³. Il convient également de

¹⁵⁹ « Extrait du rapport présenté le 3 février 2000 par M. le sénateur Henri de Richemont, au nom de la commission des lois du Sénat, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, portant création d'une commission nationale de la déontologie de la sécurité », Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2001, op. cit.*, p. 123.

¹⁶⁰ Article 10 du décret n° 88-592 du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale, *JO*, 19 mars 1986.

¹⁶¹ Article 7 de la loi du 6 juin 2000 consolidée.

¹⁶² Article 12 de la loi du 6 juin 2000 consolidée.

¹⁶³ Article 7 de la loi du 6 juin 2000 consolidée.

préciser que, lorsque, au cours de ses travaux, la CNDS constate des faits pouvant révéler l'existence d'une infraction pénale, elle doit les porter sans délai à la connaissance du procureur de la République compétent, conformément à l'article 40-2 du CPP¹⁶⁴. De même, lorsque au cours de sa mission, la CNDS constate des faits laissant présumer l'existence d'une faute disciplinaire, elle doit les porter à la connaissance des personnes investies du pouvoir disciplinaire¹⁶⁵. D'une façon plus générale, en tenant compte non seulement de l'ensemble des cas dont elle est saisie mais également de la réflexion que peuvent faire naître ces derniers, la CNDS peut faire toute proposition au Gouvernement de modification de la législation ou de la réglementation dans les domaines de sa compétence¹⁶⁶.

Les avis et recommandations qu'émet la CNDS, s'ils ont pour premier destinataire l'autorité ou la personne concernée et pour utilité première celle d'amener ce destinataire à prendre les mesures de nature à remédier aux dysfonctionnements constatés, ne doivent pas pour autant demeurer confidentiels. Le rapport d'activité de la CNDS, après sa deuxième année d'existence, montre que les saisines se sont multipliées. 39 saisines avaient été effectuées au cours de l'année 2002, soit le double de l'année 2001. En 2003, la CNDS enregistrait 70 saisines¹⁶⁷. Étaient visés, en 2003, les services de sécurité dans les transports en commun (1), la gendarmerie (3), l'administration pénitentiaire (11), les polices municipales (2), les services privés de sécurité (3), mais surtout les services de police dans leur activité quotidienne, et principalement en région parisienne (50 pour la police nationale et la police aux frontières). En 2004, la commission a été saisie de 97 dossiers contre 70 en 2003, soit une hausse de 38 %. La très grande majorité des saisines concerne des fonctionnaires de la police nationale et seulement 9 concernent l'administration pénitentiaire¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Article 8 de la loi du 6 juin 2000 consolidée. L'article 40-alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

¹⁶⁵ Article 9 de la loi du 6 juin 2000 consolidée.

¹⁶⁶ Article 11 de la loi du 6 juin 2000 consolidée.

¹⁶⁷ Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2003*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 21.

¹⁶⁸ Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, 536 p.

Le Gouvernement a souhaité que la saisine soit la plus large possible. « Toute personne qui a été victime ou témoin de faits dont elle estime qu'ils constituent un manquement aux règles de la déontologie, commis par une ou plusieurs personnes [exerçant des activités de sécurité], peut, par réclamation individuelle, demander à ce que ces faits soient portés à la connaissance de la Commission nationale de déontologie de la sécurité. » Toutefois, il s'agit d'une saisine indirecte, par le biais d'un député ou d'un sénateur. La saisine doit intervenir « dans l'année qui suit les faits ». « La réclamation est adressée à un député ou à un sénateur. » Il est prévu que ces mêmes parlementaires pourront, « de leur propre chef », saisir la CNDS de même que le Premier ministre. La loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a également prévu que la Commission puisse être saisie directement par le Défenseur des enfants¹⁶⁹.

La CNDS a une activité qui s'intensifie d'année en année, sa création étant encore récente, et ses travaux n'ayant débuté qu'en 2001. Ses premiers rapports tendent cependant à montrer que son activité va croissante. D'ailleurs, un rapport spécial a été rendu public, pour des faits concernant l'administration pénitentiaire¹⁷⁰.

2. La CNDS, médiation en devenir dans la réception de l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire

Le contrôle de la CNDS devient effectif : le troisième rapport annuel publié en mai 2004¹⁷¹ et le premier rapport spécial, concernant l'administration pénitentiaire¹⁷², le mettent en évidence. La CNDS a ainsi constaté dans son troisième rapport que ses recommandations ont été mieux prises en compte, par la diffusion de circulaires et d'instructions destinées à renforcer les exigences déontologiques s'imposant aux fonctionnaires de police et de l'administration pénitentiaire. Concernant plus particulièrement l'administration pénitentiaire, « la CNDS a appelé l'attention du garde

¹⁶⁹ Article 4 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, consolidée.

¹⁷⁰ Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2001*, Paris, La Documentation française, 2002, 136 p. ; Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2002*, Paris, La Documentation française, 2003, 144 p. ; Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2003*, *op. cit.* ; P. Truche, Président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport spécial de la Commission nationale de déontologie de la sécurité*, *JO*, 8 avril 2004.

¹⁷¹ Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2004*, *op. cit.*.

¹⁷² P. Truche, Président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport spécial de la Commission nationale de déontologie de la sécurité*, *op. cit.* Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2003*, *op. cit.* p. 8.

des Sceaux et de la direction de l'administration pénitentiaire sur des problèmes liés à un suivi insuffisant de certains détenus¹⁷³ ». Elle note d'ailleurs que sa compétence en matière de traitement des détenus a justifié la demande par la délégation venue en France du CPT de rencontrer son président afin de le consulter sur la situation prévalant dans les établissements pénitentiaires¹⁷⁴.

Elle soumet donc désormais l'administration pénitentiaire à un contrôle extérieur véritable dans le champ du « traitement des détenus et leur suivi »¹⁷⁵, alors même que l'administration pénitentiaire ne devait pas être, à l'origine, concernée par ce contrôle. En effet, la question du contrôle extérieur de l'administration pénitentiaire était loin de faire l'unanimité. Dans un premier temps, l'administration pénitentiaire a estimé que ce n'était pas nécessaire qu'elle soit soumise au contrôle de la CNDS, l'argument de certains membres de l'administration pénitentiaire consistant à dire que l'ensemble des administrations devait alors être concerné par ce contrôle¹⁷⁶. Le refus de soumettre l'administration pénitentiaire au contrôle de la CNDS provenait également du ministère de la justice, qui « à l'époque freinait des quatre fers¹⁷⁷ », d'où la création de la Commission sur le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires.

Au départ, cette Commission devait prévoir des propositions pour le contrôle extérieur des prisons : la CNDS était en conception, les parlementaires voulaient que l'administration pénitentiaire entre dans le champ de la CNDS, mais les cadres de l'administration pénitentiaire y étaient hostiles – « la prison est un monde à part ». Les parlementaires souhaitent alors inclure l'administration pénitentiaire dans le champ de compétences de la CNDS estimant qu'elle œuvre dans le secteur de la sécurité. Pour justifier son opposition, le Gouvernement demande à la Commission Canivet de prévoir un système de contrôle interne, propre à la prison, et la présidence de la Commission est confiée à « un personnage prestigieux »¹⁷⁸. Le problème est que « le politique a été dépassé par la Commission » : le contrôle proposé n'emporte pas l'adhésion de l'administration pénitentiaire. En effet, ce contrôle était fondé sur la vérification, la médiation,

¹⁷³ *Ibidem*, p. 16.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 17.

¹⁷⁵ Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2003, op. cit.*, p. 16.

¹⁷⁶ De plus, les hôpitaux psychiatriques n'y étaient pas soumis, alors que ces établissements étaient concernés par le contrôle du CPT. Entretien 1.

¹⁷⁷ Entretien 4.

¹⁷⁸ Entretien 12.

l'observation. Sur la vérification, il y avait accord, mais dans les textes de l'administration pénitentiaire, le contrôleur général devenait accessoire. L'administration pénitentiaire voulait le faire nommer par le ministre de la justice et il n'aurait pas de compétences sur le droit de la prison. Il ne pouvait pas connaître les litiges, seulement les conditions générales de détention. Concernant la médiation, le rejet a été total, catégorique, le système étant jugé « trop lourd ». L'idée du contrôle par le médiateur de la République a alors été évoquée, mais dès lors que le projet a été approfondi, l'administration pénitentiaire n'en a plus voulu¹⁷⁹.

Pour autant, l'administration pénitentiaire n'est pas monolithique, certains fonctionnaires étaient favorables au contrôle de la CNDS, car cela signifiait qu'ils seraient soumis au droit commun¹⁸⁰. Certains fonctionnaires ont clairement exprimé la volonté d'être soumis au contrôle de la CNDS pour être rattachés de la police nationale¹⁸¹. Le fait que l'administration pénitentiaire soit finalement concernée par ce contrôle participe de son intégration dans la sécurité intérieure, alors même que cette question a toujours posé problème : « précarité du statut judiciaire du service public pénitentiaire » et « fonction d'ordre public confisquée¹⁸² », l'administration pénitentiaire a toujours eu du mal à trouver sa réelle identité. Or, le contrôle de la CNDS fait d'elle un acteur à part entière de la sécurité intérieure, ce qui lui permet de s'affirmer, de légitimer son action. En renforçant ainsi l'intégration de l'administration pénitentiaire dans la sécurité intérieure, le contrôle de la CNDS tend à lui redonner une légitimité. Finalement, l'administration pénitentiaire a donc été intégrée dans le champ d'intervention de la CNDS.

La CNDS souhaite exercer pleinement sa mission. Elle a eu l'occasion de dénoncer, encore récemment, des pratiques pénitentiaires jugées indignes, ce que plusieurs quotidiens ont relayé¹⁸³ : ils ont rendu compte des observations de la CNDS concernant soit des « violences illégitimes, injustifiables, inadmissibles » à l'encontre de deux détenus

¹⁷⁹ Entretien 12. Sur ce point, il est intéressant de noter qu'une expérience a été lancée pour dix-huit mois au sein de l'administration pénitentiaire et un délégué du médiateur de la République a été nommé à la maison d'arrêt de Fresnes. Dix autres délégués devraient être nommés dans d'autres établissements. Il sera chargé de tenter de régler les différends entre les détenus et l'administration, « en toute indépendance » (Information recueillie in *20 minutes*, 7 avril 2005).

¹⁸⁰ Entretien 12.

¹⁸¹ Entretien 12.

¹⁸² J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, op. cit., pp. 258 et s.

¹⁸³ A. Garcia, « L'administration pénitentiaire accusée de traitements indignes », in *Le Monde*, 1^{er} janvier 2005. E. Moine, « Prison de Moulins: "violences inadmissibles" sur des mutins. Un rapport revient sur le dénouement d'une prise d'otages en 2003 », in *Libération*, 3 janvier 2005.

impliqués dans une prise d'otages le 24 novembre 2003 à la centrale de Moulins-Yzeure (Allier), soit le sort réservé aux détenus placés à l'isolement ou menottés à l'hôpital. « La dangerosité, réelle ou supposée, d'une personne détenue ne justifie pas qu'elle fasse l'objet d'un traitement "inhumain et dégradant". Cette disposition tirée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme » a ainsi été rappelée par la CNDS à l'administration pénitentiaire. « Dans un avis adopté le 13 décembre 2004, la CNDS s'est alarmée de la durée "excessive" pendant laquelle un détenu particulièrement surveillé avait été placé, pendant plus de deux ans, au quartier d'isolement. La Commission, présidée par l'ancien président de la Cour de cassation, Pierre Truche, a estimé que cette mise à l'écart prolongée était "susceptible d'être considérée comme un traitement inhumain et dégradant", en raison notamment des "atteintes croissantes à l'intégrité physique et psychique" d'un détenu soumis à ce régime de détention.¹⁸⁴ »

De ce point de vue, le contrôle exercé par la CNDS sur l'administration pénitentiaire est global : celle-ci a mis en œuvre la totalité de ses prérogatives concernant l'administration pénitentiaire. Un rapport spécial¹⁸⁵ a d'ailleurs été rendu public par le Président de la CNDS, en application de l'article 7 de la loi du 6 juin 2000, concernant des faits s'étant déroulés à la maison d'arrêt des Baumettes. La Commission a adressé ses avis et recommandations au garde des sceaux le 24 novembre 2003, demandant à ce dernier de bien vouloir lui faire connaître la suite donnée à ceux-ci pour le 9 janvier 2004. En l'absence de réponse du garde des sceaux, les membres de la CNDS ont décidé d'adresser au *Journal officiel*, pour publication conformément à l'article 7, alinéa 3 de la loi du 6 juin 2000, un rapport spécial sur une affaire s'étant déroulée au centre pénitentiaire de Marseille et ayant concerné un détenu en février 2003¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Dépêche AFP du 29 décembre 2004, reprise dans *Le Monde* du 31 décembre 2004.

¹⁸⁵ P. Truche, Président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport spécial de la Commission nationale de déontologie de la sécurité*, op. cit.

¹⁸⁶ « Dans des conditions inexplicables, un détenu de la maison d'arrêt des Baumettes s'est trouvé, le 26 février 2003, dans un escalier au niveau du 2^e étage. Un incident l'a opposé à des surveillants qui voulaient lui faire regagner sa cellule au rez-de-chaussée ; il fut conduit dans un local de douche et déshabillé de force pour une fouille complète. » (...) « Un compte rendu d'incidents fut établi pour "non-respect du règlement intérieur, comportement agressif et insultes sur le personnel". Dans la nuit du 27 au 28 février, ce détenu se pendit mais put être ranimé à temps et transporté à l'hôpital. Ses parents n'ont pas été avisés de l'hospitalisation et n'ont appris la tentative de suicide de leur fils qu'incidemment par des détenus présents au parloir le 1^{er} mars lors de leur déplacement à la maison d'arrêt pour visiter leur fils. Ils n'ont pu le voir, celui-ci n'ayant pas encore regagné l'établissement pénitentiaire. Devant comparaître le 21 mars devant la commission de discipline pour l'incident du 26 février, ce détenu dut prendre avec lui tous ses effets personnels contenus dans quatre lourds ballots. Cette mesure, qui serait inégalement appliquée, paraît préjuger de la sanction de la commission de discipline en ce qu'elle laisse supposer un transfert du détenu au quartier disciplinaire à l'issue de la procédure. Or, ce jour-là, la décision fut ajournée car "la procédure était

Dans ce rapport, la CNDS a adressé au garde des sceaux les recommandations suivantes : « comme elle l'avait déjà fait dans son avis du 14 octobre 2003, la commission recommande une stricte application des dispositions de la circulaire du 14 mars 1986 relative aux fouilles de détenus, quant aux conditions et lieux » ; « la commission souhaite que le problème des objets qu'un détenu doit prendre avec lui lors d'une comparution disciplinaire soit réglé par circulaire » ; « sur l'information aux familles lors de tentatives de suicide, la commission préconise qu'elle soit rendue obligatoire. L'article D. 427 du code de procédure pénale devrait être complété en ce sens » ; « la commission appelle l'administration pénitentiaire à une plus grande vigilance quant au respect par ses personnels des procédures internes et des décisions de l'instance disciplinaire, seule habilitée à faire la lumière sur les faits qui lui sont exposés, à entendre le point de vue du détenu et de son conseil, comme celui des surveillants ».

La réponse administrative du garde des Sceaux à ce rapport a été la suivante : « A la suite d'une erreur administrative, la réponse n'est pas parvenue à son destinataire dans les délais impartis. C'est dans ces conditions que la CNDS a publié son rapport au Journal Officiel aujourd'hui. (...) Ainsi, ce retard reste heureusement exceptionnel et ne remet pas en cause la volonté du ministre de la justice d'apporter des réponses rapides à toutes les interrogations qui lui sont soumises. Conformément à la réponse administrative adressée ce jour à la CNDS et par anticipation, Dominique Perben a fait parvenir, dès le 12 février, une circulaire aux chefs d'établissements, précisant que le type de fouille, objet de cette affaire, ne pourra être dorénavant opéré que sur instruction d'un membre du personnel de direction de l'établissement.¹⁸⁷ »

Quoi qu'il en soit, la CNDS a donc été sans concessions vis-à-vis de l'administration pénitentiaire comme elle doit le faire vis-à-vis de n'importe quel acteur de la sécurité. Si

litigieuse". Le détenu dut descendre six étages avec son paquetage et devait en remonter d'autres malgré son état de fatigue attesté. Avant la remontée, le détenu fut informé par le chef de service qui participait à l'instance disciplinaire qu'il l'entendrait l'après-midi même sur de nouvelles insultes. Or, le compte rendu d'incidents figurant au dossier se rapporte non à des insultes qui auraient été proférées dans la matinée, mais à la découverte, à 14 h 30, de treize CD dans ses affaires. C'est alors qu'un nouvel incident l'opposa aux surveillants qui, refusant qu'il utilise un monte-charge, durent le porter. Compte tenu de sa résistance, il fut conduit directement au quartier disciplinaire. Le médecin de l'établissement ordonnait immédiatement sa sortie et son placement au service médico-psychiatrique de l'établissement. »

¹⁸⁷ Communiqué de presse du ministère de la justice, 8 avril 2004.

effectivement, certaines recommandations font l'objet de notes de service¹⁸⁸, toutes les recommandations ne sont, cependant, pas suivies d'effet. Mais le contrôle déontologique, les références à l'interdit des mauvais traitements sur les détenus sont autant de rappels que l'administration pénitentiaire est une administration de la sécurité intérieure comme une autre, devant respecter un certain nombre de principes, dont celui de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Cette soumission de l'administration pénitentiaire au contrôle de la CNDS participe donc pleinement à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. Elle peut d'ailleurs être considérée comme une médiation en devenir dans la réception cet interdit.

Selon d'anciens membres de l'administration pénitentiaire, la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH passe par un contrôle externe des lieux de détention, et ce n'est qu'à ce prix, que les Etats auront su démontrer qu'ils ont bien reçu cette norme¹⁸⁹. En ce sens, et malgré le refus initial de l'administration pénitentiaire d'être soumise à ce contrôle, la mise en place du contrôle de la CNDS sur les activités de l'administration pénitentiaire participe de la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire. Certains membres de l'administration pénitentiaire souhaitaient ce contrôle, ce qui témoigne d'une réception de la norme.

B- Les interventions sociétales

La réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants en tant que norme contraignante dépend aussi d'interventions sociétales. Le travail des parlementaires sur le système pénitentiaire français est intimement lié à la publication du livre de Véronique Vasseur, *Médecin chef à la prison de la Santé*¹⁹⁰ et au retentissement inattendu qu'il a eu dans les médias et sur l'opinion. « Tout cela a donné l'occasion à des parlementaires sensibilisés aux difficultés du monde carcéral et venant de tous les horizons politiques, de déposer plusieurs propositions de résolution tendant à la création

¹⁸⁸ Concernant par exemple l'ouverture des cellules la nuit dans les prisons de femmes, par des surveillants appelés en renfort, voir la lettre du garde des sceaux, ministre de la justice, en date du 3 février 2004, au Président de la CNDS, Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2003, op. cit.*, p. 235.

¹⁸⁹ Entretien 9.

¹⁹⁰ V. Vasseur, *Médecin-chef à la prison de la santé, op. cit.*

d'une commission d'enquête sur les prisons¹⁹¹. » Certaines interventions sociétales sont très diffuses, difficiles à identifier (1). En revanche, un groupe occupe une place particulière : l'Observatoire international des prisons (2).

1. Les médiations diffuses

La pression médiatique peut servir de vecteur à la question des traitements inhumains ou dégradants. Le groupe des médias n'est d'ailleurs pas homogène, la différence pouvant être faite entre « mass media » et presse intellectuelle, qui ne concourent pas de manière identique à la formation de l'opinion, les mass media pouvant être considérés comme support d'une « manipulation publicitaire orientée¹⁹² ». La « tempête médiatique » autour du livre de Véronique Vasseur est de ce point de vue tout à fait éloquente. Un « déluge de reportages, d'entretiens, de chroniques aussi bien à la télévision, à la radio, dans la presse quotidienne, hebdomadaire ou dans les mensuels¹⁹³ » déferle sur la France. La question des traitements inhumains ou dégradants est posée sur la place publique. Les médias vont alors jouer pleinement leur rôle « d'intermédiaires ». Ce livre et en ce sens les médias interviennent pleinement dans la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire. Dès la publication d'extraits de l'ouvrage de Véronique Vasseur dans des quotidiens nationaux, l'administration pénitentiaire a réagi, en ouvrant les portes de la maison d'arrêt de la Santé aux journalistes pour souligner les améliorations apportées au fonctionnement de l'établissement¹⁹⁴. Et les médias interviennent dans la formation de l'opinion publique et relaient cette opinion.

Les individus composant la société participent de la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. Il peut s'agir ici des détenus ou plus généralement de l'opinion publique. Il peut sembler paradoxal d'envisager les détenus comme des médiateurs de ce processus, d'autant que leur médiation correspond à un mode d'action non consensuel. Mais ces « usagers du service public pénitentiaire » forment des

¹⁹¹ Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, J. Floch (rapporteur), *La France face à ses prisons*, tome 1, *op. cit.*, pp. 9 et s.

¹⁹² J. Habermas, *L'espace public*, « Critique de la politique », Paris, Payot, 1993, p. 257.

¹⁹³ E. Péchillon, « La prison, un service public protéiforme mal intégré dans l'appareil étatique », in E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁴ Voir notamment « L'administration pénitentiaire ouvre à la presse les portes de la prison de la Santé », in *Le Monde*, 16 janvier 2000 ; C. Prieur, « La presse a pu effectuer une visite guidée de la prison de la Santé », in *Le Monde*, 18 janvier 2000.

recours, fondés sur cette norme, et ils revendiquent ponctuellement, d'une manière très directe des améliorations dans leurs conditions de détention. Le rôle des recours juridictionnels a déjà été abordé, il s'agit plutôt ici d'envisager les mutineries des détenus comme moyen de faire émerger la question des traitements inhumains ou dégradants, même s'il ne s'agit pas d'un rôle pleinement réfléchi.

De manière très pragmatique, les détenus savent en effet comment faire resurgir la question des conditions de détention inhumaines : leurs révoltes sont un élément déclenchant. Un ancien directeur de l'administration pénitentiaire pense d'ailleurs que, « dans le changement, le plus déterminant, c'est les détenus. Ce sont eux qui ont fait évoluer les prisons. Quand les systèmes prennent du retard, ça devient insupportable (surtout lorsque la majorité des détenus sont des prévenus), la situation est ressentie comme injuste. Les conditions de détention viennent légitimer les événements¹⁹⁵ ». En 1974-75, le politique est allé vers le carcéral car la prison était devenue un phénomène de société : le désordre. Pour ce directeur, la société a besoin de la prison comme symbole de l'interdit. La menace de la sanction est importante dans la société. Comme la prison doit exister, il faut la mettre à niveau. « Le désordre dans les prisons menace l'ordre public, et donc inquiète l'opinion. » Par conséquent, les insurrections des détenus sont un moyen de mettre en évidence les dysfonctionnements de l'institution pénitentiaire. Pour autant, ce type d'action peut se retourner contre les détenus : dans la dialectique opposant droits et sécurité, la réponse peut aller vers la sécurité. C'est le cas avec la création des ERIS qui, loin de régler les dysfonctionnements des établissements pénitentiaires, sont chargées de réprimer efficacement tout débordement¹⁹⁶.

Plus globalement, l'opinion publique est un médiateur important dans la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire. Parler d'opinion publique n'est pas chose facile. Qu'est-ce que l'opinion, comment manifeste-t-elle sa volonté ? Définie comme l'ensemble des attitudes d'esprit dominantes dans une société¹⁹⁷, l'opinion publique serait donc l'expression de ce que

¹⁹⁵ Entretien 2.

¹⁹⁶ Circulaire du garde des sceaux, ministre de la justice du 27 février 2003 relative à la constitution des équipes régionales d'intervention et de sécurité (ERIS).

¹⁹⁷ J. Rey-Debove et A. Rey, *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

pense la société. Gustave Padioleau¹⁹⁸ défend la notion d'opinion publique : elle existe sous la forme de publics spécifiques ou généraux. Le premier regroupe les publics d'identification, qui ont un engagement dans une action collective par proximité, et les publics attentifs, qui eux ont un engagement épisodique. Le second correspond au public concerné mais peu enclin à l'action. Ce sont les médias qui créent les procédés d'identification. L'opinion publique est en quelque sorte la somme des acteurs du jeu sociétal : il faut signaler parmi ces acteurs, les élites de la société politique, mais il y a surtout les mouvements sociaux, les organisations. L'opinion est au fond l'expression, quelque fois manipulée, de la société, mais qui se donne à voir.

Or, lorsque l'opinion publique¹⁹⁹, traduite et/ou produite par les médias, se fait l'écho des dysfonctionnements de l'administration pénitentiaire, cette dernière est nécessairement touchée par ces critiques, directement ou par interaction et/ou rétroaction. De même, les médias interviennent dans la réception étudiée aux côtés de certaines organisations non gouvernementales. L'intervention des unes ne va d'ailleurs pas sans l'intervention des autres, et vice-versa. Parmi les organisations non gouvernementales (ONG) agissant sur le terrain des droits de l'homme, et au niveau des conditions de détention, on retrouve Amnesty International, La Ligue des Droits de l'Homme, Penal Reform International, ou l'Observatoire international des prisons (OIP)²⁰⁰.

2. La médiation de l'OIP

L'OIP joue un rôle particulier au sein de ces ONG puisqu'elle « veille au respect des droits fondamentaux et des libertés individuelles des personnes incarcérées²⁰¹ ». Sa section française a été créée en 1996, mais initiée à Lyon dès 1990, et dénonce donc ce que le CPT, avant elle, et les parlementaires, après elle, ont pu constater. Son efficacité repose selon ses propres termes sur « la médiatisation systématique des dysfonctionnements du

¹⁹⁸ G. Padioleau, *L'Etat au concret*, Paris, PUF, 1982.

¹⁹⁹ Jürgen Habermas est très critique face à cette notion d'opinion publique. Pour lui, elle « revêt un sens différent selon qu'on la revendique en tant qu'instance critique face à la « Publicité » imposée, corrélative de l'exercice du pouvoir politique et social, ou selon qu'on s'en sert pour désigner l'instance « réceptrice » de la « Publicité » de démonstration et de manipulation, vantant des biens de consommation, des programmes politiques, des institutions ou des personnalités ». Dans le processus que nous étudions, la notion renvoie ici au premier sens. Il faut cependant avoir à l'esprit qu'il est impossible « d'identifier l'idéal de l'opinion publique et sa manifestation concrète ». J. Habermas, *L'espace public, op. cit.*, pp. 246 et s.

²⁰⁰ *Infra*, b.

²⁰¹ OIP, *Rapport 2003, Les conditions de détention en France*, Paris, La Découverte, 2003, p. 231

"service public pénitentiaire" et l'interpellation permanente des autorités concernées sur les manquements au droit. En donnant la plus large publicité à tout ce qui porte atteinte à la dignité inhérente à la personne humaine, l'OIP concourt à rompre le silence qui entoure le monde carcéral²⁰² ».

Le travail des sections locales vise à informer les détenus de leurs droits et des possibilités qui leur sont offertes de contester les décisions à leur encontre. Les interventions publiques de l'OIP insistent sur les règles que l'administration pénitentiaire doit respecter : lors de son intervention auprès de la Commission Canivet, l'OIP a fondé son argumentaire en faveur d'un véritable contrôle extérieur des prisons sur la résolution du 17 décembre 1998 du Parlement européen, sur les recommandations du CPT et sur la jurisprudence de la CEDH²⁰³. La mission même de cette ONG concourt à faire de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants une norme contraignante pour l'administration pénitentiaire. La référence à l'article 3 CSDH, comme premiers mots du quatrième de couverture de son *Rapport 2003* sur les conditions de détention en France, est, de ce fait, particulièrement intéressante, et inscrit l'action de l'OIP dans cette volonté de faire de cet interdit une norme juridique obligatoire pour l'administration pénitentiaire. « En demandant l'application du droit commun en prison, l'OIP contribue à combattre l'arbitraire qui caractérise le fonctionnement de toute institution pénitentiaire²⁰⁴ ».

Le terrain d'action de l'OIP se situe pleinement dans le champ du droit. L'action de l'OIP s'inscrit dans une logique d'action juridique et juridictionnelle : elle permet d'enclencher l'intervention juridictionnelle qui à son tour va engendrer la réception de la norme par l'administration pénitentiaire. L'OIP ne se contente pas de dénoncer, elle saisit les juridictions administratives. Il incite les détenus à effectuer des recours, et les accompagne. Or, la Convention européenne des droits de l'homme est de plus en plus mobilisée devant les juridictions nationales²⁰⁵ : les moyens fondés sur des dispositions de

²⁰² *Ibidem.*

²⁰³ Commission présidée par G. Canivet, *Annexes au Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, pp. 51 et s.

²⁰⁴ OIP, *Rapport 2003, Les conditions de détention en France*, *op. cit.*, p. 231.

²⁰⁵ F. Sudre, « Le contentieux français à Strasbourg : bilan de onze ans de recours individuel », in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme – 1974/1992*, Actes du colloque tenu à Montpellier en février 1993, Strasbourg, NP Engel, 1994, p. 62, cité par S. Braconnier, *op.cit.*, p. 27.

la Convention européenne des droits de l'homme sont de plus en plus nombreux²⁰⁶. En ce sens, il est tout à fait intéressant de noter que son président actuel est Gabriel Mouesca, ancien détenu²⁰⁷, n'ayant pas hésité à mobiliser le droit au cours de sa détention²⁰⁸, et que son précédent président était avocat.

Le recours engendre en lui-même une réaction de l'administration pénitentiaire. Par exemple, suite au recours en annulation de l'OIP contre le décret de 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus²⁰⁹, le bureau des affaires juridiques a transmis une note au Cabinet du ministre car les moyens invoqués par l'OIP lui paraissaient recevables, d'où la volonté de sensibiliser le Cabinet concernant l'article 6 de la Convention européenne et les risques de condamnation par la Cour²¹⁰. Par ailleurs, le recours engendre l'intervention juridictionnelle susceptible de produire ses effets dans la réception de la norme et dans la modification du rapport au droit de l'administration pénitentiaire. Encore récemment, l'OIP a saisi le Conseil d'Etat concernant la circulaire du 18 novembre 2004²¹¹, et si sa requête a été rejetée²¹², elle a engendré un débat juridique sur la question des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale.

Le droit est donc mobilisé par l'OIP dans le but de faire évoluer la situation des détenus, le recours pour excès de pouvoir contre un acte de l'administration pénitentiaire permet l'intervention du juge et en même temps cette intervention participe de la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire. On est ici en présence d'un « usage militant du droit », le « cause lawyering²¹³ », qui lui-même, au-delà de la cause défendue par l'OIP, participe d'un

²⁰⁶ S. Braconnier, *op. cit.*, p. 151.

²⁰⁷ « "L'arme, dit-il, c'est le droit." Ancien détenu libéré après dix-sept ans de prison, ex-responsable d'Iparretarrak, organisation autonomiste basque dissoute, et militant des droits de l'homme, Gabriel Mouesca, 43 ans, le nouveau président que s'est choisi à l'unanimité la section française de l'Observatoire international des prisons (OIP), est un symbole. C'est comme tel que l'avocat Thierry Lévy, son prédécesseur depuis quatre ans, l'a présenté, jeudi 10 juin, lors d'une conférence de presse. » *Le Monde*, 11 juin 2004.

²⁰⁸ « Je sais à quoi peuvent mener les révoltes en détention, à quelques menus bénéfices, vite disparus. Mais seul ce qui est acquis par le droit perdurera ! », Propos rapporté par Dominique Somonnot, in *Libération*, 11 juin 2004.

²⁰⁹ CE 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Observatoire international des prisons*, req. n° 253973 ; *Actualité juridique Pénal*, n°4/2004, p. 37, note S. Enderlin-Morieult.

²¹⁰ Entretien 5.

²¹¹ Circulaire AP 2004-07 CAB du 18 novembre 2004 relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, *BOMJ*, octobre-décembre 2004.

²¹² CE 10/9 SSR, 30 mars 2005, req. n° 276017.

²¹³ L. Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering », in *Droit et société*, n° 49, 2001, pp. 792 et s. « Le cause lawyering est un mode d'analyse qui pointe des dimensions importantes

mouvement plus général de juridicisation de textes non reçus par l'administration pénitentiaire.

Cette action militante n'est pas toujours du goût de l'administration pénitentiaire, pour qui l'OIP a un rôle désagréable, critique a priori, « cherchant à médiatiser²¹⁴ ». Un ancien directeur de l'administration pénitentiaire estime d'ailleurs que les médias lui donnent trop d'importance et pas suffisamment à l'administration pénitentiaire. Quoiqu'il en soit, certains directeurs l'admettent, l'OIP joue un rôle dans l'amélioration des conditions de détention²¹⁵. D'où l'émergence d'un dialogue entre les deux institutions : la réflexion menée sur le code déontologie des personnels pénitentiaires, et sur le guide du détenu ont été l'occasion d'un travail avec l'OIP, en particulier avec son secrétaire général, Patrick Marest²¹⁶.

La médiation des ONG, particulièrement celle de l'OIP ne va donc pas sans la « médiation médiatique ». La réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire dépend de multiples médiations qui s'imbriquent et interagissent les unes avec les autres. Ces médiations ne permettent pas, à elles seules, la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire. Alors même que cette opération n'est « légalement » pas nécessaire, il s'avère indispensable que la norme en cause soit intégrée dans le droit interne de l'administration pénitentiaire. Contrairement à une application stricte du principe de légalité, pour devenir contraignante, la norme juridique doit être introduite dans le corpus juridique reconnu comme tel par l'administration.

des relations entre droit et société aujourd'hui : de quelle manière les mouvements sociaux se saisissent-ils du droit ? Quel est le rôle des juristes dans cette traduction d'enjeux militants en questions de droit ? Comment les avocats concilient-ils pratique professionnelle et engagements militants ? »

²¹⁴ Entretien 7.

²¹⁵ Entretien 4.

²¹⁶ Entretien 1.

TITRE II – L’INTEGRATION DE L’ARTICLE 3 CSDH DANS LE DROIT INTERNE RECONNU PAR L’ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

S’il y a bien eu « une progressive émergence des droits du détenu¹ », la réception de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants met en évidence le rapport complexe de l’administration pénitentiaire à cette norme, à cette règle qui lui est externe. Des médiations participent à la réception de cet interdit, mais ne l’engendrent pas à elles seules. La norme, pour être reçue, doit être intégrée matériellement dans le « bloc de légalité » reconnu par l’administration pénitentiaire, contrairement à l’application stricte du principe de légalité et à la hiérarchie des normes telle qu’elle est établie par la Constitution de 1958².

Cette intégration matérielle de la norme dans le droit reconnu comme contraignant par l’administration pénitentiaire n’est pas « obligatoire » en droit. En revanche, elle s’avère indispensable en fait. La reconnaissance de l’obligatorité de la norme en dépend. Cette intégration pourrait se faire par la voie législative. Le politique est en effet amené à jouer un rôle dans la réception de la norme par l’administration pénitentiaire. Le projet de loi pénitentiaire aurait dû permettre cette intégration, il n’a malheureusement pas abouti. L’intégration par voie législative de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH ne s’avère pas suffisante à engendrer une réception de cette norme par l’administration pénitentiaire (chapitre 1).

En effet, la réception de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants implique une intégration volontaire de l’administration pénitentiaire de cet interdit dans son bloc de légalité. Il y a, en quelque sorte, nécessité d’une « transposition administrative » de la norme. Il ne s’agit pas d’une « transposition » telle qu’elle est comprise habituellement. Le concept est ici utilisé en référence au droit communautaire qui permet de mettre en évidence le phénomène observé. L’interdit de la torture et des

¹ J. Favard, « Le détenu citoyen », in *RPDP*, n°3 juillet-septembre 1989, p. 258.

² *Infra*, troisième partie,

traitements inhumains ou dégradants doit être « transposé » dans le droit reconnu comme tel par l'administration pénitentiaire pour espérer pouvoir être considéré comme obligatoire et produire pleinement ses effets, comme si la norme ne fixait, au fond, que des objectifs. Il s'agit d'une transposition similaire, en fait, non en droit, à la transposition des directives communautaires (chapitre 2).

CHAPITRE 1 – L’INTEGRATION LEGISLATIVE DE L’ARTICLE 3 CSDH DANS LE DROIT INTERNE A DESTINATION DE L’ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

La réception de l’interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l’administration pénitentiaire implique une intégration de cette norme dans le « droit interne » contraignant reconnu par l’administration pénitentiaire. Traditionnellement, on considère que « l’administration ne crée pas la loi », qu’« elle l’applique : c’est là son rôle essentiel. La loi s’impose à elle et fixe limitativement ses objectifs »¹. La loi est chargée de régler « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés fondamentales² ». A partir de là, si l’administration pénitentiaire ne reconnaît pas comme contraignante la norme contenue dans l’article 3 CSDH, la loi peut permettre une intégration « explicite » de cette norme dans le droit à destination de l’administration pénitentiaire. En ce sens, l’intégration législative de cette norme dans le droit à destination de l’administration pénitentiaire pourrait permettre la réception de cette norme.

Le politique aurait donc pu imposer à l’administration pénitentiaire un autre rapport à l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH. Or, l’intérêt du politique pour l’administration pénitentiaire est beaucoup trop fluctuant pour permettre une intégration législative efficace de l’article 3 CSDH dans le droit interne à destination de l’administration pénitentiaire (I). Le politique aurait pu intervenir clairement dans cette réception en marquant sa ferme intention de faire de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH une norme à destination de l’administration pénitentiaire. L’élaboration d’une grande loi pénitentiaire aurait dû permettre une réflexion au niveau national sur le sens de la peine et la place du détenu dans la société. Trop ambitieux ?, ce projet n’a pas abouti (II).

¹ H. Deroche, *Les mythes administratifs*, Paris, PUF, 1966, p. 173.

² Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. *Constitution française du 4 octobre 1958*, coll. « Documents d’études. Droit constitutionnel et institutions politiques », Paris, La documentation française, 2003, 52 p.

I – L'intérêt fluctuant du politique pour l'administration pénitentiaire

L'intervention du politique dans la reconnaissance de l'obligatorité de la norme par une administration française paraît tout à fait naturelle dans un Etat de droit où l'administration doit exécuter une volonté politique. Dans le régime hybride de la Cinquième République, le politique est incarné, de manière emblématique, par deux entités à la fois distinctes et liées, le Gouvernement et le Parlement, et la procédure législative dépend fortement du Gouvernement³. Si l'essentiel du droit applicable au service public pénitentiaire est d'origine réglementaire⁴, des réformes législatives allant globalement dans le sens des recommandations du CPT ont été mises en place.

Or, que ce soit au niveau gouvernemental ou au niveau parlementaire, les questions pénitentiaires n'ont jamais suscité un enthousiasme particulier, et lorsque le problème carcéral est pris en compte, il est « aussitôt oublié⁵ ». D'une manière générale, l'administration pénitentiaire⁶ n'apparaît pas naturellement sur le devant de la scène politique. Des réformes ont pu voir le jour, des axes de modernisation ont pu être dessinés, mais cette administration est restée, structurellement, sur l'arrière plan. Ce n'est finalement que conjoncturellement que l'attention du politique se porte sur les conditions de détention, selon un mouvement « sinusoïdal ». « L'intérêt politique se fait par à-coups, c'est le problème de la démocratie⁷ ». Que ce soit au niveau gouvernemental (A), ou au niveau parlementaire (B), il n'y a donc pas vraiment de volonté de renforcer par la voie législative les obligations de l'administration pénitentiaire nées de l'article 3 CSDH.

³ Titre V de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴ *Infra*, même titre, chapitre 2, I, A.

⁵ J.-C. Froment, « Introduction », in *RFAP*, juillet-septembre 2001, n° 99, p. 383.

⁶ La réforme des prisons a pu occuper le devant de la scène à certaines périodes charnières. Ainsi, dans l'immédiat après-guerre, la réforme Amor demeure une référence historique en matière de politique pénitentiaire. Elle correspond à la « construction d'un discours symbolique », pour reprendre l'analyse de J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, pp. 39 et s. Entretien 9 : « C'est toujours après de grands mouvements politiques que l'on se préoccupe des prisons. Très souvent, les dirigeants politiques et administratifs ont subi la prison pendant ces mouvements politiques. » (...) « Ça a été significatif après *la Commune*, ou pour Amor, Michelet, après l'enfermement des camps. Même remarque avec la conjonction de la Guerre d'Algérie (qui au niveau pénitentiaire s'étend jusqu'en 1964-65) et de mai 1968. »

⁷ Entretien 2.

A. L'intérêt gouvernemental pour les questions pénitentiaires

L'intérêt porté par les gouvernements à la question des conditions de détention suit un mouvement sinusoïdal, dans une dialectique opposant droits et sécurité⁸. Les avancées en matière de droits de l'homme seraient donc « fonction de la conjoncture purement politique, voire politicienne, fonction des échéances électorales⁹ ». L'émergence de la question des conditions de détention semble d'ailleurs plus liée à des personnes qu'à des appartenances politiques. Trois moments charnières de prise en compte gouvernementale de la question des conditions de détention se dessinent sur les vingt-cinq dernières années.

1981 est une année clé. « Le changement de majorité de 1981 s'accompagne de la recherche d'une nouvelle doctrine, fondée en partie sur le retour à la défense sociale des années cinquante¹⁰ ». Cette arrivée au pouvoir de la gauche s'accompagne de réformes importantes au niveau de la justice, dont l'abolition de la peine de mort, par la loi du 9 octobre 1981¹¹ demeure la plus emblématique. Le bilan de quatre années d'action présenté par Robert Badinter, ministre de la justice, vise à mettre en évidence les efforts réalisés en matière d'humanisation et de modernisation de la justice, et consacre un volet entier à « l'humanisation du monde carcéral¹² » : « humaniser la justice, c'est aussi améliorer les conditions de vie en milieu carcéral car une société se juge aussi à l'état de ses prisons et au traitement de ses détenus. A cet égard, le retard pris en France était affligeant. Il demeure préoccupant. Mais en dépit de l'insuffisance criante de bâtiments pénitentiaires, malgré des ressources budgétaires et les difficultés suscitées par la surpopulation pénale, un effort important et constant d'humanisation et d'amélioration de la condition carcérale a été poursuivi depuis quatre ans¹³ ». Les questions de justice et pénitentiaires sont alors au cœur des préoccupations gouvernementales, dans une logique d'avancée des droits, alors même que le climat politique est loin d'être favorable à l'amélioration des conditions de détention. Cette période correspond d'ailleurs à l'apprentissage par la France de la

⁸ Voir sur ce point supra, première partie, titre II, chapitre 1, II, A.

⁹ Entretien 9.

¹⁰ C. Faugeron, « Les prisons de la V^{ème} République », in J.-G. Petit (dir.), *Histoire des galères, bagnes et prisons en France*, Toulouse, Privat, 1991, p. 335.

¹¹ Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort, *JO*, 10 octobre 1981.

¹² Ministère de la justice, *Humaniser et Moderniser, 1981-1985*, Paris, Ministère de la justice, 1986, pp. 17 et s.

¹³ *Ibidem*, p. 19.

CSDH et coïncide donc avec la « découverte » des normes contenues dans cette Convention¹⁴.

Pourtant, le mouvement sinusoïdal va reprendre. Le changement de majorité en 1986 va engendrer la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire. Cette loi vise à mettre en œuvre une « logique managériale dans le service public pénitentiaire¹⁵ », et va servir de fondement à la mission de réinsertion du service public pénitentiaire désormais inscrite dans la loi, et à laquelle le Conseil Constitutionnel reconnaîtra une valeur constitutionnelle en 1994¹⁶. Pour autant, cette période correspond à une mise entre parenthèse de la prise en compte des conditions de détention, qui ne sont alors abordées que sous l'angle de la construction immobilière, par le programme 13000. La priorité n'est plus à l'amélioration des droits des détenus, ni à l'entrée du droit en prison. A titre anecdotique, la diffusion du projet de circulaire relatif au règlement intérieur proposée par la direction de l'administration pénitentiaire le 18 mai 1986, sera jugé « inopportune » par le nouveau ministère¹⁷.

L'année 1991 correspond à nouveau à une année charnière dans la réémergence de la question des conditions de détention. Le gouvernement Cresson est directement confronté à la norme européenne. La première visite du CPT du 27 octobre au 8 novembre 1991¹⁸ met en lumière les manques criants dans les établissements pénitentiaires français et force les gouvernements à prendre réellement en considération l'article 3 CSDH. La condition pénitentiaire est à nouveau à l'ordre du jour, d'autant que le directeur de cabinet de Henri Nallet est Jean-Pierre Dintilhac qui vient de quitter la fonction de directeur de l'administration pénitentiaire. Ce n'est d'ailleurs pas pour autant que le problème est

¹⁴ Voir sur ce point supra, première partie, titre II, chapitre 2, II, B, 1.

¹⁵ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, op. cit., pp. 247 et s.

¹⁶ CC, décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, cons. 12 ; *Rec.*, p. 27 ; *RFDC*, 1994, p. 353, T.S. Renoux.

¹⁷ Note du directeur adjoint du Cabinet du garde des Sceaux du 24 juin 1986. Le constat avait été fait que les règlements intérieurs des établissements pénitentiaires ne répondaient pas à l'objectif qui leur avait été assigné par deux circulaires de 1979 : d'une part, « l'information des détenus, complète, précise et la même pour tous », et d'autre part, « les obligations générales auxquelles ils sont soumis et les droits dont ils bénéficient », et « de façon pratique sur les règles de fonctionnement spécifiques à l'établissement où ils sont incarcérés ». Un groupe de réflexion avait été constitué avec pour mission de formuler des propositions pour améliorer cette situation.

¹⁸ CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France, du 27 octobre au 8 novembre 1991*, CPT/Inf (93) 2 [FR]. Sur la médiation du CPT, supra, même partie, titre I, chapitre 1.

réglé, dans la mesure où l'administration pénitentiaire est alors confrontée à des mouvements sociaux qui vont engendrer les réformes de l'époque : à la suite des « trois glorieuses », en référence aux trois mouvements de protestations du personnel de surveillance qui s'enchaînent entre 1988 et 1989¹⁹, une réflexion sur la modernisation du service public pénitentiaire est engagée sur la base du *Possible à trois ans*²⁰.

En juillet 1999, une Commission chargée de dresser des pistes d'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, dont la présidence est confiée à Guy Canivet, Premier Président à la Cour de Cassation, est créée par Elisabeth Guigou, ministre de la justice. Le Rapport est remis en mars 2000²¹. Au départ, la Commission devait prévoir des propositions pour le contrôle extérieur des prisons. « Le politique a une demande d'ordre tactique²² » : en effet, la Commission nationale de déontologie de la sécurité est en cours d'élaboration²³. Les parlementaires veulent que l'administration pénitentiaire entre dans le champ de la CNDS. Mais le gouvernement y est hostile, d'où la création de la Commission pour prévoir un système de contrôle interne, propre à l'administration pénitentiaire. Cette Commission va préconiser, dans sa synthèse, une meilleure lisibilité de la norme pénitentiaire, grâce notamment à l'élaboration d'une loi pénitentiaire, qui définirait les missions de l'administration pénitentiaire et qui préciserait surtout le statut du détenu et les conditions générales de détention. Elle préconise également l'intégration du futur code de déontologie²⁴ dans « ce nouvel ordonnancement juridique ». Elle est donc allée bien au-delà de la demande politique²⁵, en tentant d'imposer une réforme du système pénitentiaire. Entre temps, le climat est devenu particulièrement favorable au débat sur les conditions de détention. Le rapport de la Commission est remis alors que deux commissions d'enquête parlementaires ont été créées – à la suite de la publication

¹⁹ J.-C. Froment, « La question des acteurs de la modernisation du service public pénitentiaire », in *RPDP*, n° 4, octobre-décembre 1995, pp. 233 et s. et aussi *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, pp. 279 et s. Cela aboutira à la loi n° 96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire accordant la bonification dite du cinquième au personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire un régime dérogatoire de retraite identique à celui dont bénéficie le personnel de la police depuis 1957.

²⁰ Direction de l'administration pénitentiaire, *Le possible à trois ans*, Paris, SCERI, juillet-août 1990, 39 p. Un programme pluriannuel pour la justice sur quatre ans sera présenté par le ministre de la justice, Pierre Méhaignerie, en juin 1994.

²¹ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, et *Annexes*, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, La Documentation française, 2000, 263 p. et 339 p.

²² Entretien 12.

²³ *Supra*, même partie, titre I, chapitre 2, II, A.

²⁴ *Infra* même titre, chapitre 2, II.

²⁵ Entretien 12.

retentissante de l'ouvrage de Véronique Vasseur²⁶ – le 3 février 2000 pour celle de l'Assemblée nationale et le 10 février 2000 pour celle du Sénat. Leurs rapports seront remis le 28 juin 2000²⁷. Le travail de la Commission Canivet, qui aurait pu rester lettre morte, est alors au cœur de l'actualité.

Alors que le secteur pénitentiaire n'était pas la priorité d'Elisabeth Guigou²⁸, et que le rapport demandé à la Commission Canivet visait à enfermer encore l'administration pénitentiaire dans un droit d'exception – par rapport à la CNDS – le gouvernement est bien obligé de porter son attention sur les conditions de détention, et sur la question des traitements inhumains ou dégradants. La nouvelle ministre de la justice, Marylise Lebranchu, qui entre en fonctions le 18 octobre 2000, engage, mais trop tard, le chantier d'une grande loi pénitentiaire²⁹, qui ne verra pas le jour : « le soufflé retombe³⁰ ».

Les gouvernements s'intéressent périodiquement à la question des conditions de détention et à celle des traitements inhumains ou dégradants. Mais l'intérêt retombe, et l'administration pénitentiaire le sait. La conjoncture politique, politicienne, évolue et les « cycles » entre deux réelles prises en compte sont longs, environ une dizaine d'années. Il y a des améliorations législatives de la condition du détenu, dans l'esprit de l'article 3 CSDH, mais elles ne peuvent engendrer une véritable réception de l'interdit contenu dans ce texte par l'administration pénitentiaire. La loi DCRA du 12 avril 2000³¹, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, et faisant entrer les avocats au prétoire de discipline, de même que la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé³² en sont des exemples.

²⁶ V. Vasseur, *Médecin-chef à la prison de la santé*, Paris, Le cherche midi éditeur, 2000, 202 p.

²⁷ G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, « rapport de la commission d'enquête sur « les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France n° 449 », tomes 1 et 2, Paris, Sénat, 2000, 224 p. ; 551 p. et J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, « Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises n°2521 », tome 1 : rapport ; tome 2 : auditions, Paris, Assemblée nationale, 2000, 328 p ; 565 p.

²⁸ E. Péchillon, « La prison, un service public protéiforme mal intégré dans l'appareil étatique », in E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*, op. cit., p. 33.

²⁹ Sur le projet de loi pénitentiaire, voir même partie, titre II, chapitre 2, I.

³⁰ Entretien 2.

³¹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, 13 avril 2000. E. Péchillon, « La reconnaissance législative du détenu citoyen », in *Dedans-Dehors*, mai 2000, pp. 4-5.

³² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002.

Les évolutions de la stratégie politique depuis le 11 septembre 2001³³ et les élections de mai-juin 2002³⁴ mettent en évidence que la volonté gouvernementale en la matière peut changer de façon radicale. Le durcissement des politiques de sécurité et de justice correspond à une mise entre parenthèses de la vague d'humanisation des prisons. Le programme pénitentiaire issu de la LOPJ, pour 2003-2007³⁵, met en avant le programme de construction. La sécurisation des établissements pénitentiaires constitue une priorité pour les années à venir³⁶. Dès lors, l'intérêt fluctuant des gouvernements peut relativiser la portée impérative de l'article 3 CSDH, au lieu de lui donner la force qui doit être la sienne. Le Parlement quant à lui ne parvient pas mieux à faire entrer l'article 3 CSDH dans le droit interne à destination de l'administration pénitentiaire.

B. L'intérêt parlementaire pour les questions pénitentiaires

La prise en compte par les députés et sénateurs du problème des conditions de détention est extrêmement importante du point de vue symbolique dans la reconnaissance du caractère contraignant de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire. Pourtant la situation dégradée dans les établissements pénitentiaires n'a pas été pas à l'ordre du jour parlementaire pendant plus d'un siècle.

L'Assemblée nationale, dans un avant-propos historique à son rapport de 2000, évoque la précédente enquête parlementaire³⁷. « Sous la III^{ème} République, à l'issue d'une

³³ Voir sur ce point les dispositions de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne, *JO*, 16 novembre 2001, et notamment J.-J. Gleizal, « L'élaboration des politiques de sécurité en France », in J.-C. Froment, J.-J. Gleizal, M. Kaluszynski (dir.), *Les Etats à l'épreuve de la sécurité*, Grenoble, PUG, 2003, pp. 42 et s.

³⁴ Voir sur ce point des textes emblématiques de ces réformes, la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, *JO*, 30 août 2002 ; la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JO*, 10 septembre 2002, dite loi « Perben I » ; et la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO*, 10 mars 2004, dite loi « Perben II ».

³⁵ Ministère de la justice, *Programme pénitentiaire issu de la loi d'orientation et de programmation pour la justice – 2003-2007*, Dossier presse, 2002.

³⁶ La création des Equipes Régionales d'Intervention et de Sécurité (ERIS), annoncée le 20 février 2003, va tout à fait dans ce sens. Il s'agit de mettre en place un dispositif d'intervention structuré à la disposition de chacune des directions régionales de métropole avec comme objectif de renforcer la capacité stratégique de l'administration pénitentiaire en matière de maintien et de rétablissement de l'ordre et de la sécurité. Cette création s'inscrit dans pleinement dans cette volonté de sécurisation des établissements pénitentiaires.

³⁷ J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 1, *op. cit.*, pp. 13 et s. Sur la prison sous la III^{ème} République, voir R. Badinter, *La prison républicaine : 1871-1914*, Paris, Fayard, 1992, 429 p.

commission d'enquête parlementaire qui dura plus de trois ans, entre 1872 et 1875, fut votée le 5 juin 1875 une loi qui déterminera les grands principes de la politique pénitentiaire jusqu'en 1945. Les lignes directrices de cette réforme sont fondées sur une différence de traitement selon la nature des condamnations. » (...) « Les nobles ambitions du législateur, affirmées avec force dans la loi de 1875, n'ont ainsi guère trouvé de concrétisation dans la pratique. C'est finalement davantage par des lois plus limitées dans leurs ambitions, complétées par des pratiques constantes en matière de droit pénal, qu'une véritable amélioration de la condition pénitentiaire sera observée sous la III^{ème} République : en 1875 est adopté le principe de la réduction du quart de la peine pour enfermement individuel ; en 1885 est votée, en contrepartie de la loi sur la relégation qui sera peu utilisée par les magistrats, la loi sur la libération conditionnelle, en 1881 la loi sur le sursis simple et en 1912 la loi sur la liberté surveillée. »

Comment ne pas rester dubitatif lorsque, dans le rapport de la Commission d'enquête du Sénat, on peut lire que « l'intérêt du Sénat pour la réalité pénitentiaire ne date pas d'aujourd'hui : il remonte peut-être à l'époque révolutionnaire (...). » Il est d'ailleurs fait référence à la « précédente » commission d'enquête : « Il faut aussi mentionner que des membres éminents du Sénat de la III^{ème} République – Victor Schoelcher, René Bérenger, devenu sénateur inamovible en 1875 – ont joué à l'Assemblée à partir de 1872, un rôle considérable dans les travaux de la commission d'enquête créée à l'initiative du vicomte d'Haussonville chargée d'étudier et d'améliorer le régime des établissements pénitentiaires : on a trop oublié que le sénateur Bérenger a été l'un des pères de la loi de 1875 posant le principe de l'emprisonnement cellulaire dans les prisons départementales – hélas resté lettre morte – et des textes de 1885 instituant la libération conditionnelle et le sursis simple³⁸. » Mais même avec la meilleure volonté, en rappelant qu'il y a en son sein d'illustres sénateurs ayant œuvré en la matière, le Sénat ne parvient pas à convaincre que son intérêt a toujours été sans failles pour la question pénitentiaire.

On peut aisément comprendre le malaise des parlementaires à constater cette absence de contrôle des établissements pénitentiaires entre 1875 et 2000. Le Parlement va donc se saisir de la question des conditions de détention. « Cette réflexion a bénéficié d'un appui particulièrement efficace avec la publication du livre de Mme Véronique Vasseur,

³⁸ G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, tome 1, *op. cit.*, pp. 10 et s.

Médecin chef à la prison de la Santé et le retentissement inattendu qu'il a eu dans les médias et sur l'opinion, alors même que la situation qu'il décrivait était connue et avait été dénoncée par le Comité européen pour la prévention de la torture en 1993 puis en 1998 et, plus récemment, par l'Observatoire international des prisons (...)»³⁹. Le 3 février 2000, l'Assemblée nationale adopte, à l'unanimité, sur le rapport de Raymond Forni, la proposition de création d'une commission d'enquête sur « la situation dans les prisons françaises » de Laurent Fabius⁴⁰. Une semaine plus tard, le Sénat crée à son tour une commission d'enquête sur « les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France ». Dans sa séance publique du 10 février 2000, le Sénat adopte sur le rapport de Georges Othily (n° 209, 1999-2000), la proposition de résolution tendant à créer une commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France et son article unique dans les termes proposés par la commission des lois⁴¹. Le 28 juin 2000, les deux rapports sont remis aux présidences des deux assemblées.

Émerge alors un consensus dans les deux rapports, quelle que soit l'orientation politique des parlementaires. « Des propos très avant-gardistes ont été avancés par des personnes de la majorité actuelle. »⁴² Le contrôle du CPT est considéré dans le rapport du Sénat comme le plus efficace, son contrôle étant « exercé avec le plus grand sérieux et donne lieu à des

³⁹ J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 1, *op. cit.*, pp. 9 et s.

⁴⁰ *Ibidem*. Au sein de l'Assemblée nationale, plusieurs propositions de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur les prisons émergent : la première (n° 2078) de Claude Goasguen sur les conditions sanitaires dans les prisons françaises, la seconde (n° 2079) de Christine Boutin sur les conditions de vie des détenus, la troisième (n° 2106) de Guy Hascoët sur l'état des établissements pénitentiaires, les conditions de vie des détenus et le respect des normes d'hygiène et de sécurité dans les prisons, la quatrième (n° 2118) de Laurent Fabius et Louis Mermaz sur la situation dans les prisons françaises.

⁴¹ G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, tome 1, *op. cit.*, pp. 10 et s. A la suite du dépôt, le 18 janvier, d'une proposition de résolution n° 165 (1999-2000) présentée par Robert Badinter et les membres du groupe socialiste et apparentés, « tendant à créer une commission d'enquête sur les conditions de détention dans les maisons d'arrêt », et le 25 janvier 2000, d'une proposition de résolution n° 183 (1999-2000) présentée par Jean Arthuis, Josselin de Rohan, Henri de Raincourt et Guy-Pierre Cabanel, « tendant à créer une commission d'enquête sur la situation des établissements pénitentiaires en France ». Au cours de sa réunion du 8 février 2000, la commission des lois, sur la proposition de son rapporteur, Georges Othily a estimé que les deux propositions de résolution étaient juridiquement recevables et que la création d'une commission d'enquête était tout à fait opportune, en précisant que cette commission devrait enquêter sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires, en particulier, au regard de la présomption d'innocence, dans les maisons d'arrêt et s'assurer de l'étendue et de l'effectivité des contrôles relevant des autorités judiciaires et administratives.

⁴² Entretien 9.

rapports très complets qui, peut-être, ne sont pas assez lus⁴³ ». Le rapport de l'Assemblée nationale évoque quant à lui à plusieurs reprises les rapports du CPT et la CEPT⁴⁴. La question des traitements inhumains ou dégradants est ainsi au cœur du débat parlementaire. L'article 3 CSDH se retrouve propulsé au centre des préoccupations.

L'évolution des positions au sein du Parlement est assez radicale. En effet, « il y a des périodes favorables et des périodes défavorables : périodes favorables quand survient (...), une prise de conscience de la réalité des prisons. Ces périodes cessent par le jeu des circonstances ; que survienne une prise d'otage, qu'un gardien soit, hélas victime d'un grave attentat dans une prison et aussitôt le climat change. Il existe donc des moments pendant lesquels on peut agir⁴⁵ ». La période est passée. Le climat a changé. Cela met d'ailleurs en évidence les contradictions de chacun. Pour reprendre les propos d'un ancien directeur de l'administration pénitentiaire, ce sont « souvent les mêmes personnes qui à l'occasion d'une affaire de mauvaises conditions de détention vous traitent de tortionnaire et qui quand un libéré conditionnel agresse quelqu'un vous traitent de laxiste. » Depuis le Parlement a voté des lois éloignées des prises de position de l'été 2000 : la question pénitentiaire étant à nouveau abordée sous l'angle de la construction-rénovation du parc immobilier⁴⁶.

Le travail parlementaire de 2000 a incontestablement permis de maintenir la « fenêtre politique » ouverte pour une période relativement longue, soit plus de six mois⁴⁷. Cette « fenêtre », même si elle a été refermée depuis, signifie que la question des traitements inhumains ou dégradants fait désormais partie de la « chose publique ». La République s'est emparée de ce problème, pour la première fois, depuis la Seconde Guerre Mondiale, depuis l'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme, depuis l'entrée en vigueur de la CEPT. Il s'agit bien là, quand bien même le rendez-vous aurait été manqué, d'une émergence officielle de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants sur la scène publique. Cela correspond à un véritable moment

⁴³ G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, tome 1, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁴ J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 1, *op. cit.*, pp. 137 et s., pp. 163 et s.

⁴⁵ Audition de R. Badinter, in J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, tome 2, *op. cit.*, pp. 181 et s.

⁴⁶ Voir en ce sens les lois dites « Perben I » et « Perben II », *op. cit.*

⁴⁷ E. Péchillon, « La prison, un service public protéiforme mal intégré dans l'appareil étatique », in E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *op. cit.*, p. 41.

charnière dans la reconnaissance de l'obligatorité de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, dans la réception de cette norme par l'administration pénitentiaire. L'article 3 CSDH a été utilisé en tant que texte normatif en tant que tel. Il ne s'agit cependant pas d'une véritable consécration normative de ce texte par les parlementaires.

Ce n'est donc pas parce que le politique va s'emparer de la question des traitements inhumains ou dégradants que l'obligatorité de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH sera reconnue par l'administration pénitentiaire. Le projet de loi pénitentiaire aurait pu permettre à l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH d'être enfin pleinement et explicitement intégré dans le droit interne à destination de l'administration pénitentiaire. Cette intégration n'a pas été menée à terme.

II – Le projet de loi pénitentiaire, une intégration législative de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH inachevée

La loi du 22 juin 1987 n'a pas eu pour objet de donner un statut législatif au détenu, mais de donner finalement un statut à l'administration pénitentiaire. Certains textes législatifs tendent à intégrer partiellement l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Cependant, ces textes, dont la véritable concrétisation dans le droit pénitentiaire se fait par la voie réglementaire, ne s'inscrivent pas dans une logique de d'intégration globale de l'article 3 CSDH. A l'inverse, la « grande loi pénitentiaire », qui aurait dû être adoptée en 2001, s'inscrivait dans cette démarche. Dans l'avant-projet de loi proposé par le Gouvernement, la norme européenne était très présente (A). Cependant, la loi n'a toujours pas vu le jour et n'est désormais plus du tout au cœur des préoccupations (B).

A- Le projet de loi pénitentiaire, une volonté forte d'intégration de l'article 3 CSDH

« L'enjeu pour la France d'une loi pénitentiaire réside autant dans une redéfinition claire des missions pénitentiaires par le Parlement que dans un besoin de re-légitimation de l'action de l'administration dans les détentions. Face aux critiques et mises en cause

constantes dont elle fait l'objet, l'administration pénitentiaire a besoin de disposer désormais d'un cadre législatif, référencé par rapport aux normes européennes et plus affirmatif quant aux droits des détenus⁴⁸. » Cette loi, évoquée dès juin 2000 par la ministre de la justice, Elisabeth Guigou⁴⁹, devait être l'occasion d'une reconnaissance d'un statut légal du détenu (1) mais aussi celle de l'entrée concrète de l'article 3 CSDH dans le droit pénitentiaire (2).

1. La reconnaissance d'un statut légal du détenu

Le projet de loi sur la peine et le service public pénitentiaire devait consacrer une évolution du droit de l'administration pénitentiaire. Si l'avant-projet de loi s'inscrivait dans le prolongement des réformes résultant de la loi du 12 avril 2000 concernant l'assistance aux détenus devant la commission de discipline, et de la loi du 15 juin 2000 concernant la juridictionnalisation de l'application des peines, il amenait cependant des innovations du point de vue du droit. Ce projet de texte est donc intervenu dans le débat public engagé sur la prison en 2000. Le processus de réhabilitation des prisons avait alors été réaffirmé, et le Premier ministre avait annoncé⁵⁰ que « la fonction même des prisons [serait] l'objet d'une grande loi pénitentiaire », préparée avec tous les personnels concernés, et qu'elle définirait « le sens de la peine, les missions de l'administration pénitentiaire, les règles fondamentales du régime carcéral en encadrant les atteintes aux libertés individuelles, les conditions générales de détention ».

Les différents points de l'avant-projet de loi s'inscrivaient totalement dans la continuité du *Rapport Canivet*⁵¹, qui préconisait d'ailleurs l'élaboration d'une « loi pénitentiaire »⁵², « définissant les missions de l'administration pénitentiaire, les droits des détenus et les conditions générales de détention », comme première réforme visant à créer les conditions d'un contrôle extérieur, condition *sine qua non* à l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, cette réforme ne pouvant se faire sans la prise en compte pleine et entière des normes européennes.

⁴⁸ I. Gorce, *op. cit.*, p. 534.

⁴⁹ « Elisabeth Guigou se prononce pour une grande loi pénitentiaire », *Le Monde*, 11-12 juin 2000, p. 9

⁵⁰ Discours de L. Jospin, Premier ministre, le 8 novembre 2000, lors du Colloque inaugural de l'ENAP à Agen. Document distribué aux participants.

⁵¹ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, La documentation française, 2000, pp. 259 et s.

⁵² Voir sur ce point les synthèses des propositions de la Commission Canivet. *Ibidem*.

Chargée par le Premier ministre de l'élaboration de ce projet, la ministre de la justice, Marylise Lebranchu, a souhaité que la préparation de ce texte soit l'occasion d'une vaste consultation⁵³. Elle a réuni un conseil d'orientation stratégique (COS) composé d'une trentaine de professionnels intervenant à différents titres sur la prison et de représentants des associations partenaires de l'administration pénitentiaire. Le COS s'est réuni à sept reprises, pour clore ses travaux le 19 septembre 2001. Au cours de ces rencontres, ses membres ont délibéré et se sont concertés sur les grands thèmes retenus par la loi : le sens de la peine et son exécution, les droits et obligations des détenus, l'organisation et les missions du service public pénitentiaire et de ses agents, le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires. Quatre groupes de travail ont été constitués : l'un regroupant les organisations syndicales pénitentiaires, l'autre, les représentants des organisations professionnelles de magistrats et d'avocats, le troisième regroupant les représentants des associations spécialisées de magistrats et de médecins travaillant en milieu pénitentiaire, et le quatrième, ceux des associations partenaires de l'administration pénitentiaire. Ces quatre groupes ont été réunis la veille ou le lendemain de chaque COS, afin de réagir aux documents fournis par le groupe de rédacteurs. En parallèle, une concertation au sein des services déconcentrés a été menée.

L'avant-projet de loi, proposé par le ministère de la justice⁵⁴, développait cinq principaux thèmes : le sens de la peine, le service public pénitentiaire, le régime disciplinaire des personnes détenues, la condition juridique de la personne détenue, le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires. Ce texte réaffirmait la condition juridique de la personne détenue à partir, notamment, des observations formulées par les rapports des deux assemblées sur la condition carcérale⁵⁵, à savoir que le détenu reste titulaire des droits fondamentaux du citoyen (intégrité physique, liberté d'expression, santé, formation, maintien de ses droits sociaux...), limités par la loi en raison des contraintes inhérentes à la détention et que cette réaffirmation s'inscrit dans une volonté de « moderniser le mécanisme juridique relatif à la personne détenue, jusqu'alors régi par des textes de nature réglementaire⁵⁶ ».

⁵³ Synthèse – Avant projet de loi sur la peine et le service public pénitentiaire, Ministère de la justice, 2001. Disponible sur le site internet du ministère de la justice en juillet 2001 : <http://www.jutice.gouv.fr>.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ G.-P. Cabanel (rapporteur), Commission d'enquête du Sénat, *Prisons : une humiliation pour la République*, *op. cit.* J. Floch (rapporteur), Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, *op. cit.*

⁵⁶ Synthèse de l'avant-projet de loi, « les points forts », *op. cit.*

La normalisation par voie législative du régime disciplinaire et de la condition juridique du détenu devait être l'occasion de l'édiction d'un véritable statut du détenu, les fautes disciplinaires étant désormais clairement classées, la procédure et les sanctions clairement encadrées. Concernant plus particulièrement la condition juridique de la personne détenue, les droits fondamentaux devaient être énoncés, en référence directe à la Convention européenne des droits de l'homme. Ces droits étaient : le droit au respect de l'intégrité physique et à la dignité de la personne, le droit à l'égalité : le principe de non-discrimination, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et à la liberté d'expression, le droit à l'information du détenu, les droits électoraux, le droit à la vie privée et au maintien des liens familiaux (notamment l'élection de domicile, l'intimité de la personne détenue, l'accès au parloir, le maintien de l'enfant auprès de sa mère détenue), le droit à la solidarité nationale et aux prestations sociales, le droit à la santé, les droits à l'enseignement, à la formation professionnelle et au travail. Cette énumération mettait en évidence une véritable volonté de la part du gouvernement de réaffirmer le principe de légalité, les références aux textes fondamentaux, et s'imposant au législateur dans la hiérarchie des normes.

Les limitations aux droits de la personne détenue étaient ensuite énumérées. « Le rapport citoyen à la puissance publique n'est pas différent dans la société carcérale et dans la "société libre". La personne détenue, quel que soit le motif de sa détention, doit se soumettre à la loi et, à cette fin, à l'autorité des agents de surveillance de l'administration pénitentiaire, comme le citoyen doit obéissance à l'agent de la force publique qui lui fait injonction. » Sous le bénéfice de ces remarques préliminaires, la loi devait déterminer un cadre juridique précis aux limitations des droits des personnes incarcérées, relatives au classement et à l'affectation, au placement à l'isolement, à l'usage de la contrainte, aux fouilles, au contrôle de la correspondance écrite, à l'interception des correspondances téléphoniques, au contrôle des publications, à la gestion contrainte des biens patrimoniaux⁵⁷, toutes ces limitations pouvant entrer dans le champ de l'article 3 CSDH et pouvant potentiellement constituer des traitements inhumains ou dégradants⁵⁸. Il s'agissait ainsi de normaliser des pratiques et des actes problématiques au regard de l'article 3 CSDH.

⁵⁷ Avant-projet de loi sur « la peine et le service public pénitentiaire » et synthèse de l'avant-projet de loi « les points forts », *op. cit.*

⁵⁸ *Supra*, première partie, titre I, chapitre 2, I.

2. L'entrée de l'article 3 CSDH dans le droit pénitentiaire

L'avant-projet de loi pénitentiaire faisait explicitement référence aux normes supranationales et visait à inscrire ces réformes dans l'application du droit européen. Il intégrait les notions de dignité de la personne, de respect de l'intégrité physique et de mauvais traitement, notions faisant directement référence aux normes contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme, dans la DUDH ou la CEPT. Plus directement, l'article 3 CSDH faisait son entrée concrète dans le droit pénitentiaire, au niveau de la protection des droits des détenus, dans l'énoncé des limitations aux droits de la personne détenue.

Le placement à l'isolement, par exemple, devait être prévu et précisément régi par la loi en ce qu'il entraîne une modification des conditions ordinaires de la détention : le législateur aurait alors devancé les juridictions administratives⁵⁹. Deux régimes juridiques très distincts devaient être distingués pour cette mesure de contrainte : l'un comportait un encadrement juridique strict lorsque la mesure aurait été décidée d'office par le directeur de l'établissement ; l'autre, d'une grande souplesse lorsqu'elle aurait été sollicitée par le détenu lui-même, qui aurait dû alors avoir la faculté d'y mettre fin à tout moment. Pour établir cette distinction, l'avant-projet s'appuyait clairement sur le CPT et ses rapports : « Au soutien de cette distinction, il faut rappeler que le Comité européen pour la Prévention de la Torture (CPT) avait suggéré d'offrir des garanties au détenu contraint à l'isolement en considérant que celui-ci "doit pouvoir faire valoir son point de vue auprès de l'autorité compétente avant qu'une décision finale ne soit prise ; qu'il doit également être informé par écrit du motif de son placement à l'isolement ainsi que de toute mesure ultérieure de renouvellement prise à son encontre, à moins que des raisons impératives de sécurité ne s'y opposent. En outre, la décision de mise à l'isolement doit faire l'objet d'un examen régulier (au moins tous les 3 mois)" ». Cette référence explicite au CPT en est aussi une à la CEPT et à l'article 3 CSDH, dans une logique d'intégration explicite de ce texte dans le droit pénitentiaire.

Concernant l'usage de la contrainte, les références aux normes supranationales étaient claires : « la recommandation R 87 (3) considère comme légitime l'emploi, à l'encontre

⁵⁹ Supra, même partie, titre I, chapitre 2, I, B.

d'un détenu ; des menottes, des entraves et des camisoles de force sur ordre du chef d'établissement, "si tous les autres moyens de maîtriser un détenu ont échoué, afin de l'empêcher de porter préjudice à lui-même ou à autrui ou de causer des dégâts importants" (article 39 c). Dans ce cas, "le directeur doit consulter d'urgence le médecin et faire rapport à l'autorité administrative supérieure." A l'issue de sa dernière visite en France, le Comité européen pour la prévention de la torture a reconnu qu'il peut parfois s'avérer nécessaire d'immobiliser les mains d'un patient pendant une brève période pour des raisons somatiques ou pour le maîtriser physiquement s'il devient agité. Il précise toutefois que les raisons d'un recours à ces mesures doivent toujours être scrupuleusement consignées et les moyens de contrainte ôtés dès que possible ; soumettre un patient à la contention physique pendant plusieurs jours ne pouvant aucunement être justifié (qu'elle soit d'ordre thérapeutique, disciplinaire ou liée à la sécurité) et s'apparentant à *un mauvais traitement*⁶⁰. »

Il était également fait référence au CPT dans la partie consacrée au contrôle extérieur des établissements pénitentiaires : « Conformément à sa finalité, le contrôle général aurait pour compétence de vérifier que les détenus bénéficient, au sein des établissements pénitentiaires, des conditions de détention conformes à la dignité, à l'égalité et à la légalité. Un tel contrôle serait semblable à celui qu'exerce le Comité pour la prévention de la torture. »

Cette référence explicite au CPT et à la notion de mauvais traitements met en évidence la volonté clairement exprimée du gouvernement d'intégrer la norme supranationale dans le droit pénitentiaire. Au-delà de l'interprétation authentique de la CEDH de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, l'interprétation du CPT est clairement retenue⁶¹. Ce projet est la formulation expresse, dans la réforme pénitentiaire engagée, de l'article 3 CSDH dans son interprétation la plus poussée. Il reprend les objectifs formulés par le CPT, choisissant les meilleurs moyens pour y parvenir. Il s'agit bien ici de la logique de transposition connue en matière communautaire.

Intégré au droit interne, l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants conservait sa place dans la hiérarchie des normes françaises – puisque d'applicabilité

⁶⁰ En italique par nos soins.

⁶¹ Supra, première partie, titre I, chapitre 1, II.

directe – mais en acquérait une autre, au niveau législatif. La valeur « supra-administrative » de cette norme était réaffirmée. Elle perdait ainsi de son étrangeté pour se fondre dans le corpus juridique applicable à l'administration pénitentiaire. De norme non contraignante ou subsidiaire, cet interdit était ici incorporé : il s'agissait à la fois d'une intégration et d'un rappel de la valeur normative de cet interdit. Ainsi, « dans l'élaboration du projet de loi, avant septembre 2001, les références aux normes européennes étaient explicites. Une véritable étude de la législation européenne avait été menée. La loi pénitentiaire allait dans la logique de la résolution européenne du 17 décembre 1998⁶² (cf. exposé des motifs de l'avant-projet), et d'un travail sur les lois pénitentiaires étrangères, notamment, celle de Belgique⁶³. » « Pour la loi pénitentiaire, il y avait eu des études pour faire changer les a priori. Si la loi pénitentiaire avait abouti, la CEDH aurait été davantage prise en compte. Mais ce n'est pas dans l'ère du temps.⁶⁴ »

B- L'évolution et le gel du projet

Ce projet n'a pas abouti, et le projet de loi de décembre 2001 ne ressemblait déjà plus à celui annoncé en juillet 2001. Le 11 septembre 2001 ayant bouleversé les priorités politiques, la loi pénitentiaire ne s'inscrivait plus dans un grand mouvement humaniste, la sécurité reprenant le dessus. Le projet n'aura finalement même pas été présenté au Parlement, et à l'heure actuelle, il est gelé, la LOPJ n'ayant pas annoncé de suite pour ce projet. L'obstacle à cette transposition aura été, une fois de plus, la sécurité.

Après septembre 2001, l'avant projet de loi a évolué vers moins de droits de l'homme et plus de sécurité, notamment en ce qui concerne les fouilles. Un travail en commun entre l'administration pénitentiaire et le Cabinet a été réalisé. Le COS et le Comité de rédaction ont rédigé et amendé le texte⁶⁵. En décembre 2001, il a été annoncé⁶⁶ que le projet de loi sur la peine et le service public pénitentiaire devait être présenté aux différents ministères. Le projet élaboré comportait alors 156 articles rédigés, accueillis très favorablement par le

⁶² Résolution du Parlement européen du 17 décembre 1998 sur le respect des droits de l'homme dans l'Union européenne.

⁶³ Entretien 10.

⁶⁴ Entretien 5.

⁶⁵ Entretien 10.

⁶⁶ Ministère de la justice, *Etapas, Lettre d'information de l'administration pénitentiaire*, n° 88, décembre 2001.

COS réuni le 22 novembre 2001, et devait être présenté pour avis au Conseil d'Etat, pour ensuite être adopté en Conseil des ministres et déposé au Parlement.

Mais ce projet allait nettement moins loin que celui annoncé en juillet 2001. Le pouvoir réglementaire y retrouvait une place très importante. Le but initial de la loi pénitentiaire était d'intégrer dans la loi ce qui relevait auparavant du règlement⁶⁷. Les projets présentés après celui de juillet 2001⁶⁸ ne reprenaient que les principes généraux. Par exemple, les différents types de fautes disciplinaires étaient très précisément spécifiés dans le premier projet. Le projet de janvier 2002 renvoyait à un décret en Conseil d'Etat la définition des fautes en posant le principe des trois échelles de fautes – ce qui peut être interprété comme une sorte de renoncement à l'objectif d'introduire une hiérarchie des normes plus stricte par un encadrement législatif⁶⁹. Il en est allé ainsi pour tout ce qui concernait les droits fondamentaux de la personne détenue. Le renvoi au décret en Conseil d'Etat pour préciser chaque disposition était quasi systématique : le placement à l'isolement, l'usage de la contrainte, les fouilles, le contrôle des correspondances écrites et des publications, l'interception des correspondances téléphoniques, l'accès au parloir, la gestion contrainte des valeurs pécuniaires des détenus et la cantine. Toutes ces dispositions évoquées dans le projet de loi demeuraient extrêmement floues : ainsi, ces différentes limitations des droits des détenus étaient posées, mais non précisées, les modalités de leur application revenant au pouvoir réglementaire, ce qui est déjà le cas. Plus aucune référence n'était faite aux risques de traitements inhumains ou dégradants, ou même de mauvais traitements, alors que l'obligation d'obéissance des détenus aux personnels pénitentiaires était, elle, clairement réaffirmée. Ainsi, ces différentes pratiques, potentiellement contraires à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, loin d'être clairement encadrées, étaient finalement légitimées par la loi.

Par ailleurs, ces limitations aux droits de la personne détenue devaient être regroupées sous le titre consacré aux pouvoirs des agents de l'administration pénitentiaire, qui voyaient ainsi leurs pouvoirs renforcés, et non plus dans la partie consacrée à la condition juridique de la personne détenue. La loi ne visait plus à mettre en place un statut juridique

⁶⁷ E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline en formation*, Rennes, Laboratoire d'études du droit public, 2003, p. 45.

⁶⁸ Projet de loi sur la peine et le service public pénitentiaire, document de travail, 5 décembre 2001.

⁶⁹ E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline en formation*, op. cit., p. 45.

du détenu, mais à renforcer la situation des personnels pénitentiaires, leur donner les moyens légaux d'agir.

Les droits fondamentaux de la personne détenue y étaient affirmés, et il était précisé que la privation de liberté devait avoir lieu dans des conditions matérielles et morales assurant l'intégrité et la dignité de la personne. Là encore la formulation était vague, aucune référence claire à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants n'apparaissait, et les droits étaient bien plus limités que dans l'avant-projet : information et accès au droit de la personne détenue, vie privée et maintien des liens familiaux, santé des personnes détenues, travail des personnes détenues, aide à l'insertion sociale et professionnelle, enseignement, formation professionnelle et actions culturelles sportives et de loisirs sont les différents axes retenus dans cet énoncé des droits du détenu.

Ainsi, « la rédaction de la loi pénitentiaire après le 11 septembre 2001 est hyper sécuritaire » ; cependant, « le projet avait le mérite d'exister »⁷⁰. Le 11 janvier 2002, la ministre de la justice confirmait que la loi pénitentiaire ne pourrait pas passer en première lecture avant la fin de la session parlementaire le 21 février mais annonçait sa présentation au Conseil des ministres début mars. Le 7 mars 2002, le sujet était rayé de l'ordre du jour du Conseil des ministres. « Le texte était fini, avait été validé par le Secrétariat général du gouvernement, était prêt à passer en Conseil d'Etat. L'exposé des motifs allait dans le sens d'un renforcement des droits des détenus, et accordait une place importante aux textes internationaux.⁷¹ »

Le projet est donc « momentanément » mis de côté. Pour l'instant, il n'est pas à l'ordre du jour. Au sein de l'administration pénitentiaire, le projet de loi pénitentiaire n'a pas été bien vécu. Pour certains, il y avait un « excès de judiciarisation », en contradiction avec « la nécessité d'une régulation interne ». « L'administration pénitentiaire considérait que le premier projet allait trop loin, au regard des impératifs de sécurité. » Pourtant, la loi pénitentiaire, clarifiée, devait permettre également un renforcement de la légitimité de coercition des personnels. C'était une évolution du droit de nature à pacifier les relations⁷².

⁷⁰ Entretien 12.

⁷¹ Entretien 10.

⁷² Entretien 10.

« Le travail a été très utile sur les sanctions ». Concernant la procédure disciplinaire par exemple, il a été jugé qu'il n'était pas nécessaire de faire de l'instance disciplinaire « une instance judiciaire »⁷³. Pour d'autres, la difficulté réside dans le fait qu'« qu'il ne faut pas faire d'angélisme⁷⁴ ». « On légifère sur des voyous. L'aménagement peut être un signe de faiblesse. Il faut donc plusieurs paliers de normes, en fonction des personnes pour qui on légifère.⁷⁵ » De même, « dans l'avant projet de loi pénitentiaire, il y avait trop de législatif, pas assez de réglementaire », au risque de « blocage »⁷⁶. Les réticences personnelles au sein de la direction de l'administration pénitentiaire ont été évoquées. L'idée qui en résulte est que tout est fait par décret, maîtrisé par l'exécutif, donc aussi par l'administration.

« Très vite on a su que la loi ne pourrait pas être votée⁷⁷ ». La ministre de la justice a reconnu avoir eu tort⁷⁸ mais elle a voulu prendre son temps, elle a voulu rencontrer les personnels⁷⁹, ce qui peut d'ailleurs être analysé comme une manœuvre politique pour ralentir temporairement le projet⁸⁰. Le mécanisme mis en place pour élaborer le projet de loi a été extrêmement lourd, et est arrivé très tardivement par rapport au scandale médiatique et à la fenêtre politique ouverte par les parlementaires, et de plus sur la fin de la législature⁸¹.

L'avant-projet a été proposé au garde des Sceaux, Dominique Perben. Il n'a pas été repris dans la LOPJ, ni dans la loi Perben II. Le statut juridique du détenu n'est pas, à l'heure actuelle, une priorité. Ce qui fait dire à certains que « s'il n'y a pas de volonté politique, le seul levier qui reste est le levier juridique de la CEDH et des juridictions administratives⁸² ». « L'avant-projet a été élaboré en réaction. Le problème est que pour l'instant il n'y a que du réglementaire, particulièrement des circulaires. Un cadre législatif

⁷³ Entretien 2.

⁷⁴ Entretien 1.

⁷⁵ Entretien 12.

⁷⁶ Entretien 1.

⁷⁷ Entretien 12.

⁷⁸ Encore récemment, Marylise Lebranchu confiait à l'occasion d'un débat organisé par la fédération de Savoie de la Ligue des droits de l'homme qu'elle regrettait que les réformes judiciaire et pénitentiaire n'aient pas été menées à leur terme lorsque la gauche était au pouvoir : « il aurait mieux valu être battus en allant jusqu'au bout. On l'a été en faisant des concessions. Et là, on a eu tout faux. » *Le Dauphiné Libéré*, 11 février 2005.

⁷⁹ Entretien 12.

⁸⁰ E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline en formation*, op. cit., p. 44.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Entretien 10.

est nécessaire⁸³ ». Sur ces sujets, il y a finalement un tassement des positions droite-gauche, ce sont surtout des positions personnelles⁸⁴. Si ce projet de loi reste gelé, c'est qu'il n'est plus en phase avec la volonté politique, et qu'il ne l'était pas plus avec la volonté de l'administration pénitentiaire.

Ainsi, l'administration pénitentiaire semble demeurer une administration sur laquelle la loi ne peut avoir de prise. L'intégration législative de l'article 3 CSDH et de la norme qu'il contient n'a pu être menée au bout. L'échec de l'élaboration législative d'un statut du détenu et les réticences de l'administration pénitentiaire montrent combien l'administration pénitentiaire demeure attachée au règlement. La réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH implique que cette norme soit intégrée dans le droit reconnu comme contraignant par l'administration pénitentiaire. L'administration pénitentiaire participe elle-même de cette intégration, qui prend en fait la forme d'une transposition administrative de la norme supranationale.

⁸³ Entretien 1.

⁸⁴ Entretien 10.

CHAPITRE 2 – LA TRANSPOSITION ADMINISTRATIVE DE L'ARTICLE 3 CSDH

La réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire dépend d'une intégration de cette norme dans le droit pénitentiaire. Or, la voie législative ne permet pas cette intégration, et le droit pénitentiaire est essentiellement réglementaire. Sans l'administration pénitentiaire, cette intégration, et partant la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, se révèle impossible. En effet, la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants implique une intégration volontaire de la part de l'administration pénitentiaire de cet interdit dans son bloc de légalité, une « transposition administrative » de la norme. Il ne s'agit pas d'une « transposition », au sens entendu traditionnellement : en droit communautaire, les directives doivent être transposées en droit interne, dans la mesure où elles ne fixent que les objectifs à atteindre¹. C'est en fait le même phénomène qui est ici observable : l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants doit être « transposé » par l'administration pénitentiaire pour espérer pouvoir produire ses effets, comme si la norme ne fixait, au fond, que des objectifs, d'où l'utilisation du concept de transposition. La norme doit donc passer du droit externe au droit interne reconnu par l'administration pénitentiaire, ce qui implique des traductions et/ou adaptations : la norme transposée aura nécessairement changé de forme et de contenu une fois insérée dans le droit interne².

Cette « transposition administrative » prend la forme d'une interprétation réglementaire de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. « L'interprétation réalise la médiation, la transduction d'un sens premier, explicite mais non entièrement

¹ Article 249 (ex-article 189) du Traité instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957 (version consolidée) : « La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. » Loi n° 99-229 du 23 mars 1999 autorisant la ratification du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, *JO*, 25 mars 1999. Décret n° 99-438 du 28 mai 1999 portant publication du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé le 2 octobre 1997, *JO*, 30 mai 1999.

² Transposer signifie « faire changer de forme ou de contenu en faisant passer dans un autre domaine ». J. Rey-Debove et A. Rey, *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

satisfaisant, vers un sens second, implicite mais plus conforme à une attente déterminée.³ » En ce sens, l'administration pénitentiaire réalise bien une interprétation ayant pour but de faire coïncider la norme à ses attentes. Cette interprétation de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants dans le droit pénitentiaire interne n'est pas un « travail de stricte mise en équivalence⁴ » et comporte un « risque de glissement, voire de trahison⁵ ». La norme est ainsi interprétée au risque d'être dénaturée, trahie.

Cette interprétation demeure néanmoins une opération incontournable dans la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire. Elle permet à la norme d'entrer dans le bloc de légalité de l'administration pénitentiaire – et si elle n'est pas une fin, elle est un moyen dans la réception étudiée. La traduction de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants se révèle minimaliste, la norme étant finalement sous-interprétée (I). Cette traduction pourrait s'avérer beaucoup plus fidèle si le code de déontologie du service public pénitentiaire était enfin publié (II).

I – La traduction de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH dans le droit pénitentiaire

L'administration pénitentiaire est régie par un système de normes où la matière législative n'occupe que peu de place. De ce fait, la traduction de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants dans le droit pénitentiaire ne se fait pratiquement que par la voie réglementaire (A). L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants y est traduit en amélioration des conditions de détention, souvent réduites à la question de la surpopulation carcérale et à la nécessité de construire de nouvelles places dans les établissements pénitentiaires : les programmes immobiliers demeurent la réponse emblématique apportée aux problèmes des conditions de détention (B).

³ F. Ost et M. van de Kerchove, « Interprétation », in *Archives de philosophie du droit*, tome 35, 1990, p. 166.

⁴ *Ibidem*, p. 167.

⁵ *Ibid.*, F. Ost et M. van de Kerchove font ici référence à la formule chère aux linguistes « Traduttore, traduttore », le traducteur est le traître...

A- Le droit pénitentiaire, le règne du réglementaire

Le droit public pénitentiaire, ce « droit spécifique applicable au service public pénitentiaire⁶ », est un droit essentiellement réglementaire, produit par l'exécutif et son administration. Finalement, l'administration pénitentiaire est régie par des règles qu'elle produit ou qu'elle contribue à produire. Il serait en effet illusoire de croire que cette matière est régie par le législatif (1), au vu de la place tenue par un type de mesures extrêmement symbolique, la circulaire (2).

1. « L'illusion législative »

La notion d'« illusion législative⁷ » fait état de l'illusion née de la confusion extrêmement courante faite entre le Code pénal et le Code de procédure pénale, le premier consacré à la sanction et le second à l'exécution de celle-ci. L'illusion législative qui entoure l'application des peines réside dans l'amalgame qui est réalisé entre exécution des peines et détermination des délits et des peines. Si l'article 34 de la Constitution précise que « la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats », il ne dit rien concernant l'exécution des peines. Le pouvoir réglementaire disposant d'une compétence de principe, et ce domaine d'intervention n'étant pas attribué au législateur par la Constitution, ce domaine relève donc de la compétence de l'exécutif. Les dispositions législatives concernant la matière pénitentiaire fixent les « grandes lignes de questions mixtes⁸ », susceptibles de retentir à la fois sur la nature et les limites des peines et sur leur exécution. Le fonctionnement de la détention est encadré par voie réglementaire, essentiellement à la partie « Décrets », du Code de procédure pénale.

⁶ E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, LGDJ, 1998, pp. 22 et s.

⁷ M. Herzog-Evans, *La gestion du comportement du détenu*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 1998, p. 20 ; « Le droit pénitentiaire, un droit faible au service des détenus ? », in C. Faugeron, P. Combessie, A. Chauvenet, *Approches de la prison*, coll. « Perspectives criminologiques », Paris, De Boeck Universités, 1996, p. 276.

⁸ *Ibidem*.

Ce droit est essentiellement réglementaire, ce que l'administration pénitentiaire reconnaît aisément. Le bilan dressé en décembre 2000 par Isabelle Gorce⁹ rappelle que le droit pénitentiaire repose sur peu de textes législatifs : la loi du 23 juin 1987 qualifie l'administration pénitentiaire de service public et définit ses missions¹⁰ et la loi du 18 janvier 1994 concerne la prise en charge sanitaire du détenu¹¹. C'est en fait sur le fondement de l'article 728 CPP¹², « qui renvoie laconiquement au décret simple l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires¹³ », que la totalité de la réglementation pénitentiaire est assise. Des évolutions législatives notables ont permis une réelle prise en compte des droits des détenus, tendant à faire de ces derniers des « usagers » de droit commun, comme, par exemple, la loi DCRA de 2000¹⁴, ou la loi relative aux droits de malades de 2002¹⁵. Mais l'administration conserve un rôle primordial dans l'application de la loi.

L'ensemble des dispositions réglementaires est fondé sur un principe implicite : celui d'un droit pénitentiaire « d'exception¹⁶ ». Il n'existe pas de statut du détenu défini dans ses droits et devoirs. Le régime de vie du détenu est essentiellement élaboré du point de vue de l'institution. Même s'il a évolué du « tout interdit » à la reconnaissance d'un certain nombre de droits, aucun texte ne les synthétise et ne les limite de manière claire. Le *Rapport sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires* de la Commission Canivet rappelle que ce droit « mal ordonné » est caractérisé par une « hiérarchie des normes méconnue, des règles d'une qualité discutable et l'existence d'un droit subordonné¹⁷ ».

Concernant la méconnaissance de la hiérarchie des normes, la Commission Canivet a fait le dur constat qu'« en aménageant par la voie réglementaire la vie des personnes privées

⁹ I. Gorce, « L'administration pénitentiaire confrontée à sa norme juridique », in *RPDP*, n° 4, décembre 2000, pp. 526 et s.

¹⁰ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JO*, 23 juin 1987.

¹¹ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, *JO*, 19 janvier 1994.

¹² Article 728 CPP : « Un décret détermine l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires. »

¹³ I. Gorce, « L'administration pénitentiaire confrontée à sa norme juridique », *op. cit.*, pp. 526 et s.

¹⁴ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, 13 avril 2000.

¹⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002.

¹⁶ I. Gorce, *op. cit.*, p. 527.

¹⁷ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, La Documentation française, 2000, pp. 64 et s.

de leur liberté, on soustrait les mesures de contrainte à tout contrôle préalable de constitutionnalité, notamment en ce qui concerne les principes de nécessité et de proportionnalité¹⁸ ». Ces règlements paraissent ainsi échapper à la hiérarchie des normes. L'exemple de l'article D. 189 CPP est édifiant : c'est par la voie du décret simple qu'il est édicté qu'« à l'égard de toutes les personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à quelque titre que ce soit, le service public pénitentiaire assure le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et prend toutes les mesures destinées à faciliter leur réinsertion sociale », alors qu'il revient à la loi, toujours aux termes de l'article 34 de la Constitution de fixer les règles concernant « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Ainsi, la Commission Canivet met en évidence que l'emploi de la contrainte est réglé par décret (articles D. 283-3 s. CPP), de même que les fouilles des détenus (article D. 275 CPP), les atteintes aux correspondances (articles D. 415 et D. 416 CPP), autant d'atteintes aux libertés qui devraient ressortir à la compétence du législateur.

S'appuyant sur l'interprétation faite par la CEDH de l'article 7 CSDH, la Commission Canivet met en doute la qualité des normes pénitentiaires¹⁹, en ce qui concerne leur accessibilité et leur prévisibilité, en terme de sécurité juridique. Elle relève ainsi qu'en matière pénitentiaire, « l'accessibilité de la norme comme sa prévisibilité semblent peu satisfaisantes pour deux raisons principales. Parce que soustrait à la loi, de manière discutable, le droit de la prison est constitué d'une réglementation dense et complexe, et par leur ordonnancement comme par leur rédaction, ces textes apparaissent d'une complexité telle que le juriste éprouve quelque difficulté à en pénétrer la masse et en appréhender la substance. La situation dans laquelle se trouve le détenu, dont le niveau culturel est généralement insuffisant, ne lui permet pas une approche aisée des règles qui lui sont applicables²⁰ ». L'organisation de la partie « Décrets » du Code de procédure pénale rend la lecture de ces textes difficile, bon nombre de textes ont été remaniés à plusieurs reprises sans que l'architecture du texte n'en soit modifiée. L'accessibilité et la prévisibilité posent donc problème.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 69.

²⁰ *Ibid.*, p. 70.

L'existence d'un « droit subordonné²¹ » régissant les questions les plus diverses de la vie carcérale contribue à l'illisibilité de la norme pénitentiaire. Il est ici fait référence à la profusion de circulaires caractéristique de cette matière pénitentiaire, qui, loin d'être codifiées, demeurent extrêmement difficiles d'accès. L'administration est « parfaitement consciente que la profusion des textes réglementaires qui régissent son fonctionnement et par ricochet les droits des détenus crée une certaine insécurité juridique pour ses agents et les personnes détenues.²² » Pour autant, la diffusion de la norme pénitentiaire continue de se faire par circulaires²³.

2. Le règne de la circulaire

La profusion de circulaires est l'une des caractéristiques principales du droit pénitentiaire. Cet outil juridique demeure le support normatif de prédilection de l'administration pénitentiaire. La Commission Canivet a ainsi pointé le nombre de ces instructions et autres notes de service, en se servant de la banque de données informatique mise en place par l'administration pénitentiaire sur le réseau Edibase où elle a trouvé 1267 références relatives au mot « contrôle »²⁴. Or la circulaire remplit au sein de l'administration pénitentiaire un rôle bien plus important que celui qui lui est assigné en principe. En effet, loin d'être seulement interprétative, la circulaire sert véritablement de base juridique à l'action administrative²⁵. La circulaire pénitentiaire devient souvent la norme « de référence²⁶ », là où le Code de procédure pénale octroie un large pouvoir discrétionnaire à l'autorité administrative. La valeur juridique de la circulaire, « variable et incertaine²⁷ », pose en effet question, et la doctrine se divise sur la place à lui accorder. Simple document administratif n'intéressant que les relations entre les agents et leurs supérieurs pour les

²¹ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, op. cit., p. 72.

²² I. Gorce, op. cit., p. 527.

²³ E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline en formation*, Rennes, Laboratoire d'étude du droit public, 2003, p. 85.

²⁴ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, op. cit., p. 73.

²⁵ E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline en formation*, op. cit., p. 86.

²⁶ E. Péchillon, « L'intervention attendue du Parlement en matière pénitentiaire : réforme de fond ou toilettage législatif ? », in *RPDP*, n° 4, décembre 2000, p. 496.

²⁷ M. Herzog-Evans, « Le droit pénitentiaire, un droit faible au service des détenus ? », in C. Faugeron, P. Combessie, A. Chauvenet, op. cit., p. 277.

uns, disposition pouvant contenir des prescriptions juridiques pour les autres²⁸. En matière pénitentiaire, les circulaires portent sur des sujets extrêmement sensibles, le placement en quartier d'isolement²⁹ ou les fouilles des détenus³⁰ par exemple, souvent directement liés à la question de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

Un des problèmes concernant les circulaires réside donc dans leur nombre, leur profusion, leur inaccessibilité et leur non-publication. Leur portée juridique n'est pas toujours claire, ce que le contrôle de légalité exercé par le juge sur ce type de normes met en évidence. Alors qu'elles sont censées interpréter des dispositions qui leur sont supérieures, le juge administratif a reconnu que toutes n'étaient pas purement interprétatives, insusceptibles de recours contentieux, dans un arrêt de 1954, *Notre Dame du Kreisker*³¹, reconnaissant le caractère réglementaire de certaines circulaires et par là même la possibilité de les déférer au Conseil d'Etat. L'arrêt du Conseil d'Etat *Mme Duvignères*³² de 2002 met en place une nouvelle distinction au sein des circulaires, entre circulaire « impérative » et circulaire « non impérative » : « les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief », et peuvent donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cette jurisprudence met fin à la distinction établie par l'arrêt *Notre Dame du Kreisker*, entre circulaires « interprétatives » et circulaires « réglementaires ». Claire dans son principe, la distinction n'en était pas moins malaisée à mettre en œuvre. Désormais, ce n'est pas parce qu'une circulaire donne une interprétation des textes applicables qu'elle ne fait pas grief : la solution ne dépend plus de son objet, l'interprétation, mais de son effet, l'obligation³³. Toutes les circulaires contenant des dispositions impératives à caractère général pourront être contrôlées par le juge de l'excès de pouvoir.

²⁸ E. Péchillon, M. Herzog-Evans (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline en formation*, op. cit., p. 86.

²⁹ Circulaire AP 98-04 PMJ4 du 14 décembre 1998 relative au placement à l'isolement, *BOMJ*, janvier-mars 1999.

³⁰ Circulaire AP 86-29 GI du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus, *BOMJ*, janvier-mars 1986.

³¹ CE Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre Dame du Kreisker*, *Rec.*, p. 64 ; *RFDA*, 1954, p. 50 concl. Tricot ; *RDP*, 1955, p. 175, note M. Waline.

³² CE Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, *Rec.*, p. 463 ; *RFDA*, 2003, p. 274, concl. P. Fombeur ; *GAJA*, n° 118 ; *RFDA*, 2003, p. 510, note Petit.

³³ Observations sous CE Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, précité, *GAJA*, n° 118.

Les circulaires ne sont donc plus considérées comme des documents « transparents » et sans effets juridiques³⁴ : le ministre de la justice ou son représentant – le directeur de l’administration pénitentiaire – peut organiser ses services par voie de circulaire, mais cette dernière est susceptible d’être contrôlée par le juge dès lors que la volonté du ministre est claire et qu’elles dictent aux agents la conduite à tenir, donc si son caractère impératif est certain³⁵. Cette possibilité de contrôle n’en demeure pas moins abstraite dans la mesure où elle ne résout pas la difficulté d’accès à cette norme. Néanmoins, le juge peut être amené à contrôler la légalité de ces dispositions impératives au regard de l’article 3 CSDH notamment³⁶.

La marge de manœuvre laissée à l’administration pénitentiaire dans l’exécution de la détention est grande. Ainsi, le droit pénitentiaire a pu être « qualifié de sous-droit tant il fonctionnait en marge des autres disciplines juridiques ». Eric Péchillon souligne en effet que « tout se passe comme si l’administration pénitentiaire générât un droit autonome, indépendant de l’ensemble des autres règles juridiques³⁷ », la « spécificité pénitentiaire » légitimant l’application de règles particulières, alors même que le législateur tente de gommer cette spécificité en faisant du détenu un « citoyen-détenu »³⁸ et de l’administration pénitentiaire une administration comme les autres, n’ayant pour spécificité que d’appartenir aux administrations de la sécurité intérieure³⁹. De ce fait, la transposition administrative qui est faite de l’interdit de la torture et des traitements

³⁴ E. Péchillon, « Droit pénitentiaire : trois pas en avant, un pas en arrière », in *Dedans-Dehors*, n° 37, mai 2003, p. 25.

³⁵ Considérant que « les dispositions impératives à caractère général d’une circulaire ou d’une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d’incompétence ou si, alors même qu’elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu’elles sont illégales pour d’autres motifs ; qu’il en va de même s’il est soutenu à bon droit que l’interprétation qu’elles prescrivent d’adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu’elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure ». CE Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères, Rec.*, p. 463.

³⁶ Sur l’influence du Conseil d’Etat sur l’administration pénitentiaire supra, même partie, titre I, chapitre 2, I, B, 1.

³⁷ E. Péchillon, « L’intervention attendue du Parlement en matière pénitentiaire : réforme de fond ou toilettage législatif ? », *op. cit.*, p. 493.

³⁸ Voir sur ce point les travaux préparatoires à l’adoption de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *op. cit.* Concernant l’application des dispositions à la détention, voir E. Péchillon, « La reconnaissance législative du détenu citoyen », in *Dedans-Dehors*, n° 19, mai 2000, pp. 4-5.

³⁹ Les travaux préparatoires de la loi n° 2000-494 portant création d’une Commission nationale de déontologie de la sécurité, *JO*, 7 juin 2000 sont sur ce point tout à fait révélateurs de la volonté du législateur d’intégrer l’administration pénitentiaire dans le champ de compétence de cette Commission. Voir sur ce point infra, chapitre 2, II.

inhumains ou dégradants est conditionnée par l'interprétation que l'administration pénitentiaire est amenée à faire de cette norme.

B- La sous-interprétation de la question des traitements inhumains ou dégradants dans le droit pénitentiaire

L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est peu présent en tant que norme de référence dans les textes de l'administration pénitentiaire⁴⁰. Lorsque l'administration pénitentiaire est amenée à agir dans des secteurs relevant de la problématique des traitements inhumains ou dégradants, cette dernière n'apparaît pas en tant que telle. La transposition administrative de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH aboutit à une interprétation de la norme qui devient « gestion de la surpopulation carcérale et des conditions matérielles de détention », et qui ne représente qu'un aspect de ce que sous-tend cette norme⁴¹. La transposition concrète de l'article 3 CSDH dans les politiques pénitentiaires et dans le droit pénitentiaire ne se fait souvent que par la mise en œuvre de programmes immobiliers (1), même si d'autres avancées peuvent être constatées (2).

1. Le programme immobilier, réponse traditionnelle à la question des traitements inhumains ou dégradants

Selon les membres de l'administration pénitentiaire, la solution aux traitements inhumains ou dégradants réside dans la construction immobilière, la rénovation matérielle. Cela ne signifie pas pour autant que ces programmes s'inscrivent nécessairement dans une démarche volontaire de prévention ou de régulation des mauvaises conditions de détention susceptibles de constituer des traitements inhumains ou dégradants. La motivation de la construction de nouvelles places de prison s'inscrit dans d'autres logiques, parfois bien lointaines de l'amélioration des conditions de détention. Quoi qu'il en soit, cette amélioration est systématiquement évoquée comme légitimation de ces programmes.

⁴⁰ Supra, première partie, titre II, chapitre 1, II.

⁴¹ Voir notre interprétation de ces notions de torture et de traitements inhumains ou dégradants supra, première partie, titre I, chapitre 1, III.

Ainsi, à l'évocation des traitements inhumains ou dégradants, il est tout de suite fait référence aux programmes immobiliers : « le plan 4000⁴² est conforme aux normes européennes. (...) Reste le problème des établissements anciens, du parc vétuste. Le coût est plus élevé pour la rénovation. Il existe des centres pour peines aménagées. (...) Que faire de la population pénale dans les anciens établissements ?⁴³ » Actuellement, « il n'y a pas de remise en cause de l'administration pénitentiaire concernant les conditions de détention puisqu'un programme de construction est prévu dans la continuité de ce qui a été lancé⁴⁴ ». « Dans les prisons 13 000, c'est mieux. La maintenance est meilleure dans les établissements à gestion déléguée.⁴⁵ »

De ce point de vue, lors du Colloque inaugural de l'ENAP à Agen, le 8 novembre 2000, intitulé « Sens de la peine et droits de l'homme », le Premier ministre, Lionel Jospin, a annoncé un programme immobilier visant à réhabiliter le parc pénitentiaire⁴⁶ et devant permettre « la mise aux normes de l'encellulement individuel et la rénovation de l'ensemble des petits et moyens établissements pénitentiaires », sur six ans. Un secrétariat d'Etat aux programmes immobiliers de la justice a même pu être créé, puis supprimé⁴⁷. La volonté d'humaniser les prisons est systématiquement rappelée lors de l'inauguration de nouveaux établissements pénitentiaires⁴⁸. Dominique Perben, ministre de la justice, a affirmé lors de l'inauguration du centre pénitentiaire de La Farlède, une réelle volonté d'« humanisation des conditions de détention ». Le centre pénitentiaire de Toulon-La Farlède constitue « une remarquable illustration de nos efforts pour accroître et humaniser notre parc pénitentiaire » et permet « d'offrir des conditions de détention respectant la

⁴² « Des évaluations effectuées par diverses instances ont conclu de manière générale au caractère positif du programme 13 000 dont certains n'hésitent pas à dire qu'il a marqué une manière de "révolution culturelle" au sein de l'administration des prisons. Le garde des Sceaux a décidé en 1997 de reconduire le système de gestion mixte dans les 21 établissements où il est en vigueur et de l'étendre aux six nouveaux établissements envisagés dans le cadre du programme dit 4000. » (...) « Après quelques modifications sur la consistance même du programme, celui-ci a été définitivement arrêté fin 1997 à 6 maisons d'arrêt ou centres pénitentiaires d'environ 600 places chacun. » P. Darbéda, « Le programme 4000 : des prisons sûres et humaines », in *RSC*, avril-juin 2003, pp. 396 et s.

⁴³ Entretien 1.

⁴⁴ Entretien 10.

⁴⁵ Entretien 1.

⁴⁶ Discours de L. Jospin, Premier ministre, le 8 novembre 2000, lors du Colloque inaugural de l'ENAP à Agen. Document distribué aux participants.

⁴⁷ Pierre Bédier avait été nommé secrétaire d'Etat aux programmes immobiliers de la justice en 2002 (décret du 17 juin 2002 relatif à la composition du Gouvernement, *JO*, 18 juin 2002). Il avait été remplacé par Nicole Guedj (décret du 22 janvier 2004 relatif à la composition du gouvernement, *JO*, 23 janvier 2004). Le secrétariat d'Etat n'existe plus depuis le 31 mars 2004 (décret du 31 mars 2004 relatif à la composition du Gouvernement, *JO*, 1^{er} avril 2004).

⁴⁸ Discours de Madame la Secrétaire d'Etat, lors de la remise des clés du nouveau centre pénitentiaire de Liancourt, le 17 février 2004.

dignité et favorisant la réinsertion », et surtout « d'améliorer les conditions de travail des personnels, et notamment leur sécurité ». Ceci dans le cadre d'une « politique pénitentiaire intégrée dans une politique globale de sécurité⁴⁹ ».

Dominique Perben a présenté en septembre 2004, le budget 2005 de la justice⁵⁰ dans lequel il est question de l'amélioration du fonctionnement et de la modernisation de la justice avec 8 % de progression des crédits de fonctionnement et 318 millions d'euros de crédits de paiement pour les opérations d'équipement de palais de justice et d'établissements pénitentiaires⁵¹.

⁴⁹ « Les conditions de détention doivent toujours être dignes et humaines. C'est ma conviction. Elle a guidé toute mon action depuis deux ans. Cette conviction se nourrit des valeurs d'humanité, de fraternité et de justice qui fondent notre pacte républicain. Elle repose aussi sur une certitude : il n'y aura pas de sécurité durable tant que nous n'offrirons pas aux détenus les moyens de reprendre, le moment venu, leur place dans la société. Dans leur immense majorité, ils ont vocation à le faire comme les êtres humains à part entière qu'ils n'ont jamais cessé d'être. Cette ambition que je partage, je le sais, avec l'ensemble des personnels de l'administration pénitentiaire, inspire les efforts considérables qu'à mon initiative le Gouvernement déploie pour accroître et humaniser notre parc pénitentiaire. Elle justifie également que tout soit mis en oeuvre pour que lorsque l'exécution d'une peine d'emprisonnement n'est plus nécessaire à la sécurité de nos concitoyens, il y soit mis un terme dans des conditions qui permettent de mieux lutter contre la récidive. » (...) « L'humanisation des conditions de détention constitue un objectif permanent. Mais au-delà même de l'augmentation des capacités de notre parc pénitentiaire il y a urgence à humaniser les conditions de détention. On ne dira jamais assez, en effet, que l'Homme est au cœur des missions de l'administration pénitentiaire. Celle-ci a en charge des publics fragiles et diversifiés. Une approche individualisée de ces situations est une priorité à laquelle je suis attaché. Nous ne devons pas ménager notre effort pour y parvenir. Qu'allons-nous faire ? - **Je veux améliorer les conditions de vie en détention pour tous.** Cela passe par la poursuite et l'amélioration des dispositifs mis en place par l'administration pénitentiaire avec ses partenaires : par un meilleur accès au droit des personnes incarcérées, par un développement des activités sportives et socio-culturelles telles que la lecture, et par la pratique des cultes et des religions. - **Je veux séparer les mineurs des majeurs détenus et ce pour des raisons évidentes.** La réalisation des établissements pénitentiaires pour mineurs y contribuera. Par ailleurs, dans les autres établissements, j'ai voulu que les éducateurs de la protection judiciaire de la jeunesse soient de véritables acteurs du champ pénitentiaire pour une meilleure prise en charge de cette population. - **J'ai renforcé la lutte contre les suicides en prison qui est un souci constant.** Il justifie un meilleur repérage du risque suicidaire. Tout suicide est une forme d'échec, en prison comme ailleurs. Dès cette année, une formation des personnels pour mieux détecter la crise suicidaire sera dispensée comme l'a préconisé le professeur TERRA dans le rapport qu'il m'a remis le 10 décembre dernier. - **J'ai mobilisé l'administration pénitentiaire pour mieux prendre en charge les détenus âgés et malades** qui sont de plus en plus nombreux dans les établissements. Je souhaite aussi la poursuite de la politique engagée en matière de suspensions de peine avec son corollaire, une structure d'hébergement adaptée à ces situations difficiles. C'est l'un des objectifs que nous poursuivons avec le président de la Croix-Rouge française dans notre projet de nouvelle convention. J'ai bien conscience que la privation de liberté se trouve aggravée dans de tels cas par la maladie, l'âge et les handicaps de toute nature. Par ailleurs, la prise en charge de la santé des détenus et un accès à des soins de qualité constituent non seulement un facteur de réinsertion incontournable mais autant de devoirs pour les pouvoirs publics. J'en veux pour preuve les actions développées dans le cadre de la lutte contre la toxicomanie. (...) » Extraits du discours de Monsieur Dominique Perben, garde des sceaux, ministre de la justice, lors de la remise des clés du centre pénitentiaire de Toulon-La Farlède, le 20 avril 2004.

⁵⁰ « La justice : une action dans la durée », communiqué de presse présenté à Paris, le 20 septembre 2004, par Dominique Perben, garde des sceaux, ministre de la justice.

⁵¹ Par le biais de crédits pour améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires existants et pour accompagner le grand programme pénitentiaire prévoyant notamment la construction de huit nouveaux établissements et de trois centres de semi-liberté.

Il s'agit bien ici d'une sous-interprétation de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par une reformulation de cet interdit en amélioration générale des conditions de détention. L'interdit perd donc de sa substance et sa force obligatoire s'en trouve considérablement amoindrie. Cette opération d'interprétation, peut-être inconsciente, constitue néanmoins une opération clé dans la réception de la norme. Dans une certaine mesure, elle signifie que la problématique générale des mauvaises conditions de détention est tout de même appréhendée, ce qui se révèle indispensable à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. Enfin, si cette interprétation est effectivement inconsciente, ne traduit-elle pas la difficulté qu'a notre société à envisager des détenus possédant des droits réels ?

Quoi qu'il en soit, les programmes immobiliers ne sont pas réalisés, ou rarement, dans une volonté de mettre fin à des pratiques attentatoires à l'article 3 CSDH. Le programme 13 000 places en est une excellente illustration. Initié par Albin Chalandon en 1986, il révèle un choix politique fort, celui de faire appel au secteur privé. L'option initiale du ministre est d'ailleurs celle de la délégation complète au secteur privé : 45 000 places de détention pour un appel d'offres unique pour le financement, la conception, la construction, la gestion et la surveillance des établissements⁵². Il s'agit bien d'introduire une « logique managériale » dans le service public pénitentiaire⁵³. Le projet de loi fixant le cadre juridique de la délégation globale, déposé au Sénat à l'automne 1986, n'a pas abouti – du fait de la contestation des syndicats et des problèmes de constitutionnalité soulevés par un tel projet de loi⁵⁴. La loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire a ainsi été adoptée, prévoyant la possibilité pour l'Etat de confier à des personnes – ou un groupement de personnes – de droit public ou privé une « mission portant à la fois sur la conception, la construction, et l'aménagement d'établissements pénitentiaires, ainsi que

⁵² Rapport de séminaire de l'ENA sous la direction de E. Rébeillé-Borgella, *La gestion de nouveaux établissements pénitentiaires dans le contexte du programme pluriannuel pour la justice*, décembre 1994, pp. 2 et s.

⁵³ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, pp. 248 et s.

⁵⁴ Voir sur ce point Institut de sciences pénales et de criminologie, *Les prisons dites « privées », une solution à la crise pénitentiaire ? Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence, les 23 et 24 janvier 1987 par la Faculté de droit et de science politique et l'Institut des sciences pénales et de criminologie d'Aix-Marseille*, coll. « Le point sur », Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987, 228 p. Dans un avis du 13 novembre 1986 (*EDCE* 1987, n° 38, p. 138), le Conseil d'Etat avait admis que l'Etat puisse avoir recours à des personnes publiques ou privées pour assurer des prestations détachables de la direction des établissements pénitentiaires.

les fonctions autres que celles de direction, du greffe et de surveillance⁵⁵ ». A l'origine, 15 000 places de détention étaient prévues réparties sur 29 établissements. Finalement, suite à l'alternance politique de mai 1988, le programme a été ramené à 12 850 places réparties sur 25 établissements, construits entre 1990 et 1992. Ce programme est aussi l'occasion d'une comparaison entre gestion publique et gestion mixte, puisque sur les 25 établissements, quatre sont repris en gestion directe par l'administration pénitentiaire. La construction de ces places sera ensuite interprétée comme un moyen de préserver la dignité du détenu⁵⁶, alors que cette préoccupation ne transparait pas du tout dans la loi du 22 juin 1987. Cet effort d'équipement sans précédent et le redéploiement de la population pénale » en résultant devait permettre « d'améliorer les conditions de détention notamment et la sécurité des établissements » et « d'atteindre l'objectif d'une place par détenu⁵⁷ », mais ce n'était pas son but originel.

Le programme pénitentiaire issu de la loi d'orientation et de programmation pour la justice pour 2003-2007⁵⁸ s'inscrit lui aussi dans une logique autre que celle de la prévention ou de la régulation des traitements inhumains ou dégradants. Le communiqué de presse du 21 novembre 2002 de Dominique Perben, ministre de la justice, a annoncé que la programmation immobilière pénitentiaire est placée au premier rang des priorités. La LOPJ⁵⁹ a fixé les objectifs prioritaires et les moyens budgétaires nécessaires pour développer la capacité de mise à exécution des peines et améliorer le fonctionnement des services pénitentiaires. Ce programme comporte plusieurs axes : un programme de construction de 13 200 places, le rééquilibrage de la carte pénitentiaire, la modernisation du système pénitentiaire, « l'adaptation de la prison à une population très contrastée », une prison à taille plus humaine, une réflexion sur de nouveaux concepts, l'extension du dispositif de placement électronique, des conditions de réalisation plus favorables.

⁵⁵ Article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JO*, 23 juin 1987.

⁵⁶ La modernisation des équipements est considérée par l'administration pénitentiaire comme le moyen de « préserver la dignité humaine ». B. Prévost, « Quelle modernisation pour le service public pénitentiaire ? », in *RPDP*, n° 1, janvier-mars 1995, p. 19.

⁵⁷ J.-P. Dintilhac, « L'administration pénitentiaire : évolution et perspectives », in *RPDP*, n° 2, avril-juin 1990, p. 151.

⁵⁸ Ministère de la justice, Dossier de presse : *Programme pénitentiaire issu de la loi d'orientation et de programmation pour la justice, 2003-2007*, 2002, 14 p.

⁵⁹ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JO*, 10 septembre 2002.

Face au constat de la surpopulation carcérale croissante, de la vétusté et des situations particulièrement difficiles dans certains établissements pénitentiaires, le remède a été trouvé dans la construction de 13 200 places, dont 10 800 places pour la construction de nouvelles prisons, 2000 places réservées à l'application d'une nouvelle conception de l'enfermement, et 400 places destinées à l'accueil des mineurs. La loi fixe les conditions de réalisation permettant d'envisager raisonnablement la mise en service des premiers établissements dès l'année 2006. Afin de permettre une réalisation rapide des nouveaux établissements, la loi comporte des dispositions nouvelles et souples. Le texte consacre par exemple, la possibilité d'étaler le financement de la charge immobilière par la location de longue durée et le crédit bail pour la construction, ainsi que le recours à la maîtrise d'ouvrage privée pour l'exploitation⁶⁰. Plus généralement, la construction d'établissements pénitentiaires s'inscrit désormais dans le cadre des partenariats public-privé⁶¹, laissant finalement le soin au secteur privé de prendre en charge les conditions de détention. Ce qui peut être envisagé comme un moyen pour l'administration pénitentiaire de se déresponsabiliser en matière de conditions dégradantes de détention.

Ce programme immobilier a été envisagé dans le cadre d'une réforme de la Justice où les priorités affichées ont été celle d'« améliorer l'efficacité de la justice au service des citoyens, rapprocher la justice des justiciables », de « se donner les moyens de mieux faire exécuter les décisions pénales », de « traiter plus efficacement la délinquance des mineurs », de « donner de nouveaux droits aux victimes et leur permettre d'organiser plus facilement la défense de leurs intérêts »⁶². Dans cette optique, le volet pénitentiaire s'inscrit dans une volonté d'améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires⁶³.

Ce renforcement de la sécurité est au cœur du projet de LOPJ, et le développement de la capacité de mise à exécution des peines en milieu pénitentiaire par la rénovation et l'augmentation du parc pénitentiaire entre dans cette logique. La volonté de donner de plus larges moyens pour l'administration pénitentiaire vise à une sécurisation et une

⁶⁰ J.-Y. Chérot, J. Trémeau, « La commande publique et le partenariat public/privé à nouveau devant le Conseil constitutionnel », in *AJDA*, 2002, p. 1059.

⁶¹ P. Delvolvé, « Sécurité intérieure, justice et contrats public : confirmations et infléchissements », in *BJCP*, n° 25, pp. 418 et s. P. Delvolvé, « Sécurité intérieure, justice, défense : les « conventions de bail » sur le domaine public », in *BJCP*, n° 34, pp. 166 et s.

⁶² Ministère de la justice, *Justice : les moyens d'agir. Projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice*, juillet 2002.

⁶³ Exposé des motifs du projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice, juillet 2002.

humanisation renforcées des établissements pénitentiaires, une meilleure prise en charge des détenus. Le volet construction est cependant destiné à augmenter le parc pénitentiaire de manière à faire exécuter les peines, dans un contexte, ayant abouti à un taux d'incarcération galopant⁶⁴, de tolérance « zéro », de sévérité accrue des parquets, d'adoption d'un arsenal législatif répressif (ayant conduit à de nouvelles incriminations pénales⁶⁵, à l'augmentation des possibilités de placement en détention provisoire⁶⁶ et à l'allongement de sa durée), ainsi que d'augmentation des peines.

Le volet humanisation s'inscrit dans la volonté d'amélioration des conditions de détention mais il s'agit d'une interprétation extrêmement épurée de la norme supranationale, alors que ce projet de loi est intervenu à la suite du débat public sur les prisons de 2000 et des rapports de l'Assemblée nationale et du Sénat⁶⁷, ce que le gouvernement ne manque pas de rappeler⁶⁸. Ainsi, le gouvernement ne peut plus faire l'économie de cette amélioration des conditions de détention, tout en ayant une conception très restrictive.

2. Des avancées réglementaires

L'administration pénitentiaire se modernise, les politiques pénitentiaires évoluent. L'interdit contenu dans l'article 3 CSDH émerge comme norme juridique dans le champ pénitentiaire grâce à des médiations nationales et supranationales. Et au final, des avancées réglementaires montrent une transposition de l'interdit de la torture et des

⁶⁴ CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, CPT/Inf (2004) 6, § 23.

⁶⁵ Par exemple, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO*, 19 mars 2003. Voir sur ce point l'avis de la CNCDH du 14 novembre 2002 portant sur le projet de loi pour la sécurité intérieure dans laquelle elle exprime sa préoccupation au regard de certaines nouvelles infractions pénales.

⁶⁶ Le CPT relève, dans son dernier rapport, différents exemples législatifs. CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, *op. cit.*, § 23 : « Loi n° 2002-37 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes qui permet le placement en détention provisoire de mineurs de 13 à 16 ans qui se sont soustraits volontairement au contrôle judiciaire ; loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice qui unifie les conditions de placement en détention provisoire en abaissant de façon généralisée à trois ans le seuil de la peine encourue pour que la détention provisoire puisse être ordonnée ou prolongée et qui permet en outre de prolonger de 4 à 8 mois la détention provisoire d'une personne mise en examen si sa mise en liberté causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité. Il est à noter que s'agissant des dispositions de cette dernière loi, la CNCDH, dans ses observations du 15 juillet 2002 sur l'avant projet de loi "constate et regrette (...) que les dispositions envisagées risquent fort (...) de stopper les efforts laborieusement entrepris depuis plusieurs années en France pour réduire l'ampleur de la détention provisoire" ».

⁶⁷ Voir même partie, titre I, chapitre 2, II.

⁶⁸ Ministère de la justice, Dossier de presse : *Programme pénitentiaire issu de la LOPJ, 2003-2007*, p. 1.

traitements inhumains ou dégradants dans le droit pénitentiaire. Il est néanmoins transposé sans qu'il y soit fait explicitement référence. L'appropriation par l'administration pénitentiaire de cette norme n'est pas neutre. Elle lui permet de se saisir de cette norme, pour la reformuler, à sa manière.

La réforme du régime disciplinaire⁶⁹ est un exemple emblématique des avancées réglementaires ayant eu lieu en matière pénitentiaire. Intervenue en 1996 après l'arrêt *Marie*⁷⁰, elle renforce le respect de la légalité et a retouché l'ensemble de la matière disciplinaire, ce qui s'est traduit par une « véritable révolution »⁷¹. « Le décret du 2 avril 1996, en énumérant limitativement les fautes et les sanctions et en tentant de normaliser la procédure a posé des principes nouveaux enfin familiers aux juristes.⁷² » Cette réforme tend à faire de la prison une « zone de droit », même si ce décret a laissé perdurer des « zones d'ombre⁷³ ». La réforme de la procédure disciplinaire peut donc être considérée comme un moyen de limiter les risques d'atteinte à l'article 3 CSDH, notamment concernant le prononcé du placement à l'isolement. Le décret du 25 juillet 2002⁷⁴ pris pour application de l'article 24 de la loi DCRA⁷⁵ prévoit que les personnes détenues peuvent solliciter l'assistance ou demander à être représentées par un avocat ou par le

⁶⁹ Décret n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (troisième partie : Décrets), *JO*, 5 avril 1996.

⁷⁰ CE Ass., 17 février 1995, *Marie, Rec.*, p. 85 ; *GAJA*, n° 103 ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. P. Frydman ; *D.*, 1995, p. 381, note N. Belloubet-Frier. Sur l'influence de cet arrêt, voir supra, même partie, titre I, chapitre 2, I, B.

⁷¹ J.-P. Céré, « Le décret du 2 avril 1996 et le nouveau régime disciplinaire applicable aux détenus », in *RFDA*, mai-juin 1997, p. 614 ; M. Herzog-Evans, J.-P. Céré, « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », in *D.*, chron., 1999, p. 509.

⁷² P. Couvrat, « L'originalité du droit disciplinaire dans les prisons », in *Archives de politique criminelle*, n° 22, 2000, p. 87.

⁷³ *Ibidem*, p. 89.

⁷⁴ Décret n° 2002-1023 du 25 juillet 2002 pris pour l'application de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 à l'administration pénitentiaire et relatif aux mandataires susceptibles d'être choisis par les personnes détenues, *JO*, 1^{er} août 2002 ; Circulaire AP 2003-04 PMJ4 du 9 mai 2003 relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *BOMJ*, avril-juin 2003.

⁷⁵ Article 24 : « Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. L'autorité administrative n'est pas tenue de satisfaire les demandes d'audition abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique. Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables : 1. En cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles ; 2. Lorsque leur mise en oeuvre serait de nature à compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales ; 3. Aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière. Les modalités d'application du présent article sont fixées en tant que de besoin par décret en Conseil d'Etat. » Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, 13 avril 2000.

mandataire de leur choix dans les conditions qu'il définit. Désormais, devant la commission de discipline, la personne détenue qui souhaite se faire assister par un avocat peut en désigner un de son choix ou demander qu'il lui en soit désigné par le bâtonnier. Il appartient alors à l'administration de contacter dans les meilleurs délais l'avocat afin qu'il puisse assister la personne détenue. A partir du moment où il a été régulièrement désigné, l'avocat bénéficie sans restriction des droits attachés à l'exercice de ses fonctions (libre communication, parloirs confidentiels, liberté de correspondance...). L'entrée de l'avocat au prétoire est une véritable avancée en matière de reconnaissance des droits des détenus.

Concernant l'isolement administratif⁷⁶, l'administration pénitentiaire a tiré les conséquences de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juillet 2003⁷⁷, en le diffusant par note, dès le 31 juillet 2003, aux directions régionales des services pénitentiaires. Il leur a été rappelé que la simple reprise des motifs de l'article D. 283-1 CPP était désormais insuffisante, et qu'il était nécessaire de motiver les décisions de placement à l'isolement, en précisant les faits à l'origine de la décision⁷⁸. Désormais, les détenus qui font l'objet d'une décision de placement à l'isolement contre leur gré bénéficient d'un recours effectif devant le juge administratif, y compris en urgence par la voie du référé. Cette note rappelle la circulaire relative au placement à l'isolement⁷⁹ et complète le décret relatif à la procédure et au contrôle de la durée de l'isolement⁸⁰ – édictés en référence aux normes internationales et au CPT, dans une logique de prise en compte de l'article 3 CSDH notamment. Une note du 21 juin 2004 fait à nouveau référence à l'arrêt *Remli*⁸¹, mais son but n'est plus l'amélioration des conditions de détention, mais la nécessité de contrer l'inflation des recours juridictionnels à l'encontre des décisions de placement à l'isolement. Les médiations s'entrecroisent, les obstacles s'entrechoquent. Dans un premier temps, il est fait référence aux principes, aux normes, et le pragmatisme semble l'emporter. Dans un

⁷⁶ L'isolement administratif peut être considérée comme une atteinte potentielle à l'article 3 CSDH Supra, première partie, titre I, chapitre 2, B.

⁷⁷ CE 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, Rec., p. 366 ; *Gaz. Pal.*, 9-13 novembre 2003, p. 13, concl. M. Guyomar ; *D.*, n° 34, 2003, pp. 2331-2334, note M. Herzog-Evans ; *AJDA*, 17 novembre 2003, pp. 2090-2093, note D. Costa.

⁷⁸ CPT, *Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 11 au 17 juin 2003*, CPT/Inf (2004) 7.

⁷⁹ Circulaire AP 98-04 PMJ4 du 14 décembre 1998 relative au placement à l'isolement, *BOMJ*, janvier-mars 1999.

⁸⁰ Décret n° 98-1099 du 8 décembre 1998 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'organisation et au fonctionnement des établissements pénitentiaires, *JO*, 9 décembre 1998.

⁸¹ Note du 21 juin 2004 relative aux dispositions transitoires relatives à la procédure de placement à l'isolement.

second temps, c'est la condamnation plus que la volonté de mettre en conformité le droit pénitentiaire à l'article 3 CSDH qui semble devenir le moteur de cette transposition.

Autre situation potentiellement attentatoire à l'article 3 CSDH, la question du suicide et des gestes d'automutilation renvoie à celle des soins de santé en détention, qui peut être envisagée dans une perspective de prévention des traitements inhumains ou dégradants. L'augmentation notable des suicides observée en milieu carcéral – dénoncée par le CPT⁸² – a conduit le gouvernement à définir en 1997, sur la base du rapport d'un groupe de travail pluridisciplinaire⁸³, un plan d'action comprenant, d'une part, la mise en œuvre d'un programme expérimental, d'autre part, des mesures d'application immédiate prescrites par voie de circulaire du 29 mai 1998⁸⁴. La circulaire de 2002 relative à la prévention du suicide⁸⁵ vise à renforcer le dispositif de prévention du suicide déjà en place. Le cadre tracé par la circulaire du 29 mai 1998 est complété et renforcé sur cinq plans : développer des actions de formation ciblées ; favoriser un meilleur repérage du risque suicidaire en détention ; apporter un plus grand soutien aux personnes détenues présentant un risque suicidaire ; mieux limiter les conséquences d'un passage à l'acte ; améliorer le suivi des actes suicidaires et de l'application du dispositif de prévention des suicides. A la suite du rapport Terra⁸⁶, des propositions ont été faites, mesures concrètes intégrant la dignité de la personne détenue souffrant de troubles anxio-dépressifs⁸⁷.

Concernant le maintien en détention des personnes atteintes d'une pathologie engageant le pronostic vital ou dont l'état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention et pour qui le juge peut ordonner une suspension de peine – qui ne concerne pas l'administration pénitentiaire à proprement parler puisqu'il s'agit d'une décision judiciaire

⁸² CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, op. cit., § 43.

⁸³ *Rapport sur la prévention du suicide en milieu pénitentiaire* – DAP/GA1 – mai 1996.

⁸⁴ Circulaire JUSE9840034C du 29 mai 1998 relative à la « prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires ».

⁸⁵ Circulaire AP 2002-05 PMJ4 du 26 avril 2002 relative à la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires, *BOMJ*, avril-juin 2002.

⁸⁶ J.-L. Terra, *Rapport sur la prévention du suicide des personnes détenues. Evaluation des actions mises en place et propositions pour développer un programme complet de prévention*, Rapport de mission à la demande du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, décembre 2003, 218 p.

⁸⁷ C. Bourdeux, « La prévention du suicide en prison », in *Soins Psychiatrie*, n° 232, mai-juin 2004, p. 34.

– depuis la loi du 4 mars 2002⁸⁸ et à la suite des circulaires des 28 octobre et 25 novembre 2002, les services pénitentiaires se sont, selon le gouvernement⁸⁹, fortement mobilisés pour signaler aux autorités judiciaires les personnes détenues susceptibles de bénéficier de la mesure de suspension de peine pour raison médicale, même si celles-ci, pour des raisons diverses, n’avaient pas jugé utile de déposer de leur propre initiative une requête. Par ailleurs, la circulaire interministérielle santé-justice du 24 juillet 2003 a précisé le rôle des médecins intervenant auprès des personnes détenues dans le cadre de cette procédure. Au cours de l’année 2002, 21 personnes ont été libérées dans ces conditions. Pour l’année 2003, 63 personnes condamnées « atteintes d’une pathologie engageant le pronostic vital ou dont l’état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention » se sont vues octroyer une telle mesure dans le cadre de l’article 720-1-1 du Code de procédure pénale. Au total, depuis la promulgation de la loi, 84 personnes ont bénéficié de l’application de l’article 720-1-1 du code de procédure pénale.

Au final, on assiste à des évolutions, par la voie réglementaire, plus ou moins poussées. Certaines de ces traductions administratives peuvent d’ailleurs avoir une double importance dans la réception de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH par la brèche qu’elles entrouvrent. C’est le cas de la réforme du régime disciplinaire, et de l’entrée de l’avocat au prétoire, qui ouvre la porte à l’intervention juridictionnelle, elle-même susceptible d’engendrer la réception de l’interdit par l’administration pénitentiaire⁹⁰ : cette transposition crée ici un phénomène de rétroaction non prévu. Quoi qu’il en soit, la transposition administrative de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH est une opération indispensable à la reconnaissance de l’obligatorité de cet interdit par l’administration pénitentiaire, car faisant entrer la norme dans le corpus juridique propre à l’administration pénitentiaire. L’administration pénitentiaire s’approprie la norme, elle s’en saisit. La traduction de l’article 3 CSDH peut cependant être considérée parfois comme minimale.

⁸⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002, qui complète le code de procédure pénale et y insère un nouvel article 720-1-1. Cette disposition prévoit la possibilité de suspendre une peine, « quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir pour les condamnés dont il est établi qu’ils sont atteints d’une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, hors les cas d’hospitalisation des personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux ». Le juge peut ordonner une suspension de la peine pour une durée qui n’a pas à être déterminée. Il diligente les deux expertises nécessaires en vue de prononcer la suspension ou de la supprimer.

⁸⁹ CPT, *Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 11 au 17 juin 2003*, *op. cit.*

⁹⁰ *Supra*, même partie, titre I, chapitre 2.

Le code de déontologie du service public pénitentiaire entre, lui, dans une véritable logique de transposition administrative de l'article 3 CSDH. Cette transposition est pour l'instant inachevée.

II – Le code de déontologie du service public pénitentiaire

Depuis presque quinze ans maintenant, l'administration pénitentiaire réfléchit à l'idée de se doter d'un code de déontologie. Ce code est en cours d'élaboration, mais n'a toujours pas été définitivement adopté. Si l'objectif de ce code ne se résume pas à la lutte contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants, il s'inscrit pleinement dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, en permettant une transposition administrative de cette norme. Le recours à un code de déontologie traduit une volonté de légitimer une action qui ne l'est pas ou rarement. L'idée d'un code de déontologie du service public pénitentiaire a émergé dans les années 1990, et aurait dû être finalisée lors de la publication de la grande loi pénitentiaire. Mais on connaît le sort de cette loi⁹¹. Le processus d'élaboration du décret devant servir de support à ce code apparaît interminable (A). Les projets successifs ont vu, voient, leur contenu modifié en fonction des conjonctures politiques et le code n'a toujours pas été publié (B).

A- Un processus d'élaboration interminable

Les directeurs de l'administration pénitentiaire des années 1990 paraissent très attachés à la réflexion menée sur la déontologie et sur la nécessité de doter une administration comme l'administration pénitentiaire d'un code véritable⁹² (1). Alors même que ce projet n'a toujours pas abouti, le projet s'est structuré sous l'influence du code de déontologie de la police nationale⁹³, et a commencé à prendre forme en 1998 (2).

⁹¹ Infra, même titre, chapitre 2, II.

⁹² Chacun cherchant d'ailleurs à montrer que l'impulsion décisive a été donnée sous sa direction. Entretiens 1, 4, 7, 8.

⁹³ Décret n° 88-592 du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale, *JO*, 19 mars 1986.

1. L'émergence du débat déontologique dans l'administration pénitentiaire

La déontologie⁹⁴ a pleinement à voir avec une pratique professionnelle. Elle est une partie de l'éthique professionnelle⁹⁵. Ce terme d'éthique professionnelle « recouvre tout ce qui relève de la régulation éthique dans le cadre d'une profession donnée, que cette dernière soit partiellement ou totalement établie, ou qu'elle se donne progressivement les moyens de l'être⁹⁶. » Mais le terme de déontologie est quant à lui réservé aux formes publiques, explicites, codifiées et collectivement reconnues de l'éthique professionnelle, « dont l'expression se situe le plus souvent, à un haut niveau d'abstraction et de généralité⁹⁷. » Cette définition reprend tous les enjeux liés à la définition de la déontologie, à savoir la question de la codification, de la reconnaissance publique et collective d'une forme d'éthique, avec la spécificité reconnue à la déontologie d'être assise sur les pratiques professionnelles, propres à chaque mission. La déontologie de l'agent public peut être considérée comme « un ensemble de principes d'action tournés vers les pratiques professionnelles qui rendent possible le service public par la confiance des usagers, le respect des missions définies par la loi et l'acceptation des contraintes de l'action collective. Elle s'appuie sur le droit, mais couvre un champ plus vaste que le droit en faisant appel à des principes non nécessairement exprimés dans une règle juridique⁹⁸ ».

La norme déontologique permet de réconcilier théoriquement droit et pratiques professionnelles. Si certains la considèrent comme du droit « mou », « doux », parce que dépourvu de dimension contraignante, et ainsi comme un droit « flou »⁹⁹, elle n'est pas toujours dénuée ni de force juridique, ni d'effectivité puisque la violation de dispositions

⁹⁴ Le terme de déontologie a été créé par Jeremy Bentham en 1834 dans son ouvrage *Déontologie ou science de la morale* (vol. 1 [Document électronique], Numérisation BnF de l'édition de Paris : Charpentier, 1834), à partir de deux mots grecs : « deon », ce qui convient, le devoir et « logos », l'explication, le discours. Si la déontologie peut être considérée comme « la connaissance de ce qui est juste ou convenable » ce terme est « appliqué à la morale, c'est à dire cette partie du domaine des actions qui ne tombe pas sous l'empire de la législation publique ». Cette définition ne correspond plus à la réalité du terme : la multiplication des codes, chartes, guides de déontologie montre que le droit ne peut pas être totalement escamoté dans ce qui constitue la déontologie.

⁹⁵ J.-P. Terrenoire, « Sociologie de l'éthique professionnelle », in *Sociétés contemporaines*, n°7, septembre 1991, p. 10.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ C. Vigouroux, in Ministère de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme, direction du personnel et des services, *Responsabilité pénale et déontologie, Actes du séminaire du 15 février 1996*, Paris, Presses de l'École nationale des Ponts et Chaussées, 1996, p. 93.

⁹⁹ M. Delmas-Marty, « Le flou du droit », citée par J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », in *RDP*, n°3, 1998, p. 678.

d'ordre déontologique peut entraîner le prononcé de sanctions disciplinaires¹⁰⁰, sans préjudice, le cas échéant de poursuites pénales. La notion de déontologie¹⁰¹ s'inscrit à la fois dans une logique de souplesse et dans une logique juridique. Norme négociée, dans la mesure où elle correspond à des normes professionnelles que se donne un groupe professionnel, elle peut s'inscrire dans une logique de réglementation, selon la nature du texte choisie pour véhiculer cette norme¹⁰². La déontologie a vocation à devenir une norme de comportement, une référence permanente pour les professionnels concernés, qu'elle soit codifiée ou non.

Toutes les professions de la sécurité intérieure ne sont pas dotées de codes spécifiques, et pour celles qui en sont dotées, la règle déontologique s'inscrit dans la négociation, et l'autonomisation des agents. Les organisations syndicales des différentes professions de la sécurité intérieure ont été, sont, consultées pour l'élaboration des codes. La déontologie peut être de ce point de vue considérée comme relevant d'un processus de normalisation qui répond à l'affaiblissement des interdits, et qui peut exprimer un « devoir-être¹⁰³ ». Dans cette perspective, la transposition de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants dans un texte déontologique est un moyen de donner force obligatoire à cette norme. L'existence d'un code de déontologie permettrait une transposition administrative de cet interdit qui dès lors serait avalisée par ceux à qui il est destiné.

Lorsque l'idée de doter l'administration pénitentiaire d'un code de déontologie émerge, des groupes de travail plus ou moins formels sont mis en place. Cette idée fait l'objet d'un

¹⁰⁰ D. Jean-Pierre, *La déontologie de l'administration*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1999, p. 5.

¹⁰¹ Si le terme de déontologie est réservé aux formes publiques, explicites, codifiées et collectivement reconnues de l'éthique professionnelle, Christian Vigouroux considère, quant à lui, que la déontologie « s'appuie sur le droit, mais couvre un champ plus vaste que le droit en faisant appel à des principes non nécessairement exprimés dans une règle juridique », C. Vigouroux, in Ministère de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme, direction du personnel et des services, *Responsabilité pénale et déontologie, Actes du séminaire du 15 février 1996*, Paris, Presses de l'École nationale des Ponts et Chaussées, 1996, p. 93.

¹⁰² La forme prise par ces prescriptions déontologiques, notamment celle de code ou de charte est symptomatique de l'émergence du concept de régulation juridique. L'adoption d'une charte ou d'un code de conduite ne garantit pas le respect scrupuleux des normes établies. Les textes ou documents dits chartes sont de nature et de texture mouvantes et mobiles qui contribuent à la dégénération de la norme juridique. Pour Geneviève Koubi, « les chartes annoncent les prémisses de la mutation des formes du droit. Sur tout cet aspect, voir G. Koubi, « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ? », in J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et Société », Paris, LGDJ, 1998, pp. 166 et s.

¹⁰³ G. Farjat, in J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 159.

relatif consensus : il devait y avoir un code « comme garde fou, surtout dans une administration chargée de la garde des personnes¹⁰⁴ ». Mais cela ne signifie pas qu'aucune règle déontologique ne sous-tend l'action des personnels pénitentiaires avant l'émergence de cette question. En effet, les principes déontologiques résultent non seulement d'une lecture croisée des différents textes, dont la portée obligatoire est plus ou moins relative, mais aussi, des pratiques professionnelles et usages dans la profession. Les règles pénitentiaires européennes existantes¹⁰⁵ constituent, par exemple, un « rappel déontologique ». L'existence de ces divers textes a d'ailleurs pu laisser croire à l'administration pénitentiaire qu'elle était « de ce point de vue très en avance ». Dans le Code de procédure pénale, pour la partie réglementaire non soumise au Conseil d'Etat, les textes sont proches d'un code de déontologie¹⁰⁶. Mais « ce qui manque, c'est un outil plus simple¹⁰⁷ ».

Au début des années 1990, la déontologie n'est pas à l'ordre du jour. Dans *Le possible à trois ans*, la stratégie de modernisation tend à « dégager des valeurs communes, des valeurs auxquelles chacun peut en permanence se référer, qui permettent d'élaborer plans et politiques qui structurent les façons d'agir¹⁰⁸ ». Ce document précise la nécessité de la participation de chacun. Il n'est donc pas fait référence à la déontologie stricto sensu. Les conditions favorables à son émergence sont peu à peu mises en place. Une réflexion est alors menée sur la manière de mieux contrôler les violences à l'intérieur des établissements pénitentiaires : c'est sous cet angle que de 1990 à 1993 la question déontologique est abordée¹⁰⁹, mais cette dernière n'est pas envisagée pour elle-même. Un projet de circulaire en 1991 est évoqué, dont le contenu est proche du contenu du code de la police. Face à ce projet, « c'est un grand refus des personnels qui voient les devoirs sans qu'on leur parle de leurs droits »¹¹⁰.

¹⁰⁴ Entretien 7.

¹⁰⁵ Résolution (73) 5 sur l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus adoptée le 19 janvier 1973 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui est une reprise de l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus adoptées en 1957 par l'ONU. La recommandation R (87) 3 sur les « Règles pénitentiaires européennes », adoptée par le Comité des ministres le 12 février 1987 est venue réviser les règles minima de 1973, et demander aux Etats membres de s'inspirer de ces règles dans leurs législations. D'autres recommandations ont complété ces règles sur des aspects particuliers de la détention, comme la recommandation R (99) 22 concernant « le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale ». Sur ces règles, voir première partie, titre II, chapitre 1, I, A.

¹⁰⁶ Entretien 2. Voir, par exemple, l'article D. 189 CPP.

¹⁰⁷ Entretien 2.

¹⁰⁸ Direction de l'administration pénitentiaire, *Le possible à trois ans*, Paris, SCERI, juillet-août 1990, p. 6.

¹⁰⁹ Entretien 4.

¹¹⁰ Entretien 8.

2. L'émergence d'un projet de code de déontologie du service public pénitentiaire

Le garde des sceaux a été à l'origine de la mise en place du processus d'élaboration du code de déontologie du service public pénitentiaire, en mars 1998¹¹¹. Pour être plus précis, ce code répond à une demande, émanant de certaines organisations syndicales, d'une assermentation des personnels pénitentiaires. Un début de réflexion s'est développé, et le projet a rapidement engendré l'idée d'un recueil de textes. On ne parle pas encore à proprement parler de code de déontologie, l'idée en est au stade embryonnaire. Le code de déontologie, toujours en cours d'élaboration, tend à faire participer les personnels au processus d'élaboration. Ce code devrait permettre de doter les personnels pénitentiaires de normes d'action communes, alors que les organisations traditionnelles de régulation que représentaient les syndicats se cherchent de nouvelles missions, « puisqu'il n'est pas certain qu'ils puissent encore revendiquer aujourd'hui un rôle fondamental dans la médiation des politiques publiques pénitentiaires¹¹² ». En recréant une régulation par le bas, la déontologie peut permettre aux organisations de représentation des agents d'intervenir là où leur légitimité est érodée, en tant que gardiens de leur profession. La norme déontologique ainsi produite disposerait donc du soutien de la profession et la transposition réalisée de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants serait le gage d'une réception de cette norme par l'ensemble de l'administration pénitentiaire.

La nécessité d'un code de déontologie est finalement admise même si la concrétisation n'est toujours pas réalisée. Un projet de code de déontologie est rédigé en 1998, en même temps que le guide du détenu. A la même époque, des travaux sont menés sur la création de la Commission nationale de déontologie de la sécurité¹¹³. Un groupe de travail paritaire, composé de représentants de l'administration et des organisations représentatives du personnel a rédigé un projet¹¹⁴ et le Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire a émis un avis favorable sur ce projet, le 8 juillet 1999. Sur saisine du garde des sceaux, la CNCDH a rendu, le 27 janvier 2000, un avis sur le projet de décret portant Code de

¹¹¹ « La mise en place du code de déontologie de l'administration pénitentiaire progresse », in *Courrier de la Chancellerie*, n° 47, décembre 1999, p. 2.

¹¹² J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, op. cit., p. 421.

¹¹³ Entretien 1.

¹¹⁴ Ministère de la justice, *Les notes de la Chancellerie*, mars 2000.

déontologie de l'administration pénitentiaire¹¹⁵. Le projet a été modifié, pour tenir compte de l'avis de la CNCDH, notamment concernant l'intitulé du code qui devrait être Code de déontologie du service public pénitentiaire, non Code de déontologie de l'administration pénitentiaire, puisqu'il vise « à préciser le comportement attendu des personnes intervenant dans les lieux de détention, et concourant au fonctionnement du service public pénitentiaire, qu'elles soient fonctionnaires ou non ». L'examen du projet a été inscrit à l'ordre du jour de la séance du 19 juin 2000 du comité technique paritaire ministériel puis finalement reporté à une date ultérieure.

Le rapport rendu par la Commission Canivet, créée en juillet 1999, sur « le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires », préconise l'élaboration d'une loi pénitentiaire, qui définirait les missions de l'administration pénitentiaire et qui préciserait les droits du détenu et les conditions générales de détention¹¹⁶ et insiste également sur l'intégration du futur code de déontologie dans « ce corps de règles définissant les missions des agents de l'administration pénitentiaire¹¹⁷ ». Ce code devait donc s'inscrire dans la logique et la continuité de la grande loi pénitentiaire annoncée par le Premier ministre¹¹⁸. Ce projet n'ayant pas abouti, l'adoption du code de déontologie du service public pénitentiaire a été remise à plus tard, alors que ce document était prêt. L'avenir de ce code est encore incertain, même si de l'avis de membres de la direction de l'administration pénitentiaire, « le code de déontologie sortira même s'il y a renforcement de la sécurité. Les personnels sont en attente d'une règle qui les sécurise¹¹⁹ ».

Le code de référence pour toutes les professions de la sécurité intérieure¹²⁰ est celui de la police nationale. Il a aussi servi de modèle au projet de code de déontologie du service public pénitentiaire. En ce qui concerne le code de déontologie de la police nationale de 1986, le gouvernement a choisi de donner une nature réglementaire au texte. Le choix de la nature du texte avait suscité des débats parlementaires lors de la discussion de la loi de

¹¹⁵ La version soumise à la CNCDH a été publiée au *Courrier de la Chancellerie*, en décembre 1999.

¹¹⁶ Ces éléments sont actuellement en partie dans le Code de procédure pénale, mais sous forme réglementaire. Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, op. cit., pp. 259 et s.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 210.

¹¹⁸ *Supra* même titre, chapitre 1, II.

¹¹⁹ Entretien 10.

¹²⁰ Voir en ce sens, le code de déontologie des agents de police municipale. Décret n° 2003-735 du 1^{er} août 2003 portant code de déontologie des agents de police municipale, *JO*, 6 août 2003.

modernisation de la police nationale¹²¹. La voie du décret en Conseil d'Etat a été adoptée, offrant ainsi la garantie de la plus haute juridiction administrative du pays. Production juridique du pouvoir exécutif, ce mode d'élaboration est de fait auto-production de la norme par la force publique elle-même.

Le code du service public pénitentiaire prendra donc la forme d'un décret. L'administration pénitentiaire a souhaité l'avis du Conseil d'Etat¹²² pour deux raisons, l'une d'ordre technique, elle préfère s'entourer des avis les plus autorisés, l'autre, plus symbolique, pour manifester l'importance que l'administration attache à ce code. L'objectif de ce dernier est de réunir l'ensemble des dispositions éparses, peu accessibles, dans un texte unique, et de répondre ainsi à un besoin de l'administration pénitentiaire de disposer de repères écrits : elle est une administration où la culture de la norme, notamment de la norme écrite, est extrêmement récente. La coutume et l'oral ont longtemps dominé, notamment en matière de gestion des ressources humaines.

Derrière l'utilisation de la norme déontologique, il y a donc une véritable volonté de normaliser les pratiques. Le processus d'élaboration de ce code met en évidence la complexité du rapport que l'administration pénitentiaire entretient au droit. La forme juridique finale est ici celle à laquelle l'administration est confrontée habituellement mais le recours à la déontologie pose définitivement problème, quant à son contenu – ce que les variations dans le contenu même du code tendent à montrer. Au finale, la transposition de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH dans un code de déontologie n'est toujours pas réalisée.

B- La synthèse des droits et devoirs existants

Il n'est pas possible – et les organisations représentatives de personnels ne le souhaitent pas – de définir de manière exhaustive, tous les manquements aux obligations professionnelles ou simplement d'ordre moral, qui seraient susceptibles d'entraîner des sanctions disciplinaires. Ce que les organisations de personnels redoutent dans une logique

¹²¹ Loi n° 85-835 du 7 août 1985 relative à la modernisation de la police nationale, *JO*, 8 août 1985.

¹²² L'avis du Conseil d'Etat n'était pas obligatoire puisque rien n'oblige l'administration pénitentiaire à élaborer ce code sous forme de décret après avis du Conseil d'Etat.

d'exhaustivité, ce serait de voir figer les situations dans lesquelles pourraient se trouver les agents, et également de voir émerger, en quelque sorte, une automaticité de la sanction. La déontologie, c'est la prise en compte d'attitudes éthiques et personnelles, le respect d'une morale individuelle, tout en gardant à l'esprit que les agents de l'administration pénitentiaire travaillent au sein d'une collectivité administrative qui est structurée de façon hiérarchique. Il s'agit de concilier ces deux exigences. Cette conciliation s'inscrit dans une logique de transposition de la norme supranationale qu'est l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH.

Synthétiser des normes d'action, ce n'est pas simplement reformuler, c'est donner un sens nouveau aux normes établies. Le choix des normes mises en avant, mais également celui des termes et de l'économie du texte est décisif. Si le droit est un langage qui a vocation à dire le réel, mais surtout à l'organiser, la déontologie est une forme de droit et donc un langage. Cela implique qu'il y a d'un côté un signifiant et de l'autre un signifié. Le choix du signifiant renvoie à un signifié particulier, et de ce fait, ce choix n'est jamais neutre. La syntaxe a aussi un rôle important dans la compréhension d'un message. L'organisation écrite des règles déontologiques relève donc d'un processus complexe de réécriture, de synthèse des droits et obligations des agents.

Le choix de l'article premier d'un code n'est pas anodin. Ainsi, l'article premier du code de la police nationale définit les missions de la police nationale ; le respect des droits de l'homme vient en deuxième position¹²³. Le code de l'administration pénitentiaire, tel que publié au *Courrier de la Chancellerie*¹²⁴, ne fait pas référence aux missions de l'administration pénitentiaire, mais inscrit dans l'article 1^{er}, le respect des droits fondamentaux qui s'attachent à la personne humaine : « L'administration pénitentiaire exerce ses missions à l'égard des personnes qui lui sont confiées dans le respect des droits fondamentaux qui s'attachent à la personne humaine. Elle ne peut limiter l'exercice de ces droits qu'autant que l'exécution des décisions de justice et les nécessités de l'ordre public l'exigent ». Dans le code de la police nationale l'accomplissement de la mission est

¹²³ Article 1^{er} : « La police nationale concourt, sur l'ensemble du territoire, à la garantie des libertés et à la défense des institutions de la République, au maintien de la paix et de l'ordre publics et à la protection des personnes et des biens. » Article 2 : « La police nationale s'acquitte de ses missions dans le respect de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de la Constitution, des conventions internationales et des lois. » Décret n° 88-592 du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale, *JO*, 19 mars 1986.

¹²⁴ Avant-projet de code de déontologie de l'administration pénitentiaire, *Courrier de la Chancellerie*, n° 47, décembre 1999, p. 2.

premier, dans celui de l'administration pénitentiaire, ce sont les conditions d'exercice de la mission qui sont mises en avant. On retrouve ici la dialectique droits fondamentaux-ordre public inhérente à l'activité de toute administration de la sécurité intérieure et à laquelle l'administration pénitentiaire est confrontée. Ce qui se retrouve dans la formulation concernant l'utilisation de la force, à l'article 7 : « Lorsqu'ils sont autorisés par la loi à utiliser la force, et en particulier à se servir des armes, les personnels des services pénitentiaires ne peuvent en faire qu'un usage strictement nécessaire et proportionné au but à atteindre ».

Le projet est divisé en deux parties : l'une consacrée aux dispositions relatives aux personnels des services pénitentiaires ; l'autre, aux dispositions relatives aux intervenants réguliers dans les services pénitentiaires. Le champ d'application de ce code est donc bien plus vaste que l'application aux seuls fonctionnaires pénitentiaires, à l'exception des personnels médicaux. Il se caractérise par la réaffirmation du respect absolu de la personne humaine à toutes les phases de l'activité pénitentiaire. Certaines normes comportementales présentent un caractère innovant comme celles qui régissent les relations des personnels avec des personnes ayant été placées sous main de justice, lesquelles pourront désormais être autorisées si elles sont de nature à favoriser la réinsertion des personnes. Ce code traduit ainsi l'ouverture de l'administration pénitentiaire sur l'extérieur, en insistant sur la mission de réinsertion de cette administration.

Ce code fait clairement référence à l'interdit des traitements inhumains ou dégradants. Cette référence s'est avérée possible du fait du processus d'élaboration de ce code, notamment de la concertation. Il s'agit bien d'une transposition de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, d'une intégration de cette norme, dans le droit pénitentiaire, adaptée aux « besoins pénitentiaires ». Le terme de torture n'est toutefois pas repris et celui de traitement inhumain ou dégradant non défini. L'article 6 est ainsi formulé : « Les personnels des services pénitentiaires ne doivent se livrer sur les personnes qui leur sont confiées à *aucun traitement inhumain ou dégradant*¹²⁵. Lorsqu'ils ont connaissance de tels actes, ils doivent s'efforcer de les faire cesser par tous les moyens dont ils disposent et les porter immédiatement à la connaissance de l'autorité hiérarchique compétente, qui en informe le cas échéant, le procureur de la République, conformément à l'article 40 du code

¹²⁵ En italique par nos soins.

de procédure pénale. S'ils n'ont pas connaissance des suites données par l'autorité hiérarchique compétente, les personnels des services pénitentiaires informent directement le procureur de la République, en application de l'article 40 précité. Les personnels des services pénitentiaires doivent, dans les limites de leurs compétences, prendre toute mesure tendant à la sauvegarde de la vie et de la santé des personnes qui leur sont confiées, notamment en faisant appel au personnel médical en tant que de besoin. »

La déontologie est donc une synthèse des droits et obligations traditionnels des agents – en ce sens, l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH est reconnu comme norme juridique contraignante, puisqu'il y est clairement fait référence – mais ne peut se résumer à cela puisque le simple fait de réorganiser des normes donne un sens nouveau aux prescriptions juridiques. La prescription déontologique est à la fois reformulation de la règle juridique et reconstruction de cette règle et peut s'adapter aux exigences de la mission de l'agent. Il semble en effet qu'il ne faille pas oublier que l'apprentissage des normes de comportements tient aussi et surtout à la pratique professionnelle de l'agent, plus qu'à la répétition des règles. « Les comportements naissent de l'interaction entre des normes d'origine hiérarchique et des normes professionnelles¹²⁶. » La déontologie permet ainsi une adaptation des règles juridiques existantes, et une orientation des comportements des agents, sans les créer, puisqu'il paraît impossible de faire naître un comportement professionnel s'il n'est pas relié à une pratique. La transposition de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH dans ce code est donc à la fois condition de la réception de la norme et la preuve de cette réception.

La déontologie est désormais à l'ordre du jour mais l'adoption du décret est quant à elle sans cesse reportée. Il est à craindre que le code ne vienne finalement que compenser un renforcement des pouvoirs de coercition des personnels de surveillance, au vu de la volonté actuelle de renforcer les dispositifs de sécurité¹²⁷. Si la déontologie pénètre le discours pénitentiaire, elle reste pour l'instant cantonnée à la lisière du droit pénitentiaire, preuve s'il en est, que la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH est complexe : il y a bien une référence directe à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, à destination des personnels pénitentiaires, sans que cette

¹²⁶ J.-C. Thoenig, « La gestion systémique de la sécurité », in *Revue française de sociologie*, tome XXXV, juillet-septembre 1994, p. 364.

¹²⁷ Voir nos observations concernant l'abandon du projet de loi pénitentiaire, même partie, chapitre 2.

référence n'ait d'existence véritable pour l'instant. L'interdit est compris de manière plus globale, les pratiques pénitentiaires pouvant générer des mauvais traitements, et non pas seulement les conditions matérielles de détention. Cependant, les termes n'étant pas définis, l'appréciation de ce qu'est un traitement inhumain ou dégradant est laissée in fine aux personnels pénitentiaires. Quoi qu'il en soit, le code de déontologie, sous cette forme et avec ce contenu, serait un acte symbolique fort. Concernant la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire, il se révélerait être à la fois un mode emblématique de transposition de cet interdit et fruit de la réception de celui-ci.

Tant que ce code n'aura pas d'existence officielle, la transposition administrative de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants dans le droit pénitentiaire ne pourra être considérée comme totale, et la réception comme achevée. Quoi qu'il en soit, la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH dépend de cette transposition, apparemment plus efficace que l'intégration par la loi, du fait notamment de la prépondérance de la matière réglementaire dans le droit pénitentiaire.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

L'article 3 CSDH n'a longtemps été considéré que comme une pétition de principe non contraignante. L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants n'a pas été reconnu comme norme juridique contraignante de manière automatique, par une application simple du principe de légalité. La réception de la norme supranationale par l'administration dépend ainsi de différentes opérations : d'une part de médiations, nationales et internationales, contraignantes et non contraignantes, qui interviennent dans la réception de la norme. Et cette réception dépend d'autre part d'opérations d'intégration de la norme dans le droit interne reconnu par l'administration pénitentiaire.

Un ouvrage élaboré par le ministère de la justice et la direction de l'administration pénitentiaire, à l'occasion de l'enquête menée par le Conseil de l'Europe, au printemps 1993, sur l'application de sa recommandation R (87) 3, constatait que la méthode la plus efficace pour que les normes européennes soient respectées consiste à faire en sorte que les règles européennes soient totalement intégrées dans la réglementation nationale¹. Ce qu'un ancien directeur de l'administration pénitentiaire formulait ainsi : « la réception de l'article 3 CSDH passe par une bonne compréhension, en dehors de sa traduction obligatoire (...). Le véritable succès de l'article 3 CSDH passe par un respect, une application inconsciente de la part des acteurs² ».

Ainsi, l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH ne peut acquérir une valeur juridique contraignante qu'à la suite de ces opérations de médiations et d'intégration de la norme dans le droit interne reconnu par l'administration pénitentiaire. Ces opérations mettent en évidence le rôle décisif joué par l'administration pénitentiaire dans cette réception, ce que la nécessité d'une transposition administrative de la norme renforce. Il ne suffit donc pas que la norme soit avalisée par l'Etat pour être considérée comme contraignante.

¹ Direction de l'administration pénitentiaire, *Les règles pénitentiaires européennes et leur application*, coll. « Travaux et documents », Paris, Ministère de la justice, Direction de l'administration pénitentiaire, 1993, p. 16.

² Entretien 9.

Il n'est pas ici question de dire que l'administration pénitentiaire ne se modernise pas : elle le fait, et les droits des détenus sont de plus en plus pris en compte. Ce qui est en cause ici c'est la conception traditionnelle du principe de légalité, principe qui sous-tend toute l'action administrative. La norme n'est pas reçue du simple fait de son entrée en vigueur, et dépend d'opérations multiples, non ordonnées, mais pouvant interagir. Ces opérations sont ainsi constitutives d'un véritable processus – sans lequel il ne peut y avoir réception de la norme – un processus de reconnaissance de l'obligatorité de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. Ce processus questionne, met en question le rapport de l'administration pénitentiaire au droit. Plus généralement, il peut être envisagé comme un analyseur du rapport de l'administration au droit

TROISIEME PARTIE
LE PROCESSUS DE RECEPTION DE L'INTERDIT
CONTENU DANS L'ARTICLE 3 CSDH PAR
L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, UN ANALYSEUR
DU RAPPORT DE L'ADMINISTRATION AU DROIT

La réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire dépend d'opérations clés. Il est ainsi possible de parler d'un véritable processus de réception de cet interdit par l'administration pénitentiaire¹. Le processus de réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire révèle le rôle fondamental joué par cette dernière dans la production normative qui lui est applicable, l'auto-nomie de cette administration et sa capacité à créer son propre système normatif. La réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH met ainsi en question la place de l'administration pénitentiaire dans l'élaboration du droit qui lui est applicable. Plus généralement, ce processus de réception permet d'appréhender, à travers le prisme de cette administration, une réalité administrative non conforme à une application stricte du principe de légalité. Il est ainsi possible d'envisager l'administration pénitentiaire comme exemplaire de la capacité de l'administration à recréer sa norme, ce qui réaffirme son rôle dans la « production de la norme juridique² ».

Le processus de réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire peut servir d'« analyseur » du rapport de l'administration au droit, au sens où l'entend René Lourau³. Il s'agit ici de formuler l'hypothèse selon laquelle la systématisation de ce processus peut permettre de mettre en évidence le rapport qu'entretient plus généralement l'administration au droit, du fait de la non-spécificité de l'administration pénitentiaire dans le paysage administratif, celle-ci n'étant finalement qu'un miroir déformant de la réalité.

Cette étude met ainsi en question le principe même de légalité. La production effective de la norme juridique, au-delà de l'élaboration des textes mêmes, l'acquisition d'un statut juridique contraignant pour cette norme n'entrent pas dans une application stricte du principe de légalité. La réception de la norme supranationale par l'administration dépend d'un processus complexe qui révèle la place de l'administration dans le processus

¹ « Le processus est un cycle plus ou moins bouclé sur lui-même. (...) [II] est ainsi ouvert à toutes sortes d'effets de rétroaction. (...) [II] est traversé de phénomènes allant dans divers sens.¹ » J.-C. Thoenig, « L'analyse des politiques publiques », in M. Grawitz et J. Leca (dir.), *Traité de science administrative*, vol. 4, J.-C. Thoenig, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, 1985, pp. 19 et s. Voir supra, notre introduction, précisément l'énoncé de la problématique : processus y est « entendu comme une suite d'opérations *non ordonnée*, comme un ensemble non linéaire d'opérations, non organisé, aboutissant à la réception de la norme ».

² A.-J. Arnaud, « Le droit comme produit. Présentation du dossier sur la production de la norme juridique », in *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 293.

³ « L'analyseur n'est pas ce qui décode ou décrypte la situation, mais ce qui la parle, la révèle, la met – littéralement – en question. » R. Lourau, *L'instituant contre l'institué*, Paris, Anthropos, 1969, p. VIII.

aboutissant à cette réception, et ce, dans une perspective de « sociologie administrative du droit »⁴.

Qu'entend-on par sociologie administrative du droit ? Si l'on admet que « la sociologie politique aurait pour but (...) d'analyser le plus finement possible tout ce qui "est" politique, c'est-à-dire ce que chacun reconnaît comme relevant de ce domaine d'activités⁵ », une « sociologie administrative » serait l'étude de tout ce qui est administratif, reconnu comme tel. Dès lors, une « sociologie administrative du droit » viserait à saisir les processus administratifs qui sont à l'œuvre dans la production de la norme, à travers le prisme du processus de réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire.

Pour reprendre l'analyse de Jacques Commaille, il ne s'agit pas d'établir simplement la relation entre « droit » et « administration » sous la forme d'une évaluation de l'influence des pratiques administratives sur le droit et *vice versa*, en ignorant la « boîte noire »⁶. Une sociologie administrative du droit conçoit la production du droit comme un révélateur privilégié des processus administratifs généraux. L'administration peut agir dans une logique qui lui est propre, s'emparer de questions, les soumettre au politique, mais elle peut aussi freiner, effacer de l'agenda, et ce malgré l'existence d'une hiérarchie des normes. En effet, « dire que l'administration est liée par des règles est manifestement insuffisant dans la mesure où ces règles n'ont pas seulement pour objet de lui prescrire ou de lui interdire des conduites mais ont aussi pour effet de l'habiliter à faire certains actes, à émettre d'autres règles⁷ ».

Le rapport de l'administration pénitentiaire à l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, et plus largement à la norme externe, met en évidence l'auto-nomie de cette dernière, au sens *étymologique* du terme, en ce que l'administration se donne « elle-même » ses « lois », est régie par ses propres normes, et non qu'elle dispose du droit de se gouverner par ses propres lois, comme on l'entend habituellement de ce terme. Auto-nomie ne signifie pas non plus, ici, indépendance, ni même autarcie, ce qui tendrait à minimiser le rôle des

⁴ La méthode ici retenue s'appuie sur les travaux de Jacques Commaille. J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois Essai de sociologie politique du droit*, « Droit, éthique, société », Paris, PUF, 1994, p. 5.

⁵ J. Lagroye, *Sociologie politique*, Paris, Presses de la FNSP, Dalloz, 1993, p. 12.

⁶ Cette notion de « boîte noire » a été particulièrement mise en valeur dans le domaine des politiques publiques. Cf. Yves Mény et Jean-Claude Thoenig, *Politiques Publiques*, Paris, PUF, 1989, p. 351 et s.

⁷ D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », in *AJDA*, 1981, p. 391.

médiations extérieures dans le processus de réception de la norme par l'administration. La réception de la norme externe, permet ainsi de mettre en évidence que le principe de légalité ne permet pas de rendre compte de la réalité du rapport de l'administration au droit, et que parler de production administrative du droit n'est pas une fantaisie, une vue de l'esprit, mais un phénomène observable, d'ailleurs observé depuis longtemps (titre I).

Le texte pour devenir norme juridique pour l'administration doit subir différents rites : la norme externe n'est pas automatiquement, intrinsèquement, reconnue comme contraignante par l'administration. Elle ne le devient qu'au terme d'un processus complexe, maintes fois évoqué, mais non encore systématisé. Cette systématisation implique une étude des deux phases de ce processus : les opérations qui interviennent dans ce processus et le résultat. En l'occurrence, son aboutissement est bien la reconnaissance du caractère contraignant de la norme externe par l'administration (titre II).

TITRE I – LE PROCESSUS DE RECEPTION DE L’INTERDIT CONTENU DANS L’ARTICLE 3 CSDH, REVELATEUR DE L’« AUTO-NOMIE » DE L’ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

L’administration pénitentiaire, comme toute administration publique, se doit d’agir conformément au principe de légalité, qui sous tend toute action institutionnelle dans notre Etat de droit. Elle doit ainsi respecter la hiérarchie des normes telle qu’elle est consacrée dans notre système normatif. Cependant, la réalité ne correspond pas à ces affirmations qui demeurent théoriquement, positivement, justes. Des processus sont à l’œuvre, notamment concernant la production normative, démontrant que le principe de légalité ne peut suffire à rendre compte du rapport de cette administration, et plus largement, de l’administration au droit. La régulation interne et externe de cette administration passe, en effet, par d’autres opérations que celles attendues dans le fonctionnement d’une administration publique, tout du moins dans la perspective d’une application du principe de légalité à l’activité administrative.

L’administration pénitentiaire se révèle être une administration « auto-nome », au sens littéral du terme, en référence à l’étymologie grecque, qui retrouve ici la plénitude de son sens. Ce qualificatif n’est d’ailleurs pas nouveau, ni propre à l’administration pénitentiaire¹. Cette autonomie administrative est cependant exacerbée pour ce qui est de l’administration pénitentiaire, mettant ainsi en évidence qu’une vision positive de la production normative n’est que partielle, voire inadaptée à l’étude du rapport d’une administration publique au droit. L’administration pénitentiaire permet donc de mettre en évidence, par un effet grossissant, peut-être déformant, la complexité de ce rapport, devenant ainsi un prisme d’observation de l’administration publique en général.

Dans la logique d’une application stricte du principe de légalité, la question de la réception de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH ne devrait pas poser problème. Or

¹ Voir notamment L. Nizard, B. Jobert, P. Muller, *Eléments pour une nouvelle approche de l’Etat dans la France d’aujourd’hui*, IEP de Grenoble, CERAT, 1977, 222 p.

l'administration pénitentiaire a bien recours à des règles de fonctionnement spécifiques, à la marge de cette application. Le contexte normatif de la réception de la norme supranationale n'est donc pas véritablement celui qui pourrait permettre une réception simple de cette norme. Auto-nome, l'administration ne semble pas soumise véritablement au principe de légalité, qui se révèle être un mythe de l'action administrative² (chapitre 1). Le rôle de l'administration dans la production normative tend à démontrer que le principe de légalité est concrètement et définitivement mis en échec par l'action administrative (chapitre 2).

² D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », in *AJDA*, 1981, pp. 387-392.

CHAPITRE 1 – LE PRINCIPE DE LEGALITE, MYTHE DE L’ACTION ADMINISTRATIVE

La question de la réception de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH par l’administration pénitentiaire pose bel et bien la question de l’effectivité du principe de légalité pour cette administration, tout du moins celle de la pertinence de son utilisation pour rendre compte du rapport concret de l’administration au droit. Le respect de la hiérarchie des normes, l’organisation pyramidale de l’administration, et plus généralement l’attachement de l’Etat français à l’Etat de droit imposent à l’administration de respecter les règles de droit édictées par les autorités qui lui sont supérieures, au sens de « la doctrine juridique dominante¹ ». Ainsi, « l’ordre juridique est hiérarchique en cela qu’une norme inférieure doit être conforme à la norme supérieure », « la Constitution du 4 octobre 1958 introduit une véritable hiérarchie des normes dans le droit français », « les fondements de la théorie ont été élaborés par Hans Kelsen dans la *Théorie pure du droit* », « la hiérarchie des normes est un rapport linéaire, c’est-à-dire que chaque norme est dans un rapport d’infériorité ou de supériorité par rapport à une catégorie de normes et une seulement »².

L’administration pénitentiaire, comme toute institution publique, est soumise au droit, ce que son organisation hiérarchique tend à rappeler – conformément à une conception traditionnelle de l’application du principe de légalité (I). Mais, matériellement, cette conception de la hiérarchie des normes se heurte à la réalité administrative. La confrontation du principe de légalité à l’action administrative met fondamentalement en question ce principe (II).

¹ O. Pfersmann, « Carré de Malberg et "la hiérarchie des normes" », in *RFDC*, n° 31, 1997, p. 481.

² *Ibidem*.

I – Principe de légalité, droit et administration : une conception traditionnelle

Il importe à ce stade de rappeler ce que sont les rapports qu'entretiennent administration et droit dans un Etat de droit, ou tout du moins ce qu'ils devraient être dans une conception traditionnelle du principe de légalité. En effet, ce principe est intimement lié à la notion d'Etat de droit (A). De là, découle un rapport a priori simple et clair de l'administration à la norme supranationale, la place de cette dernière dans la hiérarchie des normes étant constitutionnellement réglée (B).

A- Principe de légalité et Etat de droit

La notion d'Etat de droit renvoie à des réalités sémantiques diverses – du fait des problèmes de traduction parfois, des utilisations particulières de vocabulaire d'autres fois. Si la notion fait l'unanimité, les ambiguïtés quant à son contenu subsistent³. Dans la langue juridique française, par exemple, une distinction est faite entre Etat légal et Etat de droit, sans que celle-ci ne soit d'une grande clarté⁴. Ainsi, dans un Etat de droit, l'administration ne peut agir que *secundum legem* dans ses rapports avec les administrés et les sujets ont les moyens juridiques d'agir devant une autorité juridictionnelle⁵. « L'Etat légal va plus loin : l'autorité administrative "ne peut agir qu'en exécution ou par permission d'une loi", pas seulement pour les actes ayant des effets d'ordre individuel, comme pour l'Etat de droit, mais pour toutes les mesures d'administration, même réglementaires.⁶ »

« Le propre d'un Etat de droit, c'est que l'exercice de la puissance étatique y est contenu par des normes, soit que l'Etat se soumette spontanément et volontairement au droit qu'il a lui-même élaboré, comme le veut la thèse de l'autolimitation, soit que le droit, émanation d'un ordre divin, naturel ou social antérieur et supérieur à l'Etat, constitue pour celui-ci

³ Selon la conception de Carré de Malberg analysée par Michel Troper, « Le concept d'Etat de droit », in M. Troper (dir.), *L'Etat de droit, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 24, 1993, p. 25.

⁴ *Ibidem*, pp. 27 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 27.

⁶ *Ibid.*, p. 28.

une limite objective qu'il ne saurait transgresser.⁷ » La théorie de l'« Etat de droit » « suppose un rapport d'extériorité principielle mais aussi de subordination entre les deux termes : distinct et indépendant de l'Etat, le droit est censé contenir, limiter, lier l'exercice de sa puissance⁸ ». Dans une perspective positiviste, cependant, « l'Etat est la personnification de l'ordre juridique et sa puissance n'est rien d'autre que l'efficacité de cet ordre⁹ ». Cet ordre « se présente comme une articulation de normes construites de manière pyramidale et hiérarchisée, suivant le principe de non-contradiction¹⁰ ». Et si l'expression d'« Etat de droit » désigne seulement « un système de normes hiérarchisées, alors en effet, tout ordre juridique est un Etat de droit¹¹ ».

Dans cette logique, Etat de droit et principe de légalité sont liés. Parfois, d'ailleurs, lorsque le « droit se ramène au droit positif, défini comme expression de la volonté de l'Etat, qui ne peut donc être limité par lui », selon la thèse de l'auto-limitation, la notion d'Etat de droit se confond avec celle de principe de légalité¹². « L'ordonnement juridique est dominé, dans les régimes libéraux, par le principe de légalité, qui établit la subordination juridique de l'appareil d'Etat : non seulement l'appareil d'Etat est tenu de respecter la constitution, norme suprême qui définit les conditions de création du droit au sein de l'Etat et met certains principes à l'abri de toute atteinte des organes étatiques, mais encore son activité normative se situe dans le cadre circonscrit par la loi.¹³ » La notion de principe de légalité est ainsi comprise de manière générale comme la soumission de l'administration à la règle de droit¹⁴. Il existe ainsi un lien de dépendance entre l'appareil d'Etat et le droit, et le rapport mis en place est un rapport de subordination¹⁵. Dans cette

⁷ D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 387.

⁸ J. Chevallier, D. Lochak, *Science administrative – Théorie générale de l'institution administrative*, tome 1, Paris, LGDJ, 1978, p. 515.

⁹ *Ibidem*, p. 522.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Michel Troper reprend ici la thèse de Hans Kelsen. M. Troper, « Le concept d'Etat de droit », *op. cit.*, p. 40.

¹² *Ibidem*, p. 26.

¹³ J. Chevallier, D. Lochak, *op. cit.*, p. 523.

¹⁴ Voir par exemple G. Peiser, « Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 517 et s. Définition que reprennent les manuels de droit administratif général : J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 19^{ème} éd., 2002, p. 6. A. Van Lang, G. Gondouin, V. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Armand Colin, 2002, p. 185.

¹⁵ J. Chevallier, D. Lochak, , *Science administrative – Théorie générale de l'institution administrative*, tome 1, *op. cit.*, p. 515.

perspective, « la puissance étatique n'existe pas pour elle-même », et l'administration n'est qu'un instrument neutre de réalisation de choix qui s'imposent » à elle¹⁶.

L'ordonnement juridique français est celui d'un Etat de droit, et l'appareil d'Etat, l'administration, sont soumis au principe de légalité. La « dimension symbolique » de ce principe est très forte, « dans la mesure où l'on touche ici au soubassement de l'ordre juridique¹⁷ ». Ce principe est la véritable police interne de l'ordre juridique, réglant « les conditions de production des normes » et définissant « les termes de leur articulation ». Il « implique aussi, et plus généralement, l'assujettissement de la puissance d'Etat »¹⁸. « Garant d'un ordre institutionnel libéral et démocratique, le principe de légalité canalise ainsi l'exercice de la puissance de l'Etat et assure la limitation du pouvoir des gouvernants.¹⁹ »

Cependant, la notion de principe de légalité n'est pas neutre. Elle a une portée à la fois pratique et idéologique. Selon Danièle Lochak²⁰, le principe de légalité « signifie que l'action administrative est enserrée dans certaines limites, soumise à des normes qui déterminent à la fois des objectifs à atteindre et les moyens de les atteindre ». Mais il fonde aussi la « légitimité de cette action », puisque, exprimant « la soumission de l'administration à la loi », il « manifeste sa subordination au pouvoir politique et atteste qu'elle n'agit pas selon son bon plaisir, mais dans le respect des principes fondamentaux de l'ordre social existant convertis en règles juridiques par le législateur ». L'action administrative est donc en principe soumise aux règles de droit. Dans la conception française moniste de la hiérarchie des normes, ces règles de droit sont aussi celles du droit international.

B- Norme supranationale et principe de légalité

Les règles constituant le cadre légal de l'action administrative en France s'organisent et se combinent entre elles selon une pyramide hiérarchisée. Depuis la Constitution de 1946 –

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ J. Chevallier, « La dimension symbolique du principe de légalité », in *RDP*, 1990, p. 1652.

¹⁸ *Ibidem*, p. 1651.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 387.

l'arrêt *Dme Kirkwood*²¹ consacrant pour la première fois le contrôle par le juge administratif de la conformité d'un décret d'extradition à une convention conclue par la France avec un autre Etat relativement à l'extradition. – les traités internationaux font partie des sources de la légalité dont le respect s'impose à l'administration. La Constitution du 4 octobre 1958²² a réaffirmé l'appartenance des traités et accords internationaux à la hiérarchie des normes françaises. L'interprétation du juge du rapport entre les sources internationales et le droit interne a été l'objet d'évolutions, qu'il s'agisse du juge constitutionnel²³ ou du juge administratif²⁴, le juge judiciaire ayant choisi une autre voie d'interprétation²⁵. C'est donc ici une lecture particulière du principe même de légalité qui était faite : le principe a pu être malmené par ceux qui étaient chargés de veiller à son respect. La relativisation, à ce niveau, de la hiérarchie des normes, tout du moins son interprétation particulière et par conséquent son application concrète, engendre nécessairement la relativisation du principe de légalité, intimement lié à cette hiérarchie des normes.

A partir du moment où ce principe perd de sa force normative, le système normatif est déstabilisé dans sa globalité. Jusqu'en 1989, la subordination juridique de l'Etat, plus

²¹ CE Ass., 30 mai 1952, *Dme Kirkwood*, *Rec.*, p. 291 ; *RDP*, 1952, p. 781, concl. M. Letourneur.

²² Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». *Constitution française du 4 octobre 1958*, coll. « Documents d'études. Droit constitutionnel et institutions politiques », Paris, La documentation française, 2003, 52 p. Il ne s'agit d'ailleurs pas ici d'analyser quelle est la place des traités ou accords internationaux dans la hiérarchie des normes, notamment par rapport à la Constitution (CE Ass., 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Rec.*, p. 369 ; *GAJA*, n° 108), simplement de réaffirmer que ces traités sont source de droit pour l'administration.

²³ CC, décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *Rec.*, p. 19 ; *GDCC*, n° 23 ; *AJDA*, 1975, p. 134 ; note J. Rivero, *D.*, 1975, p. 529, note L. Hamon. Par cette décision, le Conseil Constitutionnel posait le principe qu'une loi contraire à un traité ne serait pas nécessairement contraire à la Constitution, d'où son refus d'intégrer les traités dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite, mais tout en laissant entendre qu'il appartenait aux juges judiciaire et administratif de veiller au respect de la hiérarchie des normes édictée par l'article 55. CC, décision n° 86-216 DC, loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, du 3 septembre 1986, *Rec.*, p. 135 ; *RFDA*, 1987, p. 120, note Genevois : le respect de la règle posée par l'article 55 de la Constitution « s'impose même dans le silence de la loi » et « il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application » des conventions internationales « dans le cadre de leurs compétences respectives ».

²⁴ Jusqu'à l'arrêt *Nicolo* (CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.*, p. 190 ; *RFDA*, 1989, p. 512, concl. P. Frydman ; *GAJA*, n° 98), en cas de conflit entre un traité et une loi postérieure, le Conseil d'Etat s'inclinait face à la loi. Le Conseil d'Etat n'éprouvait cependant pas de difficultés à faire prévaloir un traité sur une loi qui lui était antérieure (CE 15 mars 1972, *Dame Veuve Sadok et Ali*, *Rec.*, p. 213). Le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt *Nicolo* marque la fin de la jurisprudence dite « *des Semoules* » (CE Sect., *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *Rec.*, p. 149), et le Conseil d'Etat fait désormais prévaloir le traité sur la loi même postérieure.

²⁵ Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre* ; *D.*, 1975, p. 497, concl. Touffait.

particulièrement de l'administration, au droit international n'était pas pleine et entière, la violation du droit international par l'administration n'était pas sanctionnée, du fait de la survivance de la théorie de l'écran législatif, dès lors que l'action de l'administration se bornait à s'inscrire dans l'application d'un texte législatif, quand bien même ce texte aurait été contraire à un traité ou accord international. Certes les traités internationaux appartenaient aux sources de la légalité de l'action administrative, mais leur place dans la hiérarchie des normes demeurait problématique, l'article 55 de la Constitution pouvant donner lieu à différentes interprétations.

Ainsi Olivier Cayla donne une lecture particulière de cet article de la Constitution, distinguant le texte de la norme²⁶. « Ce que l'idée théorique d'une nécessaire distinction entre les textes et les normes permet d'envisager, c'est au contraire la conséquence pratique que la connaissance, par le juge, de l'existence d'une hiérarchie des normes, n'implique pas qu'il sache pour autant à l'avance quelle sera la hiérarchie des textes à laquelle il devra s'en remettre pour déterminer, entre deux énoncés contradictoires, lequel il conviendra d'appliquer au cas. Autrement dit, dans cette perspective, la supériorité de la normativité conventionnelle sur la normativité législative (ou de la "conventionnalité" sur la "légalité" comme on dira plutôt désormais), reconnue par exemple comme l'une des composantes de la forme pyramidale d'un ordre normatif quelconque, ne conduira pas forcément le juge, pourtant "gardien" de cet ordre, à faire primer le texte du traité sur celui de la loi. »

La Convention européenne des droits de l'homme a aussi souffert de cette situation. Les juridictions administratives ont contribué à maintenir un certain flou concernant sa place réelle dans la hiérarchie des normes, alors même que cette Convention est d'effet direct et qu'elle remplit les conditions formelles posées par l'article 55 de la Constitution, y compris au niveau de la condition de réciprocité, puisque selon le Commissaire du Gouvernement, Bernard Stirn, cette condition n'a « pas la même portée pour un traité qui prévoit, entre deux parties, des obligations précises, de caractère synallagmatique, que

²⁶ O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, 1999, p. 78.

pour une convention par laquelle de nombreux Etats affirment leur attachement à des principes fondamentaux »²⁷.

Quoiqu'il en soit, « les trois arrêts *Nicolo, Gisti et Boisdet*, qui se situent à la fin de l'année 1989, ont fait faire un pas décisif au juge administratif en faisant prévaloir le traité international et même le droit communautaire dérivé sur la législation interne française²⁸ ». Cette évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat peut être analysée comme un moyen de faire progresser le principe de légalité, mettant en évidence un triple mouvement. « D'une part, la haute-juridiction en conformité avec la jurisprudence *Nicolo*, accroît le nombre et la qualité des règles de droit auxquelles l'administration doit se référer ; d'autre part, le Conseil d'Etat assure une meilleure protection de certaines libertés déterminées. Enfin, le juge assure parfois un contrôle plus sévère sur les décisions.²⁹ » L'article 55 de la Constitution trouve donc désormais pleinement à s'appliquer³⁰. La norme supranationale, « traité ou accord régulièrement ratifié ou approuvé », s'intègre dans la hiérarchie des normes françaises, au-dessus de la loi, même postérieure, ce à quoi veillent les juridictions administratives et judiciaires. Cependant, certaines évolutions très récentes de la jurisprudence du Conseil d'Etat atténuent la portée de la jurisprudence *Nicolo*, puisqu'il a pu être constaté « une certaine réticence du juge administratif à déployer toutes les virtualités du contrôle de conventionnalité de la loi, caractérisant un phénomène d'involution de ce contrôle³¹ ».

²⁷ CE Ass, 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales*, *Rec.*, p. 369, concl. B. Stirn, *RFDA*, 1990, p. 1065.

²⁸ G. Peiser, *op. cit.*, p. 518.

²⁹ *Ibidem*, p. 523.

³⁰ O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *op. cit.*, p. 80 : « On le voit, la réactualisation du texte de l'article 55, c'est-à-dire le retournement opéré dans la compréhension de son sens, s'obtient par une simple modification de l'interprétation relative à la force de l'acte d'énonciation constituante : auparavant, le juge administratif privilégiait le caractère obligatoire du commandement constitutionnel suivant lequel le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois est dévolu au Conseil constitutionnel (art. 61), quitte à en déduire que, dans son article 55, le constituant n'avait que recommandé la conformation absolue des lois aux traités (ou commandé la conformation relative, c'est-à-dire affirmé l'égalité entre les lois et les traités, ce qui revient au même) ; avec *Nicolo*, l'interprétation de la force de l'intention constituante s'inverse, au bénéfice du caractère obligatoire de l'article 55 et du concept de supériorité de la conventionnalité sur la légalité, certes, mais au détriment de l'idée selon laquelle le contrôle de constitutionnalité des lois ne peut impérativement être opéré que par le seul juge constitutionnel. »

³¹ En matière fiscale principalement (CE Ass, 28 juin 2002, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Société Schneider Electric*, *Rec.*, p. 234). « La priorité consentie à l'examen du droit interne en matière fiscale paraît-elle nettement en désaccord avec la jurisprudence *Nicolo* et contraire à la hiérarchie des sources qui en découle ». D. Bailleul, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo* ? », in *RFDA*, septembre-octobre 2003, pp. 877 et s.

La confrontation du principe de légalité à la norme supranationale met en évidence que ce principe peut être mis à mal. La réalité de l'action administrative met quant à lui en évidence que le rapport réel entre administration et droit n'est pas gouverné par une application pleine et entière de ce principe.

II – Principe de légalité et action administrative : confrontation du principe à la réalité administrative

Le rôle de l'administration dans la production des normes juridiques n'est jamais nié. Cependant, il est toujours analysé dans une logique imprégnée du principe de légalité, et partant de subordination hiérarchique. Le principe d'organisation hiérarchique de l'administration publique peut d'ailleurs s'analyser comme « la traduction fonctionnelle du principe de légalité, qui constitue la pierre angulaire de l'état de droit³² », l'obéissance hiérarchique étant le moyen privilégié pour l'administration de faire appliquer le droit³³. Si la consécration fidèle du principe de légalité dans l'action administrative implique que l'administration soit soumise à un fonctionnement hiérarchique, et partant ne soit qu'un instrument du politique (A), il demeure que l'action administrative se déroule souvent à la marge d'une stricte application de ce principe (B).

A- Administration et hiérarchie

Conformément à la représentation classique d'un Etat de droit, l'administration doit être cantonnée à un rôle d'exécution. Ce schéma, peu conforme à la réalité de l'action administrative, a été très vite remis en cause et l'analyse institutionnelle a démontré la force interne des organisations. Ainsi, l'administration a pu être analysée dans différentes dimensions, notamment par Lucien Nizard qui proposait en 1977 de distinguer quatre

³² F. Chambon, O. Gaspon, *La déontologie administrative*, Paris, LGDJ, 1997, p. 49.

³³ J.-C. Froment, *Les surveillants de prison*, coll. « La Justice au quotidien », Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 45 et s.

dimensions de l'action administrative : « instrument du pouvoir politique, organisation bureaucratique, communauté corporative, représentante de son milieu d'intervention³⁴ ».

Appréhendée dans sa fonction purement instrumentale, et qui renvoie d'ailleurs ici au principe de légalité tel qu'il devrait être mis en œuvre, l'administration n'est que « pure exécution », c'est à dire que « non seulement les normes supérieures interdisent, ce qui va de soi, à l'administration des normes incompatibles, mais les normes supérieures doivent dicter l'ensemble des conditions d'exécution, imposer "one best way" à l'instrument administratif, autrement elles emportent à la fois choix de fins secondaires et prises de décision normative³⁵ ». « On conçoit qu'on ait peine à imaginer les conditions de réalisation d'un tel modèle idéal ». Cette conception renvoie aux modèles kelsenien et wébérien – le premier renvoyant à la pyramide des normes juridiques et le second étant centré sur l'organisation bureaucratique. Dans le modèle instrumental, « la seule légitimité appartient au pouvoir politique, l'administration et le fonctionnaire n'en sont que dépositaires et seulement dans la mesure où ils ne sortent pas de leur rôle de bras séculier, fidèle et strict exécutant du pouvoir politique³⁶ ».

Or, la subordination hiérarchique est de l'essence même du modèle wébérien d'administration dont s'inspirent les Etats modernes³⁷. Ainsi, Max Weber considère que le principe de hiérarchie administrative est « l'organisation d'autorités précises de contrôle et de surveillance pour toute autorité constituée, avec un droit d'appel ou de requête des subordonnés aux supérieurs³⁸ ». La structure du « fonctionnariat », de la « bureaucratie », est, quant à elle, la structure « idéaltype » la plus purement dominatrice de la direction administrative³⁹, type le plus pur de domination légale⁴⁰. La direction administrative se compose de « fonctionnaires individuels, personnellement libres », qui n'obéissent « qu'aux devoirs objectifs de leur fonction, dans une hiérarchie de la fonction solidement établie, avec des compétences de la fonction solidement établies, en vertu d'un contrat »⁴¹.

³⁴ L. Nizard, « Première note sur les dimensions proposées pour l'analyse des administrations publiques », in L. Nizard, B. Jobert, P. Muller, *Éléments pour une nouvelle approche de l'Etat dans la France d'aujourd'hui*, Grenoble, Institut d'Etudes Politiques – CERAT, 1977, p. 45.

³⁵ *Ibidem*, p. 47.

³⁶ *Ibid.*, p. 48.

³⁷ G. Timsit, *Théorie de l'administration*, Paris, Economica, 1986, p. 254

³⁸ M. Weber, *Economie et société*, tome 1, Paris, Plon, 1998, p. 293.

³⁹ *Ibidem*, p. 292.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 294.

⁴¹ *Ibid.*

La place de la hiérarchie dans l'administration pénitentiaire pourrait laisser penser à l'incarnation parfaite de ce modèle bureaucratique. L'organisation formelle de cette administration correspond tout à fait à ce type organisationnel, et son organigramme pourrait en attester : direction centrale, sous l'autorité du ministère de la justice⁴², direction régionales, direction d'établissement, et au sein des détentions, à nouveau une organisation hiérarchique présente. Comme dans toute administration de la sécurité intérieure, et plus généralement dans toute administration française⁴³, la hiérarchie joue un rôle extrêmement prégnant. Les différents textes régissant à l'heure actuelle l'administration pénitentiaire font clairement référence à l'obligation d'obéissance et au principe d'organisation hiérarchique de cette administration. Ainsi, en tant que fonctionnaires les agents de l'administration pénitentiaire sont soumis au titre I du statut général de la fonction publique, portant droits et obligations des fonctionnaires⁴⁴. Et une des principales conséquences de cette organisation hiérarchique de l'administration est de soumettre le fonctionnaire à une obligation d'obéissance : le fonctionnaire doit n'agir que dans les matières pour lesquelles il a personnellement et régulièrement reçu compétence et au niveau qui est le sien dans l'organisation. Corollairement, il ne doit exécuter les instructions que régulièrement transmises par des autorités compétentes identifiées clairement. Cette organisation a pour but d'assurer le fonctionnement unitaire et continu de l'administration⁴⁵, qui n'est donc censée agir que dans le plus strict respect du principe de légalité.

La notion de hiérarchie renvoie d'un côté aux notions de discipline, d'obéissance, de subordination et de l'autre à celles de commandement et d'autorité⁴⁶. Selon Max Weber, l'obéissance signifie que « l'action de celui qui obéit se déroule en substance, comme s'il

⁴² Article D. 190 CPP : « L'administration pénitentiaire relève de l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. Son administration centrale est constituée par la direction de l'administration pénitentiaire au ministère de la justice. » Article D. 191 CPP : « Les services déconcentrés de l'administration pénitentiaire sont répartis en directions régionales. »

⁴³ L'administration française, dans sa globalité est organisée sur un système hiérarchique, à savoir un système fondé sur une échelle de rangs et de subordination. « Chaque niveau est soumis à un double principe de fonctionnement : le principe de conformation à l'ordre du niveau supérieur et le principe d'habilitation par l'ordre du niveau inférieur », voir S. Dyens, « Eléments de réflexion sur le droit de la déontologie administrative », in *Revue administrative*, n° 308, p. 143.

⁴⁴ Article 28, titre I du Statut général de la fonction publique, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, *JO*, 14 juillet 1983. Le futur code de déontologie reprendra d'ailleurs ce principe d'organisation hiérarchique. Il y sera en effet réaffirmé à la fois le principe de soumission hiérarchique (articles 3 et 20) et celui de la responsabilité des cadres (article 4) du projet remanié suite à l'avis du 27 janvier 2000 de la CNCDH.

⁴⁵ J.-C. Froment, *Les surveillants de prison*, op. cit., p. 50.

⁴⁶ J. Chevallier, D. Lochak, *Science administrative, l'administration comme organisation et système d'action*, tome 2, Paris, LGDJ, 1978, p. 26

avait fait du contenu de l'ordre la maxime de sa conduite, et cela simplement de par le rapport formel d'obéissance, sans considérer la valeur ou la non valeur de l'ordre⁴⁷ ». La notion d'obéissance est donc en opposition avec l'idée d'autonomie d'action du subordonné. Pourtant, cette autonomie existe. Les agents ne peuvent pas être considérés comme de simples exécutants. Parce que l'agent est autonome⁴⁸, l'obéissance ne peut être envisagée comme une notion résumant les relations à l'intérieur d'une organisation. L'agent dispose d'une marge de liberté. Il est acteur dans un système, conçu comme espace complexe de relations, le pouvoir étant considéré comme une « relation d'échange⁴⁹ ». Les textes le reconnaissent d'ailleurs⁵⁰, puisque l'agent est soumis à un devoir de désobéissance, depuis l'arrêt *Langneur* de 1944⁵¹, jurisprudence reprise dans les textes ultérieurs, comme à l'article 28 du statut général des fonctionnaires de 1983 : « [le fonctionnaire] doit se conformer aux instructions de son supérieur, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public »⁵².

Cette autonomie reconnue ici à l'agent n'est pas contraire au principe de légalité, puisque ce qui conditionne ce devoir de désobéissance est bien l'illégalité de l'ordre : il s'agit donc d'une réaffirmation pleine et entière du principe de légalité, l'activité de l'administration ne peut avoir lieu que dans le respect de la légalité. Se pose alors la question de savoir ce qui est légal de ce qui ne l'est pas, et quelle est la marge d'autonomie accordée aux acteurs dans le système. Au-delà d'une analyse des relations entre l'acteur et le système, il s'agit donc de savoir ce que le système lui-même considère comme « légal », au sens ici de

⁴⁷ M. Weber, *Economie et société*, Paris, Plon, 1998, p. 288.

⁴⁸ « Dans une organisation, l'homme ne peut être considéré seulement comme une main, ce qui supposerait implicitement le modèle taylorien d'organisation, ni même non plus seulement comme une main et un cœur, comme le réclamaient les avocats du mouvement des relations humaines. Nous avons souligné que les uns et les autres oubliaient qu'il est aussi et avant tout une tête, c'est à dire une liberté, ou en termes plus concrets, un agent autonome qui est capable de calcul et de manipulation et qui s'adapte et invente en fonction des circonstances et des mouvements de ses partenaires. » in M. Crozier, E. Friedberg, *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, coll. « Points », Paris, Ed. du Seuil, 1992, p. 38.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁰ Sur cet aspect, voir M.-J. Bernard, *Déontologie et rapport hiérarchique dans la sécurité intérieure*, Mémoire de DEA d'administration publique, Faculté de Droit, Grenoble II, 2000, pp. 22 et s.

⁵¹ CE, 10 novembre 1944, *Langneur*, *Rec.*, p. 288.

⁵² Le futur code de déontologie du service public pénitentiaire développe les modalités de la désobéissance. Il est à la fois plus explicite et plus restrictif que le statut général des fonctionnaires. Dans l'hypothèse d'ordres manifestement illégaux et de nature à compromettre gravement un intérêt public, tout agent est dispensé du devoir d'obéissance. En contre partie, le futur code de déontologie prévoit explicitement à la charge du supérieur hiérarchique l'obligation de mise à disposition des moyens à l'égard de ses subordonnés. Le responsable doit permettre à ses subordonnés d'exécuter les ordres qui leur sont donnés. Et il engage sa responsabilité si l'insuffisance ou le défaut des moyens dont il disposait lui-même, mais qu'il n'a pas fournis à ses subordonnés, ont concouru à une faute de ces derniers.

conforme à la légalité, ce qu'il produit comme normes, et quelles normes il respecte. Or, il apparaît clairement que le principe de légalité est souvent malmené dans le cadre de l'action administrative, de l'administration pénitentiaire et plus généralement de toute administration.

B- Le principe de légalité, principe malmené par l'action administrative

Le principe de légalité ne permet pas de rendre compte réellement de ce qu'est l'action administrative, tout du moins de ce qu'est le rapport réel de l'administration au droit. « Une administration ne saurait avoir une pratique officielle contraire au droit – sans quoi cette pratique serait passible des tribunaux, et condamnée bien vite. Si cette pratique officielle paraît non conforme aux textes quoique ne leur étant pas contraire, c'est qu'elle s'appuie, d'une certaine manière, sur des principes généraux du droit, ou profite d'un flou des textes, et constitue, avec le temps un droit coutumier qui vient compléter le droit des textes⁵³ ». Pourtant, l'étude de la production normative au sein de l'administration pénitentiaire tend à montrer qu'une telle pratique est possible. En effet, et c'est la Commission nationale consultative des droits de l'homme qui en fait le constat, « actuellement, trop de dispositions affectant les droits fondamentaux des personnes incarcérées sont réglementées par des normes subordonnées (décrets, circulaires, notes de services, règlements intérieurs des établissements). En particulier, la détermination par voie d'instructions de service de règles en matière d'exécution des peines, alors même que ces dispositions sont dépourvues d'autorité à l'égard des juridictions compétentes, doit être prohibée. Au plan matériel, trop nombreuses sont les dispositions édictées par l'administration qui méconnaissent les principes fondamentaux⁵⁴ ».

Lorsque Lucien Nizard confronte le modèle instrumental d'administration à la réalité, il se pose la question de ce qui vient limiter la portée d'une dimension qui paraît solidement assise à la fois sur la hiérarchie de l'administration, sur la division du travail social, et sur la fonction politique de reproduction de la cohésion sociale⁵⁵. Il remarque ainsi que l'administration tend toujours à se constituer en organisation fermée sur elle-même, en

⁵³ A.-J. Arnaud, « Le droit comme produit. Présentation du dossier sur la production de la norme juridique », in *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 298.

⁵⁴ CNCDH, *Etude sur les droits de l'homme dans la prison*, Paris, CNCDH, 2004, p. 8.

⁵⁵ L. Nizard, *op. cit.*, p. 48.

« bureaucratie », au sens négatif et post-wébérien du terme, du fait de la « routinisation », et du fait de la constitution de l'administration, des hommes, « qui donnent un sens à leurs relations hiérarchiques, à leur place dans la division du travail, à l'utilité de ce qu'ils fournissent, au milieu avec lequel ils sont en rapport »⁵⁶. De ce fait, « la bureaucratie fonde sa résistance sur sa propre *légitimité*⁵⁷ : celle qu'elle tire de sa durée et de sa capacité d'expertise. Elle oppose son comportement rationnel, mesuré, continu aux impulsions d'un pouvoir politique placé à la merci d'un électorat capricieux. Elle oppose son *indépendance technique* à la dépendance politique du Gouvernement. C'est le type le plus conforme à ce qu'on appelle souvent la "technocratie"⁵⁸ ».

Ce phénomène est tout à fait celui qui a été observé à l'occasion de la sortie de l'avant-projet de loi pénitentiaire⁵⁹ et qui ressort des propos des anciens membres de l'administration pénitentiaire. L'« excès de judiciarisation », en contradiction avec « la nécessité d'une régulation interne », le « trop de législatif », le rappel des impératifs de sécurité comme argument de rejet du premier projet, sont autant d'éléments invoqués au sein de l'administration pénitentiaire pour justifier le frein qui a été mis à ce projet⁶⁰. Par ailleurs, ce projet de loi pénitentiaire ne peut mieux appuyer les propos de Lucien Nizard concernant les « impulsions du pouvoir politique placé à la merci d'un électorat capricieux » : le thème de l'insécurité de la campagne électorale des élections présidentielle et législatives de 2002 a totalement relégué le dossier législatif concernant le statut et la condition du détenu. On peut donc constater que l'administration pénitentiaire correspond tout à fait à ce modèle de « technocratie », renforcé ici par l'absence de volonté politique de faire avancer le dossier rapidement. De manière générale, la distance prise par l'administration pénitentiaire et ses membres vis-à-vis de la norme supranationale montre que cette tendance à la technocratie n'est pas marginale. En effet, cette norme est connue – son applicabilité directe également – mais il a pu être admis qu'elle n'était pas applicable à l'administration pénitentiaire⁶¹, dans la mesure où la France n'était pas un pays autoritaire.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁷ Souligné dans le texte.

⁵⁸ L. Nizard, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁹ Sur le projet de loi pénitentiaire, voir *supra*, deuxième partie, titre II, chapitre 2, I.

⁶⁰ Entretiens 1, 2, 10, 12.

⁶¹ Voir *supra*, première partie, titre II.

Cette reconstruction de la réalité et cette interprétation propre de la norme, par l'administration, mettent en évidence la volonté d'auto-nomisation de l'administration pénitentiaire, qui loin d'appliquer à la lettre le principe de légalité, a pu mettre en doute, minimiser, la validité d'une norme applicable, au demeurant supérieure aux lois dans la hiérarchie des normes, sous couvert d'une analyse technique propre à la situation. L'écart est grand qui sépare la pratique juridique de l'administration active des principes du droit positif de l'interprétation administrative⁶². L'importance de cette dernière est reconnue du point de vue de sa nécessité pratique dans le fonctionnement interne de l'administration⁶³. Mais elle est plus qu'« un rouage incontournable » permettant la diffusion, elle « assure une fonction proprement normative⁶⁴ ».

D'autres éléments mettent en évidence qu'une vision instrumentale de l'administration ne permet pas de rendre compte de la réalité des systèmes administratifs et de leur rapport au droit. Le rapport de l'administration avec un public, des organisations professionnelles, crée des allégeances nouvelles, et des légitimités multiples. Les hommes qui peuplent l'administration, organisés sur la base du corps ou du syndicat, ont eux aussi des influences, parfois complémentaires, parfois contradictoires⁶⁵. Du fait du statut des libertés publiques reconnu aux fonctionnaires et du fait de la politisation des nominations, « le principe de séparation s'applique en France aujourd'hui dans d'autres conditions que celles qui devraient être les siennes en bonne théorie wébérienne. On assiste à une transformation du modèle classique des relations entre administration et politique qui éloigne quelque peu l'appareil administratif français des principes auxquels il s'était ancré⁶⁶ ». Gérard Timsit met ainsi en évidence qu'après avoir insisté sur la dimension instrumentale de l'administration, l'administration-instrument du pouvoir politique, Lucien Nizard est obligé de s'interroger sur la place des hauts fonctionnaires « dont on sait – dit-il – qu'ils jouent un rôle non négligeable dans la définition de la politique que l'instrument appliquera ». (...) « La place des hauts fonctionnaires doit être considérée de façon distincte dans la relation qui en fait des instruments du pouvoir politique et les

⁶² F. Rolland, *L'interprétation de la loi par l'administration active*, Thèse de doctorat de droit public, Paris 10, 1997, p. 33.

⁶³ P. Combeau, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », in *RFDA*, 2004, p. 1069.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 1071.

⁶⁵ L. Nizard, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁶ G. Timsit, *Théorie de l'administration*, Paris, Economica, 1986, p. 280.

soumet à celui-ci, et dans la relation qui les amène, par le rôle qu'ils jouent dans la définition d'une politique, à se soumettre parfois le pouvoir politique⁶⁷ ».

Niklas Luhman met ainsi en relief le rôle de l'administration dans l'élaboration de sa propre légalité. « On se rend compte que beaucoup de droit est créé pour ne pas être utilisé, alors qu'on observe ailleurs un investissement massif dans des constructions juridiques imprévues. » (...) « Il en va de même pour le droit administratif et sa réalisation par des bureaucraties [étatiques]. Même les bureaucraties ont un impact sélectif sur ce qu'elles perçoivent et qu'elles traduisent en décisions. Cela est encore plus le cas quand elles doivent compter pour cela sur la coopération de leur environnement et doivent [préalablement] rechercher et organiser cette coopération. Tout cela peut être observé à partir d'une perspective [plongeante] "de haut en bas" et être [conséquemment] traité comme un problème d'implémentation. Ce faisant, on ne prendrait pas en considération [le fait] que ce n'en est pas un du tout pour les personnes impliquées. Ce n'est qu'à partir d'une frontière systémique [précise] que les choses apparaissent ainsi, et la question est alors de savoir quelles frontières systémiques ont l'influence la plus forte sur le système.⁶⁸ » Jean Clam⁶⁹, analysant la pensée de Luhmann, met en évidence que pour ce dernier, la « bureaucratie étatique » renforce « son autonomie non-seulement en s'arrogeant la prérogative de la position des buts mais également de la position du droit. En s'émancipant ainsi de la fixité des déterminations du droit naturel qui lui imposait valeurs et institutions communes avec son environnement, elle se recentre sur elle-même par une activité de position et d'application du droit qui ne relève que d'elle. » (...) « Le droit est désormais issu de tensions "systémiques-structurelles" immanentes. » (...) « Le droit "positivé" devient ainsi une composante essentielle de la structure du système administratif et le "fondement de l'autonomie de la bureaucratie étatique". » (...) « Le droit donne une couverture à l'administration. »

Les limites du modèle instrumental montrent ainsi que l'administration ne peut être considérée dans son seul rôle d'exécution. L'action administrative doit être envisagée en dehors d'une logique de simple respect du principe de légalité, ce que l'étude du processus

⁶⁷ *Ibidem*, p. 224.

⁶⁸ N. Luhmann, « La restitution du douzième chameau : du sens d'une sociologie du droit », in *Droit et Société*, n° 47, 2001, pp. 61-62.

⁶⁹ J. Clam, *Droit et société chez Niklas Luhmann, la contingence des normes*, coll. « Droit, éthique et société », Paris, PUF, 1997, p. 45.

de réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire met en évidence : une lecture positiviste du rapport de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH ne rend pas compte du rôle joué par l'administration dans la reconnaissance du caractère obligatoire de la norme. La notion de H. L. A. Hart⁷⁰ d'« obligatorité » permet d'appréhender le rôle joué par les destinataires de la norme dans la reconnaissance du caractère contraignant de la norme. Sans cette reconnaissance, la norme ne peut être considérée comme obligatoire pour le système auquel elle est destinée. Le processus de « réception administrative » de la norme supranationale qu'est l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH met donc en lumière le mythe que représente le principe de légalité du point de vue de l'action administrative.

L'administration participe en fait à la production de sa propre légalité, voire à la production d'un système normatif à la marge de la légalité. Elle met à mal la hiérarchie des normes, interprète cette hiérarchie, crée en fait son propre système normatif. En ce sens l'administration pénitentiaire permet ici d'appréhender ce phénomène – exacerbé pour ce qui la concerne – de production autonome du droit par l'administration. Une lecture trop simplificatrice du rapport de l'administration au droit, et une compréhension trop rapide du principe de légalité ne résistent pas à la confrontation à la réalité administrative.

⁷⁰ Analyse de H.L.A. Hart repris par F. Ost et M. van de Kerchove, « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 33, 1988, p. 195.

CHAPITRE 2 – LE ROLE DE L’ADMINISTRATION PENITENTIAIRE DANS LA PRODUCTION DU DROIT : LE PRINCIPE DE LEGALITE MIS EN ECHEC

Il n’était pas question, il y a encore quelques années, de prononcer sérieusement l’expression de production du droit, de production de la norme juridique, au sein des facultés de droit¹. Pour André-Jean Arnaud, c’est en fait « redonner au droit toute sa dimension que de lui reconnaître, qu’il n’est pas produit d’en haut pour des masses soumises, qu’il n’est pas détachable de la réalité de la société à laquelle il est destiné, qu’il est un moment dans une dialectique permanente de la pensée et de l’action, laquelle est à son tour l’objet d’une dialectique permanente entre le politique et le juridique² ».

Il s’agit donc ici d’envisager, dans une perspective de sociologie administrative du droit, la place de l’administration pénitentiaire dans cette production de la norme juridique, ce que le processus de réception de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH par cette administration donne à voir. En ce sens, ce processus joue bien un rôle d’analyseur du rapport de l’administration au droit : l’auto-nomie normative de l’administration pénitentiaire ne lui est pas propre. Mais pour cette administration, plus encore que pour toute autre, parler de production administrative du droit prend tout son sens, puisque ce phénomène y est exacerbé (I). Le processus étudié met ainsi en évidence la place réelle de l’administration dans la production normative, mais aussi celle du politique qui permet à l’administration de s’affranchir de la norme externe (II).

I – L’exacerbation d’un phénomène

La réalité de l’action administrative ne correspond pas à ce qu’une lecture littérale du principe de légalité laisserait supposer. Ce phénomène est exacerbé pour ce qui concerne

¹ A.-J. Arnaud, « Le droit comme produit. Présentation du dossier sur la production de la norme juridique », in *Droit et Société*, n° 24, 1994, p. 293.

² *Ibidem*, p. 300.

l'administration pénitentiaire et il y devient paroxystique. Le rapport de l'administration au droit analysé à travers le prisme de l'administration pénitentiaire permet de mettre en lumière ce qui est observable dans l'administration en général, mais par le truchement d'un miroir déformant ou plutôt grossissant (A). Dès lors, le rapport hiérarchique, au lieu d'y être une incarnation du principe de légalité, en montre les limites jusque dans le fonctionnement interne de l'administration (B).

A- L'administration pénitentiaire, miroir grossissant de l'administration

L'administration pénitentiaire peut permettre d'appréhender plus largement le rapport de l'administration au droit en ce qu'elle fournit « un cas d'école ». Rod Morgan distingue quatre modèles d'institution pénitentiaire, à partir de deux dimensions, la nature de la norme régissant la prison – administrative ou légale – et le contrôle de son effectivité – interne ou externe. A partir de ces deux dimensions, quatre modèles apparaissent : discrétionnaire, normes administratives et contrôle interne ; politique, normes administratives et contrôle externe ; légaliste, normes légales et contrôle interne ; judiciaire, normes légales et contrôle externe³. Selon ce modèle normatif, l'administration pénitentiaire française entrerait plutôt dans le modèle de l'institution pénitentiaire « discrétionnaire », au sens spécifique ici d'une administration où la norme est d'origine administrative et le contrôle exercé sur l'institution est interne⁴.

³ R. Morgan, « Just prisons and responsible prisoners », in A. Duff, S. Marshall, R. E. Dobash et R. P. Dobash (eds), *Penal Theory and Practice*, Manchester, Manchester University Press, 1994, p. 142, cité par D. Kaminski, « Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison », in O. de Schutter et D. Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire, Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, coll. « La pensée juridique », Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 92.

⁴ Nous avons eu l'occasion de montrer que le droit régissant l'administration pénitentiaire n'est pas exclusivement d'origine administrative, de même que le contrôle externe de l'institution est en train de se développer. Il s'agit ici de schématiser un fonctionnement, ce qui ne laisse donc que peu de place aux nuances. A partir de là, Dan Kaminski tente une typologie de ce qu'est le rapport au droit de ce type d'institution : les normes y ont une destination « exclusivement instrumentales » ; la lisibilité des normes est celle de « la profusion et de l'incohérence » ; concernant les limites légales à l'action institutionnelle, il y a en fait « absence de contrainte légale sur l'institution » ; le mode de reconnaissance des intérêts des détenus se fait par un « système de privilèges » ; la place des intérêts des détenus face au régime disciplinaire est restreinte, ce régime étant autonome ; concernant le mode d'exercice du pouvoir, il s'agit d'un « pouvoir discrétionnaire absolu » ; le contrôle y est total : il y a une « absence totale de zones d'autonomie ». D. Kaminski, « Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison », *op. cit.*, p. 93.

Ce type de rapport au droit et au contrôle n'est pas spécifique à l'administration pénitentiaire, il n'y est qu'amplifié. Des caractéristiques fortes de fonctionnement la font rentrer dans la grille d'analyse évoquée, notamment dans le rapport au droit qu'entretiennent l'administration centrale et les administrations déconcentrées, notamment les établissements pénitentiaires. En effet, si l'on reprend les différents points de la grille de lecture de Dan Kaminski, l'institution pénitentiaire entre dans ce schéma de l'institution discrétionnaire. La profusion et l'illisibilité régissent l'ensemble des règles juridiques de l'institution, phénomène largement dénoncé, notamment par la Commission Canivet⁵. Le projet de loi pénitentiaire devait d'ailleurs venir mettre de l'ordre dans ce chaos de normes.

Par ailleurs, concernant le fonctionnement des établissements pénitentiaires, jusqu'en 1995⁶, le régime disciplinaire des détenus était totalement autonome, et ne pouvait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel⁷. Pour ce qui est du système de privilèges, il s'inscrit dans l'opposition de deux logiques : la logique bureaucratique et celle du maintien de l'ordre. Ainsi, le « pouvoir des gardiens dépend fondamentalement de leur aptitude à négocier avec le détenu sa discipline⁸ ». Certes, ce système de privilèges tend à être remplacé par un système de droits, au vu des avantages légaux que le détenu obtient peu à peu⁹. Mais le surveillant doit trouver de nouvelles sanctions et de nouveaux avantages à concéder¹⁰, puisque selon Guy Lemire, « la prison ne peut fonctionner que grâce aux compromis, aux privilèges et à la négociation : il n'y a pas de geste gratuit et on donne pour recevoir¹¹ ».

⁵ Commission présidée par G. Canivet, *Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, La Documentation française, 2000.

⁶ CE Ass., 17 février 1995, *Marie, Rec.*, p. 85 ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. Frydman. Décret n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale, *JO*, 5 avril 1996. Sur le régime disciplinaire des détenus, supra, deuxième partie, titre II, chapitre 2, I, B.

⁷ Sur ce point, supra, première partie, titre II, chapitre 2, II.

⁸ J.-C. Froment, « Vers une "prison de droit" ? », in *RSC*, n° 3, juillet-septembre 1997, p. 550.

⁹ Par exemple l'accès aux journaux en 1971, à la radio en 1974 puis à la télévision en 1985, le droit de correspondance illimité en 1983, le droit de se marier en 1974, plus récemment l'accès au système de santé, en 1994. I. Gorce, « L'administration pénitentiaire confrontée à sa norme juridique », in *RPDP*, n° 4, décembre 2000, pp. 527 et s.

¹⁰ J.-C. Froment, « Vers une "prison de droit" ? », *op. cit.*, p. 551.

¹¹ G. Lemire, *Anatomie de la prison*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, Paris, Economica, 1990, p. 11, cité par J.-C. Froment, « Vers une "prison de droit" ? », *op. cit.*, p. 551.

De manière générale, les anciennes logiques cohabitent donc avec les nouvelles¹². Les contraintes légales formelles sur l'institution sont peu nombreuses, la loi parvenant difficilement à organiser et réguler cette institution, la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire n'ayant d'ailleurs posé que des principes très généraux. Les limites juridiques revêtent principalement la forme réglementaire, et deviennent pour le coup extrêmement précises, comme par exemple l'article D. 220 du Code de procédure pénale concernant le comportement des agents des établissements pénitentiaires¹³.

Le fait que le fonctionnement global de cette institution puisse être comparé à celui d'une institution « discrétionnaire » amplifie en fait des phénomènes qui ne sont pas propres à l'administration pénitentiaire. La soumission de cette dernière à la légalité, quand bien même s'agirait-il d'une norme à valeur supra-législative, ne peut donc être véritable ; ce qui est renforcé par le fait que la norme en cause dans le processus étudié est extrêmement protectrice, puisque intégrée à un système juridique établissant jusqu'à un contrôle supranational, et que son existence même remet en cause le fonctionnement de l'institution. En effet, ce sont à la fois les pratiques et les normes de l'institution qui sont susceptibles d'être considérées comme non conformes à la légalité, dans son sens large ici¹⁴. Dès lors, la norme exogène ne peut trouver naturellement sa place dans la hiérarchie des normes de l'institution, hiérarchie qui n'est d'ailleurs pas celle consacrée dans le système normatif de l'Etat, puisque « toute institution comporte, en même temps qu'une

¹² M. Herzog-Evans, « Vers une prison normative ? », in C. Veil, D. Lhuillier (dir.), *La prison en changement*, coll. « Trajets », Ramonville Saint-Agne, Erès, 2000, p. 57.

¹³ Article D. 220 CPP : « Indépendamment des défenses résultant de la loi pénale, il est interdit aux agents des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire et aux personnes ayant accès dans la détention : - de se livrer à des actes de violence sur les détenus ; - d'user, à leur égard, soit de dénominations injurieuses, soit de tutoiement, soit de langage grossier ou familier ; - de fumer dans les lieux fermés et couverts affectés à un usage collectif, sous réserve de ceux spécialement aménagés à cet effet ou de boire à l'intérieur de la détention ou d'y paraître en état d'ébriété ; - d'occuper sans autorisation les détenus pour leur service particulier ; - de recevoir des détenus ou des personnes agissant pour eux aucun don ou avantage quelconque ; - de se charger pour eux d'aucune commission ou d'acheter ou vendre quoi que ce soit pour le compte de ceux-ci ; - de faciliter ou de tolérer toute transmission de correspondance, tous moyens de communication irrégulière des détenus entre eux ou avec le dehors, ainsi que toutes attributions d'objets quelconques hors des conditions et cas strictement prévus par le règlement ; - d'agir de façon directe ou indirecte auprès des détenus pour influencer sur leurs moyens de défense et sur le choix de leur défenseur. »

¹⁴ Au-delà des mauvais traitements et des violences entre détenus, sont susceptibles d'être dénoncés les conditions générales de détention, mais également, le régime des fouilles, des transfèremments, du recours aux instruments de contention physique, le régime de l'isolement, autant de pratiques et normes qui font le quotidien de l'institution. Supra, première partie, titre I, chapitre 2.

structure organisationnelle propre, un ordre juridique propre, de sorte qu'il y a toujours au moins simultanément, sinon coïncidence entre ordre institutionnel et ordre juridique¹⁵ ».

Le fonctionnement de l'administration pénitentiaire permet donc de mettre tout particulièrement en lumière un phénomène plus général. En cela, l'administration pénitentiaire peut être considérée comme « le prototype de toute institution, dont elle pousse la logique de fonctionnement jusqu'au paroxysme »¹⁶. Dès lors, l'administration pénitentiaire ne doit pas être considérée comme une administration à la marge, mais comme une administration exemplaire. Au final, comme dans toute autre administration, la règle de droit doit être « revue et corrigée » pour avoir plus qu'une « valeur indicative »¹⁷. La norme exogène ne peut donc devenir naturellement une règle de droit pour l'administration. « Pour l'administration, malgré sa participation à l'élaboration des textes, la loi paraît toujours receler de nombreux maléfices qui doivent être exorcisés. Le texte législatif doit être en quelque sorte sacralisé par un rite de passage, pour être intégré et amalgamé à un ordre intelligible qui est celui de l'administration. La circulaire est à la fois son baptême et sa consécration par le signe sensible du sceau administratif.¹⁸ » « Rite de passage », « processus de réception de la norme supranationale » : le principe de légalité n'est pas scrupuleusement respecté, et ce qui devrait en être l'incarnation au sein de l'administration – le rapport hiérarchique – est finalement, pour lui, une menace.

B- Pouvoir hiérarchique contre Etat de droit

Tel qu'il est traditionnellement envisagé, le rapport hiérarchique est la consécration du principe de légalité, l'affirmation de l'Etat de droit. « La hiérarchie des fonctions, indissociable de la hiérarchie des normes, découle du jeu des règles de compétences qui sont d'ordre constitutionnel. En obéissant aux instructions de son supérieur hiérarchique et en subissant son contrôle pour les actes qu'il accomplit, le fonctionnaire ne fait en somme

¹⁵ D. Lochak, « Droit et non droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *L'institution*, Paris, PUF, 1981, p. 129.

¹⁶ J. Chevallier, « L'analyse institutionnelle », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *L'institution*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁷ D. Lochak, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 390.

¹⁸ H. Deroche, *Les mythes administratifs*, Paris, PUF, 1966, p. 178.

que se conformer au principe de légalité et, partant aux exigences de l'Etat de droit.¹⁹ » Là encore, le mythe du principe de légalité comme cadre de l'action administrative vole en éclats, puisque le rapport hiérarchique peut devenir ce qui va menacer le principe de légalité.

Les rapports internes d'une administration organisée sur un modèle bureaucratique sont fondés sur la hiérarchie²⁰ : les supérieurs appliquent la règle de droit telle qu'elle doit l'être, et la font appliquer par leurs subordonnés. Au contraire, la réalité administrative tend à démontrer que ce fonctionnement hiérarchique permet – induit ? – l'auto-nomie de l'institution, en dehors du principe de légalité : la norme appliquée au sein de l'administration est celle qui est entérinée par cette dernière, non celle qui lui est extérieure. Les circulaires et règlements intérieurs étant produits en interne et les usages locaux et les pratiques professionnelles individuelles primant sur les règles exogènes, la hiérarchie des normes ne peut être respectée, ou est inversée. « Si les fonctionnaires se réfèrent toujours à la circulaire et pratiquement jamais au décret ou à la loi, c'est que d'une façon générale, la force obligatoire des instructions de service est plus grande, à leurs yeux, que l'ensemble des règles gouvernant l'attribution des compétences et l'exercice des tâches administratives. Pour eux, la légalité se résume en somme dans la soumission aux ordres du supérieur hiérarchique²¹ ». La norme interprétée par l'administration devient la seule norme valide. En ce sens, cette interprétation crée du droit, voire est la seule à créer du droit. Dans cette perspective, l'administration devient un interprète authentique de la norme juridique²². L'administration acquiert de fait le statut d'organe d'application du droit²³.

La norme exogène devant être administrativée pour être considérée comme contraignante, le processus de réception de cette norme implique un acte de volonté des autorités

¹⁹ J. Chevallier et D. Lochak, *Science administrative, l'administration comme organisation et système d'action*, tome 2, *op. cit.*, p. 27.

²⁰ L'administration pénitentiaire en est formellement une illustration éclatante. L'article D. 243 CPP le précise : « Les détenus doivent obéissance aux fonctionnaires ou agents ayant autorité dans l'établissement pénitentiaire en tout ce qu'ils leur prescrivent pour l'exécution des règlements. » Qu'il s'agisse de l'administration centrale ou des services déconcentrés, tout laisse à penser que cette organisation est l'incarnation même du principe de légalité

²¹ D. Lochak, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 390.

²² P. Combeau, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », in *RFDA*, 2004, p. 1072.

²³ Selon la conception positiviste de l'interprétation authentique, formulée par Hans Kelsen dans la *Théorie pure du droit*.

supérieures. Dès lors, l'obéissance hiérarchique court-circuite l'obéissance à la légalité. Les subordonnés n'accordent de valeur qu'à la norme interprétée par l'administration, par le supérieur²⁴. Or, cette interprétation n'est pas ou peu contestée au sein de l'ordre juridique²⁵. Poussé à son extrême, le système bureaucratique devient un système non conforme à ce qu'il doit être, bien loin de la « traduction fonctionnelle » du principe de légalité. L'organisation hiérarchique devrait asseoir la hiérarchie des normes, alors qu'au contraire, elle peut conforter, légitimer son non-respect : l'agent applique la norme imposée par son supérieur, que celle-ci soit conforme ou non aux normes supérieures. Cette refonte de l'organisation bureaucratique est elle-même mise en danger à partir du moment où le rapport hiérarchique entre les agents et l'administration est ébranlé, le principe de légalité étant alors totalement mis de côté²⁶. Si, normalement, le mouvement hiérarchique opère une transcription de choix des normes de haut en bas, le mouvement se fait de bas en haut. L'« inversion hiérarchique » signifie donc, non pas que le lieu du pouvoir a changé, mais que l'autorité a un double sens, à la fois de prescription et de justification²⁷.

²⁴ A partir de là, se pose le problème de la légalité recréée. La circulaire relative à l'organisation des escortes du 18 novembre 2004 est particulièrement édifiante : il y est fait état de l'ensemble des textes en vigueur en la matière, circulaires et articles du code de procédure pénale, l'article 3 CSDH n'étant pas mentionné dans les « textes sources ». La référence à cet article n'apparaît qu'en introduction : « L'escorte du détenu faisant l'objet d'une consultation médicale doit se faire dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur et dans le souci de la préservation de la dignité humaine au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ». (Circulaire AP 2004-07 CAB du 18 novembre 2004 relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, *BOMJ*, octobre-décembre 2004) Cette circulaire, rédigée par le directeur de l'administration pénitentiaire pour le ministre de la justice, visant à « donner des directives claires pour les personnels de l'administration pénitentiaire trop souvent confrontés à des situations difficiles et parfois dangereuses lors des extractions médicales, tout en préservant le rapport singulier entre le médecin et le détenu malade », s'appuie sur une hiérarchie des normes reconstruite, mais qui devient la Légalité de cette administration.

²⁵ Tant qu'il n'y a pas d'opposition juridictionnelle à cet état de fait, l'administration demeure le seul interprète authentique de la norme. Or le contrôle juridictionnel sur les actes de l'administration est récent. Supra, première partie, titre II, chapitre 2. La circulaire du 18 novembre 2004 relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, précédemment évoquée, a été contestée devant le Conseil d'Etat, qui a confirmé la légalité de la circulaire. CE

²⁶ Jean-Charles Froment a montré que le système de hiérarchie inversé, observé dans d'autres professions comme la police fonctionnait dans le milieu pénitentiaire au sein des relations hiérarchiques des personnels pénitentiaires. Il existe, en fait, « une situation de pyramide inversée ». J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, p. 385.

²⁷ Les relations hiérarchiques sont bouleversées sur le terrain. Dominique Monjardet a très bien montré pour la police, que dans la multiplicité des relations hiérarchiques, se joue « l'impossibilité de fixer de manière précise les tâches, domaines de compétence et responsabilités de chaque corps, de chaque grade, pour lui-même et par rapport aux autres », et aussi « la qualité locale des relations entre les uns et les autres », mais également, « des enjeux qui peuvent déborder de beaucoup la scène locale, puisque c'est l'ensemble de l'organisation pluraliste de la police, son fonctionnement hiérarchique, voire ses missions qui sont en cause ». Il montre enfin que le rôle de la hiérarchie face à la pratique peut changer du fait de la réalité des activités de la police, et que la hiérarchie pyramidale peut s'inverser puisque « les initiatives cruciales émanent des exécutants » Le rôle de la hiérarchie est inversé : « il va constituer à transcrire/traduire les choix du bas de façon à les rendre compatibles avec les cadres réglementaires et les "politiques" définies par le

L'organisation hiérarchique de l'administration, loin d'être une consécration du principe de légalité, devient en fait le symbole du non-respect de ce principe dans la réalité administrative, le reflet du rapport réel de l'administration au droit. L'administration n'est pas véritablement soumise à la Légalité, on est face au « mirage de la légalité²⁸ » : « le droit continue apparemment à régir tant le fonctionnement interne de l'administration que son action externe ; mais en se modelant sur les nécessités de cette action, il a perdu de sa portée contraignante »²⁹. Parler de hiérarchie des normes peut donc sembler ne plus réellement avoir de sens, a fortiori lorsque l'on s'interroge sur la place réelle de l'administration dans la production du droit.

II – Administration et politique dans la production normative

« L'administration dans sa vie quotidienne, produit des règles, des images, des principes, qui, pour le public, dévoilent et déterminent le droit comme un ordre imposé », ce qui fait d'elle le symbole de l'« Etat-fonctionnaire »³⁰. L'administration pénitentiaire, plus qu'une autre, produit ses propres règles, son propre droit, est « auto-nome » (A), à tel point qu'on peut considérer qu'il s'agit d'un véritable monopole normatif de l'administration pénitentiaire. Ce monopole est d'ailleurs détenu plus ou moins volontairement, le politique – Gouvernement comme Parlement – ne souhaitant pas forcément retrouver la place qui doit être la sienne dans la production du droit pénitentiaire (B).

A- La production autonome de la norme

« La formulation des normes incombe, selon l'orthodoxie constitutionnelle démocratique, au pouvoir législatif. Jusqu'ici, la matière des normes pénitentiaires a été "implicitement"

haut ». D. Monjardet, *Ce que fait la police, sociologie de la force publique*, Paris, La Découverte, 1996, pp. 61 et s.

²⁸ D. Lochak, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 391.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ A.-J. Hoekema, « La production des normes juridiques par les administrations », in *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 303 et s.

entièrement déléguée aux administrateurs³¹. » Cette remarque formulée à l'occasion d'une analyse portant sur les droits des détenus au Canada et en Angleterre est tout à fait applicable au système français, la preuve en est la formidable place donnée au pouvoir réglementaire dans l'élaboration du droit pénitentiaire³², place qui peut d'ailleurs être donnée par le législateur lui-même, ou du fait de la délimitation des matières législatives telle que prévue à l'article 34 de la Constitution de 1958. Ainsi, c'est à l'administration pénitentiaire qu'il revient de produire la grande majorité de ses normes, au-delà de l'autonomie « normale » dont dispose chaque administration pour sa propre organisation interne³³.

Si le processus de production administrative du droit est exacerbé pour l'administration pénitentiaire, c'est en raison de la place de cette administration dans le paysage administratif français. Cette administration a toujours bénéficié d'une grande autonomie vis-à-vis du politique, du cabinet du ministre de la justice³⁴. Elle n'a par ailleurs jamais été une administration prioritaire, y compris au sein du ministère de la justice, ce qui se traduit notamment en termes budgétaires³⁵. Cela explique la nécessité pour cette administration de s'auto-organiser puisque le droit pénitentiaire n'est pas un droit prioritaire, mais un droit secondaire. Cette nécessité d'auto-gestion se manifeste au-delà de l'élaboration des normes réglementaires. En effet, « perçue au sein de l'administration du gouvernement en général et du ministère de la justice en particulier, qui lui-même a toujours fait l'objet en France d'une défiance du politique, comme une simple administration d'exécution, de surcroît intervenant sur un objet dépourvu de noblesse³⁶ », cette administration a dû déployer des mécanismes lui permettant d'avancer, et partant, de créer ses propres règles d'organisation quand le législateur, le politique en général, ne les lui fournit pas.

³¹ D. Kaminski, « Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison », in O. de Schutter et D. Kaminski (dir.), *op. cit.*, p. 107.

³² Voir sur ce point, supra, deuxième partie, titre II, chapitre 1, I.

³³ Il appartient à tout chef de service « de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité », en application de la jurisprudence *Jamart*. CE Sect., 7 février 1936, *Jamart, Rec.*, p. 172 ; *GAJA*, n° 51.

³⁴ J.-C. Froment, M. Kaluszynski (dir.), *Sécurité et nouvelles technologies. Evaluation comparée dans cinq pays européens (Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Suisse) des processus de recours au placement sous surveillance électronique*, Rapport de recherche pour le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », Grenoble, CERDAP-CERAT, 2003, pp. 38 et s.

³⁵ Voir supra, deuxième partie, titre I, chapitre 1, II., B.

³⁶ J.-C. Froment, M. Kaluszynski (dir.), *Sécurité et nouvelles technologies. Evaluation comparée dans cinq pays européens (Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Suisse) des processus de recours au placement sous surveillance électronique*, *op. cit.*, pp. 38 et s.

Lorsque Jacques Commaille s'interroge sur l'utilisation du terme législateur, il met en évidence cette difficulté consistant à savoir qui produit la loi : « s'agit-il du politique – le ministre ou le parlementaire – qui conçoit une réforme ou contribue à sa construction tout au long des procédures prévues à cet effet ? Mais le juriste qui prépare le texte dont le politique se saisira ensuite n'est-il pas lui-même « législateur » ? » Reprenant le doyen Carbonnier, il s'interroge sur la place du législateur juridique. Concernant le droit pénitentiaire, cette analyse peut être transposée, en s'interrogeant cette fois sur le rôle de l'administration en tant que « législateur ». Concernant l'administration pénitentiaire, il faut dépasser cette vision d'un « législateur juridique » qui « doit essayer de donner forme et fondement juridique », « qui cherche à dégager ce que [peut] être le sentiment et le besoin du pays », qui « [travaille] pour le pouvoir idolâtre, mais [qui] n'est pas idolâtre », qui « [marque] la distance entre ce qu'il [peut] faire au service de l'Etat et ce qu'il [peut] penser intimement³⁷ », puisque l'administration agit dans une logique qui lui est propre, avec sa propre culture, influençant véritablement la production de la règle.

Il est extrêmement délicat d'attribuer à la coalition politique au pouvoir et à l'administration la part qui leur revient pour mesurer d'éventuels écarts normatifs³⁸. Cette remarque, tout à fait pertinente, implique un rapport étroit entre le politique et l'administration. Or, l'administration ici en cause demeure une administration à la marge des préoccupations politiques. Le politique est absent, désinvesti du débat normatif pénitentiaire. Son intérêt est au mieux sinusoïdal, quand il n'est pas inexistant³⁹. Ainsi, ce n'est pas tant le décalage entre le politique et l'administration qui pose ici problème, mais le fait que, quel que soit ce décalage, l'administration pénitentiaire produit les normes qu'elle doit appliquer.

Pour que la norme devienne contraignante, il faut qu'elle soit « pénitentiariée », qu'il y ait une action volontaire d'assimilation, au sens physiologique du terme, tout du moins l'absence de rejet de cette norme. De sorte que l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, et plus généralement la norme externe, ne devient contraignant qu'à partir du moment où l'administration pénitentiaire considère qu'il doit l'être et en fait

³⁷ J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, « Droit, éthique, société », Paris, PUF, 1994, p. 23-24.

³⁸ L. Nizard, « A propos de "l'autonomie normative" des administrations », in L. Nizard, B. Jobert, P. Muller, *Eléments pour une nouvelle approche de l'Etat dans la France d'aujourd'hui*, Grenoble, Institut d'Etudes Politiques-CERAT, 1977, p. 65.

³⁹ Supra, deuxième partie, titre II, chapitre 1, I.

une norme contraignante. L'extranéité de la norme est donc ici en cause. Or, l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH est une norme «étrangère» pour l'administration pénitentiaire, ou vécue comme telle : noyée parmi d'autres normes et principes internationaux, la norme est considérée comme distante, éloignée de la spécificité carcérale⁴⁰. Le droit pénitentiaire étant foncièrement endogène, la norme exogène y est considérée comme non contraignante, phénomène que la clôture de cette administration a renforcé.

Cela peut aller très loin, puisque peut être considérée comme étrangère une norme de droit interne non produite directement pour l'administration pénitentiaire, ce qui a été le cas, par exemple, concernant la loi DCRA⁴¹, tout du moins dans un premier temps. Or, ce mouvement de rejet du droit commun n'est pas du seul fait de l'administration pénitentiaire, puisque dans le cas de la loi DCRA – qui tend à faire du détenu un citoyen comme un autre – le Gouvernement lui-même qui s'est fortement opposé à l'application des dispositions de cette loi au fonctionnement des établissements pénitentiaires⁴². La même situation s'est encore présentée à l'occasion de l'élaboration de la loi visant à instituer la CNDS, concernant ses compétences vis-à-vis de l'administration pénitentiaire⁴³. L'attitude du politique est donc particulièrement ambiguë, puisqu'il n'accorde pas une place prioritaire à cette administration, et qu'il la cantonne dans un droit d'exception, la frappant d'ostracisme et renforçant ainsi la nécessité pour elle de produire ses propres règles, d'être « auto-nome ».

Toute norme non produite par l'administration est exogène, et partant non contraignante a priori. Mais si cette administration peut se comporter en administration autonome, c'est

⁴⁰ Sur ce point, voir première partie, titre II, chapitre 1, I

⁴¹ L'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, 13 avril 2000 offre ainsi au détenu la possibilité de se faire assister par un avocat devant le prétoire de discipline : « Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. L'autorité administrative n'est pas tenue de satisfaire les demandes d'audition abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique. / Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables : 1° En cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles ; 2° Lorsque leur mise en oeuvre serait de nature à compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales ; 3° Aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière. Les modalités d'application du présent article sont fixées en tant que de besoin par décret en Conseil d'Etat. »

⁴² M. Herzog-Evans, « Vers une prison normative ? », *op. cit.*, p. 37.

⁴³ Sur la CNDS, *supra*, deuxième partie, titre II, chapitre 2, II.

parce qu'elle est encore considérée comme n'étant pas une institution publique comme les autres. Au fond, ce phénomène de production autonome de la norme n'est possible que parce qu'il n'y a pas de choix politiques s'y opposant.

B- L'inversion politique

Si d'une manière générale, on observe un « déplacement du pouvoir réel des organes représentatifs et des gouvernements vers le pouvoir exécutif et au sein de ce dernier vers les fonctionnaires préparant des mesures ou des lois, ou bien les « exécutant » en contact régulier avec les citoyens⁴⁴ », au sein de l'administration pénitentiaire, ce déplacement est devenu le mode de fonctionnement ordinaire. Comme dans toute administration, « les fonctionnaires n'ont pas officiellement de pouvoir de décision. Leur tâche est de préparer les dossiers, de rassembler et présenter « les faits », de suggérer les dispositions d'une loi à appliquer ou une interprétation satisfaisante, et ensuite de conseiller les organes compétents (souvent un supérieur du même service qui détient un mandat officiel ou le pouvoir délégué)⁴⁵ ». Mais, « la conception de la légalité, n'a guère de place dans la réalité de l'exécution du pouvoir politique actuel⁴⁶ ». Si le principe de légalité n'est pas effectif dans l'activité de l'administration pénitentiaire, cette dernière n'en est pas la seule responsable. Le constat de l'auto-nomie de l'administration ne vise d'ailleurs pas à accabler cette dernière, ni même le politique, simplement à mettre en lumière la réalité d'un fonctionnement.

« Le problème de l'autonomie de l'administration par rapport au politique ne se pose réellement qu'à partir du moment où il y a écart entre les normes véhiculées par la coalition politique au pouvoir et telle ou telle administration⁴⁷. » Lucien Nizard⁴⁸ met en évidence que l'administration n'acquiert pas seulement le pouvoir d'empêcher l'application d'une politique, mais également la capacité d'initiative lui permettant parfois

⁴⁴ A.-J. Hoekema, « La production des normes juridiques par les administrations », *op. cit.*, p. 307.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 308.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 307.

⁴⁷ B. Jobert, « Note à propos de l'article de L. Nizard, Administration et société », in L. Nizard, B. Jobert, P. Muller, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁸ L. Nizard, « A propos de "l'autonomie normative" des administrations », in L. Nizard, B. Jobert, P. Muller, *op. cit.*, p. 49.

d'inspirer une politique⁴⁹. Si les choix politiques ne se font pas, l'administration est obligée de les faire. Au-delà d'une influence, c'est parfois la construction même de la politique qui revient à l'administration. Il ne s'agit donc pas que d'une inversion hiérarchique, au sens où l'administration n'est plus l'administration d'exécution qu'elle devrait être, et où finalement le politique avalise les décisions administratives ; il s'agit d'une monopolisation de fait de la fonction normative. A partir du moment où l'essentiel du droit est essentiellement réglementaire, et qu'il prend principalement la forme de circulaires⁵⁰, l'administration peut se passer totalement du politique. Dans ce cas, elle n'a même pas forcément besoin du politique pour aller au bout de ses réformes. Plus que d'une indépendance de l'administration vis-à-vis du pouvoir politique, on est en présence d'une inversion décisionnelle, mettant en avant l'administration comme lieu de production de la norme, avalisée ensuite par le politique. L'administration est parfaitement « autonome ».

Dans cette perspective, il est possible de faire l'hypothèse d'une « stratégie politique de l'administration⁵¹ », c'est-à-dire d'une stratégie de « politisation d'un objet administratif » comme vecteur de sa réussite. « L'"externalisation politique" des projets de l'administration agit ainsi comme un levier essentiel du choix et/ou de l'accélération de leur mise en œuvre. Sans aller jusqu'à évoquer l'idée d'une "instrumentalisation" par l'administration du politique, se donne ainsi à voir un mode à la fois d'intégration et d'"inversion" du principe constitutionnel français de subordination de l'administration au gouvernement, de l'administratif au politique.⁵² »

Cette hypothèse d'une instrumentalisation va donc au-delà de l'inversion du processus décisionnel. Au-delà de la confrontation du principe de légalité à la réalité administrative, c'est la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs qui est mise en question. La norme n'est plus « "la condition apriorique de la décision, dont la correction présumée garantit la correction des décisions qui s'y plient". Elle est elle-même *résultat de*

⁴⁹ Ou de l'empêcher d'ailleurs. Concernant le projet de loi pénitentiaire, par exemple, il y a pu y avoir de véritables stratégies administratives visant à ralentir son élaboration. Le principe même de la loi a pu être très mal accepté par l'administration pénitentiaire. Entretien 12.

⁵⁰ Voir supra deuxième partie, titre II, chapitre 1.

⁵¹ J.-C. Froment, M. Kaluszynski (dir.), *Sécurité et nouvelles technologies. Evaluation comparée dans cinq pays européens (Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Suisse) des processus de recours au placement sous surveillance électronique*, op. cit., pp. 38 et s.

⁵² *Ibidem*.

processus de décision. Les normes de droit sont "élaborées dans le même système qui se structure à travers elles"⁵³ ».

Le processus de réception de la norme supranationale met particulièrement en évidence le rapport complexe de l'administration au droit, sa capacité à créer ses propres règles – en dépit de celles s'imposant à elle, voire contre elles – son « auto-nomie ». Le rite de passage que doit subir la norme exogène pour devenir contraignante pour le système auquel elle est destinée est quasiment indépassable. En effet, le processus de réception de la norme supranationale, complexe, puisqu'il passe par différentes opérations, met en évidence que pour que cette norme devienne pleinement contraignante, des opérations de médiations, de transpositions de la norme sont nécessaires. Le principe de légalité ne permet pas d'appréhender la réalité de l'administration, qui auto-nome, applique le droit qu'elle choisit de se donner à elle-même. Ainsi, pour devenir contraignante, la norme doit devenir « administrative », du droit produit par et pour l'administration. Ce phénomène est renforcé dès lors qu'il s'agit d'une norme supranationale : l'extranéité amplifie ce processus. Plus la norme est exogène, plus le processus de réception sera complexe.

Le rapport de l'administration à la norme supranationale, et plus largement à la norme externe met en évidence l'auto-nomie de cette dernière, au sens *étymologique* du terme, en ce que l'administration se donne « elle-même » ses « lois », est régie par ses propres normes. La construction de la juridicité nécessite un acte de volonté de l'administration, qui sous-tend l'ensemble du processus de réception de la norme supranationale. Le contexte normatif de réception de la norme supranationale n'est pas celui qu'il devrait être, ou du moins celui qu'il est supposé être. Ainsi envisagé, le principe de légalité n'encadre pas réellement l'action administrative. Il ne conditionne pas plus le rapport concret de l'administration à la norme. C'est donc dans ce contexte qu'il s'agit d'appréhender le processus de réception de la norme supranationale par l'administration. En effet, le contexte même de la réception de la norme par l'administration aurait pu être un obstacle rédhibitoire à cette réception.

⁵³ Pour reprendre l'analyse de Niklas Luhmann mise en évidence par Jean Clam. J. Clam, *Droit et société chez Niklas Luhmann, La contingence des normes*, coll. « Droit, éthique et société », Paris, PUF, 1997, pp. 46-47.

Le processus, constitué de multiples opérations, souvent imbriquées, et dans le contexte analysé, a abouti à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH. Le texte pour devenir norme juridique a dû subir différents « rites ». Mais en l'occurrence, la norme contenue dans l'article 3 CSDH peut être considérée comme reçue. Il s'agit donc à ce stade de réunir les différents éléments de ce processus afin d'en saisir la globalité, donc de le systématiser.

TITRE II – LA SYSTEMATISATION DU PROCESSUS DE RECEPTION DE LA NORME SUPRANATIONALE PAR L’ADMINISTRATION

L'étude du processus de réception de l'interdit de la norme supranationale par l'administration permet de montrer que la simple entrée en vigueur de la norme ne suffit pas à lui conférer le statut de droit pour l'administration, contrairement à la conception traditionnelle du principe de légalité. Des opérations de « médiation » et d'intégration de la norme dans le droit interne reconnu par l'administration pénitentiaire agissent dans ce processus et permettent à la norme d'acquérir un caractère contraignant pour le système auquel elle est destinée. Ce processus est particulièrement exacerbé pour ce qui concerne la réception de la norme supranationale – l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH – par l'administration pénitentiaire, mais ne lui est pas spécifique. Ce processus n'est pas linéaire. En effet, la réception de la norme supranationale n'est pas le résultat d'étapes organisées chronologiquement, mais bien l'imbrication de multiples éléments qui, au final, font que la norme peut être considérée comme reçue par l'administration. La réception de la norme supranationale par l'administration pénitentiaire dépend donc d'un processus qu'il s'agit à présent d'étudier plus spécifiquement, puisqu'il peut être envisagé comme un analyseur du rapport de l'administration au droit.

Systematiser un processus complexe – entendu comme un ensemble d'opérations aboutissant à un résultat – implique l'étude de deux aspects : la suite d'opérations et le résultat. Concernant le premier, deux types d'opérations peuvent être identifiés selon qu'elles sont externes ou internes à l'administration. Il s'agit bien ici de se concentrer, non plus sur les opérateurs comme cela a été le cas précédemment, mais sur les opérations¹. Ainsi, interviennent dans ce processus des opérations qui ne sont pas spécifiques à la réception de la norme par l'administration pénitentiaire, même si les opérateurs sont, eux, spécifiques. Il est donc nécessaire de bien faire la distinction entre l'opération – « action

¹ Nous nous appuyons ici d'un point de vue méthodologique sur l'approche des politiques publiques retenue par Vincent Simoulin. V. Simoulin, « Emission, médiation, réception... Les opérations constitutives d'une réforme par imprégnation », in *RFSP*, vol. 50, n° 2, avril 2000, pp. 343 et s.

d'un pouvoir, d'une fonction, d'un organe qui produit un effet selon sa nature » – et l'opérateur – « la personne, l'organe qui exécute »². (chapitre 1).

Concernant le second, le résultat du processus est logiquement la réception de la norme externe par l'administration, ce qui, d'ailleurs, ne laisse en rien présager de son application effective³. Olivier Cayla, s'appuyant sur l'analyse de Hans Kelsen, met en évidence qu'une norme, ou « signification normative, de force injonctive, d'un acte de discours (et qui, dans une perspective kelsénienne, s'apparente à la juridicité même de celui-ci, définie en termes de signification), n'est pas une signification textuelle : un texte écrit, quel qu'il soit, n'a jamais en lui-même de signification normative car tout texte écrit, quel qu'il soit, est pragmatiquement muet. Autrement dit, ce n'est pas le texte de ce qu'on a compris être un commandement (par exemple " il est interdit de fumer "), déchiffrable par l'application des règles lexicales et grammaticales en vigueur dans un ordre linguistique donné, qui porte dans sa lettre la marque de sa force de commandement : le même texte peut aussi bien être celui d'une simple recommandation, voire d'une description par un observateur d'un commandement édicté par un tiers⁴. » L'article 3 CSDH a désormais une signification normative pour l'administration. La norme est reçue (chapitre 2).

² Définitions tirées de J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

³ L'objet de cette recherche n'était pas l'évaluation quantitative et/ou qualitative de l'application effective de l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. En revanche, le constat de l'application de la norme par l'administration pénitentiaire permet de relever des indices forts de l'effectivité de la réception de la norme. Par ailleurs, l'application de la norme implique au préalable que l'article 3 CSDH soit considéré comme une norme contraignante par l'administration pénitentiaire. La transgression ou le respect de l'interdit implique que l'interdit ait été reconnu comme tel.

⁴ O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, 1999, p. 78.

CHAPITRE 1 – LE PROCESSUS DE RECEPTION DE LA NORME SUPRANATIONALE PAR L'ADMINISTRATION : UNE SUITE D'OPERATIONS COMPLEXE

La réception de la norme supranationale par l'administration pénitentiaire est le résultat d'une suite d'opérations non ordonnées. Il s'agit donc, à ce stade, de déconstruire ce processus afin de mettre à jour les opérations clés, sans volonté aucune de les hiérarchiser, et dans une perspective dynamique. Il serait, en effet, impossible de leur attribuer une importance quantitative exacte, puisqu'elles ont pu avoir plus ou moins d'influence selon les contextes. Ce processus n'aurait pu aboutir si l'ensemble de ces opérations n'avait existé, par ailleurs, leur imbrication est telle qu'il est impossible de déceler l'action décisive originelle de laquelle tout aurait découlé. Le processus est fondamentalement soumis à des effets d'interaction et de rétroaction¹. En ce sens, il est impossible d'appréhender ce processus d'un point de vue chronologique ou géographique.

Les opérations intervenant dans le processus de réception de la norme supranationale par l'administration sont de deux ordres. D'une part, des « médiations » sont intervenues dans ce processus de reconnaissance du caractère contraignant de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire, permettant la réception de la norme par l'administration (I). D'autre part, il a fallu que la norme soit intégrée dans le droit interne reconnu comme contraignant par l'administration pénitentiaire, opération qui relève en fait de l'administration. Cette intégration correspond ainsi à une « transposition administrative » de la norme, opération indispensable à la réception de la norme supranationale par l'administration (II).

¹ Comme nous l'avons évoqué en introduction, « le processus est un cycle plus ou moins bouclé sur lui-même. (...) [II] est ainsi ouvert à toutes sortes d'effets de rétroaction. (...) [II] est traversé de phénomènes allant dans divers sens ». J.-C. Thoenig, « L'analyse des politiques publiques », in M. Grawitz et J. Leca (dir.), *Traité de science administrative*, vol. 4, J.-C. Thoenig, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, 1985, pp. 19 et s.

I – Les médiations intervenant dans le processus

Des médiations² participent à la réception de la norme supranationale par l'administration, et permettent à la norme supranationale d'acquérir une signification normative pour l'administration. Vincent Simoulin a mis en évidence les opérations constitutives d'une réforme par imprégnation, dans le champ des politiques publiques³. Il insiste sur les opérations plus que sur les acteurs, puisque pour lui « la médiation exige l'accomplissement d'opérations de nature différente, qui peuvent être remplies par le même acteur, mais qui ne le sont ni nécessairement ni même le plus fréquemment »⁴. Une réforme par imprégnation serait donc apparentée aux processus qui permettent une construction collective de la vision du monde des acteurs réformateurs et réformés, par leurs effets⁵. D'un point de vue méthodologique, cette analyse est transposable au processus de réception de la norme supranationale par l'administration et peut ici permettre de saisir le fait que, à partir du moment où l'on admet qu'un texte n'acquiert pas sa juridicité du fait de son appartenance à un système juridique, la construction de cette juridicité passe par des acteurs concrets qui réalisent cette construction et qui permettent la reconnaissance de l'obligatorité de la norme par ses destinataires. De la même manière que des médiateurs interviennent dans la construction d'une politique publique, des médiateurs interviennent dans la reconnaissance de l'obligatorité de la norme. Ce « jeu des médiateurs⁶ » participe pleinement du processus de réception de la norme externe à l'administration.

Qu'elles soient intervenues comme facteur d'émergence de la norme exogène dans le champ administratif, comme « amplificateur » ou simplement comme « facilitateur » du processus, les médiations de ce processus peuvent être classées selon une typologie

² La notion même de médiation renvoie à l'idée de processus créateur par lequel on passe d'un terme initial à un terme final. En ce sens, ces médiations permettent aux « sujets de droit d'accéder à la compréhension du texte comme étant celui d'une norme et de ce à quoi précisément cette norme oblige ». O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, 1999, p. 79.

³ V. Simoulin, « Emission, médiation, réception... Les opérations constitutives d'une réforme par imprégnation », in *RFSP*, vol. 50, n° 2, avril 2000, pp. 333-350.

⁴ *Ibidem*, pp. 343 et s. Il présente ainsi le processus de médiation sous deux traits principaux : le premier trait est le caractère collectif et concurrentiel (p. 345) et le deuxième trait majeur est qu'il est diachronique et peut être représenté comme une série de vagues réformatrices, dont aucune n'est assurée de réussir (p. 346).

⁵ *Ibid.*, p. 349.

⁶ Cette expression est ici empruntée à l'analyse des politiques publiques de Pierre Muller. P. Muller, *Les politiques publiques*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1994, p. 50.

finalement assez simple : soit elles sont contraignantes (A), soit elles ne le sont pas (B). Cette classification ne doit pas laisser supposer qu'une médiation non contraignante ait moins d'influence qu'une médiation contraignante.

A- Les médiations contraignantes

Il a fallu, dans ce processus, l'intervention de médiateurs – formule qui peut sembler redondante, mais qui permet de mettre en lumière la fonction, sinon le rôle, de ces derniers – capables de contraindre l'administration à considérer la norme supranationale comme une norme juridique obligatoire. Doivent donc prendre place dans ce processus des opérateurs de contrainte, extérieurs à l'administration stricto sensu, qui forcent cette dernière à agir contre sa volonté, qui crée pour elle une obligation d'agir vis-à-vis de la norme supranationale comme avec une règle de droit, quand bien même cette obligation ne serait que formelle.

Médiation contraignante ne signifie pas simplement médiation d'organes juridictionnels. Il s'agit d'envisager l'obligation et la sanction dans leur sens large. Dès lors, un contrôle non juridictionnel, par le biais d'inspections administratives efficaces et l'existence de réelles sanctions, pourrait s'avérer aussi contraignant, voire plus, qu'un contrôle juridictionnel. Or, l'inefficacité de ces contrôles a été démontrée⁷ Ce qui est contraignant ici, c'est la sanction, qu'elle soit administrative, juridictionnelle ou autre. L'élément de « contrainte », dans une perspective kelsénienne, consiste dans le fait que des actes de contrainte spécifiques, des sanctions, sont prévus dans des cas spécifiques par les règles formant l'ordre juridique⁸ : « les normes qui constituent l'ordre juridique doivent prescrire, un acte de contrainte, une sanction⁹ ». Norberto Bobbio écrit ainsi que « l'ordre juridique trouve son fondement en dernière instance dans le pouvoir, entendu comme pouvoir coercitif, *i.e.* le pouvoir de faire respecter, y compris en recourant à la force, les normes édictées¹⁰ ».

⁷ Supra première partie, titre II, chapitre 2, I.

⁸ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, « La pensée juridique », Paris, Bruylant-LGDJ, 1997, pp. 80 et s.

⁹ *Ibidem*, p. 94.

¹⁰ N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cité par C. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », in *Droits*, n° 33, 2001, pp. 29-30.

Cette nécessité de la contrainte est totalement ressentie au sein de l'administration pénitentiaire et véritablement considérée comme indispensable à faire évoluer le rapport de cette administration au droit¹¹. « S'il n'y avait pas les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat, il n'y aurait pas de changements. (...) Seules les juridictions peuvent faire véritablement avancer les choses¹². » Alors que ce constat n'est pas totalement représentatif de la réalité – puisque d'autres médiations, tout aussi fondamentales interviennent dans ce processus – il traduit un sentiment général vis-à-vis des décisions des juridictions administratives : les condamnations obligent l'administration pénitentiaire à modifier le droit en vigueur, à se conformer au bloc de légalité. Si la sanction de la CEDH n'est pas vécue comme une menace permanente, lorsqu'il y a condamnation, l'arrêt est publié et une note est aussitôt produite. « Quand il y a un arrêt, ça devient un sujet prioritaire. Et il y a une mise en conformité si nécessaire.¹³ »

L'idée d'obligation et celle de contrainte sont donc ici liées à la notion de sanction. En d'autres termes, sans sanction, l'administration pénitentiaire ne perçoit pas l'obligation. L'administration doit être sanctionnée à un moment ou à un autre, sans quoi le caractère obligatoire de la norme ne pourra être reconnu. Dans le processus de réception de la norme externe par l'administration, la sanction participe pleinement de l'avènement du caractère contraignant de la norme. En cela, l'existence d'une sanction potentielle n'est pas suffisante. La sanction doit s'incarner. La menace ne crée pas l'obligation. C'est donc la réalité, la matérialité de la sanction qui crée le sentiment de juridicité pour l'administration, qui participe de la création de la signification normative. La confrontation à l'obligation sanctionnée, à la contrainte, engendre un rapport juridique de l'administration au texte juridique.

Certes la notion d'efficacité du droit ne peut se réduire à sa seule fonction instrumentale, pour autant, il est impossible d'envisager le caractère contraignant de la norme pour le système auquel elle est destinée sans envisager cette efficacité. La reconnaissance de l'obligatorité de la norme ne dépend pas que de la sanction¹⁴, mais cette dernière demeure un élément incontournable dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3

¹¹ La référence à l'arrêt *Marie* (CE Ass., 17 février 1995, *Marie, Rec.*, p. 85 ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. P. Frydman ; *GAJA*, n° 103) du Conseil d'Etat est revenue dans quasiment tous les entretiens réalisés. Entretiens 5, 7, 8.

¹² Entretien 5.

¹³ Entretien 5.

¹⁴ *Infra* même chapitre, I, B.

CSDH par l'administration pénitentiaire. La « sanction », ou la certitude de celle-ci constitue un vecteur fort de changement, qu'il s'agisse de celle du Conseil d'Etat ou de celle de la CEDH : la certitude de la condamnation fait avancer, mais finalement tant qu'il n'y a pas de recours, l'administration pénitentiaire ne cherche pas à modifier son corpus juridique¹⁵. En ce sens, la sanction est bien un élément déterminant dans la reconnaissance de l'obligatorité de la norme. Le problème a donc longtemps été que l'éventualité d'une condamnation sur le fondement de l'article 3 CSDH ne semblait pas même avoir été envisagée¹⁶. « L'article 3 CSDH n'inquiète pas trop¹⁷ » : jusque récemment, ni le Conseil d'Etat, ni la CEDH n'avaient jamais retenu de violations de cet article. « Soit le traitement sévère était jugé proportionné, soit il n'atteignait pas le degré suffisant. La jurisprudence sur l'isolement et les fouilles l'a toujours écarté¹⁸. » Ce n'est plus le cas, et l'administration pénitentiaire doit compter avec le risque de la sanction juridictionnelle.

Le rapport à la sanction de l'administration va même au-delà de la conception kelsénienne de la contrainte. Il est ainsi possible de voir dans ce rapport, concernant la réception d'une norme, un processus inverse à celui décrit par Hans Kelsen. L'acte de contrainte n'est plus prévu par la norme juridique pour sanctionner le non-respect de la règle de droit, mais il devient l'acte par lequel la norme juridique est reconnue en tant que telle. La relation juridique est bien liée à la contrainte, mais dans une perspective différente. Il n'y a pas sanction formée par la règle de droit, mais il y a sanction qui forme la règle de droit, notamment en obligeant l'administration à produire des normes secondaires¹⁹ : les condamnations devant les juridictions nationales et/ou internationales engendrent des « règles secondaires », notamment des circulaires et notes internes de diffusion des décisions de justice, permettant ainsi à une autre opération du processus d'intervenir, celle de la « transposition administrative »²⁰.

La condamnation met en oeuvre la règle initiale et permet la création de la règle secondaire nécessaire à produire une signification normative : elle agit ainsi comme vecteur de normes d'interprétation. Plus encore, l'existence de la norme secondaire

¹⁵ Entretien 5.

¹⁶ Supra, première partie, titre II, chapitre 2, II.

¹⁷ Entretien 10.

¹⁸ Entretien 10.

¹⁹ P. Lascoumes, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », in *L'année sociologique*, vol. 40, 1990, p. 65.

²⁰ Infra, même chapitre, II.

implique qu'il y ait eu « norme primaire ». Dès lors, l'existence de la règle secondaire issue de la condamnation juridictionnelle met en évidence la reconnaissance, même implicite, de la règle primaire par l'administration. C'est bien la médiation contraignante, en faisant de la norme primaire la base légale de sa décision, qui engendre l'édiction de la règle secondaire par l'administration, dans ce contexte, et qui engendre ainsi la reconnaissance du caractère contraignant de la norme primaire par l'administration²¹.

Ainsi l'intervention d'opérateurs contraignants participe de la réception de la norme supranationale par l'administration. La reconnaissance de l'obligatorité de la règle par ses destinataires s'inscrit, de ce fait, dans un schéma de contrainte et d'obligation. Pour autant, l'existence de médiations contraignantes ne suffit pas à engendrer une réception pleine et entière de la norme externe. Ces médiations s'avèrent nécessaires même si insuffisantes à faire aboutir le processus.

B- Les médiations non contraignantes

Outre les médiations contraignantes, d'autres médiations, cette fois non contraignantes, interviennent dans le processus de réception de la norme supranationale par l'administration. Sans elles, le processus ne peut être mené à terme. Non contraignantes, elles n'en sont pas pour autant inutiles, au contraire : l'étude de l'intervention des différents médiateurs dans ce processus met en évidence qu'il est nécessaire de considérer l'ensemble du processus et non chaque opération comme prenant place à un moment

²¹ A la suite de l'arrêt *Mouisel c France* (CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, 1^{ère} section, req. n° 67263/01, *CEDH 2002-IX*) et de l'arrêt *Henaf* (CEDH, 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, 1^{ère} section, req. n° 65436/01, *CEDH 2003-XI*), de multiples notes ont été produites concernant le recours aux menottes et aux instruments de contention. La circulaire du 18 novembre 2004 (Circulaire AP 2004-07 CAB du 18 novembre 2004 relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, *BOMJ*, octobre-décembre 2004) abroge ainsi 6 notes édictées en 2003 et 2004, dont une concernant la garde des femmes enceintes dans les hôpitaux (Note du 10 février 2004). A la suite de l'arrêt *Remli* (CE 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli, Rec.*, p. 366) et des nombreuses décisions rendues à sa suite par les juges du fond, l'administration pénitentiaire a élaboré une note concernant les dispositions à mettre en œuvre pendant la période transitoire et jusqu'à l'élaboration de nouvelles dispositions. (Note du 21 juin 2004 relative aux dispositions transitoires relatives à la procédure de placement à l'isolement. Voir *Bulletin de l'action juridique et du droit pénitentiaire*, n° 2, juin 2004.)

précis puis n'intervenant plus. La systématisation n'est donc pas hiérarchisation des opérations du processus²².

Parmi ces médiations, une place toute particulière doit être accordée au CPT, dans la mesure où il peut donc être considéré comme un organe fondamentalement destiné à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par les Etats et leurs institutions privatives de liberté²³. Sa mission n'est pas de sanctionner, mais de créer les conditions d'un respect véritable de la norme et de prévenir les atteintes potentielles à l'article 3 CSDH. Ainsi, son intervention mobilise l'administration à un autre niveau que celui de la condamnation-répression-réaction. Si le contrôle du CPT est obligatoire, ses rapports n'interviennent pas sur le mode de la sanction. Or, cette médiation non contraignante est tout à fait décisive. L'administration pénitentiaire, confrontée à un mode de contrôle nouveau, a dû modifier ses modes d'action, et partant son rapport à la norme juridique. L'ouverture des prisons à une institution extérieure chargée d'un contrôle, mais aussi, surtout, la publication de rapports sur l'existence de traitements inhumains ou dégradants au sein des établissements pénitentiaires, alors que jusque là ce phénomène n'était pas rendu public²⁴, ont contribué à rendre ce contrôle efficace²⁵.

A un autre niveau et beaucoup plus récente, la CNDS n'est pas intervenue dans le processus d'émergence de la norme supranationale dans le champ administratif, mais participe désormais du processus continu de réception de la norme. Elle n'hésite pas à faire référence à la notion de « traitement inhumain ou dégradant »²⁶. En effet, il faut envisager le processus dans une perspective dynamique, la réception pouvant être approfondie, jusqu'à une réception « parfaite » correspondant à la phase d'introjection de la norme²⁷. La CNDS intervient, elle aussi, dans le processus de réception de la norme supranationale par l'administration pénitentiaire, sur un autre mode opératoire que la

²² La médiation du CPT (supra, deuxième partie, titre I, chapitre 1), par exemple, s'avère tout aussi fondamentale que celle de la CEDH (supra, deuxième partie, titre I, chapitre 2), même si agissant à un autre niveau.

²³ Sur la médiation du CPT, supra, deuxième partie, titre I, chapitre 1.

²⁴ Supra, première partie, titre I, chapitre 2, II.

²⁵ Supra, première partie, titre I, chapitre 1, I, B et II, B.

²⁶ Voir en ce sens l'avis adopté le 13 décembre 2004 par la CNDS relatif à la saisine n° 2004-14, Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 365 : « la Commission estime que la mise en isolement prolongé de M. A. d. P. semble en l'état, et sauf appréciation souveraine des tribunaux, ne pas être conforme aux critères de légalité retenus par la jurisprudence et être susceptible d'être considérée comme constituant un traitement inhumain et dégradant ».

²⁷ Infra, même chapitre, II, B.

sanction. Son utilisation du rapport spécial²⁸ est en ce sens particulièrement intéressante, puisqu'il s'agit d'une interpellation directe du ministre de la justice, par la voie du *Journal officiel*. Ce mode d'intervention rappelle que « la force agissante du droit ne réside pas seulement dans une violence physique extrinsèque ; elle s'origine aussi dans la puissance propre du discours : le droit est une parole qui s'impose comme légitime, comme vraie, bien au-delà du cercle finalement restreint de ceux auxquels chacune de ces normes, prises isolément a vocation à s'appliquer²⁹ ». En ce sens, au-delà de l'« efficacité instrumentale » de ce contrôle, c'est ici au niveau de son « efficacité symbolique » qu'il faut envisager l'intervention de la CNDS. La force de cette médiation réside donc dans sa capacité à créer un mécanisme de communication entre les institutions publiques et la société, et à créer en fait une perception d'obligation³⁰, ce que la publication d'un rapport spécial au *Journal officiel* permet.

Les médiations non contraignantes s'inscrivent ainsi dans une logique de persuasion, d'influence, non de sanction. La médiation non contraignante dans ce processus, plus encore que la médiation contraignante, agirait donc par la voie de l'imprégnation. Les interventions successives des opérateurs produisent ainsi leurs effets dans le processus. Elles modifient notamment les perceptions, les rapports de force. Au final, la persuasion crée une adhésion totale, et à long terme, et en ce sens, efficace. Cela demande de la part de l'administration plus de volonté, moins de passivité. Ces médiations sont donc plutôt fragiles quant à leur mise en place, mais ont un effet durable dès lors qu'elles réussissent à remplir leur mission. Ces médiations ont vocation à s'inscrire dans une perspective de règlement des conflits visant « à cadrer la résolution des situations conflictuelles » mais dans le sens de l'assujettissement de l'administration à la norme, et non pas « de l'utilisateur à la discipline³¹ », notamment par la « régularisation ». Des échanges vont « s'engager sur la mise en conformité de la situation litigieuse³² ». Ces médiations agissent donc à ce stade

²⁸ P. Truche, Président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport spécial de la Commission nationale de déontologie de la sécurité*, op. cit. Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2003*, op. cit. p. 8.

²⁹ D. Lochak, « Droit, normalité et normalisation », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 54.

³⁰ M. Garcia-Villegas, « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 34, 1995, pp. 163 et s.

³¹ P. Lascoumes, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », op. cit., p. 65.

³² *Ibidem*.

au niveau des règles secondaires d'application, elles engendrent la transposition administrative de la norme³³.

L'absence de sanction pourrait priver cette médiation de sa force, mais elle agit à d'autres niveaux. L'obligation ne disparaît pas totalement, elle change de nature : elle ne se situe plus au niveau de la sanction. La médiation du CPT, par exemple, ne peut forcer l'administration à agir contre sa volonté au moyen d'une sanction, en ce sens elle n'est donc pas contraignante. Pour autant, son intervention est bien obligatoire, inévitable, en ce que l'administration ne peut s'y soustraire. Ces médiations non contraignantes mettent donc en jeu d'autres mécanismes que celui de la sanction-répression. Leur force symbolique est ici capitale : le discrédit qui peut résulter de cette opération agit comme un accélérateur dans le processus de réception. La « sanction » symbolique accompagne la sanction juridique, dans ce processus. La force persuasive de ces médiations impliquera un acte de volonté de l'administration. Plus la force symbolique de l'opérateur est importante, plus l'opération de médiation sera capitale dans le processus. Quant à l'administration, elle peut trouver dans ses opérateurs des alliés inattendus de son action³⁴. Dès lors, l'opérateur en sera d'autant plus facilement entendu.

Laissant à l'administration une forte auto-nomie, les opérateurs non contraignants lui permettent de fonctionner sur le mode qui est le sien³⁵. On peut dès lors envisager que l'opération de médiation crée ses effets parce qu'elle ne fait que conseiller, mettre en évidence, sans prescrire, tout du moins dans un premier temps. A partir du moment où l'opération de médiation est reconnue, elle peut offrir l'espace de liberté suffisant à l'administration pour que cette dernière se sente auto-nome. Le résultat – la réception de la norme, la reconnaissance de son obligatorité – est plus important pour les opérateurs que les moyens utilisés pour y arriver.

L'intervention de médiations contraignantes et non-contraignantes participent du processus de réception de la norme externe par l'administration, sans toutefois suffire. En effet, l'étude de ce processus met en évidence qu'une transposition administrative de la

³³ Infra, même chapitre, II.

³⁴ Supra deuxième partie, titre I, chapitre 1, II, B.

³⁵ Supra, même partie, titre I.

norme est indispensable à la réception de la norme par l'administration : l'administration doit participer à la production de la norme qui lui est applicable.

II – La transposition administrative de la norme supranationale

Le processus de réception de la norme supranationale nécessite des médiations externes nécessaires, mais insuffisantes à lui donner une signification normative pour l'administration pénitentiaire. En effet, une phase de « transposition administrative » de la norme est indispensable : la norme doit être interprétée par l'administration pour gagner le statut de norme juridique contraignante, conséquence de l'auto-nomie de cette administration. L'administration crée son propre système d'intégration des normes, y compris des normes supranationales dans le droit interne, un système normatif parallèle. L'administration pénitentiaire est active vis-à-vis de la norme qui lui est extérieure et supérieure. Elle est productrice de la norme qui lui est applicable, et devient ainsi productrice de la norme supranationale.

En ce sens, il ne s'agit pas d'une simple transposition « mécanique », mais bien d'une réécriture de la norme ce que l'imprécision du texte permet tout particulièrement³⁶. La transposition devient donc ici production véritable de la norme. Non obligatoire, formellement parlant (A), cette transposition est nécessaire à la réception de la norme supranationale par l'administration (B).

A- Une transposition administrative non-obligatoire

L'article 3 CSDH, comme les autres articles de la Convention européenne des droits de l'homme, est d'effet immédiat et direct. Le droit international et le droit interne en France sont considérés comme faisant partie du même ordre juridique, le droit international s'appliquant sans procédure d'admission particulière³⁷, conformément à la Constitution de

³⁶ En effet, l'article 3 CSDH ne définit pas les termes de « torture » ni de « traitement inhumain ou dégradant ». Supra, première partie, titre I, chapitre 1.

³⁷ Sur cet aspect, se reporter à l'introduction.

1958. Mais là encore, alors qu'une application stricte du principe de légalité signifierait pour l'administration appliquer la norme externe comme le droit interne, et à la place de ce dernier lorsqu'il n'y est pas conforme, en application de l'article 55 de la Constitution³⁸, l'administration crée son propre système normatif, où une transposition normative devient nécessaire. Il ne s'agit pas d'une transposition classique du droit international dans le droit interne. Cependant, le processus de réception de la norme supranationale dans le droit interne passe par une intégration de cette norme dans le droit contraignant reconnu par l'administration. En droit, cette transposition n'est absolument pas obligatoire, puisque aucune mesure d'intégration de la CSDH dans l'ordre interne n'est nécessaire³⁹. L'article 3 CSDH n'a pas à être repris par des instruments internes qui en transposeraient les termes en les rendant efficaces à l'égard des sujets de droit interne, par exemple par une loi ou un règlement. Par ailleurs, ce processus est tout à fait à la marge du droit positif, puisque c'est ici l'administration, l'institution, à qui la norme est destinée qui est finalement à l'origine du système juridique auquel elle est soumise.

Le terme de transposition a été choisi car il correspond en fait, non en droit, au processus à l'œuvre au sein de l'administration. Cette opération est comparable au processus de transposition applicable aux directives communautaires que les autorités nationales doivent faire entrer dans l'ordre juridique interne. La notion de transposition « désigne l'opération par laquelle l'Etat membre destinataire d'une directive communautaire procède à l'adoption des mesures nécessaires à sa mise en œuvre⁴⁰ ». L'administration agit finalement vis-à-vis de la norme supranationale, comme si cette dernière ne fixait que des objectifs, en laissant aux Etats parties, et même à leurs administrations, le soin de prendre les mesures nécessaires pour y parvenir. Cette introduction des objectifs de la norme supranationale en droit interne, par le biais de règles secondaires d'application élaborées par l'administration correspond à une « transposition administrative ». Mais cette transposition administrative n'est pas une simple « transcription⁴¹ » de la norme dans le droit interne reconnu par l'administration. Il est nécessaire que la norme soit interprétée par l'administration pour pouvoir gagner le statut de norme juridique contraignante pour

³⁸ *Constitution française du 4 octobre 1958*, coll. « Documents d'études. Droit constitutionnel et institutions politiques », Paris, La documentation française, 2003, 52 p.

³⁹ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2004, pp. 178 et s. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, 2003, p. 186.

⁴⁰ D. Simon, *La directive communautaire*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1997, p. 34.

⁴¹ La transcription consiste en l'« action de transcrire ». Transcrire signifie « copier très exactement, en reportant ». La notion de transcription implique une parfaite correspondance entre la copie et l'original.

cette administration⁴², la lutte contre la surpopulation carcérale par le biais de la construction immobilière étant emblématique de cette interprétation. L'administration interprète, réécrit la norme, produit la norme.

Or, traditionnellement, « si la fonction interprétative est bien reconnue comme une fonction proprement administrative, la création normative par le moyen de l'interprétation juridique n'est pas admise en droit administratif interne⁴³ ». Frédéric Rolland met ainsi en évidence que « l'interprétation de la loi est rendue inévitable du seul fait de la nécessité de l'action administrative générale », mais il insiste surtout sur le fait que « l'application de la loi nécessite impérativement que l'administration active détermine elle-même la validité proprement administrative de règles juridiques contraignantes⁴⁴ ». Cette interprétation, de la loi et plus généralement de la norme juridique, met en relief l'élaboration autonome par l'administration de normes juridiques créatrices⁴⁵. La réécriture devient donc production normative.

L'administration passe outre le caractère d'applicabilité directe de la norme supranationale – en ce qu'il vise « l'applicabilité d'une règle de droit international dans l'ordre interne sans aucune mesure d'exécution⁴⁶ » – puisque « est directement applicable la règle de droit qui, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, peut être appliquée dans l'Etat où cette règle est en vigueur⁴⁷ ». L'administration met à mal ce principe en rendant obligatoire une procédure qui ne l'est pas, afin « d'administrativer » le droit qui lui est applicable. La norme supranationale, pour devenir contraignante, doit être transposée dans l'ordre juridique interne de l'administration. La règle de droit n'est bien qu'un « cadre, une ébauche, qui ne prendra forme et consistance que par l'intervention de l'administration elle-même⁴⁸ ».

⁴² Supra, deuxième partie, titre II, chapitre 2.

⁴³ F. Rolland, *L'interprétation de la loi par l'administration active*, Thèse de doctorat de droit public, Paris 10, 1997, p. 20.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁶ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, coll. « Universités francophones », Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 71.

⁴⁷ J. Verhoeven, « La notion d'applicabilité directe en droit international », in *RBDI*, 1980, p. 237, cité in J. Salmon (dir.), *op. cit.*, p. 71.

⁴⁸ D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 390.

L'autonomie normative de l'administration se manifeste donc au-delà de la production de la norme administrative nouvelle, et de la production normative par l'interprétation de la norme juridique. En effet, elle crée son propre système normatif, « un système parallèle de droit ayant sa cohérence et son domaine naturel d'application⁴⁹ » : des mesures d'intégration, de transposition, d'application deviennent obligatoires alors qu'elles ne le sont pas, et ce, à la marge du droit positif. Le texte existe, il est connu, mais il ne peut acquérir une signification normative qu'une fois transposé administrativement parlant.

B- Une transposition administrative nécessaire

La transposition administrative de la norme supranationale correspond à l'édition de règles secondaires par l'administration, permettant la reconnaissance de l'obligatorité de la « règle primaire ». Tout « en cherchant à caractériser le degré de complexité du système juridique contemporain », H. L. A. Hart fait de cette notion de règle secondaire « l'indicateur des systèmes de droit développés et [distingue] trois sortes de règles secondaires : des règles de reconnaissance, de changement et de décision⁵⁰ ». Ces normes secondaires participent pleinement du processus de réception de la norme externe, notamment les normes de décision, et dans ces normes de décision, les normes d'interprétation⁵¹. Pierre Lascoumes distingue trois catégories de normes de décision : « les normes d'interprétation, les normes de négociation, et celles de règlement des conflits⁵² ». Cette analyse destinée aux politiques publiques permet d'appréhender ici le processus de réception de la norme exogène par l'administration, et la nécessité pour la norme d'être interprétée par des règles secondaires pour gagner le statut de norme « primaire » pour l'administration. L'existence d'une « transposition administrative » de la norme est donc nécessaire à sa réception : s'il y a règle secondaire, c'est qu'il y a règle primaire, et partant reconnaissance implicite de son caractère contraignant, même si la première demeure indispensable à l'acquisition pour la seconde de son caractère contraignant, et quand bien même la norme secondaire deviendrait la norme juridique de référence.

⁴⁹ F. Rolland, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁰ Pierre Lascoumes appuie son analyse sur les travaux de H.L.A. Hart. P. Lascoumes, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *op. cit.*, p. 62.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibid.*

Le fait qu'une transposition administrative – comprise comme la nécessité pour la norme d'être interprétée par des règles secondaires pour gagner le statut de norme « primaire » pour l'administration – soit indispensable ne laisse en rien présager de la qualité de cette transposition. C'est d'ailleurs le risque : cette dernière n'étant pas obligatoire, il n'y a pas de contrôle de cette « phase normative », l'administration est tout à fait maître du processus, ce qui peut aboutir à des sous-interprétations de la norme⁵³, et donc à une transposition partielle, voire partielle. L'interprétation administrative de la norme participe de la reconnaissance de l'obligatorité de la norme, tout en risquant de dénaturer cette dernière, puisqu'il ne s'agit pas d'une transcription. Quelle que soit la qualité de cette transposition, elle demeure nécessaire, puisque chaque norme ou presque, y compris les normes de droit interne, est réécrite par l'administration, principalement sous forme de circulaires, créant ainsi un « système normatif auto-référentiel⁵⁴ ». La norme transposée dans le droit interne de l'administration devient alors le droit applicable. Plus le texte originel sera vague, plus cette réécriture sera possible et justifiée⁵⁵, ce qui est le cas de l'article 3 CSDH, texte suffisamment imprécis pour permettre cette interprétation⁵⁶.

L'administration interprète la norme, et participe totalement du processus de réception de cette dernière, donnant une force illocutoire – pragmatique – au texte de la norme supranationale, au-delà de son sens textuel – locutoire⁵⁷. Olivier Cayla insiste sur la « foncière interactivité entre le sens et la force⁵⁸ », de sorte que cette opération d'interprétation est création de la norme par le système auquel elle est destinée. « C'est le lecteur du texte écrit qui, par les décisions interprétatives et expressives auxquelles il procède dans l'actualité de sa lecture, établit la signification pragmatique de l'énonciation, puisque c'est cette opération de lecture qui réalise effectivement l'énonciation de l'énoncé.

⁵³ Supra, deuxième partie, titre II, chapitre 1.

⁵⁴ F. Rolland, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁵ C'est le cas par exemple concernant l'usage de la force et des armes : les articles D. 283-5 et D. 283-6 CPP définissent les cas dans lesquels les agents doivent y recourir, et l'usage de ce pouvoir fait l'objet d'une circulaire du 1^{er} juillet 1998 relative à l'usage de la force et des armes dans les établissements pénitentiaires dont les dispositions doivent être rigoureusement respectées. La référence est ensuite cette circulaire, y compris pour les autorités supérieures. Ainsi une note du garde des sceaux, ministre de la justice précise : « Quant à l'usage de la force armée, l'article D. 283-6 définit précisément les cas dans lesquels les agents doivent y recourir. L'usage de ce pouvoir délicat a d'ailleurs fait l'objet d'une importante circulaire du 1^{er} juillet 1998 relative à l'usage de la force et des armes dans les établissements pénitentiaires dont les dispositions doivent être rigoureusement respectées. (Note du 11 février 2002 de la garde des sceaux, ministre de la justice à Mesdames et Messieurs les chefs d'établissement s/c Messieurs les directeurs régionaux des services pénitentiaires, concernant les pouvoirs des personnels de surveillance dans les établissements pénitentiaires).

⁵⁶ Supra, première partie, titre I, chapitre 1.

⁵⁷ Voir O. Cayla, *op. cit.*, pp. 79 et s.

⁵⁸ *Ibidem.*

Le texte est-il normatif ou non normatif, c'est-à-dire est-il prescriptif ou descriptif, et s'il est prescriptif est-il recommandatoire ou injonctif, et s'il est injonctif l'est-il comme procédant du commandement d'un commandant subalterne ("en second") ou d'un commandant suprême ("en chef") ? Devant tout texte écrit, cette question se pose toujours à l'interprète, et elle est toujours totalement ouverte. Mais au travers des décisions herméneutiques auxquelles il procède par sa lecture, l'interprète répond à cette question en toute liberté⁵⁹. »

Le stade ultime de cette transposition administrative correspondrait à ce que les psychanalystes appellent une introjection. Il s'agirait ici d'une introjection de la norme par l'administration pénitentiaire, « processus inconscient par lequel l'image d'une personne est incorporée au moi et au surmoi »⁶⁰. Cette notion est normalement utilisée dans le cadre du développement de l'enfant et pour les pédagogues et les thérapeutes elle est indispensable au processus de socialisation⁶¹. En d'autres termes, pour cette recherche, l'introjection est synonyme d'internalisation de l'autorité. La référence à la psychanalyse est ici particulièrement intéressante, dans la mesure où il s'agit bien de l'internalisation d'un interdit dans le corpus normatif de l'administration, donc de son introjection. Finalement, cette opération correspondrait à la reconnaissance totale du caractère contraignant de la norme : elle n'est alors plus un interdit extérieur imposé mais un interdit intégré devenu sien ; elle n'est plus un interdit imposé par une institution étrangère, mais un interdit introjecté par l'administration : ce n'est plus « il faut », mais « je dois ». « La réception de l'article 3 CSDH passe par une bonne compréhension, en dehors de sa traduction obligatoire (...). Le véritable succès de l'article 3 CSDH passe par un respect, une application inconsciente de la part des acteurs⁶² ».

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

⁶¹ Les mécanismes qui favorisent la socialisation sont l'imitation, l'identification et l'introjection, l'introjection concernant surtout l'autorité parentale externe, et forme le Surmoi. Le Surmoi est cette instance qui se forme durant l'enfance par l'introjection des interdits sociaux et parentaux et devient le juge des pulsions et désirs en fonction de l'idéal du moi, le perfectionnement. Il est le censeur inconscient de la vie psychique. M.-T. Puisissant, *Cours de soins infirmiers en psychiatrie*, Institut de Formation en Soins Infirmiers, Chambéry, 2004.

⁶² Remarque formulée par un ancien directeur de l'administration pénitentiaire. Entretien 9.

Il ne s'agit donc pas de savoir d'où est produite la réforme, comme le font Olivier de Schutter et Dan Kaminski⁶³, puisque le processus de réception de la norme supranationale implique de multiples opérations, toutes essentielles et complémentaires, mais de savoir si l'on peut considérer cet interdit comme un interdit désormais introjecté par l'administration. Ce stade ultime ne semble cependant pas encore franchi par l'administration pénitentiaire, au vu des avancées encore attendues dans ce champ, en particulier au niveau de la prévention des traitements inhumains ou dégradants, en attestent la dernière visite ad hoc du CPT concernant l'administration pénitentiaire⁶⁴ ou le premier rapport spécial de la CNDS⁶⁵.

⁶³ O. de Schutter, D. Kaminski, « Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus », in Olivier de Schutter et Dan Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire, Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, coll. « La pensée juridique », Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 6 : « Enfin se laisse apercevoir une dernière alternative, entre une réforme conduite depuis l'aval – ou la "base" – et une réforme venant de l'amont – ou du "sommet". Parfois l'affirmation des droits des détenus a constitué une réforme interne du système pénitentiaire à des situations constatées en son sein où les droits fondamentaux se trouvaient violés ; parfois au contraire, l'institution du droit pénitentiaire a bénéficié de l'importation, au sein de ce système, de normes puisées à l'extérieur, venues donc du dehors. »

⁶⁴ CPT, *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 11 au 17 juin 2003*, CPT Inf/2004 (6), § 2 : « Il s'agissait d'une visite qui a paru au CPT "être exigée par les circonstances" (cf. article 7, paragraphe 1, de la Convention). L'augmentation récente et alarmante du surpeuplement des maisons d'arrêt ainsi que du nombre de suicides en milieu carcéral ont été les raisons principales ayant conduit le Comité à effectuer cette visite. Celle-ci a aussi été l'occasion pour le CPT d'examiner les évolutions intervenues en matière de régimes de détention des condamnés purgeant de longues peines, comme de faire le point sur les conditions matérielles et garanties fondamentales dans le domaine de la garde à vue, à la lumière des récentes instructions du Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, relatives à la dignité des personnes placées en garde à vue. »

⁶⁵ Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport spécial de la Commission nationale de déontologie de la sécurité du 26 mars 2004*, JO, 8 avril 2004 : « La Commission nationale de déontologie de la sécurité a été saisie le 11 avril 2003 par M. Robert Bret, sénateur des Bouches-du-Rhône, de faits qui se sont déroulés au centre pénitentiaire de Marseille et qui ont concerné un détenu. » (...) « Réunis en séance plénière le 12 mars 2004, les membres de la Commission nationale de déontologie de la sécurité ont décidé que, en l'absence de réponse du garde des sceaux, un rapport spécial sur cette affaire sera adressé au Journal officiel pour publication conformément à l'article 7, alinéa 3, de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 ». (...) C'est dans ces conditions que la Commission nationale de déontologie de la sécurité a adressé au garde des sceaux les recommandations suivantes : 1. Comme elle l'avait déjà fait dans son avis du 14 octobre 2003, la commission recommande une stricte application des dispositions de la circulaire du 14 mars 1986 relative aux fouilles de détenus, quant aux conditions et lieux. 2. La commission souhaite que le problème des objets qu'un détenu doit prendre avec lui lors d'une comparution disciplinaire soit réglé par circulaire. 3. Sur l'information aux familles lors de tentatives de suicide, la commission préconise qu'elle soit rendue obligatoire. L'article D. 427 du code de procédure pénale devrait être complété en ce sens. 4. La commission appelle l'administration pénitentiaire à une plus grande vigilance quant au respect par ses personnels des procédures internes et des décisions de l'instance disciplinaire, seule habilitée à faire la lumière sur les faits qui lui sont exposés, à entendre le point de vue du détenu et de son conseil, comme celui des surveillants. » La réponse du Gouvernement a été qu'« à la suite d'une erreur administrative, la réponse n'est pas parvenue à son destinataire dans les délais impartis. C'est dans ces conditions que la CNDS a publié son rapport au Journal Officiel aujourd'hui » (...) « Conformément à la réponse administrative adressée ce jour à la CNDS et par anticipation, Dominique Perben a fait parvenir, dès le 12 février, une circulaire aux chefs d'établissements, précisant que le type de fouille, objet de cette affaire, ne pourra être dorénavant opéré que sur instruction d'un membre du personnel de direction de l'établissement. » (Communiqué de presse du 8 avril 2004 du Cabinet du Garde des Sceaux).

Quoiqu'il en soit, la norme supranationale n'est ni une norme sociale, ni une norme morale. Il s'agit bien d'une norme juridique, d'une règle de droit. Si la réception pleine et entière de cette norme passe par une application inconsciente, par un respect introjecté, cette phase d'introjection demeure la phase ultime du processus de réception. La norme peut acquérir une portée contraignante, sans être encore introjectée.

Le processus de réception de la norme par l'administration est constitué de deux types d'opérations : des interventions extérieures capables d'engendrer la reconnaissance de l'obligatorité de la norme par l'administration, les médiations, il implique également de l'administration une activité normative de réception, la transposition administrative de la norme. Les opérations du processus sont donc totalement complémentaires. La réception de la norme, la reconnaissance de son obligatorité, de son caractère contraignant par le système auquel elle est destinée, dépend de ce processus. Au final, la norme supranationale est produite par l'administration, condition essentielle à sa réception. L'ensemble de ces opérations participe bien au processus continu de réception administrative de la norme supranationale, en ce qu'il y a imbrication d'opérations complexes, dont dépend cette réception et création normative continue – il est impossible de déterminer une date à partir de laquelle la norme a été reçue, ni à partir de quand il y a eu commencement de la réception.

Le résultat du processus est logiquement la réception de la norme supranationale par l'administration. En l'occurrence, la norme supranationale peut être considérée comme reçue, même si cette réception est une réception continue de la norme.

CHAPITRE 2 – LA NORME SUPRANATIONALE, NORME REÇUE PAR L'ADMINISTRATION

L'aboutissement du processus de réception implique un résultat : la réception ou la non-réception de la norme supranationale par l'administration. Dire que la norme supranationale est reçue par l'administration signifie qu'elle est désormais considérée comme contraignante par cette dernière. L'administration en reconnaît l'obligatorité. Le texte est alors compris comme celui d'une norme juridique pour l'administration. Il ne s'agit pas ici de répondre à la question de savoir ce qu'est une règle de droit intrinsèquement parlant, mais ce qui permet de considérer qu'une norme a acquis le statut de droit pour son destinataire, ici l'administration. En l'occurrence, la réception de la norme supranationale par l'administration ne peut pas être datée, et il s'agit en fait d'une réception qui peut être approfondie, le stade ultime étant l'introjection de la norme.

Des indices forts, notamment la rédaction – même inachevée – d'un code de déontologie¹, permettent d'affirmer qu'il y a eu réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. Le rapport de l'administration à la norme a donc changé, et si elle n'est pas forcément respectée, elle est néanmoins considérée comme ayant une portée contraignante. S'il est possible de dire que la norme est reçue, reconnue d'un point de vue juridique, c'est parce qu'elle a désormais un « sens² » pour l'administration : à la fois une signification normative (I) et une raison d'être consacrant la reconnaissance de son caractère normatif (II).

¹ Supra, deuxième partie, titre II, chapitre 1.

² L'un des emplois du terme « sens » renvoie à la fois à l'« idée ou ensemble d'idées intelligible que représente un signe ou un ensemble de signes », et dans un second sens, à l'« idée intelligible à laquelle un objet de pensée peut être rapporté et qui sert à expliquer, à justifier son existence », in J. Rey-Debove et A. Rey, *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

I – L’acquisition d’une signification normative pour la norme supranationale

Pour Olivier Cayla, la « norme juridique, si l’on accepte de s’en remettre à la définition introduite par Kelsen, est un phénomène de signification d’un type très particulier que, dans le vocabulaire de la philosophie contemporaine du langage, on appelle une signification pragmatique : il s’agit de la force – "illocutoire", comme le dit aussi le philosophe du langage – de commandement, que l’on comprend être la signification de l’acte d’énonciation même auquel procède un émetteur lorsque, prenant la parole en direction d’un adressataire, il exprime à ce dernier sa prétention à le lier par une obligation, c’est-à-dire à l’enjoindre de se conformer à un modèle de comportement obligatoire ».

Au niveau du système récepteur, l’acquisition d’une signification normative pour la norme implique une nécessaire réconciliation de la signification et de l’obligation (A). Cette réconciliation n’est cependant pas suffisante à doter la norme externe d’une signification normative. La « validité » de celle-ci doit être reconnue par l’administration (B).

A- La réconciliation de l’obligation et de la signification

« Les lois juridiques, (...) sont des règles éthiques, des prescriptions ou commandements, c’est à dire des règles pour diriger la conduite humaine, qui s’inscrivent dans le cadre des relations humaines d’autorité », et leur fonction est « d’indiquer aux hommes (...) la mesure de leur possibilité d’agir afin qu’ils ajustent leur conduite sur cette mesure, qu’ils s’y conforment : les règles ou normes juridiques sont, en ce sens, des mesures à suivre, à observer, à respecter dans les réalisations que les hommes accomplissent³. » Cette définition retenue de la norme juridique met clairement en évidence que sans signification, il ne peut y avoir réelle obligation : la mesure doit avoir une signification pour les hommes à qui elle est destinée pour pouvoir être observée par ces mêmes hommes. Il ne s’agit pas donc d’envisager la norme juridique en elle-même, mais la réception de cette norme par

³ P. Amselek, « Lois juridiques et lois scientifiques », in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 12 (n° spécial), 1988, pp. 93 et s.

une administration, ce qui implique une réconciliation des deux aspects que sont la signification et l'obligation. Alors même que le caractère de norme juridique est reconnu au niveau étatique et international, le processus étudié met en évidence que la norme n'acquiert une véritable signification normative⁴ pour l'administration qu'au terme d'un processus complexe.

Gérard Timsit⁵ affirme qu'il peut y avoir de l'obligation sans signification – il prend comme exemple allant dans ce sens des textes, comme le Préambule de la Constitution de 1946, dont certaines formules demeurent « vagues » – et à l'inverse qu'il peut y avoir signification sans obligation – il utilise ici l'exemple du droit international. Le fait que le texte existe au sein d'un système juridique ne suffit cependant pas à lui conférer une valeur juridique contraignante, quand bien même il aurait une signification textuelle, il demeurera une injonction sans force. Par ailleurs, un texte obligatoire, même vague, sera interprété pour pouvoir produire ses effets : au final, même si le texte est vague, lorsqu'il sera amené à produire des effets contraignants, une interprétation – du juge, de l'administration – aura eu lieu. Force est de constater que sans un minimum de caractère contraignant, le texte demeure un énoncé vide, sans effet dans le droit interne des Etats. Il faut pour que la norme soit reçue par l'administration, qu'elle ait à la fois une signification pour elle (1) tout en créant une obligation (2).

1. Une signification acquise

Tout texte juridique a nécessairement une signification. Cela n'implique cependant pas qu'il soit nécessairement compris comme étant le texte d'une norme juridique obligatoire. Le texte « est en effet, en lui-même, doté si ce n'est d'une signification pragmatique, du moins d'une signification sémantique. Mais ce sens textuel (ou linguistique, ou "locutoire"), (...) n'est inscrit, au stade de la seule écriture du texte, que de manière générale et indéterminée, si bien que, lui aussi, apparaît comme étant à ce stade bien plus potentiel qu'actuel. (...) Non seulement le choix d'une force (descriptive, recommandatoire, injonctive, etc.), consenti au sein de l'opération de lecture, influe sur la détermination du sens textuel d'un énoncé, mais aussi, à l'inverse, le choix en faveur d'un

⁴ O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, 1999, pp. 78 et s.

⁵ G. Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », in *RFAP*, n° 78, avril juin 1996, pp. 381 et s.

sens particulier de l'énoncé influe sur la détermination de la force de l'énonciation. (...) L'opération de lecture d'un texte écrit apparaît comme cet acte décisif – et décisoire – par lequel les sujets de droit accèdent à la compréhension du texte comme étant celui d'une norme et de ce à quoi précisément cette norme oblige⁶ ».

L'interprétation de l'administration est donc tout à fait primordiale dans la compréhension de la norme, et dans la reconnaissance même du caractère contraignant de la norme. Elle contribue à produire la juridicité du texte. En ce sens, cette interprétation devient authentique en créant le droit, ce que les juridictions chargées de l'interprétation authentique ne remettent pas forcément en cause⁷. L'interprétation n'est pas ici l'exclusivité des circulaires interprétatives ou des directives d'orientation, et d'autres textes peuvent venir donner une signification à la norme⁸. Frédéric Rolland évoque au sujet de l'interprétation de la loi par l'administration « la capture administrative du sens de la loi »⁹. Ceci ne vaut pas que pour la loi, et cette analyse est applicable à l'ensemble des normes exogènes à l'administration.

Pour toute norme qui lui est externe, l'administration effectue un travail d'interprétation. En ce sens, l'interprétation réalise bien ici, « la médiation, la transduction d'un sens premier, explicite mais non entièrement satisfaisant, vers un sens second, implicite mais plus conforme à une attente déterminée¹⁰ ». François Ost et Michel van de Kerchove mettent ainsi en évidence que « l'interprète opère à l'endroit où se nouent des flux de significations ; il est au cœur d'un réseau de sens qu'il lui appartient d'organiser ». L'administration, en tant qu'interprète donne donc sens à la norme, mais le sens qu'elle lui a choisi. Le sens donné par l'administration au texte sera celui qui sera retenu pour toutes les normes qui en découleront, le seul interprète pouvant venir contester ce sens étant désormais le juge. La signification émane de la transposition administrative tout en n'étant pas nécessairement la transcription fidèle de ce que le texte pourrait signifier. Quoi qu'il en soit, cette interprétation engendre la signification.

⁶ O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *op. cit.*, p. 79.

⁷ Supra, première partie, titre II, chapitre 2.

⁸ Ce peut être le cas de documents internes, d'ouvrages destinés en priorité aux membres de l'administration pénitentiaire. Il y a été fait référence, supra, deuxième partie, titre I, chapitre 1, II, A.

⁹ F. Rolland, *L'interprétation de la loi par l'administration active*, Thèse de doctorat de droit public, Paris 10, 1997, 380 p.

¹⁰ F. Ost et M. van de Kerchove, « Interprétation », in *Archives de philosophie du droit*, tome 35, 1990, pp. 166-167.

2. Un caractère obligatoire certain

La signification sans l'obligation ne peut suffire à faire de la norme supranationale une norme juridique contraignante pour l'administration. « La règle telle que nos sociétés la produisent et se la représentent au premier plan, demeure, quoi qu'on en dise, imprégnée d'abord par l'idée d'obligation, d'autorité, de prescription, de hiérarchie et de contrainte.¹¹ » Chaque terme prend un sens particulier dès lors qu'il s'agit de penser le rapport de l'administration pénitentiaire au droit : obligation, hiérarchie, contrainte sont autant de notions utilisées pour qualifier le fonctionnement de l'administration pénitentiaire et son rapport au droit. La sanction intervient dans ce phénomène de reconnaissance du caractère obligatoire de la norme, instrument de contrainte, moyen ultime de faire respecter la norme. Sans elle, la norme n'a aucune chance d'être considérée comme obligatoire par l'administration¹². Ce phénomène est d'ailleurs ici renforcé, l'administration en cause étant elle-même, aux yeux de la société, l'incarnation de la sanction. Mise en abyme de la sanction dans la sanction.

« L'arrière pensée du discours normatif juridique, c'est l'obligation, le fait qu'une norme aboutit le plus souvent à interdire, à réduire le champ du possible à l'alternative du licite et de l'illicite, du permis et de l'interdit. L'assise du discours normatif juridique, c'est l'impératif.¹³ ». La norme étudiée est clairement impérative, puisqu'il s'agit de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. La sanction est intervenue, celle de la CEDH¹⁴, et celle du Conseil d'Etat¹⁵. Cette sanction juridictionnelle fait partie des médiations externes contraignantes et tend donc à donner un caractère obligatoire à la norme¹⁶. Ainsi sans la sanction du non-respect de la norme, cette dernière ne peut acquérir le statut de norme juridique contraignante pour l'administration.

¹¹ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 165.

¹² Supra, même titre, chapitre 1, I, A.

¹³ D. de Béchillon, *op. cit.*, p. 175.

¹⁴ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, 1^{ère} section, req. n° 67263/01, *CEDH 2002-IX* ; *Droit Pénal*, n° 4, 2003, pp. 21-23, note A. Maron, M. Haas ; *RDP*, n° 3, 2003, p. 692, note F. Sudre et CEDH, 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, 1^{ère} section, req. n° 65436/01, *CEDH 2003-XI*.

¹⁵ CE, 6/4 SSR, 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Remli*, *Rec.*, p. 366 ; *Gaz. Pal.*, 9-13 novembre 2003, p. 13, concl. M. Guyomar ; CE 2/1 SSR, 23 mai 2003, *Mme Chabba*, *Rec.*, p. 240 ; *AJDA*, 2004, p. 157, note N. Albert ; *RFDA*, 2003, p. 850.

¹⁶ L'« impérativité » de la norme s'est alors manifestée pour l'administration pénitentiaire de manière brutale dans le champ de l'article 3 CSDH. En effet, les condamnations européennes concernaient, dans l'affaire *Mouisel c. France*, le maintien en détention d'une personne malade ainsi que les conditions de transfert de ce détenu malade et dans l'affaire *Henaf c. France* une mesure d'entrave, jugée en l'espèce « disproportionnée au regard des nécessités de la sécurité, d'autant que deux policiers avaient été

En ce sens, le futur code de déontologie pourrait être envisagé comme le symbole de cette réconciliation et partant comme le symbole de la réception de la norme. Le travail déjà effectué à son sujet met en évidence que la norme qu'est l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants a acquis une signification normative. Elle y est interprétée, et y est dotée d'une signification pragmatique, d'une force illocutoire et son caractère obligatoire y est réaffirmé¹⁷. La norme déontologique est ici un indice particulièrement fort de la réception de la norme qu'est l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire. La soumission volontaire de l'administration pénitentiaire à ce code pourrait même être interprétée comme un signe de l'introjection de la norme, la profession choisissant de se doter de ce code : ce n'est plus « il faut », mais « nous devons ». Mais ce code n'est toujours pas entré en vigueur. La réception de la norme n'est pas acquise du simple fait de la reconnaissance de sa signification normative. Elle dépend également de la reconnaissance de sa validité par l'administration. Pour être reçue, la norme doit donc être « valide ».

B- La validité de la norme pour l'administration

Pour Hans Kelsen, la norme est une « norme juridique valide parce qu'elle a été créée conformément à une règle précise. La norme fondamentale d'un ordre juridique est une règle ultime qui est postulée et conformément à laquelle les normes de l'ordre sont établies ou annulées, acquièrent ou perdent leur validité¹⁸ ». Cette définition ne permet cependant pas de rendre compte du rapport de l'administration au droit. Max Weber dépasse cette conception en affirmant que la « validité d'un ordre signifie quelque chose de plus qu'une simple régularité dans le déroulement de l'activité sociale, conditionnée par une coutume ou par une situation commandée par intérêt¹⁹ ». Ce qui détermine la « validité » d'une prescription, ce n'est pas le fait qu'elle soit « observée », mais le fait

spécialement placés en faction devant la chambre du requérant ». Les condamnations nationales concernaient dans l'affaire *Remli* une mesure de placement à l'isolement imposée considérée désormais comme une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, et dans l'affaire *Chabba*, le suicide d'un détenu et l'engagement de la responsabilité de l'administration pénitentiaire concernant ce suicide, sur la base d'une succession de fautes imputables à l'administration.

¹⁷ Supra, deuxième partie, titre II, chapitre 1.

¹⁸ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, coll. « La pensée juridique », Paris, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 167.

¹⁹ M. Weber, *Economie et société. Les catégories de la sociologie*, coll. « Agora », Paris, Presses Pocket, 1998, p. 64.

que certaines activités soient « orientées » en fonction d'elle²⁰. En effet, la force d'une norme « réside moins dans son caractère impératif que dans la création d'identité d'action, la distribution de pouvoir d'action et l'organisation de voies de règlement²¹ » qu'elle effectue. Une norme n'est donc pas nécessairement valide du simple fait d'appartenir à un système juridique, l'étude du processus de réception la norme supranationale par l'administration l'a montré. Dans une perspective habermassienne, on peut considérer que la norme externe est désormais valide pour l'administration dans la mesure où cette validité juridique signifie que deux aspects sont garantis, « la légalité du comportement au sens d'une obéissance moyenne à la norme, si nécessaire obtenue de force par des sanctions (1), et la légitimité de la règle elle-même (2), rendant à tout moment possible une obéissance à la norme en raison du respect de la loi²² ».

1. Une certaine « légalité du comportement » de l'administration

Peut-on parler d'une obéissance moyenne de l'administration à la norme externe, d'une certaine légalité du comportement de l'administration ? Il ne s'agit pas ici de parler de moyenne au sens arithmétique du terme, mais d'envisager cette norme comme « ayant un minimum d'efficacité sociale ou de chances d'en avoir²³ ». Le premier aspect de la validité juridique d'une norme renvoie donc « à la factualité de la valeur sociale évaluée en fonction de l'obéissance moyenne aux normes²⁴ ». En effet, pour Jürgen Habermas, « la valeur sociale des normes juridiques est fonction du degré d'application effective, et donc de l'acceptation factuellement prévisible dont elles jouissent parmi les sujets du droit. A la différence de la valeur conventionnelle des usages et des mœurs, le droit édicté ne s'appuie pas, à vrai dire, sur la factualité spontanée des formes de vie habituelles et

²⁰ M. Weber repris par P. Lascoumes, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », in *L'Année sociologique*, vol. 40, 1990, p. 52.

²¹ P. Lascoumes, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *op. cit.*, p. 56.

²² J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, coll. « NRF essais », Paris, Gallimard, 1997, p. 45.

²³ « A titre des conditions nécessaires établissant la validité juridique d'un système juridique, Dreier cite les suivantes : « 1° qu'il soit dans l'ensemble efficace sur le plan social, 2° qu'il soit dans l'ensemble éthiquement justifié ; en ce qui concerne la validité juridique des différentes normes, il faut, d'une part, qu'elles soient édictées en conformité avec une Constitution satisfaisant aux critères évoqués et que, d'autre part, prises isolément, 1° elles aient un minimum d'efficacité sociale ou de chances d'en avoir, et 2° elles présentent un minimum de justification éthique ou qu'elles puissent être justifiées », J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, *op. cit.*, p. 44.

²⁴ *Ibidem*.

transmises, mais sur la *factuelité artificiellement créée* que constitue une menace de sanctions définies en termes juridiques et exigibles par voie judiciaire²⁵ ».

L'obéissance moyenne à la norme, en cause ici, est bien celle de l'institution, non celle des agents de l'administration. En effet, il ne s'agit pas d'analyser la transgression et/ou le respect de la norme par les agents, mais bien d'envisager la validité, au sens retenu, de la norme pour l'administration, institution. En ce sens, seuls les textes et/ou actes de cette administration peuvent indiquer s'il y a ou non « obéissance » à la règle de droit. Il s'agit moins, ici, d'un comportement que d'actes positifs attestant de l'efficacité, réelle ou potentielle, de la norme supranationale. « Une règle est un principe organisateur. Elle peut prendre la forme d'une injonction ou d'une interdiction visant à déterminer strictement un comportement. Mais elle est plus souvent un guide d'action, un étalon qui permet de porter un jugement, un modèle qui oriente l'action²⁶. »

La sanction n'est donc pas le seul facteur d'obéissance de l'administration, de la légalité de son comportement. Si la sanction fait partie prenante du processus de réception de la norme supranationale, en ce qu'elle concrétise le caractère obligatoire de la norme, elle n'est pas le seul élément décisif. La sanction n'était pas obligatoire dans ce processus, mais elle y a été nécessaire²⁷. Quoi qu'il en soit, la remarque formulée par Danièle Lochak, à propos de l'administration, ne peut qu'inciter à la plus grande prudence. Pour elle, « la règle n'a pas de valeur absolue et intangible : lorsqu'ils en ont la possibilité, les uns et les autres ne l'appliquent que si elle est adéquate aux objectifs qu'ils poursuivent ; de sorte que le droit ne représente un cadre intégralement contraignant pour aucun des acteurs en présence, et moins encore pour l'administration²⁸ ».

Dès lors, il faut appréhender l'efficacité instrumentale de la norme – tout du moins de la norme administrativée – d'une façon beaucoup plus large. Au final, pour qu'il soit possible de considérer que la norme est reçue, la norme doit disposer de ce minimum d'efficacité, en ce qu'elle a créé une obéissance minimale. De ce point de vue, il apparaît

²⁵ *Ibid.*

²⁶ J.-D. Reynaud cité par G. Pollet, « La régulation au confluent des coalitions sociale et politique : l'exemple de la structuration de "l'Etat social" français », in J. Commaille, B. Jobert, *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 329 et s.

²⁷ Ce qui reprend la définition de la légalité du comportement de Jürgen Habermas J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, *op. cit.*, p. 45

²⁸ D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », in *AJDA*, 1981, p. 391.

clairement que l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants a, ou tend à avoir, un minimum d'efficacité pour l'administration pénitentiaire. Un exemple révélateur concerne une circulaire relative à la politique de formation continue des personnels de l'administration pénitentiaire de janvier 2004²⁹. Elle insiste sur la nécessité de « situer les problématiques professionnelles de l'administration pénitentiaire dans un contexte européen en développant », notamment, « la connaissance et l'intégration dans les pratiques des principes fondamentaux et des recommandations issus de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », la formation étant considérée comme un « moyen d'action privilégié pour réaliser les missions de l'administration pénitentiaire ».

Alors même que la priorité actuelle en matière pénitentiaire est la sécurité des établissements³⁰, la référence précise à la CEDH et à la CSDH³¹ dans cette circulaire, publiée au *Bulletin officiel du ministère de la justice*, relative à la formation professionnelle marque l'évolution opérée au sein de l'administration pénitentiaire vis-à-vis de la norme supranationale, reconnue comme juridiquement valide. Cette circulaire – dont le but est de préciser « les finalités des politiques déconcentrées de formation continue, les principes d'action pour la mise en œuvre de cette politique, les orientations fondamentales de formation continue liées aux missions confiées à l'administration pénitentiaire³² » – s'inscrit donc dans cette perspective d'obéissance moyenne à la norme, résultat du processus complexe de réception de la norme supranationale.

Si les références demeurent rares, l'obéissance moyenne à la norme est acquise : l'administration pénitentiaire est un acteur conscient de respecter ou de transgresser la règle, tout du moins d'être contrainte par elle. En voici quelques exemples. La circulaire

²⁹ Circulaire AP 2004-04 RH3 relative à la politique de formation continue des personnels de l'administration pénitentiaire du 27 janvier 2004, *BOMJ*, janvier-mars 2004.

³⁰ Sur ce point, voir supra première partie, titre II, chapitre 1, II, A.

³¹ Au même titre d'ailleurs que les nouvelles technologies de l'information et de la communication, la référence à la norme supranationale n'en est que plus marquante, dans la mesure où les NTIC sont désormais au rang de toutes les priorités administratives.

³² « Si les plans régionaux de formation doivent s'inscrire dans le cadre des principes énoncés par cette circulaire, ceux-ci doivent être modulés en fonction des réalités et des besoins propres à chacune des régions pénitentiaires. La présente circulaire est complétée annuellement par une note fixant des objectifs opérationnels propres à chaque direction régionale. » Circulaire AP 2004-04 RH3, relative à la politique de formation continue des personnels de l'administration pénitentiaire du 27 janvier 2004.

du 31 octobre 2000, relative à la procédure disciplinaire des détenus³³ en fournit un autre exemple. Concernant l'application de la loi DCRA à la procédure disciplinaire du détenu, cette circulaire s'inscrit dans cette logique d'obéissance à la règle européenne, en y faisant référence : « intervenu à la suite du revirement jurisprudentiel opéré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Marie (CE 17 février 1995) et en considération des principes contenus dans la recommandation R (87) 3 du Conseil de l'Europe sur les règles pénitentiaires et tirés de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le décret du 2 avril 1996 a consacré les principes de légalité des fautes et des sanctions et du contradictoire ». Cette circulaire a été abrogée par la circulaire relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations³⁴, dans laquelle aucune référence n'est faite à la norme supranationale, et où seul le Conseil d'Etat obtient droit de cité³⁵. La circulaire du 31 octobre 2000 demeure néanmoins un indice de la réception de la norme supranationale.

La circulaire relative à l'expérimentation d'unités de visite familiale du 18 mars 2003³⁶ fait clairement référence à la CSDH et à la CEDH. Concernant précisément l'article 3 CSDH, il s'agit encore de lire entre les lignes. La réception de l'interdit de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants peut se faire par des moyens détournés. Cet interdit a fait son entrée dans le droit pénitentiaire. De ce point de vue, l'exemple de l'isolement est significatif. Désormais, les détenus « qui font l'objet d'une décision de

³³ Circulaire AP 2000-05 CAB-DIR relative à la procédure disciplinaire du détenu du 31 octobre 2000, *BOMJ*, octobre-décembre 2000.

³⁴ Circulaire AP 2003-04 PMJ4 relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations du 9 mai 2003, *BOMJ*, avril-juin 2003.

³⁵ « Les conditions d'application de cet article législatif, pour l'administration pénitentiaire, ont été précisées par un décret en Conseil d'Etat du 25 juillet 2002 publié au *JORF* du 1^{er} août 2002. En effet, comme l'avait indiqué le Conseil d'Etat dans un avis du 3 octobre 2000, s'il est constant que les services administratifs de l'administration pénitentiaire entrent dans le champ d'application de la loi précitée, les exigences propres au fonctionnement des établissements pénitentiaires justifiaient que soient prévues des limites au choix par les personnes détenues, des mandataires chargés de les représenter. »

³⁶ « L'expérimentation française s'appuie sur les orientations prônées par les textes internationaux et les dispositifs législatifs et réglementaires actuels. Dans sa jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale), la Cour européenne de Strasbourg précise que cet article ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir des ingérences dans le droit au respect de la vie familiale et privée. S'ajoutent, en effet, des obligations positives inhérentes à un respect actif et effectif de la vie familiale (affaire Marckx c/ Belgique). Ainsi, dans deux décisions (n° 9054/80 ; 08-10-1982 et Ouinas c/ France 13756/88), la Commission européenne des droits de l'homme affirme "qu'il est essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche", mettant ainsi une obligation positive à la charge de l'Etat. » Circulaire AP 2003-02 PMJ2 relative à l'expérimentation d'Unités de visite familiale (3 sites pilotes) du 18 mars 2003, *BOMJ*, janvier-mars 2003.

placement à l'isolement contre leur gré bénéficient d'un recours effectif devant le juge administratif, y compris en urgence par la voie du référé³⁷ », alors même que le CPT demandait la révision du respect des exigences de la circulaire du 14 décembre 1998 relative à l'isolement administratif et demandait à ce que soient renforcées les garanties des détenus quant au prononcé de cette mesure. L'administration pénitentiaire a tiré les conséquences de l'arrêt *Remli* rendu par le Conseil d'Etat le 30 juillet 2003, le « diffusant par note, dès le 31 juillet 2003, aux directions régionales des services pénitentiaires. Il leur a été rappelé que la simple reprise des motifs de l'article D. 283-1 du code de procédure pénale était désormais insuffisante, et qu'il était nécessaire de motiver les décisions de placement à l'isolement, en précisant les faits à l'origine de la décision³⁸. »

La condition de l'obéissance moyenne semble remplie. Pour que la norme puisse être reconnue comme valide, il faut que cette norme dispose d'une légitimité certaine.

2. Une « légitimité » certaine

Pour H.L.A. Hart, « l'existence d'une obligation juridique ne dépend pas de la possibilité d'une sanction contre l'obligé ou d'une annulation de son acte par une autorité supérieure³⁹ ». Etre lié par une règle, au moins du point de vue qualifié par Hart d'interne, « c'est le problème de faire ce que la règle prescrit, c'est pouvoir présenter la règle comme une raison (au sens de justification) d'agir de la sorte et comme une raison (au sens de la norme) pour critiquer qui s'en abstient⁴⁰ ». Cette justification peut être nommée légitimité. Jürgen Habermas envisage la validité juridique dans le double rapport de la « factualité de la valeur sociale évaluée en fonction de l'obéissance moyenne aux normes », et de la « légitimité de la prétention à la reconnaissance normative »⁴¹. Légitimité et reconnaissance sont donc intimement liées. Or, reconnaître c'est « admettre officiellement l'existence juridique de », mais c'est également « admettre pour vrai après avoir nié, ou

³⁷ CPT, *Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 11 au 17 juin 2003*, CPT/Inf (2004) 7.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ H.L.A. Hart, « Judicial decision », in *The Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963, p. 626, cité par F. Michaut, « Vers une conception post-moderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin », in *Droits*, n° 11, 1990, p. 107.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, *op. cit.*, p. 44.

après avoir douté, accepter malgré des réticences »⁴². Pour être légitime, la norme doit avoir été reconnue, ce terme renvoyant à nouveau à l'idée de processus. Le processus de réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire est lié à ce processus de reconnaissance.

« La légitimité d'une règle est indépendante de sa réalisation factuelle. Inversement, la valeur sociale et l'obéissance factuelle varient en fonction de la croyance des sociétaires juridiques à la légitimité, croyance qui s'appuie à son tour sur une supposition de légitimité, c'est à dire sur la justification possible des normes en question⁴³. » L'obéissance de l'administration à la norme, qui peut être considérée comme très relative, repose donc aussi sur la légitimité de cette norme pour l'administration. Pour Jürgen Habermas, « la légitimité des règles est fonction de la possibilité d'honorer leur exigence de validité normative par la discussion ; en dernière instance, elle est fonction de leur genèse au moyen d'une procédure législative fonctionnelle, ou du moins de la possibilité de les justifier d'un point de vue à la fois pragmatique, éthique et moral⁴⁴. » La justification de la norme participe donc de sa quête de légitimité, ce qui renvoie finalement au sens le plus simple de ce terme, à savoir, « qui est justifié ». Ce n'est donc plus l'application du droit mais la raison qui vient légitimer la norme. Il a donc fallu que l'administration pénitentiaire reconnaisse à cette norme une raison d'être. Dès lors, cette norme en créant un potentiel de ressources pour l'administration pénitentiaire a pu être considérée comme légitime par cette dernière.

La reconnaissance d'une légitimité à la norme externe correspond donc à un acte volontaire de l'administration. La légitimité de la règle n'est pas simplement fonction de ses qualités formelles et elle serait ici garantie par « les attentes de certaines conséquences spécifiques externes, par exemple l'intérêt⁴⁵ ». L'étude de la médiation du CPT a mis en évidence le même phénomène : cette institution a finalement été acceptée

⁴² J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003.

⁴³ J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, op. cit., p. 44.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ M. Weber, *Economie et société, Les catégories de la sociologie*, op. cit., p. 68. Max Weber parle lui de la légitimité d'un ordre qu'il choisit d'appeler « convention » et non pas « droit », dont la validité est garantie extérieurement par la chance d'une contrainte, grâce à l'activité d'une instance humaine, spécialement instituée à cet effet, qui force au respect de l'ordre et châtie la violation ». Nous ne souscrivons pas totalement à cette analyse, puisque nous avons pu constater que la simple existence de la CEDH ne suffisait pas à faire considérer par l'administration pénitentiaire l'article 3 CSDH comme une norme.

parce que son existence même a créé des opportunités pour l'administration pénitentiaire⁴⁶. Matériellement, la reconnaissance de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH et la nécessité de mettre en conformité les pratiques et normes de l'administration pénitentiaire ont pu justifier, de manière très pragmatique, des augmentations budgétaires. La justification de l'article 3 CSDH aux yeux de l'administration pénitentiaire repose sur le fait que l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants – mais aussi les mécanismes mis en place pour l'application de cette norme – est devenu un levier pour l'administration pénitentiaire. Ce n'est donc pas la justification éthique, ni la justification morale – celles-ci n'étant pas remises en cause par l'administration pénitentiaire – qui confèrent une légitimité à l'article 3 CSDH, mais bien une justification pratique, voire pragmatique. Une fois légitimée, la norme peut produire pleinement ses effets, puisque devant être appliquée, ce qui met finalement l'administration face à ses propres contradictions. La norme est acceptée pour ce qu'elle offre à l'institution, mais une fois la réception aboutie, elle deviendra source d'obligations, qui si elles ne sont pas remplies deviendront des transgressions. Or, transgression de l'interdit signifie que l'interdit est reconnu, reçu, est devenu Loi.

Valide, la norme supranationale a acquis une signification normative. L'interdit contenu dans l'article 3 CSDH a acquis le statut de norme juridique contraignante pour l'administration. Ce processus de réception implique donc la reconnaissance institutionnelle d'une signification normative, celle d'un caractère obligatoire à cette norme, mais surtout que cette norme puisse être considérée comme valide. Paradoxalement, et c'est l'intérêt de réfléchir en termes dynamiques et non statiques, le processus de réception de la norme externe par l'administration met en évidence que toutes ces phases de reconnaissance sont liées. La légitimité de la norme est également conditionnée par les ressources que cette norme peut offrir à l'administration. Au fond, la norme ne sera reconnue comme contraignante par l'administration parce que cette dernière peut trouver en elle un facteur nouveau de sa propre légitimation. Si la norme supranationale peut être considérée comme reçue par l'administration, c'est parce qu'elle a une raison d'être, un sens, qui légitime la reconnaissance de son caractère obligatoire.

⁴⁶ Supra deuxième partie, titre I, chapitre 1, II, B.

II – La norme, facteur de légitimation pour l’administration

La réception de la norme supranationale correspond à une ouverture des possibles pour l’administration. La norme a aussi pour effet d’habiliter l’administration « à faire certains actes, à émettre d’autres règles⁴⁷ ». Au final, si l’administration reconnaît l’obligatorité de cette norme, c’est parce qu’elle peut mobiliser la norme. En fait, la norme supranationale a offert à l’administration une légitimation de son activité. Or la quête de légitimité de l’administration est perpétuelle. L’action de l’Etat elle-même cherche à (re)trouver une légitimité malmenée. « La prison, à l’instar de la police, se présente bien comme l’un de ces lieux à partir duquel l’Etat se recompose aujourd’hui. L’administration pénitentiaire et la prison sont l’un des éléments du système régalien de l’Etat qui participe de la légitimité de son activité et de son autorité et qui, de fait participe, de sa reproduction sociale⁴⁸. » Cette recherche de légitimité dépasse donc l’administration pénitentiaire, et est commune à toute action administrative.

Cette utilisation de la norme comme vecteur de légitimation est ce qui va permettre une acceptation pleine et entière du caractère normatif, obligatoire et contraignant de la norme, alors que cette « instrumentalisation » – en ce que la norme devient un instrument, un « moyen » pour l’administration – pourrait signifier perte de la fonction régulatrice, transcendante du droit. Au lieu de relativiser le caractère normatif de la norme supranationale, son « instrumentalisation » participe de sa reconnaissance même. La norme supranationale peut ainsi devenir un formidable moyen de légitimation pour l’administration. Elle se révèle à la fois le soutien concret – extérieur – des réformes (A), mais elle permet plus largement la reconquête de la légitimité de l’institution (B).

A- La norme supranationale, soutien extérieur de la réforme

Barbara Delcourt, à propos de l’usage du droit international dans le processus de légitimation de la politique extérieure européenne, met en évidence que la « "juridicisation" du discours peut (...) être interprétée comme un exemple

⁴⁷ D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 391.

⁴⁸ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, p. 433.

particulièrement manifeste de légitimation par le droit d'une action politique »⁴⁹. Elle entend légitimation à la fois du processus de « production » (rendre, présenter comme légitime) et indirectement de réception de la légitimité (accepter, reconnaître comme légitime). Cette analyse transposée à la réception de la norme supranationale par l'administration pénitentiaire met en évidence que le droit international, et plus largement la norme exogène à l'administration, peut constituer une « idéologie commode, masquant notamment les contradictions entre acteurs » et « l'application sélective de principes » d'action de base⁵⁰. Il s'agit donc ici d'une légitimation par le droit de l'action administrative.

Dès lors, la norme supranationale peut venir répondre au déficit conjoncturel de légitimité, lié à la crise de l'Etat providence et aux mutations de l'Etat, et plus généralement à la crise structurelle que semble traverser le secteur public dans son ensemble. Certes, l'administration pénitentiaire pose définitivement un « problème de légitimité à l'Etat républicain⁵¹ », qui provient en fait de la place de cette institution dans la société. Le « rejet indifférencié du contenant et du contenu place le monde carcéral dans une poche d'oubli, de silence⁵² ». La justification de l'institution dans la société pose problème et « l'opération n'est pas simple : entre une justification sociale « honorable », comme la réhabilitation des délinquants par exemple, et les méthodes totalitaires, discrétionnaires et humiliantes que la prison continue de pratiquer, la contradiction est patente et nécessite, si l'on veut ne pas la voir, des contorsions intellectuelles trop douloureuses⁵³ ».

Dans cette quête de légitimité de l'administration pénitentiaire, et pour reprendre l'analyse formulée dans une étude sur le recours au placement sous surveillance électronique⁵⁴, « on peut de ce fait se demander si plus que d'autres, l'administration pénitentiaire n'a pas dû

⁴⁹ B. Delcourt, « Usages du droit international dans le processus de légitimation de la politique extérieure européenne », in *Droit et Société*, n° 49, 2001, p. 770.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, pp. 265 et s.

⁵² D. Lhuillier, N. Aymard, *L'univers pénitentiaire – Du côté des surveillants de prison*, coll. « Sociologie clinique », Paris, Desclée de Brouwer, 1997, p. 268.

⁵³ D. Kaminski, « Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison », in O. de Schutter et D. Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire, Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, coll. « La pensée juridique », Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 96.

⁵⁴ J.-C. Froment, M. Kaluszynski (dir.), *Sécurité et nouvelles technologies. Evaluation comparée dans cinq pays européens (Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Suisse) des processus de recours au placement sous surveillance électronique*, Rapport de recherche pour le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », Grenoble, CERDAP-CERAT, 2003, pp. 38 et s.

développer des stratégies de légitimation de ses réformes vis-à-vis du gouvernement notamment en recherchant et en faisant appel à des soutiens "extérieurs" ». Les institutions internationales, et plus généralement le droit international, permettent la légitimation des réformes, notamment par le « déplacement du débat du champ politique au champ juridique », permettant « le consensus autour de la question »⁵⁵. Et c'est à la fois vis-à-vis du politique, mais également au sein même de l'administration que la norme devient outil de légitimation. « La "juridicisation" du problème a évacué les débats politiques de fond et suscité une quasi-unanimité.⁵⁶ »

La norme supranationale devient un atout dans le processus de réforme de l'administration. Son caractère peut alors être mis en avant pour justifier la nécessité de la réforme, empêcher toute contestation. La norme n'est donc reconnue comme contraignante que si elle peut devenir une arme stratégique pour l'administration, un outil pouvant apporter des bénéfices à l'institution, un argument mobilisable. A partir du moment où l'administration peut instrumentaliser la norme⁵⁷ à des fins qui lui sont propres, elle accepte de la recevoir. Ce type de stratégies est finalement « caractéristique du modèle bureaucratique français⁵⁸ » et régit les rapports au sein de l'administration et entre l'administration et les administrés. Cependant, cette instrumentalisation risque de faire perdre au droit sa portée contraignante.

Il semble au contraire qu'elle n'est pas une relativisation de la norme, mais devient une condition même de la reconnaissance de son obligatorité par l'administration. La portée symbolique même de la norme peut alors être exploitée. Dans le champ des droits de l'homme, des libertés fondamentales, l'argument du respect des droits permet de mettre fin à tout débat. Au fond les avantages retirés par l'administration de la réception de la norme deviennent aussi déterminants que les éléments de contrainte y afférents.

Dan Kaminski, au sujet de l'administration pénitentiaire et s'appuyant sur l'exemple de l'administration anglaise⁵⁹, va encore plus loin envisageant « les droits comme

⁵⁵ B. Delcourt, *op. cit.*, p. 784.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 785.

⁵⁷ Ce terme d'instrumentalisation n'est aucunement péjoratif mais rend simplement compte du phénomène observable.

⁵⁸ D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 391.

⁵⁹ D. Kaminski, « Les droits de détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison », in O. de Schutter et D. Kaminski (dir.), *op. cit.*, p. 104.

instruments du managérialisme ». « Ainsi la transformation du statut de l'administration pénitentiaire (Prison service) et les règles du contracting out, manifestent l'entrée en force du modèle managérial, reposant sur deux soucis essentiels et contradictoires, produits dans un contexte avant tout économique délicat mais aussi politiquement conservateur : il s'agissait d'être tougher on crime tout en réduisant les coûts de l'incarcération, objectif contrarié par l'accroissement de la population pénitentiaire. Dans cette perspective sont donc promues et exigées, à des fins strictement économiques, l'efficience (une amélioration du rapport coûts-bénéfices dans la répression) et la productivité (un modèle d'évaluation standardisé de la performance des prisons selon des critères quantitatifs). » Dan Kaminski met ainsi en évidence que « si la vérité historique veut que le mouvement de promotion des droits soit un mouvement d'opposition à l'administration, l'analyse de la situation contemporaine permet de tisser un lien étonnant, dans divers lieux, entre managérialisme et prise en considération des droits : en effet le managérialisme contient un troisième souci, consumériste, qui se traduit dans le langage des droits de l'individu. Le consumérisme est le concept qui rend compte de la redéfinition du système pénal comme une industrie de service concernée par sa clientèle plutôt que comme un appareil constitutionnel de régulation publique.⁶⁰ »

Ainsi, lorsque l'Etat s'apprête à accorder ou reconnaît enfin des droits à une catégorie de personnes traditionnellement fragilisées par l'action étatique elle-même, cela n'est pas le seul fruit de la lutte à l'arraché d'un groupe social, de ses militants et représentants. La reconnaissance de droits substantiels ou procéduraux aux détenus trouve son expression lorsqu'elle est susceptible de produire des effets fonctionnels et symboliques plus rentables pour le système étatique (en l'occurrence pour son administration pénitentiaire) que les modalités antérieures, disciplinaires et arbitraires, de la régulation carcérale⁶¹. « Si le souci des conditions de vie et de limitation de l'arbitraire des institutions totales est évidemment présent dans l'évolution du discours des droits subjectifs des détenus, cette évolution est corrélative de la disparition ou de l'incertitude du discours sur les fonctions institutionnelles. C'est donc dans un contexte de perte de légitimité de l'institution et de "désenchantement de la réforme pénitentiaire" que le discours des droits apparaît, non seulement comme force d'opposition à l'arbitraire institutionnel et aux développements managériaux et technologiques de la prison, mais aussi comme source de légitimité

⁶⁰ *Ibidem*, p. 105.

⁶¹ *Ibid.*, p. 91.

nouvelle pour l'institution.⁶² » La promotion des droits peut alors servir à accroître la légitimité de l'institution ou à améliorer la représentation de cette légitimité⁶³.

B- La norme, légitimation de l'institution

« Au moment même où fait irruption dans le social l'idée et la pratique d'une déformalisation du droit et de l'instauration d'un ordre juridique négocié, un processus inverse de formalisation se passe derrière les murs de la prison : l'ordre négocié (plus qu'arbitraire peut-être) des relations carcérales serait remplacé par un ordre juridique formel... Deux interprétations tranchées d'une telle évolution s'opposent : la confiance en la capacité du droit à transformer la régulation d'un espace social et le pronostic de légitimation de l'institution⁶⁴. »

Deux types de difficultés sont rencontrées par l'administration pénitentiaire⁶⁵ : celles qui résultent de l'échec apparent de sa fonction de régulation sociale, les « symptômes » étant connus : surpopulation pénale, importance du taux de récidive⁶⁶, augmentation de la criminalité. La prison ne remplit donc pas sa mission de réinsertion, ni une fonction de dissuasion et ne répond pas aux standards minimum qui devraient gouverner son organisation. Les autres difficultés sont celles qui traduisent l'effritement du système d'organisation de cette administration, au niveau de « la stabilité et de la cohérence de son ordre interne⁶⁷ ». Ainsi, « le double système de légitimation de la prison pénitentiaire ne peut pas fonctionner si l'administration pénitentiaire ne parvient pas, d'une part, à se

⁶² D. Kaminski, « Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison », in O. de Schutter et D. Kaminski (dir.), *op. cit.*, p. 98.

⁶³ *Ibidem*, p. 96.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 93.

⁶⁵ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, pp. 16 et s.

⁶⁶ L'efficacité de la prison en ce qui concerne sa capacité à prévenir la récidive est peu convaincante. Les *Cahiers de démographie pénitentiaire* de mars 2004 (DAP, *Cahiers de démographie pénitentiaire – La récidive des sortants de prison*, Paris, Ministère de la justice, mars 2004, 4 p.) dressent un bilan sur une durée d'observation de cinq ans. « 52 % des personnes condamnées et sorties de prison en 1996/1997 ont commis une nouvelle infraction dans un délai de cinq ans après la libération, sanctionnée par une condamnation quelconque faisant l'objet d'une inscription au casier judiciaire avant le 1^{er} juin 2002 ». Le « taux de retour en prison est lui de 41 %. 48 % des détenus libérés n'ont pas eu de nouvelles infractions constatées, jugées et inscrites au casier judiciaire avant le 1^{er} juin 2002. Les chiffres confirment donc qu'un sortant de prison sur deux récidivera dans les cinq ans suivant sa libération. « Les résultats présentés dans ce cahier constituent une première. En effet, jusqu'à présent, aucune étude réalisée en France sur la « récidive » des sortants de prison (il s'agit ici des sortants de prison condamnés à une nouvelle peine ferme privative de liberté) n'a porté sur un échantillon représentatif de la population pénale condamnée. »

⁶⁷ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, pp. 16 et s.

montrer efficace dans sa fonction d'ordre public, et d'autre part, à s'intégrer dans le cadre de l'évolution des idées pénales et sociales. En effet, à partir du moment où celle-ci commence à révéler les limites de son rôle d'ordre public (...) et à manifester publiquement son échec dans sa fonction pénale (...), le double système de légitimation de la prison ne produit plus de sens et se traduit alors par de nombreux effets pervers.⁶⁸ »

L'administration pénitentiaire connaît une « crise de légitimation », à savoir une crise de son intégration sociale. Les analyses de Jürgen Habermas⁶⁹ permettent de mettre en évidence que la crise traversée par cette institution est une crise globale, née de la conjonction de deux crises sectorielles, celle de « l'intégration du système », ou de « régulation » et celle de « l'intégration sociale », ou de « légitimation »⁷⁰. La crise de l'intégration du système, « crise de ses mécanismes de régulation », est la « conséquence d'une autre crise qui la surdétermine, à savoir celle de l'intégration sociale du système carcéral, des fondements de la légitimité de ce secteur dans la société⁷¹ ».

Dans cette perspective, les deux crises sont liées, l'une découlant de l'autre. Ainsi, les mutations dans le système de régulation tendent à renforcer le système de légitimation et ont d'ailleurs pour vocation ultime de remplir ce rôle. Le recours à la déontologie ou la mise en place dans le secteur sensible de la sécurité d'une AAI comme la CNDS permet de légitimer le secteur pénitentiaire, et plus largement l'activité de l'Etat dans ce domaine. Il s'agit donc de mettre fin à la crise de régulation pour tenter de mettre fin à la crise de légitimation, ce qui peut paraître paradoxal, dans la mesure où cette légitimité était exogène et tend à devenir endogène. La crise de régulation ne semblant trouver de solution, la crise de légitimation tend à se maintenir. Le référentiel des droits de l'homme permet une légitimation de l'institution carcérale vis-à-vis de l'extérieur, celui-ci deviendrait « un mode de légitimation sociale externe du secteur carcéral⁷² ».

⁶⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁹ J. Habermas, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, coll. « Critique de la politique », Paris, Payot, 1988, p. 13.

⁷⁰ J.-C. Froment, *Les mécanismes de régulation et de légitimation du corps des surveillants de prison. Aspects juridiques et socio-politiques*, Thèse de doctorat d'administration publique, Grenoble II, 1994, pp. 12 et s.

⁷¹ J.-C. Froment, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, *op. cit.*, p. 19.

⁷² J.-C. Froment, *Les surveillants de prison*, coll. « La Justice au quotidien », Paris, L'Harmattan, 2003, p. 56.

La question de la légitimité de l'administration pénitentiaire est intimement liée à celle de l'enfermement, comme seule incarnation de ses missions⁷³. Questionnée, la peine privative de liberté est loin d'être une peine « normale » dont il ne faudrait plus interroger le sens, ni la raison d'être. Si « le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions et sentences pénales et au maintien de la sécurité publique » et « favorise la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire »⁷⁴ la fonction emblématique d'enfermement ne peut être considérée comme une simple application de cette mission⁷⁵. Par ailleurs, la mission réelle de l'institution est questionnée. « La réhabilitation, comme but central de la peine de prison, s'affaïsse progressivement au profit d'objectifs de rétribution, de neutralisation, et de gestion du risque⁷⁶ ».

La mission impartie à l'administration pénitentiaire ne correspond donc plus à la mission réellement confiée à cette institution. A partir du moment où la fonction de la peine privative de liberté n'est pas réellement celle qui lui est assignée par la société, comment en attendre la réalisation d'objectifs qui ne sont pas les siens ? Ainsi, l'analyse faite de l'institution carcérale, à l'occasion d'une étude du droit pénitentiaire en Belgique, s'applique totalement à la situation française : « les buts affichés officiellement par l'institution non seulement ne peuvent être atteints par les moyens qu'elle met en œuvre, mais s'avèrent aussi antinomiques par rapport à des nécessités intrinsèques – au premier rang desquelles figure la sécurité – qui renvoient à cet autre but de l'institution qu'est

⁷³ L'illégitimité de l'administration pénitentiaire tient tout d'abord à sa fonction même qui est celle de l'enfermement, la création d'un espace carcéral. La privation de liberté elle-même est questionnée, considérée comme incapable de remplir sa mission de garde et de réinsertion. Souvent réduite à sa fonction d'enfermement, l'administration pénitentiaire souffre de l'inefficacité de l'enfermement. Claude Faugeron pose le problème du discours sur l'enfermement carcéral : la fonction d'enfermement et la fonction de punition sont assimilées, alors que l'enfermement sans la peine et les peines sans l'enfermement sont les plus courants (C. Faugeron, « Réformer la prison ? Une perspective historique », in C. Veil et D. Lhuilier (dir.), *La prison en changement*, coll. « Trajets », Ramonville Saint-Agne, Erès, 2000, p. 32.). Par ailleurs, l'échec des fonctions correctives et d'amendement de la peine privative de liberté, ses effets de stigmatisation et d'identification au « rôle » délinquant, ses déficits de légitimité démocratique sont connus. (Y. Cartuyvels, in O. de Schutter et D. Kaminski (dir.), *op. cit.*, p. 113.)

⁷⁴ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JO*, 23 juin 1987

⁷⁵ Gilles Chantraine évoque ainsi le passage de la prison comme « dispositif normalisateur » à une prison « gestionnaire du risque ». G. Chantraine, « Mutations de l'emprise carcérale », in *Ecorev*, <http://ecorev.org>, janvier 2004.

⁷⁶ G. Chantraine, « Mutations de l'emprise carcérale », *op. cit.* Gilles Chantraine, s'appuyant sur l'analyse de Zygmunt Bauman, prend l'exemple des tentatives réalisées pour remettre les détenus sur le chemin du travail, qui ne peuvent avoir de sens que par l'existence effective du travail. « Dans les circonstances actuelles, le confinement devient plutôt une alternative à l'embauche, une manière de neutraliser une partie considérable de la population dont on n'a plus besoin dans la production, qu'on ne peut pas "remettre" au travail tout simplement parce qu'il n'y en a plus. »

l'assurance de la privation de liberté ; la multiplicité des buts contient dès lors en elle une contradiction qui serait surdéterminante par rapport à la carence de moyens⁷⁷ ».

Au-delà de ce questionnement, c'est l'institution elle-même qui souffre d'un réel déficit de légitimité. La fonction symbolique forte de la norme reçue est donc essentielle. Edicté à un moment clé de la reconnaissance de droits fondamentaux attachés à la personne humaine, l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants incarne la volonté de faire du respect de la dignité une valeur fondamentale de nos sociétés démocratiques. Il appartient de ce fait à ce bloc de droits qui peut constituer un nouveau référentiel affiché des politiques pénitentiaires. La réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire correspond donc à un mouvement de reconnaissance des droits en prison, et permet à l'administration pénitentiaire de trouver une légitimité qui lui manque cruellement, non seulement dans son action, mais dans son existence même.

La réception de la norme supranationale montre la force de la légitimation par le droit. Cette légitimation est à la fois conséquence et cause de cette réception. « Si l'impératif d'efficacité prime désormais sur le souci de la régulation juridique, c'est aussi parce que l'expertise, la compétence remplacent la légalité dans le système de légitimation de l'administration⁷⁸ ». La réception de la norme supranationale s'intègre désormais dans cette logique. La norme externe trouve ici sa place dans le système de légitimation de l'administration, ce qui consacre pleinement sa réception par cette dernière. Le processus étudié mené à son terme aboutit bien à la réception de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire, révélant la place de cette dernière dans la production normative. Plus largement, l'administration pénitentiaire permet d'appréhender un processus général du rapport de l'administration au droit. Autonome, l'administration reçoit la norme supranationale, mais au terme d'un processus complexe. Si la norme supranationale est reconnue comme norme juridique contraignante c'est parce que différentes opérations clés interviennent dans ce processus, mais aussi parce que la reconnaissance de la juridicité de la norme est consentie par l'administration :

⁷⁷ F. Bartholeyns, J. Béghin, P. Bellis, P. Mary, « Le droit pénitentiaire en Belgique : limite aux contraintes carcérales ? », in O. de Schutter et D. Kaminski (dir.), *op. cit.*, p. 155.

⁷⁸ D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 392.

la norme doit pouvoir offrir des ressources suffisantes à l'administration pour qu'elle accepte cette réception.

CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE

Le processus de réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire révèle, met en question le rapport de l'administration au droit. Ce processus met ainsi plusieurs éléments extrêmement importants dans la compréhension de ce rapport. Il permet tout d'abord de rappeler que la norme n'a pas de signification normative absolue et intangible¹. Il rappelle ensuite que l'administration, destinataire de la norme, a un rôle fondamental à jouer dans la reconnaissance du caractère contraignant de cette norme. Enfin, il met en évidence que sans interventions extérieures à l'administration, la réception de la norme ne peut avoir lieu. Ainsi, le rapport de l'administration à la norme juridique ne peut s'envisager que dans une perspective dynamique et dans une logique de processus.

L'administration pénitentiaire reconnaît désormais l'obligatorité de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH, au terme d'un processus complexe de réception. L'étude de ce processus de réception de cette norme par l'administration pénitentiaire a permis d'appréhender au travers d'un prisme, finalement peu déformant, et plutôt grossissant, la réalité du rapport de l'administration au droit, à son droit. Le principe de légalité est un principe qui gouverne les relations juridiques au sein du système juridique français. Pour autant, il ne permet pas d'épuiser la relation de l'administration au droit. L'administration agit pleinement dans la production de son droit, dans la production du droit. Auto-nome, elle crée son propre système normatif, en dépit de la hiérarchie des normes instituées sous la V^{ème} République.

L'idée que l'administration est auto-nome et que le principe de légalité ne permet pas de rendre compte de la réalité du rapport de l'administration au droit n'est pas nouvelle. L'étude du champ pénitentiaire permet néanmoins de donner corps à des analyses théoriques, de les vérifier. La relation de l'administration pénitentiaire à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants a permis de révéler, de questionner ces fondements théoriques pour démontrer leur validité par leur confrontation à des

¹ D. Lochak, « Le principe de légalité, Mythes et mystifications », in *AJDA*, 1981, p. 391.

observations empiriques. La norme juridique n'est pas norme contraignante du simple fait de son existence « légale ». Elle ne le devient que par le truchement d'intermédiaires, l'imbrication d'opérations de transformation. Soumis à différents rites de passage, le texte devient norme.

Cette norme n'est d'ailleurs pas la transcription de la norme originale. Les diverses opérations du processus, qu'il s'agisse des médiations intervenues, ou de la transposition administrative, l'ont modifiée. Mais au final, la norme supranationale est reçue par l'administration. L'interprétation donnée par l'administration est finalement « source d'obligations juridiques² », à l'attention de ses agents, mais au-delà, à l'attention des « usagers », de l'administré. Le système normatif créé par l'administration concerne l'ensemble des relations juridiques incluant l'administration. A partir de là, ce n'est pas simplement le rapport à la norme qui est mis en question, mais bien la cohérence globale du système juridique. La construction de la juridicité d'un texte révèle ainsi les limites des modèles d'appréhension du droit, tout en mettant en évidence que la cohérence ne disparaît pas, simplement que la complexité gouverne cette construction.

² P. Combeau, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », in *RFDA*, novembre-décembre 2004, p. 1074.

CONCLUSION

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales fait partie des sources de la légalité administrative. A ce titre, l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH appartient à ces sources, et l'administration pénitentiaire comme toute autre administration se doit de l'appliquer. Or la seule existence de ce texte juridique ne suffit pas à lui donner une signification normative pour l'administration pénitentiaire. L'existence du principe de légalité et l'appartenance de l'article 3 CSDH à un système juridique lui reconnaissant une valeur juridique dans l'ordre interne supérieure aux lois ne suffisent pas à faire de l'interdit contenu dans cet article une norme juridique contraignante pour l'administration pénitentiaire, contrairement à ce qu'une lecture positiviste du rapport de l'administration au droit laisse supposer. Alors même que des situations/pratiques potentiellement attentatoires à l'article 3 CSDH ont pu, peuvent, être observées dans les établissements pénitentiaires, et que l'administration pénitentiaire en a connaissance, cette administration a pu considérer l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants comme facultatif. Ainsi, la reconnaissance de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH comme norme juridique contraignante par l'administration pénitentiaire, la réception de cette norme, n'est pas automatique. L'action administrative ne peut donc se réduire à la simple traduction fonctionnelle du principe de légalité¹.

A partir de là, il s'est agi de savoir comment un texte juridique est susceptible d'acquérir une signification normative pour le système auquel il est destiné. A travers l'étude des documents officiels concernant l'administration pénitentiaire, des analyses doctrinales, mais surtout grâce aux entretiens réalisés, il a été possible de mettre à jour des éléments clés de la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire, mais également des éléments de blocage de cette réception. Il s'avère ainsi que la norme ne peut acquérir une force juridique contraignante qu'au terme d'un processus de réception dans lequel interviennent des opérations complexes, étroitement liées les unes aux autres.

Il a été possible de mettre à jour deux types d'opérations : des opérations de médiations – interventions extérieures à l'administration pénitentiaire participant du processus, soit par la contrainte, telle l'intervention de la CEDH ou du Conseil d'Etat, soit par d'autres

¹ Henri Deroche fait ainsi référence à cette expression de Marcel Waline, « l'impérialisme du droit administratif », pour évoquer la capacité du pouvoir réglementaire à infléchir des textes légaux par la voie des décrets qui, seuls, précisent l'application stricte de la loi. H. Deroche, *Les mythes administratifs*, Paris, PUF, 1966, p. 177.

mécanismes, telle la médiation du CPT ou de la CNDS – et une opération de transposition administrative – traduction de la norme supranationale par l’administration pénitentiaire dans son corpus juridique interne reconnu comme contraignant. Par ailleurs, il a pu être constaté que des obstacles forts à la réception de la norme pouvaient ralentir, parfois durablement, cette réception : ainsi de la longue absence de contrôle réel de l’administration pénitentiaire ou de la réalisation prioritaire par cette administration d’un objectif, la sécurité, difficilement conciliable avec la réception de l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH. Quoiqu’il en soit, il est possible d’affirmer que l’interdit contenu dans l’article 3 CSDH est désormais reçu par l’administration pénitentiaire. Ainsi, ce travail a permis de mettre en lumière les opérations participant de la construction administrative de la juridicité d’un texte.

La norme externe à l’administration ne peut donc être considérée par cette dernière comme norme juridique contraignante sans le rite de passage, sans le processus de réception analysé. Au-delà, l’administration en interprétant la norme juridique, la produit. Plus encore, en choisissant de l’interpréter ou de ne pas le faire, elle crée son propre système juridique à la marge du système « légal ». Le principe de légalité ne serait donc qu’une injonction de principe, qui doit cependant exister, un « devoir-être » administratif. Danièle Lochak questionnait, il y a plus de vingt ans, la pertinence de ce principe : « le principe de légalité, pour l’instant, n’est pas directement remis en cause ; c’est encore lui qui fait tenir ensemble l’édifice constitutionnel des démocraties libérales. Mais combien de temps peut subsister une théorie si elle est constamment démentie par les faits ?² »

Ce travail a ainsi eu pour objet de démontrer qu’un texte juridique valide, au sens kelsenien du terme, quand bien même serait-il hautement symbolique comme l’est l’article 3 CSDH, n’est pas reconnu comme contraignant par l’administration pénitentiaire du simple fait de son existence au sein d’un système juridique positivement valide. Il ressort effectivement de ce travail que le rapport de l’administration pénitentiaire à la norme supranationale, et plus largement à la norme qui lui est externe, ne peut se résumer à cette conception traditionnelle. La réception de la norme externe par cette administration dépend d’opérations complexes : l’administration ne reconnaît le caractère contraignant de la norme qu’au terme d’un processus de réception. Ce processus de réception

² D. Lochak, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », in *AJDA*, 1981, p. 392.

administrative de la norme supranationale permet ainsi de questionner plus généralement le rapport de l'administration au droit.

L'administration pénitentiaire s'est ainsi avérée un terrain privilégié pour l'étude du processus de réception de la norme externe par l'administration³ et l'article 3 CSDH, quant à lui, un texte tout à fait pertinent – son non-respect dans une démocratie interrogeant les fondements de cette société⁴ : ce que la CNDS met clairement en évidence dans son dernier rapport, « une fracture s'établit, pouvant amener des citoyens à pouvoir douter de vivre dans un Etat de droit s'ils ne sont pas traités comme tels⁵ ». L'étude du rapport d'une telle administration à une telle norme a ainsi permis de mettre particulièrement en relief un processus qui ne lui est pas spécifique. Il ne s'agissait donc pas de diaboliser l'administration pénitentiaire en faisant d'elle une institution sur laquelle le droit n'a pas de prise. Devenant le reflet représentatif de l'administration, l'étude de son rapport au droit a permis de mettre en évidence, avec force, des phénomènes administratifs généraux. Dans le champ de la sécurité intérieure notamment, la police nationale aurait pu offrir un autre terrain d'observation de la difficile réception de cette norme hautement symbolique qu'est l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. La difficulté résiderait alors dans l'étude de l'effectivité de la réception de la norme. Alors qu'on peut considérer que l'administration pénitentiaire a reçu la norme supranationale, la qualité de cette réception peut être questionnée pour la police nationale⁶. La condamnation de la France par la CEDH pour « torture » du fait d'actes commis par les forces de police⁷, alors même que le code de déontologie de la police nationale existait déjà⁸, interroge le rapport de la police nationale à la norme supranationale.

L'étude du processus de réception de la norme supranationale par l'administration pénitentiaire a permis de mettre en évidence avec une particulière acuité des phénomènes observables dans d'autres administrations. La construction administrative de la juridicité

³ Elle se présentait comme une administration emblématique de la résistance à l'extérieur, de la clôture.

⁴ Du fait, notamment du contexte de son élaboration, et de la norme qu'il contient. L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est une norme symbolique forte,

⁵ Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 522.

⁶ Amnesty International, *France : pour une véritable justice. Mettre fin à l'impunité de fait des agents de la force publique*, Paris, Amnesty International, avril 2005, 73 p.

⁷ CEDH, *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, Grande Chambre, req. n° 25803/94, *CEDH 1999-V, GACEDH*, n° 11.

⁸ Décret n° 88-592 du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale, *JO*, 19 mars 1986.

des textes n'est pas du tout spécifique à l'administration pénitentiaire française. Par exemple, André-Jean Hoekema s'est appuyé sur l'institution de l'assistance familiale aux Pays-Bas, pour mettre en évidence la place des fonctionnaires de cette institution dans la création normative. « L'administration dans sa vie quotidienne, produit des règles, des images, des principes, qui, pour le public, dévoilent et déterminent le droit comme un ordre imposé.⁹ » Le rapport de l'administration au droit et le processus de réception de la norme externe par l'administration dépassent ainsi une lecture traditionnelle du rapport hiérarchique, de la hiérarchie des normes et du principe de légalité. Le rôle de l'administration dans la production de la norme est finalement celui d'un interprète authentique de la norme juridique¹⁰ : la norme interprétée par l'administration devient la seule norme valide, cette interprétation crée du droit, crée le droit. L'administration acquiert de fait le statut d'organe d'application du droit¹¹.

Il ne s'agissait pas de développer, dans cette recherche, un champ conceptuel nouveau. Ce travail s'inscrit dans la lignée des travaux déjà réalisés sur l'administration publique¹², principalement les travaux de science administrative¹³. Ce travail sur la réception de la norme supranationale par une administration particulière, l'administration pénitentiaire, a ainsi permis de valider des hypothèses théoriques par une confrontation de ces hypothèses à la réalité administrative. Il s'est agi de puiser dans la réalité administrative des éléments validant ces travaux antérieurs, sans refuser pour autant toute construction abstraite, et dans la perspective de « sociologie administrative du droit » qui a dominé ce travail¹⁴.

⁹ A.-J. Hoekema, « La production des normes juridiques par les administrations », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 303.

¹⁰ P. Combeau, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », in *RFDA*, 2004, p. 1072.

¹¹ Selon la conception positiviste de l'interprétation authentique, formulée par Hans Kelsen dans la *Théorie pure du droit*.

¹² En ce sens, l'ouvrage de Lucien Nizard, Bruno Jobert et Pierre Muller nous a véritablement servi de base théorique. L. Nizard, B. Jobert, P. Muller *Eléments pour une nouvelle approche de l'Etat*, Grenoble, Institut d'Etudes Politiques / CERAT, 1977, 222 p.

¹³ Ce travail s'est beaucoup appuyé sur les travaux de science administrative menés par Danièle Lochak et Jacques Chevallier. J. Chevallier, D. Lochak, *Science administrative, Tome 1 : Théorie générale de l'institution administrative*, Paris, LGDJ, 1978, 576 p. et *Tome 2 : L'administration comme organisation et système d'action*, Paris, LGDJ, 1978, 697 p. Mais aussi sur les travaux du CURAPP : Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *L'institution*, Paris, Presses universitaires de France, 1981, 411 p. Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, 230 p.

¹⁴ Cette notion de « sociologie administrative du droit » a été utilisée pour rendre compte de la volonté de saisir les processus administratifs généraux qui sont à l'œuvre dans la production du droit et ses évolutions. Cette notion a été développée dans la troisième partie de cette thèse.

Ainsi la portée de ce travail se situe au niveau de sa capacité à fonder empiriquement des hypothèses fortes, et ainsi les renouveler.

L'étude du rapport de l'administration au droit est cependant loin d'être épuisée. Alors que l'administration est confrontée à une profusion normative, au problème de l'articulation des normes entre elles et à la multiplication des échelons normatifs, au risque d'une véritable perte de cohérence, voire de coexistence de normes contradictoires, qu'en est-il du rapport de l'administration au droit dans ce contexte, où les échelons territoriaux et supranationaux ne cessent de se renforcer ? Qu'en est-il alors du rapport au droit de l'administration, de sa place dans la construction normative dès lors que s'opère la perte de la centralité ?

Par ailleurs, la question de la construction administrative de la juridicité des textes interroge plus largement le processus permettant à la norme, quelle qu'elle soit, d'acquérir une force juridique contraignante pour d'autres institutions que l'administration, voire dans tous les secteurs de la vie sociale. Quelles sont alors les opérations nécessaires à la construction de la juridicité de textes pour ces autres destinataires ?

« Nous savons déjà que toute théorie, y compris scientifique, ne peut épuiser le réel, et enfermer son objet dans ses paradigmes. Elle est condamnée à demeurer ouverte, c'est-à-dire inachevée, insuffisante, béante sur l'incertitude et l'inconnu, mais de par cette brèche qui est en même temps sa bouche affamée, poursuivre sa recherche, élaborer une méta-théorie, qui elle-même à son tour...¹⁵ »

¹⁵ E. Morin, *Le paradigme perdu : la nature humaine*, coll. « Points », Paris, Ed. du Seuil, 1986, p. 229.

BIBLIOGRAPHIE :

MANUELS ET DICTIONNAIRES :

ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 758 p.

CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., 2004, 809 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, coll. « Domat droit public », Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, 1427 p.

COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, coll. « Domat droit public », Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2004, 809 p.

HEYMANN-DOAT Arlette, *Libertés publiques et droits de l'homme*, coll. « Systèmes », Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, 318 p.

HERZOG-EVANS, *Droit de la sanction pénitentiaire*, coll. « Dalloz référence », Paris, Dalloz, 2004, 454 p.

ISRAEL Jean-Jacques, *Libertés publiques*, coll. « Manuel », Paris, Montchrestien, 1998, 596 p.

LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Armand Colin, 6^{ème} éd., 2003, 538 p.

LECLERCQ Claude, *Libertés publiques*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2003, 363 p.

MADIOT Yves, *Droits de l'homme*, Paris, Armand Colin, 2^{ème} éd., 1991, 230 p.

MORANGE Jean, *Libertés publiques*, coll. « Droit fondamental », Paris, Presses universitaires de France, 2000, 460 p.

OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2004, 814 p.

PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, coll. « Thémis Droit privé », Paris, Presses universitaires de France, 2^{ème} éd., 2001, 479 p.

PONTIER Jean-Marie, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, coll. « Les fondamentaux », Paris, Hachette, 2001, 157 p.

RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2003, 701 p.

RIVERO Jean, *Libertés publiques, Tome 1 : Les droits de l'homme*, coll. « Thémis », Paris, Presses universitaires de France, 8^{ème} éd., 1997, 262 p. et *Tome 2 : Le régime des principales libertés*, coll. « Thémis », Paris, Presses universitaires de France, 6^{ème} éd., 1996, 417 p.

RIVERO Jean, WALINE Jean, *Droit administratif*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 19^{ème} éd., 2002, 558 p.

ROBERT Jacques, DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, coll. « Domat Droit Public », Paris, Montchrestien, 7^{ème} éd., 1999, 909 p.

SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, coll. « Universités francophones », Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

SUDRE Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, coll. « Droit fondamental », Paris, Presses universitaires de France, 6^{ème} éd., 2003, 665 p.

VAN LANG Agathe, GONDOUIN Geneviève, INSERGUET-BRISSET Véronique, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Armand Colin, 2002, 340 p.

WACHSMANN Patrick, *Les droits de l'homme*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2002, 180 p.

WACHSMANN Patrick, *Libertés publiques*, coll. « Cours », Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2002, 570 p.

RECUEILS DE TEXTES FONDAMENTAUX ET DE JURISPRUDENCE :

COHEN-JONATHAN Gérard, *La protection internationale des droits de l'homme. Europe*, coll. « Documents d'études. Droit international public », Paris, La documentation française, 2002, 65 p.

Constitution française du 4 octobre 1958, coll. « Documents d'études. Droit constitutionnel et institutions politiques », Paris, La documentation française, 2003, 52 p.

FAVOREU Louis, PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, coll. « Grands arrêts », Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2003, 1058 p.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, coll. « Grands arrêts », Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, 962 p.

SALVIA Michel (de), *Compendium de la CEDH : les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 1 :

jurisprudence 1960 à 2002, Kehl, Strasbourg, Arlington, N. P. Engel Publisher, 2003, 865 p.

SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2^{ème} éd., 2004, 645 p.

OUVRAGES :

ACKERMANN Werner, *Police, justice, prisons : trois études de cas*, Paris, L'Harmattan, 1993, 181 p.

ALDERSON John, *Les droits de l'homme et la police, Actes du Séminaire du Conseil de l'Europe des 6 et 8 décembre 1995*, Strasbourg, Les Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 199 p.

ALFREDSSON Gudmundur, MACALISTER-SMITH Peter, *The living law of nations – Essays in memory of Atle Grahl-Madsen*, Kehl, Strasbourg, Arlington, N. P. Engel Publisher, 1996, 467 p.

AMOUREOUS Charles, BLANC Alain (dir.), *Erving Goffman et les institutions totales*, coll. « Logiques sociales », Paris, L'Harmattan, 2001, 314 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, LGDJ, 1998, 663 p.

ARENDT Hannah, *On violence*, New York, Harcourt Brace Jovanovich Publishers, 1970, 106 p.

ASSOCIATION NATIONALE DES VISITEURS DE PRISON – NATIONAL ASSOCIATION FOR THE CARE & RESETTLEMENT OF OFFENDERS – PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Le contrôle des conditions de détention dans les prisons d'Europe. Actes du Colloque européen*, Marly le Roi, 25-27 octobre 1996, Paris, Penal Reform International, 1997, 208 p.

ASSOCIATION POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE, *La mise en œuvre de la Convention européenne de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Bilan et perspectives après cinq ans d'existence, Actes du séminaire du 5 au 7 décembre 1994 à Strasbourg*, Genève, Association pour la prévention de la torture, 1995, 409 p.

ASTIERES Philippe, LASCOUMES Pierre (dir.), *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, 361 p.

ARNAUD André-Jean, *Pour une pensée juridique européenne*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1991, 304 p.

ASSIER-ANDRIEU Louis, *Le droit dans les sociétés humaines*, coll. « Essais et recherches – Sciences sociales », Paris, Nathan, 1996, 316 p.

BADINTER Robert, *La prison républicaine : 1871-1914*, Paris, Fayard, 1992, 429 p.

BANDET Pierre, *Les obligations des fonctionnaires des trois fonctions publiques*, coll. « Gestion publique », Paris, Berger-Levrault, 1996, 172 p.

BANDET Pierre, *L'action disciplinaire dans les trois fonctions publiques*, coll. « Gestion publique », Paris, Berger-Levrault, 1997, 149 p.

BECHILLON Denys (de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.

BENTHAM Jeremy, *Déontologie, ou Science de la morale* [Document électronique], vol. 1, Numérisation BNF de l'édition de Paris : Charpentier, 1834, 410 p.

BERNARD Dominique, *La protection fonctionnelle des agents publics*, coll. « Dossiers d'Experts », Voiron, La Lettre du Cadre Territorial, 1997, 84 p.

BERNARD Marie-Julie, *Déontologie et rapport hiérarchique dans la sécurité intérieure*, Mémoire de DEA d'administration publique, Faculté de Droit, Grenoble II, 2000, 110 p.

BOLLE Pierre-Henri (dir.), *Droits fondamentaux et détention pénale, Actes du 7^{ème} Colloque international de la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire Neuchâtel, 3 au 7 octobre 1992*, Neuchâtel, Editions Ides et Calendes, 1993, 264 p.

BOUCAUD Pascale (dir.), *Les droits de l'homme dans la ville. Actes du Colloque, Lyon, 20 novembre 1993, Revue de l'Institut des droits de l'homme*, Lyon, Institut des droits de l'homme de l'Université de Lyon, n° spécial, 1994, 251 p.

BRACONNIER Stéphane, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 590 p.

BRAUD Philippe (dir.), *La violence politique dans les démocraties européennes occidentales*, coll. « Cultures & Conflits », Paris, L'Harmattan, 1993, 415 p.

BRUNETEAUX Patrick, *Maintenir l'ordre : les transformations de la violence d'Etat en régime démocratique*, Paris, Presses de Sciences Politiques, 1996, 345 p.

CAILLOSSE Jacques, HARDY Jacques, *Droit et modernisation administrative*, coll. « Perspectives », Paris, La documentation française, 2000, 123 p.

CANIVET Guy (Commission présidée par), *Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la justice, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, et Annexes*, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, La Documentation française, 2000, 263 p. et 339 p.

CARTUYVELS Yves, DIGNEFFE Françoise, PIRES Alvaro et al., *Politique, police et justice au bord du futur*, coll. « Logiques sociales », Paris, L'Harmattan, 1998, 393 p.

- CASADAMONT Guy, PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004, 279 p.
- CASTEL Robert, *L'ordre psychiatrique, L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Editions de Minuit, 1976, 334 p.
- CASTELNAU Régis (de), RAULT Florence, *Le fonctionnaire et le juge pénal*, Montreuil, Editions du Papyrus, 1997, 258 p.
- CASSESE Antonio, *Inhuman states. Imprisonment, detention and torture in Europe today*, Cambridge, Polity Press, 1996, 141 p.
- CASSESE Antonio, *Le contrôle international concernant les personnes privées de liberté, 7^{ème} Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 16, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, 12 p.
- CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *L'institution*, Paris, Presses universitaires de France, 1981, 411 p.
- CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, 230 p.
- CERE Jean-Paul, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 1999, 400 p.
- CERE Jean-Paul (dir.), *Panorama européen de la prison*, coll. « Sciences criminelles », Paris, L'Harmattan, 2002, 256 p.
- CHALOM Maurice, *Le policier et le citoyen*, Montréal, Liber, 1998, 164 p.
- CHAMBON François, GASPON Olivier, *La déontologie administrative*, coll. « Systèmes », Paris, LGDJ, 1997, 174 p.
- HAZEL François, COMMAILLE Jacques, *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1991, 426 p.
- CHESNAIS Jean-Claude, *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*, Paris, Laffont, 1981, 436 p.
- CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, coll. « Clefs. Politique », Paris, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2003, 160 p.
- CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, coll. « Thémis. Science politique », Paris, Presses universitaires de France, 3^{ème} éd., 2002, 633 p.
- CHEVALLIER Jacques (dir.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 2, Paris, Presses universitaires de France, 1979, 330 p.

CHEVALLIER Jacques, LOCHAK Danièle, *Science administrative, Tome 1 : Théorie générale de l'institution administrative*, Paris, LGDJ, 1978, 576 p. et *Tome 2 : L'administration comme organisation et système d'action*, Paris, LGDJ, 1978, 697 p.

CLAM Jean, *Droit et société chez Niklas Luhmann : fondés en contingence*, coll. « Droit, éthique, société », Paris, Presses universitaires de France, 1997, 387 p.

CLAM Jean, MARTIN Gilles (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, 454 p.

CLIGMAN Olivia, GRATIOT Laurence, HANOTEAU Jean-Christophe, *Le droit en prison*, coll. « Etats de droit », Paris, Dalloz, 2001, 342 p.

CLIQUENNOIS Martine (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français. Vademecum de pratique professionnelle*, Paris, Montréal, L'Harmattan, 1997, 320 p.

COLLIARD Claude-Albert, TIMSIT Gérard (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1988, 319 p.

COLLECTIF « OCTOBRE 2001 », *Comment sanctionner le crime ?*, coll. « Trajets », Ramonville Saint-Agne, Erès, 2002, 147 p.

COMMAILLE Jacques, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, coll. « Droit, éthique, société », Paris, Presses universitaires de France, 1994, 275 p.

COMMAILLE Jacques, JOBERT Bruno (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1999, 381 p.

COMBESSIE Philippe, *Sociologie de la prison*, coll. « Repères », La Découverte, Paris, 2001, 122 p.

COUSTEAUX Gilbert, LOPEZ-TERRES Patrick, *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses principales applications par la jurisprudence française*, coll. « Les documents pratiques de l'ENM », Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'Ecole nationale de la magistrature, 1992, 121 p.

CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, coll. « Points », Paris, Ed. du Seuil, 1992, 500 p.

DARCY Gilles, *La responsabilité de l'administration*, coll. « Connaissance du droit – Droit public », Paris, Dalloz, 1996, 157 p.

DEBUYST Christian, DIGNEFFE Françoise, PIRES Alvaro, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, coll. « Perspectives criminologiques », Bruxelles, Montréal, Ottawa, De Boeck Université – Les presses de l'université de Montréal – Les presses de l'université d'Ottawa, 1998, 518 p.

DECOCQ André, MONTREUIL Jean, BUISSON Jacques, *Le droit de la police*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 1998, 868 p.

DELEUZE Gilles, *Deux régimes de fou, textes et entretiens, 1975-1995*, Paris, Les éditions de minuit, 2003, 383 p.

DELEUZE Gilles, *Foucault*, coll. « Critique », Paris, Les Editions de Minuit, 1986, 141 p.

DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1986, 332 p.

DELMAS-MARTY Mireille, *Pour un droit commun*, coll. « La librairie du XX^{ème} siècle », Paris, Ed. du Seuil, 1994, 306 p.

DELMAS-MARTY Mireille, *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 512 p.

DELMAS-MARTY Mireille, *Vers un droit commun de l'humanité*, coll. « Conversations pour demain », Paris, Textuel, 1996, 126 p.

DELMAS-MARTY Mireille, LUCAS DE LEYSSAC Claude (dir.), *Libertés et droits fondamentaux : introduction, textes et commentaires*, coll. « Points Essais », Paris, Ed. du Seuil, 2^{ème} éd., 2002, 468 p.

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION, *Déontologie du fonctionnaire : Actes du colloque du 7 novembre 1996*, Paris, Berger-Levrault, n° 153, supplément aux *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, 1997, 120 p.

DE SCHUTTER Olivier, KAMINSKI Dan (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, coll. « La pensée juridique », Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, 308 p.

DE SOUSA SANTOS Boaventura, *Toward a new common sense : law, science, and politics in the paradigmatic transition*, New-York, Routledge, 1995, 614 p.

DEROCHE Henri, *Les mythes administratifs*, Paris, Presses universitaires de France, 1966, 312 p.

DESMONS Eric, *Droit et devoir de résistance en droit interne : contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, 1999, 239 p.

DESMONS Eric, *La responsabilité pénale des agents publics*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1998, 128 p.

DEVEREUX Georges, *De l'angoisse à la méthode dans les sciences du comportement*, Paris, Flammarion, 1980, 474 p.

DIEU François, *Gendarmerie et modernité*, Paris, Montchrestien, 1993, 495 p.

DIRECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *La discipline dans la fonction publique de l'Etat*, coll. « Guides », Paris, La documentation Française, 1998, 113 p.

DOUCET Michel, VANDERLINDEN Jacques (dir.), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 688 p.

Droits de l'homme au seuil du troisième millénaire (les), Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1072 p.

DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses universitaires de France, 1994, 468 p.

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, coll. « Léviathan », Paris, Presses universitaires de France, 1995, 515 p.

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Sens de la peine et droits de l'homme. Actes du colloque international inaugural de l'ENAP, Agen, 8, 9 et 10 novembre 2000*, Agen, ENAP, 2001, 269 p.

EISENMANN Charles, WALINE Marcel, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, 467 p.

ETCHEGOYEN Alain, *Le temps des responsables*, coll. « Agora », Paris, Julliard, 1993, 262 p.

FABRE Martine, GOURON-MAZEL Annie, *Convention européenne des droits de l'homme, Application par le juge français, Dix ans de jurisprudence*, coll. « Jurisprudence française », Paris, Litec, 1998, 334 p.

FAGET Jacques, *La médiation, Essai de politique pénale*, coll. « Trajets », Ramonville Saint-Agne, Erès, 1997, 210 p.

FAUGERON Claude, CHAUVENET Antoinette, COMBESSIE Philippe, *Approches de la prison*, coll. « Perspectives criminologiques », Bruxelles, De Boeck Université, 1996, 368 p.

FLAUSS Jean-François, WACHSMANN Patrick (textes réunis par), *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 362 p.

FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, coll. « Tel », Paris, Gallimard, 1995, 360 p.

FOURTEAU Henri, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats membres : l'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, LGDJ, 1996, 376 p.

FRAPPAT Hélène, *La violence*, coll. « Corpus », Paris, Flammarion, 2000, 251 p.

FRIEDBERG Erhard, *Le pouvoir et la règle*, Paris, Ed. du Seuil, 1997, 431 p.

FROMENT Jean-Charles, *La République des surveillants de prison (1958-1998)*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, 452 p.

FROMENT Jean-Charles, *Les mécanismes de régulation et de légitimation du corps des surveillants de prison. Aspects juridiques et socio-politiques*, Thèse de doctorat d'administration publique, Grenoble II, 1994, 628 f.

FROMENT Jean-Charles, *Les surveillants de prison*, coll. « La Justice au quotidien », Paris, L'Harmattan, 2003, 80 p.

FROMENT Jean-Charles, GLEIZAL Jean-Jacques, KALUSZYNSKI Martine (dir.), *Les Etats à l'épreuve de la sécurité*, coll. « CERDAP », Grenoble, PUG, 2003, 434 p.

FROMENT Jean-Charles, KALUSZYNSKI Martine (dir.), *Sécurité et nouvelles technologies. Evaluation comparée dans cinq pays européens (Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Suisse) des processus de recours au placement sous surveillance électronique*, Grenoble, CERDAP-CERAT, 2003, 131 p.

GARCIA-VILLEGAS Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*, Santafé de Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993, 308 p.

GARIOUD Georges, *La parole aux oubliettes – Quelques libres propos de surveillants de prison*, Paris, GRASS-IRESKO-CNRS, 1993, 88 p.

GATTO Dominique, THOENIG Jean-Claude, *La sécurité publique à l'épreuve du terrain*, Paris, L'Harmattan, 1993, 231 p.

GENEPI, *La prison, une institution au cœur de la société, les relations entre la société civile et l'institution pénale*, Actes du colloque des vingt ans du GENEPI, Paris, La lettre du GENEPI, hors-série, septembre 1998, 106 p.

GERARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, coll. « Droit », Bruxelles, Publication des facultés universitaires St Louis, 1996, 703 p.

GIUDICELLI Catherine, *Contentieux administratif des détenus, Aspects de la jurisprudence*, coll. « Travaux et documents », Paris, Ministère de la justice-Direction de l'administration pénitentiaire, 1995, 97 p.

GLEIZAL Jean-Jacques, GATTI-DOMENACH Jacqueline, JOURNES Claude, *La police, le cas des démocraties occidentales*, coll. « Thémis », Paris, Presses universitaires de France, 1993, 390 p.

GLEIZAL Jean-Jacques, *La police en France*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1993, 127 p.

GODDET Violaine, *Bilan de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, mémoire de DEA de Droit international, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2000, 120 p.

GOFFMAN Erving, *Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux*, coll. « Le Sens Commun », Paris, Les Editions de Minuit, 1990, 447 p.

GURVITCH Georges, *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier Editions Montaigne, 1940, 267 p.

GRAWITZ Madeleine et LECA Jean (dir.), *Traité de science administrative*, vol. 4 : THOENIG Jean-Claude (dir.), *Les politiques publiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, 548 p.

HABERMAS Jürgen, *Droit et morale – Tanner Lectures*, Paris, Ed. du Seuil, 1997, 92 p.

HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, coll. « nrf essais », Paris, Gallimard, 1997, 551 p.

HABERMAS Jürgen, *L'espace public*, coll. « Critique de la politique », Paris, Payot, 1993, 324 p.

HABERMAS Jürgen, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, coll. « Critique de la politique », Paris, Payot, 1988, 212 p.

HAENEL Hubert, LIZUREY Richard, *La Gendarmerie*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 3^{ème} éd., 1999, 127 p.

HAUT COMMISSAIRE DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Normes internationales relatives aux droits de l'homme pour l'application des lois*, New York, Genève, Nations Unies, 1997, 59 p.

HERITIER Françoise, *De la violence*, coll. « Opus », Paris, Odile Jacob, 1996, 400 p.

INSTITUT DE SCIENCES PENALES ET DE CRIMINOLOGIE, *Les prisons dites « privées », une solution à la crise pénitentiaire ? Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence, les 23 et 24 janvier 1987 par la Faculté de droit et de science politique et l'Institut des sciences pénales et de criminologie d'Aix-Marseille*, coll. « Le point sur », Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987, 228 p.

INSTITUT INTERNATIONAL DES SCIENCES ADMINISTRATIVES – GROUPE EUROPEEN D'ADMINISTRATION PUBLIQUE, *Les responsabilités du fonctionnaire*, Paris, Cujas, 1973, 223 p.

JAEGER Marcel, *Le désordre psychiatrique. Des politiques de la santé mentale en France*, Paris, Payot, 1981, 262 p.

JEAN-PIERRE Didier, *La déontologie de l'administration*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1999, 127 p.

JOBARD Fabien, *Les violences policières, état des recherches dans les pays anglo-saxons*, coll. « Logiques politiques », Paris, L'Harmattan, 1998, 320 p.

JOBERT Bruno, MULLER Pierre, *L'Etat en action, politiques publiques et corporatismes*, coll. « Recherche politique », Paris, Presses universitaires de France, 1987, 242 p.

JOIN-LAMBERT Christian (dir.), *L'Etat moderne et l'administration*, coll. « Science administrative », Paris, LGDJ, 1994, 170 p.

KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, coll. « La pensée juridique », Paris, Bruylant-LGDJ, 1997, 518 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, coll. « La pensée juridique », Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, 367 p.

KING Roy D., MAGUIRE Mike (eds.), *Prisons in context*, British Journal of Criminology, vol. 34 special issue, 1994, Oxford University Press, 159 p.

LAFARGE Philippe (dir.), *Etablissements pénitentiaires à gestion mixte, Actes du colloque de Montpellier du 13 juillet 1997*, Les éditions Pédone, 1997, 79 p.

LARRALDE Jean-Manuel, *Les droits fondamentaux des personnes incarcérées : éléments de droit comparé*, Thèse de doctorat de droit public, Caen, 1994, 410 p.

LASCOUMES Pierre (dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1995, 272 p.

LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette, LENOEL Pierre, *Au nom de l'ordre, Une histoire du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, 404 p.

LEAUTE Jacques, *Les prisons*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1990, 125 p.

LEUPRECHT Peter, *Les droits de la personne humaine et l'égalité : la responsabilité des médias. Actes du Séminaire de Strasbourg du 29-1^{er} juillet 1994*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995, 106 p.

LHUILIER Dominique, AYMARD Nadia, *L'univers pénitentiaire – Du côté des surveillants de prison*, coll. « Sociologie clinique », Paris, Desclée de Brouwer, 1997, 287 p.

Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, 2 volumes, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p.

LOURAU René, *L'instituant contre l'institué*, Paris, Anthropos, 1969, 194 p.

LOURAU René, *L'Etat inconscient*, Paris, Les éditions de minuit, 1978, 215 p.

LUHMANN Niklas, *Politique et complexité – Les contributions de la théorie générale des systèmes*, coll. « Humanités », Paris, Les éditions du cerf, 1999, 185 p.

MAHONEY Kathleen E., MAHONEY Paul, *Human rights in the twenty-first century. A global challenge*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 1028 p.

MAHONEY Paul, MATSCHER Franz, PETZOLD Herbert (dir.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 2000, 1587 p.

MANSUY Isabelle, *La protection des droits des détenus en France et en Allemagne*, Thèse de doctorat de droit public, Paris I, 2003, 467 p.

MATHIEU Gilles, *Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la Communauté européenne*, Thèse de doctorat de droit privé, Aix-Marseille, 1993, 499 f.

MARCUS HELMONS Silvio (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles (Actes du colloque organisé par le centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain le 16 octobre 1998)*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1999, 196 p.

MARY Philippe, PAPTAEODOROU Théodore, *La surpopulation pénitentiaire en Europe : de la détention avant jugement à la libération conditionnelle. Actes du 1^{er} Séminaire tenu à Corfou du 8 au 12 septembre 1997 (Groupe européen de recherches sur la justice pénale)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 198 p.

MAURER Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Monde européen et international », Paris, La Documentation française, 1999, 555 p.

Mélanges René Chapus : droit administratif, Paris, Montchrestien, 1992, 707 p.

MELLOR Alec, *La torture. Son histoire, son abolition, sa réapparition au XX^{ème} siècle*, Paris, Mame, 1979.

MENY Yves, THOENIG Jean-Claude, *Politiques publiques*, coll. « Thémis Science politique », Paris, Presses universitaires de France, 1989, 391 p.

MIAILLE Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, 271 p.

MICHAUD Yves, *La violence*, « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1996, 127 p.

MINISTERE DE L'EQUIPEMENT, DU LOGEMENT, DES TRANSPORTS ET DU TOURISME, DIRECTION DU PERSONNEL ET DES SERVICES, *Responsabilité pénale et déontologie, Actes du séminaire du 15 février 1996*, Paris, Presses de l'Ecole nationale des Ponts et Chaussées, 1996, 123 p.

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR – DIRECTION GÉNÉRALE DE LA POLICE NATIONALE, *Les dossiers du CNEF*, « La déontologie », Paris, Ministère de l'intérieur, novembre 1991, 101 p.

MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, VOGEL Marie, *Contrôler les prisons. L'Inspection générale des services administratifs et l'administration pénitentiaire (1907-1948)*, coll. « Perspectives sur la Justice », Paris, La Documentation française, 1998, 192 p.

MONJARDET Dominique, *Ce que fait la police - sociologie de la force publique*, Paris, La Découverte, 1996, 316 p.

MORGAN Rod, EVANS Malcolm, *Combattre la torture en Europe : le travail et les normes du Comité européen pour la prévention de la torture (CPT)*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, 253 p.

MORGAN Rod, EVANS Malcolm (eds.), *Protecting prisoners : the standards of the European Committee for the Prevention of Torture in context*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 294 p.

MORGAN Rod, EVANS Malcolm (eds.), *Preventing torture, a study of the European Convention for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 475 p.

MORIN Edgar, *La méthode. Tome III : La connaissance de la connaissance*, coll. « Points Essais », Paris, Ed. du Seuil, 1992, 244 p.

MORIN Edgar, *Le paradigme perdu : la nature humaine*, coll. « Points », Paris, Ed. du Seuil, 1986, 246 p.

MULLER Pierre, *Les politiques publiques*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1994, 127 p.

NIZARD Lucien, JOBERT Bruno, MULLER Pierre, *Éléments pour une nouvelle approche de l'Etat*, Grenoble, Institut d'Etudes Politiques / CERAT, 1977, 222 p.

OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES PRISONS, *Prisons : un état des lieux*, Paris, L'Esprit frappeur, 2000, 315 p.

OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES PRISONS, *Les conditions de détention en France. Rapport 2003*, Paris, La Découverte, 2003, 233 p.

OST François, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 376 p.

PADIOLEAU Jean-Gustave, *L'Etat au concret*, Paris, Presses universitaires de France, 1982, 222 p.

PAPACHRISTOS Athanase C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 1975, 151 p.

PAVIA Marie-Luce, REVET Thierry (dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. « Etudes juridiques », Paris, Economica, 1999, 181 p.

PECHILLON Eric, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, LGDJ, 1998, 627 p.

PECHILLON Eric, HERZOG-EVANS Martine (dir.), *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline en formation*, Rennes, Laboratoire d'études du droit public, 2003, 311 p.

PEDRON Pierre, *La prison et les droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1995, 131 p.

PEDROT Philippe (dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne : Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, 427 p.

PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Pratique de la prison, du bon usage des règles pénitentiaires internationales*, Paris, Penal Reform International, 1997, 197 p.

PETIT Jacques-Guy, *Histoire des galères, bagnes et prisons, XIII^{ème}-XX^{ème} siècles*, coll. « Bibliothèque historique », Toulouse, Privat, 1991, 368 p.

PETIT Serge, *La responsabilité pénale des agents des trois fonctions publiques*, coll. « Gestion Publique », Paris, Berger-Levrault, 1998, 221 p.

PETREL Jacques, *S.O.S. Tortures Psychiatriques*, coll. « J'accuse », Paris, Alain Lefevre, 1980, 263 p.

PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1999, 1230 p.

PLAYER Elaine, JENKINS Michael (eds.), *Prisons after Woolf. Reform through Riot*, London, Routledge, 1994, 278 p.

PLAWSKI Stanislaw, *Droit pénitentiaire*, Villeneuve d'Ascq, Publication de l'Université de Lille III, 1977, 278 p.

POLIN Raymond (dir.), *L'ordre public*, coll. « Politiques d'aujourd'hui », Paris, Presses universitaires de France, 1996, 116 p.

PORRA Sophie, PAOLI Claude, *Code annoté de déontologie policière*, Paris, LGDJ, 1991, 201 p.

POTVIN-SOLIS Laurence, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, LGDJ, 1999, 799 p.

PRADEL Jean (dir.), *La condition juridique du détenu*, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », Paris, Cujas, 1994, 316 p.

PUBLICATIONS DE L'UNIVERSITE JEAN MOULIN, *La violence, études thématiques*, Lyon, L'Hermès, 1982, 160 p.

Revue européenne des sciences sociales, Les formes de la violence, Actes du IX^{ème} colloque annuel du Groupe d'Etude « Pratiques sociales et théories », tome XXX, n° 94, Genève-Paris, Librairie Droz, 1992, 176 p.

REYNAUD Jean-Daniel, *Les syndicats en France*, 2 volumes, coll. « Collection politique », Paris, Ed. du Seuil, 3^{ème} éd., 1975, 318 et 346 p.

ROLLAND Frédéric *L'interprétation de la loi par l'administration active*, Thèse de doctorat de droit public, Paris X, 1997, 380 p.

ROLLAND Patrice, TAVERNIER Paul, *Textes sur la protection internationale des droits de l'homme*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 2^{ème} éd., 1994, 127 p.

RUNNYMEDE Trust, *Multi-Ethnic Britain: Facts and trends compiled for the Conference on « The Future of Multi-Ethnic Britain Challenges, Changes and Opportunities »*, University of Reading, 23-24.9.1994, London, Runnymede Trust, 1994, 36 p.

SALON Serge, SAVIGNAC Jean-Charles, *Fonctions publiques et fonctionnaires, Statuts, garanties, déontologie, responsabilités*, Paris, Armand Colin, 1997, 282 p.

SALVIA Michèle (de), *Compendium de la CEDH : les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 1. Jurisprudence 1960 à 2002, Kehl, Strasbourg, Arlington, Editions N.P. Engel, 2003, 865 p.

SIEGHART Paul, *Human Rights in the United Kingdom*, London, P. Sieghart-Pinter publishers, 1988, 139 p.

SIMON Denys, *La directive communautaire*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1997, 127 p.

SIX Jean-François, *Le temps des médiateurs*, Paris, Ed. du Seuil, 1990, 279 p.

STIRN Bernard, *Les libertés en question*, coll. « Clefs Politiques », Paris, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2004, 160 p.

SUDRE Frédéric, *La Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 6^{ème} éd., 2004, 126 p.

SUDRE Frédéric, *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – Les Communications individuelles, Actes du Colloque de Montpellier des 6-7 mars 1995*, Montpellier, Institut de droit européen des droits de l'homme, 1995, 233 p.

SUDRE Frédéric, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 1998, 354 p.

TEITGEN-COLLY Catherine (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Droit et justice », Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002, 322 p.

TIMSIT Gérard, *Archipel de la norme*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1997, 252 p.

TIMSIT Gérard, *Les noms de la loi*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1991, 199 p.

TIMSIT Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1986, 205 p.

TIMSIT Gérard, *Théorie de l'administration*, Paris, Economica, 1986, 375 p.

TROPER Michel (dir.), *L'Etat de droit*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, n° 24, 1993, 189 p.

VAGG John, *Prison system : a comparative study of accountability in England, France, Germany and the Netherlands*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 380 p.

VALLET Gaëlle (textes réunis par), *Les droits de l'homme et le droit*, Lyon, Editions de l'Institut des Sciences de l'Homme, 1998, 173 p.

VAN DE KERCHOVE Michel, OST François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1988, 254 p.

VAN GENNEP Arnold, *Les rites de passage : étude systématique des rites*, Paris, Ed. A. & J. Picard, 1981, 288 p.

VASSEUR Véronique, *Médecin-chef à la prison de la santé*, Paris, Le cherche midi éditeur, 2000, 202 p.

VEIL Claude, LHUILIER Dominique (dir.), *La prison en changement*, coll. « Trajets », Ramonville Saint-Agne, Erès, 2000, 303 p.

VIDAL-NAQUET Pierre, *La torture dans la République*, coll. « Petite collection Maspero », Paris, Les Editions de Minuit, 1975, 199 p.

VIGOUROUX Christian, *Déontologie des fonctions publiques*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1995, 144 p.

WEBER Max, *Economie et société, Tome 1 : Les catégories de la sociologie*, coll. « Agora », Paris, Presses Pocket, 1998, 411 p. et *Tome 2 : L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, coll. « Agora », Paris, Presses Pocket, 1997, 425 p.

WEBER Max, *Le Savant et le politique*, coll. « 10-18 », Paris, Plon, 1993, 184 p.

WEBER Max, *Sociologie du droit*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses universitaires de France, 1986, 242 p.

WELZER-LANG Daniel, MATHIEU Lilian, FAURE Michaël, *Sexualités et violences en prison*, Lyon, Observatoire International des Prisons / Aléas Editeur, 2^{ème} éd., 1997, 280 p.

WILLIAMS Paul R., *Treatment of detainees, Examination of issues relevant to detention by the United Nations Human rights Committee*, coll. « Detention Collection », Geneva, Henri Dunant Institute, 1990, 267 p.

ARTICLES :

AMADO Juan Antonio García, « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », in *Droit et société*, n° 11-12, 1989, pp. 15-52.

AMSELEK Paul, « La phénoménologie et le droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 17, 1972, pp. 185-259.

AMSELEK Paul, « Lois juridiques et lois scientifiques », in *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 12 (numéro spécial), 1988, pp. 93-106.

ANCEL Marc, « La Déclaration des droits de l'homme de 1789 et l'évolution du droit pénal français », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 2, avril 1990, pp. 99-103.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2005, pp. 163-172.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'Etat », in *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 1998, pp. 978-989.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », in *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2002, pp. 124-138.

ANSTETT Martine, « La Convention européenne pour la prévention de la torture : succès et incertitudes », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3, juillet-septembre 1997, pp. 195-206.

ARNAUD André-Jean, « Le droit comme produit », in *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 293-301.

ARNAUD André-Jean, « Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique », in *Archives de philosophie du droit*, tome 17, 1972, pp. 165-181.

AUBY Jean-Marie, « Le contentieux administratif du service public pénitentiaire », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1987, pp. 547-578.

AUTIN Jean-Louis, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1988, pp. 1213-1227.

AUTIN Jean-Louis, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ? », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1991, pp. 1533-1566.

AZIBERT Gilbert, « Une administration en mutation : l'Administration Pénitentiaire », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, avril-juin 1997, pp. 131-141.

BAILLEUL David, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo* ? », in *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 2003, pp. 876- 889.

BARADEL Simon-Pierre, « Valeurs et déontologie d'une institution séculaire – Réflexion sur l'état de militaire de la gendarmerie », in *Revue de la Gendarmerie nationale*, 1^{er} et 2^{ème} trimestres 1999, n° 190-191, pp 179-180.

BANK Roland, « International efforts to combat torture an inhuman treatment : have the new mecanisms improved protection ? », in *European Journal of International Law*, vol. 8, n° 4, 1997, pp. 613-637.

BARTSCH Hans-Jürgen, « Prévenir les mauvais traitements en prison – une nouvelle Convention », in *Conseil de l'Europe Bulletin d'information pénitentiaire*, n° 12, 1988, pp. 15-17.

BEAUD Olivier, « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », in *Droits*, n° 14, 1991, pp. 3-16.

BECO Réginald (de), « Le droit disciplinaire et les détenus, en Belgique », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 22, vol. 6, 1995, pp. 315-339.

BENGUIGUI Georges, « Les surveillants mal aimés », in *Regards sur l'actualité*, n° spécial 261, mai 2000, pp. 21-29.

BENGUIGUI Georges, CHAUVENET Antoinette, ORLIC Françoise, « Les surveillants de prison et la règle », in *Déviance et Société*, XVIII, n° 3, 1994, pp. 275-295.

BERNARD Marie-Julie, « Conseil de l'Europe, droits de l'homme et prisons : l'impact du CPT dans la réforme des prisons », in *Revue française d'administration publique*, n° 99, juillet-septembre 2001, pp. 522-532.

BITTNER Egon, « De la faculté d'user de la force comme fondement du rôle de la police », in *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 3, novembre 1990-janvier 1991, pp. 224-235.

BONNAL Nicolas, « Une face cachée de l'Europe. La Convention européenne des droits de l'homme et les prisons », in *Information-Prison-Justice*, n° 62, septembre-octobre 1992, pp. 28-30.

BONNET Baptiste, « Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale », in *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2005, pp. 56-66.

BOISSARD Sophie, « Le pouvoir hiérarchique dans l'Administration », in *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 223, mai 2003, pp. 4-7.

BOURDEUX Christian, « La prévention du suicide en prison », in *Soins Psychiatrie*, n° 232, mai-juin 2004, pp. 33-35.

BUISSON Jacques, « Le contrôle des établissements pénitentiaires », in *Revue française d'administration publique*, n° 99, juillet-septembre 2001, pp. 479-490.

BUISSON Jacques, « Rapport de la Commission sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, présidée par M. Guy Canivet, Premier Président de la Cour de Cassation », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2001, pp.199-216.

CAILLOSSE Jacques, « Le droit administratif contre la performance publique ? », in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1999, pp. 195-211.

CANIVEZ Patrice, « La question éthique », in *Revue Autrement*, Série « Mutations », n° 102, novembre 1988, pp. 64-70.

CARCASSONNE Guy, « La modernisation de l'Etat », in *Après-demain*, n° 387, septembre 1996, pp. 19-21.

CARDET Christophe, « Le contrôle "extérieur" des établissements pénitentiaires en Europe ou l'esquisse d'un triptyque », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, octobre-décembre 2003, pp. 870-881.

CARDET Christophe, « Les violences en prison saisies par le droit disciplinaire », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3, juillet-septembre 2004, pp. 533-545.

CASSESE Antonio, « Une nouvelle approche des droits de l'homme : la Convention européenne pour la prévention de la torture », in *Revue générale de droit international public*, 1989, pp. 5-43.

CASSIA Paul, SAULNIER Emmanuelle, « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1997, pp. 411-420.

CAYLA Olivier, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, 1999, pp. 77-86.

CERE Jean-Paul, « Le décret du 2 avril 1996 et le nouveau régime disciplinaire applicable aux détenus », in *Revue française de droit administratif*, mai-juin 1997, pp. 614-623.

CERE Jean-Paul, « Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, juillet-septembre 1994, pp. 597-611.

CERE Jean-Paul, « Les droits des détenus sous la Cinquième République : de réels progrès ? », in *Revue française d'administration publique*, n° 99, juillet-septembre 2001, pp. 417-426.

CERE Jean-Paul, « Réflexions sur l'isolement disciplinaire en milieu carcéral au regard des droits de l'homme », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, avril-juin 1994, pp. 109-123.

CHANTERAIN Gilles, « Prison et regard sociologique : pour un décentrage de l'analyse critique », in *Champ pénal/ Penal field*, vol. 1, mai 2004, téléchargeable sur le site : <http://champpenal.revues.org/document39.html>.

CHAUVENET Antoinette, GORGEON Catherine, MOUHANNA Christian, ORLIC Françoise, « Peines alternatives et aménagées : une activité discrète », in *Regards sur l'actualité – L'univers pénitentiaire*, n° spécial 261, mai 2000, pp. 61- 70.

CHERIGNY Bernard, « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1975, pp. 867-936.

CHEVALLIER Jacques, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 3, 1998, pp. 659-690.

CHEVALLIER Jacques, « La régulation juridique en question », in *Droit et Société*, n° 49, 2001, pp. 827-846.

CHEVALLIER Jacques, « La dimension symbolique du principe de légalité », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1990, pp. 1651-1677.

COHEN-TANUGI Laurent, « Une doctrine pour la régulation », in *Le Débat*, n° 52, novembre-décembre 1988, pp. 56-66.

COMBEAU Pascal, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », in *Revue française de droit administratif*, novembre-décembre 2004, pp. 1069-1078.

COMMAILLE Jacques, « Ethique et droit dans l'exercice de la fonction de justice », in *Sociétés contemporaines*, n° 7, septembre 1991, pp. 87-101.

CONSEIL DE L'EUROPE - COMITE SUISSE CONTRE LA TORTURE - COMMISSION INTERNATIONALE DES JURISTES, « La mise en oeuvre de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants », vol. 2, n° 1, 1990, *Revue universelle des droits de l'homme*, 46 p.

COSTA Jean-Paul, « La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil d'Etat de France », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 2, avril 1990, pp. 125-129.

COUVRAT Pierre, « L'externalisation des missions de l'administration pénitentiaire : l'impact du développement de la gestion déléguée », in *Revue française d'administration publique*, n° 99, juillet-septembre 2001, pp. 455-460.

COUVRAT Pierre, « L'originalité du droit disciplinaire dans les prisons », in *Archives de politique criminelle*, n° 22, 2000, pp. 85-92.

DARBEDA Pierre, « Contrôler les établissements pénitentiaires : un regard citoyen », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 4, décembre 2000, pp. 535-554.

DARBEDA Pierre, « Ethique et organisation sanitaire en milieu pénitentiaire : la recommandation R (98) 7 du Conseil de l'Europe », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, juillet 2000, pp. 257-272.

DARBEDA Pierre, « Le programme 4000 : des prisons sûres et humaines », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 2003, pp. 396-404.

DARBEDA Pierre, « Prison et santé », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, juillet-septembre 1987, p. 747.

DAUCHY Pierre, « La réception du droit anglo-saxon en terre d'Irlande », in *Archives de philosophie du droit*, tome 26, 1981, pp. 281-286.

DEBOVE Frédéric, « Libertés physiques du détenu et droit européen : ou l'histoire d'une Convention passe-muraille », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1998, pp. 49-61.

DECAUX Emmanuel, « La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants », in *Annuaire français de droit international*, 1988, p. 623.

DELCOURT Barbara, « Usages du droit international dans le processus de légitimation de la politique extérieure européenne », in *Droit et Société*, n° 49, 2001, pp. 769-790.

DELIANCOURT Samuel, « La responsabilité pour faute de l'Etat du fait des suicides en milieu carcéral », in *La semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales (JCP A)*, n° 11, 14 mars 2005, pp. 503-509.

DELMAS-MARTY Mireille, « La mondialisation du droit : chances et risques », in *Recueil Dalloz, Chroniques*, 1999, pp. 43-48.

DELVOLVE Pierre, « Sécurité intérieure, justice, défense : les "conventions de bail" sur le domaine public », in *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 34, 2004, pp. 166-176.

DELVOLVE Pierre, « Sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmations et infléchissements », in *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 25, 2002, pp. 418-426.

DE SOUSA SANTOS Boaventura, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », in *Droit et Société*, n° 10, 1988, pp. 363-388.

DE SOUSA SANTOS Boaventura, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », in *Droit et Société*, n° 35, 1997, pp. 79-96.

DESMONS Eric, « Le droit de résistance du fonctionnaire », in *Droits*, n° 15, 1992, pp. 101-111.

DESMONS Eric, « L'articulation entre responsabilité pénale et le principe d'obéissance hiérarchique », *Bulletin d'informations générales*, Ministère de l'équipement, des transports et du logement, n° spécial, avril 1996, pp. 47-58.

DIEU François, « Eléments pour une approche socio-politique dans la violence policière », in *Déviance et société*, n° 19, 1^{er} trimestre 1995, pp. 35-49.

DINDO Sarah (propos recueillis par), « Les idées d'ailleurs, entretien avec C. Faugeron », in *Dedans Dehors*, septembre 1999, pp. 16-17.

DINDO Sarah, « Quartiers d'isolement : la "torture blanche" », in *Dedans Dehors*, mai 2000, pp. 12-13.

DINTILHAC Jean-Pierre, « L'administration pénitentiaire : évolution et perspectives », in *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n° 2, avril-juin 1990, pp. 133-160.

DORLEANS Annick, « Le contrôle des établissements pénitentiaires », in *Prison-Justice*, n° 91, juin 2000, pp. 30-33.

« Dossier : La psychiatrie emprisonnée », in *Soins psychiatrie*, n° 232, mai-juin 2004, pp. 15-37.

DOSWALD-BECK Louise, « What does the prohibition of "Torture or inhuman or degrading treatment or punishment" mean? The interpretation of the European Commission and Court of Human Rights », in *Netherlands international law review*, 1978, XXV, p. 24.

DRZEMCZEWSKI Andrew, « La prévention des violations des droits de l'homme : les mécanismes de suivi du Conseil de l'Europe », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 43, juillet 2000, pp. 385-428.

DURAN Pierre, « La notion de régulation à l'épreuve de l'analyse du politique et de ses transformations », in *Droit et Société*, n° 49, 2001, pp. 939-957.

DYENS Samuel, « Eléments de réflexion sur le droit de la déontologie administrative », in *Revue administrative*, n° 308 et 309, pp. 143-149 et 255-261.

ECOCHARD Bertrand, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2003, pp. 99-107.

EISSEN Marc-André, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme : leur influence mutuelle », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 6, avril 1991, pp. 167-175.

EVANS Malcolm, « The European Convention for the prevention of torture operational practice », in *International and comparative law quarterly*, juillet 1992, pp. 589-614.

EVANS Malcolm, MORGAN Rod, « Inspecting prisons. The view from Strasbourg », in *British journal of criminology*, vol. 34, special issue, 1994, pp. 141-159.

EVANS Malcolm, MORGAN Rod, « The European convention for the prevention of torture : operational practice », in *International and comparative law quarterly*, juillet 1992, pp. 590-614.

EZRATTY Myriam, « Rapport au conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 7 janvier 1986 », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, avril-juin 1986, pp. 93-128.

FAUGERON Claude, LE BOULAIRE Jean-Marie, « Prisons, peines de prison et ordre public », in *Revue française de sociologie*, vol. XXXIII, n° 1, 1992, pp. 3-32.

FAUGERON Claude, TOURNIER Pierre V., « La crise des prisons françaises », in *Regards sur l'actualité*, n° 163, juillet-août 1990, pp. 17-31.

FAVARD Jean, « Le détenu citoyen », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3, juillet-septembre 1989, pp. 255-279.

FEDERATION DES ASSOCIATIONS REFLEXION ACTION PRISON ET JUSTICE, « Actes du Colloque du 23-24 novembre 2001. Les règles européennes, un outil pour les associations ? », in *Prison-Justice*, n° spécial, août 2002, pp. 4-28.

FEEST Johannes, « Le Comité européen pour la prévention de la torture a terminé sa première tournée des visites », in *Prévenir la torture. Bulletin de l'Association pour la prévention de la torture*, n° 3, 1993, p. 3.

FELDMAN David, « Human dignity as a legal value », in *Public Law*, printemps 2000, pp. 61-74.

FLOCH Jacques, « La loi sur l'application des peines ou loi pénitentiaire », in *Revue de science criminelle et de droit comparé*, juillet-septembre 2001, pp. 665-669.

FRISCHING Arthur (de), « Les problèmes soulevés par les visites des lieux de détention. Le point de vue d'un directeur de prison », in *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 2, n° 1, 1990, pp. 13-14.

FROMENT Jean-Charles, « La modernisation de l'administration pénitentiaire en question(s) », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 1, janvier-mars 1995, pp. 71-75.

FROMENT Jean-Charles, « La question des acteurs de la modernisation du service public pénitentiaire (Acte I) », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 4, octobre-décembre 1995, pp. 225-242.

FROMENT Jean-Charles, « La question des savoirs mis en œuvre dans le processus de modernisation de l'Administration Pénitentiaire (Acte II) », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3-4, juillet-décembre 1996, pp. 393-403.

FROMENT Jean-Charles, « Vers une "prison de droit" ? », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, juillet-septembre 1997, pp. 537-560.

GARCIA-VILLEGAS Mauricio, « Symbolic power without symbolic violence », in *Florida law review*, vol. 55, n° 1, 2003, pp. 157-189.

GARCIA-VILLEGAS Mauricio, « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 34, 1995, pp. 155-179.

GARRAUD Philippe, « Politiques nationales : élaboration de l'agenda », in *L'année sociologique*, vol. 40, 1990, pp. 17-41.

GAZIER François, CANNAC Yves, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *Etudes et documents, Conseil d'Etat*, Paris, La documentation française, 1983-1984, n° 35, pp. 13-77.

GANOUX François, BOUCAUD Philippe, MOTTET Carol, « Prévention des mauvais traitements : Rapport sur les conditions de détention et le traitement des personnes privées de liberté en France », in *Les cahiers de l'Institut des droits de l'homme*, vol. 2, 1996, pp. 32-193.

GINTHER Konrad, « The European Convention for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment », in *European journal of international law*, n° 1, 1991, pp. 123-130.

GLEIZAL Jean-Jacques, « Critique du droit et théorie de la régulation », in *Economies et Sociétés*, tome XVIII, n° 11, 1984, pp. 91-101.

GORCE Isabelle, « A la recherche de l'équilibre », in *Prison-Justice*, n° spécial, octobre 2001, pp. 5-9.

GORCE Isabelle, « L'administration confrontée à sa norme juridique », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 4, décembre 2000, pp. 524- 534.

GORCE Isabelle, « L'administration pénitentiaire », in *Regards sur l'actualité*, n° spécial 261, mai 2000, pp. 3-19.

GORCE Isabelle, « L'administration pénitentiaire française : l'évolution de ses publics et de ses missions », in *Revue française d'administration publique*, n° 99, juillet-septembre 2001, pp. 405-416.

GOUHIER Sébastien, « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens ? », in *Revue française de droit administratif*, mars-avril 2002, pp. 384-392.

GOUTTES René (de), « Le juge français et la Cour européenne des Droits de l'Homme : avancées et résistances... », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 24, octobre 1995, pp. 605-614.

GROSHENS Jean-Claude, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1966, p. 140.

GUTMANN Daniel, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », in *Archives de philosophie du droit*, tome 44, 2000, pp. 115-127.

HARDING Timothy W., « Les problèmes soulevés par les visites des lieux de détention. Le point de vue d'un psychiatre », in *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 2, n° 1, 1990, pp. 17-19.

HARDING Timothy W., BERTRAND Dominique, « Preventing human rights violations in places of detention. A European initiative », in *Health and Human Rights*, vol. 1, n° 3, 1995, pp. 234-242

HECQUARD-THERON Maryvonne, « De la mesure d'ordre intérieur », in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1981, pp. 235-244.

HERVOUET François, « Politique jurisprudentielle de la Cour de justice et des juridictions nationales. Réception du droit communautaire par le droit interne des Etats », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1992, pp. 1255-1292.

HERZOG-EVANS Martine, « Les droits de la défense et la prison. Actualité du droit pénitentiaire français », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 45, janvier 2001, pp. 15-46.

HERZOG-EVANS Martine, CERE Jean-Paul, « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », in *Recueil Dalloz*, Chroniques, 1999, pp. 509-516.

HERZOG-EVANS Martine, PECHILLON Eric, « La honte du droit pénitentiaire », in *Dedans Dehors*, mai 2000, pp. 21-22.

HERZOG-EVANS Martine, PECHILLON Eric, « L'entrée des avocats en prison », in *Recueil Dalloz*, Chroniques, 2000, pp. 481-484.

HOEKEMA André J., « La production des normes juridiques par les administrations », in *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 303-322.

ISRAËL Liora, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering », in *Droit et société*, n° 49, 2001, pp. 792-825.

JEAMMAUD Antoine, « La règle de droit comme modèle », in *Recueil Dalloz, Chroniques*, 1990, pp. 199-210.

JEAMMAUD Antoine, « Les règles juridiques et l'action », in *Recueil Dalloz, Chroniques*, 1993, pp. 207-212.

JOURNET Nicolas, « Peut-on réformer les prisons ? », in *Sciences humaines*, n° 113, février 2001, pp. 16-20.

JUNG Heike, « Droits de l'homme et sanctions pénales », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 18, avril 1994, pp. 163-176.

KAISER Gunther, « Detention in Europe and the European Committee for the Prevention of Torture », in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 3, n° 1, 1995, pp. 2-17.

KALUSZYNSKI Martine, « La réforme des prisons sous la Troisième République – une co-gestion d'acteurs publics et privés », in *Revue française d'administration publique*, n° 99, juillet-septembre 2001, pp. 393-404.

KARSENTY Jean-Claude, « L'administration pénitentiaire des années 1990 : des crises pour un renouveau ? », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3 et 4, juillet-décembre 1992, pp. 261-285.

KELLY Mark, « Preventing ill-treatment: the work of the European Committee for the Prevention of Torture », in *European Human Rights Law Review*, n° 3, 1996, pp. 287-303.

KELLY Mark, « Perspectives from the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) », in *Human Rights Law Journal*, vol. 21, n° 8, 2000, pp. 301-306.

KOUBI Geneviève, « Responsabilité des fonctionnaires et modernisation de l'administration », in *Revue administrative*, n° 284, mars-avril 1995, pp. 197-202.

LABARTHE Jean-François, « Les problèmes soulevés par les visites des lieux de détention. La technique de visite aux personnes privées de liberté », in *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 2, n° 1, 1990, pp. 9-12.

LAMBERT Elisabeth, « La pratique récente de réparation des violations de la Cour européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales : plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 42, avril 2000, pp. 199-227.

LASCOURMES Pierre, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », in *L'Année sociologique*, vol. 40, 1990, pp. 42-71.

- LATOURNERIE Dominique, « Médiation et justice », *Etudes et documents, Conseil d'Etat*, Paris, La documentation française, 1987, n° 38, pp. 79-86.
- LEBEN Charles, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », in *Droits*, n° 33, 2001, pp. 19-39.
- LE DOUSSAL Roger, « La déontologie dans la police nationale : quelles perspectives ? », in *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 35, 1^{er} trimestre 1999, pp. 185-198.
- LE ROY Etienne, « La médiation mode d'emploi », in *Droit et société*, n° 29, 1995, pp. 39-55.
- LO Gourmo, « L'article 3 et les risques de torture ou traitements inhumains : affaire H. L. R. (29 avril 1997) », in *Les Cahiers du CREDHO*, n° 4, 1998, pp.65-79.
- LOCHAK Danièle, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1981, pp. 387-392.
- LUHMANN Niklas, « La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit », in *Droit et société*, n° 47, 2001, pp. 15-73.
- LUHMANN Niklas, « Le droit comme système social », in *Droit et société*, n° 11-12, 1989, pp. 53-66.
- MAGNIER Véronique, « Réception du droit américain dans l'organisation interne des sociétés commerciales », in *Archives de philosophie du droit*, tome 45, 2001, pp. 213-225.
- MAIRAT Pierre, « Trois siècles d'isolement », in *Dedans Dehors*, mai 2000, p.15.
- MANN Patrice, « Pouvoir politique et maintien de l'ordre », in *Revue française de sociologie*, vol. XXXV, n° 3, 1994, pp. 435-455.
- MANSUY Isabelle, « Que faut-il attendre de nouvelles prisons ? », in *Dedans Dehors*, n° 37, mai 2003, pp. 20-22.
- MAREST Patrick, « Qui doit contrôler les prisons ? », in *Dedans Dehors*, septembre 1999, pp. 8-10.
- MARGERIE Gilles (de), « Un nouveau type d'autorités », in *Le Débat*, n° 52, novembre-décembre 1988, pp. 87-95.
- MARIE Jean-Bernard, « La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, adoptée le 16 juin 1987 : un instrument pragmatique et audacieux », in *Revue Générale de Droit*, vol. 19, n° 1, 1988, pp. 109-125.
- MASSAT Eric, « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, octobre-décembre 2003, pp. 743-761.

MASSIAS Florence, « Bilan de la jurisprudence relative à la protection offerte par l'article 3 en matière de privation de liberté : *Papon c/ France*, 7 juin 2001 – *Mouisel c/ France*, 14 novembre 2002 », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2003, pp. 144-155.

MENY Yves, « La légitimation des groupes d'intérêt par l'administration française », in *Revue française d'administration publique*, n° 39, 1986, pp. 483-494.

« Mise en place du code de déontologie de l'administration pénitentiaire progresse (la) », in *Courrier de la Chancellerie*, n° 47, décembre 1999, pp. 2-3.

MICHAUT Françoise, « Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin », in *Droits*, n° 11, 1990, pp. 107-117.

MONJARDET Dominique, « Questionner les similitudes : à propos de la police », in *Sociologie du travail*, n° 2, 1989, pp. 193-204.

MONJARDET Dominique, « Contrôler la police... », in *Panoramiques*, n° 33, 2^{ème} trimestre 1998, pp. 74-79.

MORET-BAILLY Joël, « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 195-207.

MORGAN Rodney, « Following Woolf the prospects for prisons policy », in *Journal of Law and Society*, été 1992, pp. 231-250.

MORGAN Rodney, « Prisons accountability revisited », in *Public Law*, été 1993, pp. 314-332.

MOTTET Carol, « Nouvelles du Comité européen. 3^{ème} rapport d'activités : Le CPT va élargir son champ d'activités », in *Prévenir la torture. Bulletin de l'Association pour la prévention de la torture*, n° 3, 1993, pp. 10-13.

MURDOCH Jim, « The European Convention for the prevention of torture and inhuman or degrading treatments », in *European law review*, vol. 21, n° 1, 1996, pp. 130-137.

MURDOCH Jim, « The work of the Council of Europe's Torture Committee. Symposium. The European Torture Committee after 5 years : An assessment », in *European Journal of International Law*, vol. 5, n° 2, 1994, pp. 220-248.

NICOLAY Claude, « Une nouvelle approche des droits de l'homme », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 1, janvier-mars 1996, pp. 9-21.

OCQUETEAU François, « La sécurité privée en France », in *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 33, 3^{ème} trimestre 1998, pp. 105-127.

OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES PRISONS, « A l'écoute des violences carcérales », in *Dedans Dehors*, novembre 2001, pp. 10-29.

OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 33, 1988, pp. 177-206.

OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, « Interprétation », in *Archives de philosophie du droit*, tome 35, 1990, pp. 165-190.

PACTEAU Bernard, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », in *Actualité juridique – Droit administratif*, n° spécial, juin 1995, pp. 151-155.

PECHILLON Eric, « Code de déontologie : un projet timide et discutable », in *Dedans Dehors*, septembre 1999, p. 19-20.

PECHILLON Eric, « Droit pénitentiaire : trois pas en avant, un pas en arrière », in *Dedans Dehors*, mai 2003, pp. 24-25.

PECHILLON Eric, « L'intervention attendue du Parlement en matière pénitentiaire : réforme de fond ou toilettage législatif ? », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 4, décembre 2000, pp. 493-505.

PEDRON Pierre, « Administration pénitentiaire : les limites d'une révolution tranquille », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 1, janvier-mars 1994, pp. 41-69.

PETTITI Christophe, « Le réexamen d'une décision pénale française près un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000 », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 45, janvier 2001, pp. 3-12.

PETTITI Christophe, « Les droits du détenu et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3, juillet-septembre 1981, pp. 317-325.

PFERSMANN Otto, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 31, 1997, pp. 481-509.

POCHARD Marcel, « Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique », in *Cahiers de la fonction publique et de l'Administration*, n° 206, novembre 2001, pp. 3-6.

PONCELA Pierrette, « L'archéologie du savoir juridique », in *Archives de philosophie du droit*, tome 33, 1988, pp. 169-176.

PONCELA Pierrette, « La responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard de ses usagers détenus », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2000, pp. 232-238.

PONROY Elisabeth, JACQ Christian, « Etude comparative des Conventions des Nations Unies et du Conseil de l'Europe relatives à la torture et aux peines ou traitements inhumains ou dégradants », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 1990, pp. 317-324.

PRADEL Jean, « Les nouvelles "règles pénitentiaires européennes" », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 4, octobre-décembre 1988, pp. 218-222.

PRADEL Jean, « Règles minima pour la mise à exécution des sanctions et des mesures carcérales », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, avril-juin 1989, pp. 155-159.

PREVOST Bernard, « Quelle modernisation pour le service public pénitentiaire ? », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 1, janvier-mars 1995, pp. 13-31.

PRETOT Xavier, « La responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1999, pp. 1600-1610.

« Prisons de France », *Le Monde – Dossiers et documents*, 2^{ème} dossier, n° 295, février 2001, 8 p.

« Prisons en société », *Les Cahiers de la Sécurité intérieure*, n° 31, 1^{er} trimestre 1998, 329 p.

« Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport présenté par la délégation française à la IX^{ème} conférence des cours constitutionnelles européennes (Paris 10-13 mai 1993) », in *Revue française de droit administratif*, n° 9, 1993, pp. 849-869.

QUINIOU Yvon, « Morale éthique et politique chez Habermas », in *Actuel Marx*, n° 24, 2^{ème} semestre 1998, pp. 69-83.

RABAULT Hugues, « Hommage à Niklas Luhmann », in *Droit et société*, n° 42-43, 1999, pp 449-465.

RAYNAUD Philippe, « Philosophie de Michel Troper », in *Droits*, n° 37, 2003, pp. 3-11.

RENUCCI Jean-François, « La portée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sur les procédures de droit interne », in *Recueil Dalloz*, jurisprudence, 1993, pp. 515-516.

ROUGET Didier, « La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, un outil essentiel de promotion de la dignité des personnes privées de liberté », in *Les Cahiers de l'Institut des droits de l'homme*, vol. 2, 1996, pp. 17-31.

ROETS Damien, « Procédure pénale. Menottes, entraves et dignité de la personne », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3, octobre 2001, pp. 607-614.

SCHMID Lucile (propos recueillis par), « La fonction publique saisie par le droit – entretien avec Laurence Engel et Antoine Garapon », in *Esprit*, n° 10, 1997, pp. 99-110.

SCHRAMECK Olivier, « Du statut à la déontologie », in *Pouvoirs Locaux*, n° 27, 4/1995, pp. 54-58.

SENON Jean-Louis, LAFAY Nicolas, PAPET Nathalie et MANZANERA Cyril, « Prison et psychiatrie : à la difficile recherche d'un équilibre entre sanitaire social et judiciaire », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 4, décembre 2000, pp. 506-523.

SIMOULIN Vincent, « Emission, médiation, réception... Les opérations constitutives d'une réforme par imprégnation », in *Revue française de sciences politiques*, vol. 50, n° 2, 2000, pp. 333-350.

SUDRE Frédéric, « La notion des peines et traitements inhumains ou dégradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'homme », in *Revue générale de droit international public*, 1984, pp. 825-889.

SUDRE Frédéric, « L'Europe des droits de l'homme », in *Droits*, n° 14, 1991, pp. 105-114.

SYR Jean-Hervé, « Une nouvelle réforme pénitentiaire : le décret n° 83-48 du 26 janvier 1983 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 4, octobre-décembre 1983, pp. 367-381.

TCHEN Vincent, « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », in *Revue française de droit administratif*, mai-juin 1997, pp. 597-614.

TEITGEN-COLLY Catherine, « Les instances de régulation et la Constitution », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1990, pp. 153-259.

TERRENOIRE Jean-Paul, « Sociologie de l'éthique professionnelle », in *Sociétés contemporaines*, n° 7, septembre 1991, pp. 7-33.

TESTU François-Xavier, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », in *Recueil Dalloz, Chroniques*, 1998, pp. 345-355.

THOENIG Jean-Claude, « La gestion systémique de la sécurité », in *Revue française de sociologie*, vol. XXXV, n° 3, 1994, pp. 357-392.

TIGROUDJA Hélène, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », in *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2003, pp. 154-168.

TIMSIT Gérard, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », in *Revue française d'administration publique*, n° 78, 1996, pp. 375-394.

TIMSIT Gérard, « L'ordre juridique comme métaphore », in *Droits*, n° 33, 2001, pp. 3-18.

TOURNIER Pierre V., « La crise pénitentiaire en Europe. Inflation carcérale et alternatives », in *Revue pénitentiaire et droit pénal*, 1994, p. 331.

TRIQUENEAUX Bruno, « La discipline dans la Police nationale », in *Administration*, n° 168, juillet-septembre 1995, pp. 172-176.

TULKENS Françoise, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *L'Astrée, Revue de Droit Pénal et des Droits de l'Homme*, n° 7, avril 1999, pp. 3-7.

TULKENS Françoise, « Les droits de l'homme en détention », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, octobre-décembre 2001, pp. 881-890.

VAN REENEN Pieter, « Les problèmes soulevés par les visites des lieux de détention. Le point de vue d'un responsable de police », in *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 2, n° 1, 1990, pp. 15-16.

VIALLET Martine, « La politique pénitentiaire, un défi pour l'administration », in *Revue française d'administration publique*, n° 99, juillet-septembre 2001, pp. 441-454.

VIGNY Jean-Daniel, « La Convention européenne de 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants », in *Annuaire suisse de droit international*, 1987, pp. 62-78.

VILLEY Michel, « Modes classiques d'interprétation du droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 17, 1972, pp. 71-88.

ZAKINE Ivan, « Les droits sociaux du détenu », in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3, juillet-septembre 1982, pp. 267-283.

LITTERATURE GRISE, RAPPORTS :

AMNESTY INTERNATIONAL, Rapports annuels, parties concernant la France.

AMNESTY INTERNATIONAL, *France, Coups de feu, homicides et allégations de mauvais traitements de la part des agents de la force publique*, Paris, Amnesty International, octobre 1994, 37 p.

AMNESTY INTERNATIONAL, *France : pour une véritable justice. Mettre fin à l'impunité de fait des agents de la force publique*, Paris, Amnesty International, avril 2005, 73 p.

AMNESTY INTERNATIONAL, *France, Usage excessif de la force*, Paris, Amnesty International, avril 1998, 17 p.

BLANC Christian (dir.), *Pour un Etat stratège, garant de l'intérêt général : rapport de la commission "Etat, administration et services de l'an 2000" présidée par Christian Blanc*, Paris, La documentation française, 1993, 135 p.

CABANEL Guy-Pierre (rapporteur), *Prisons : une humiliation pour la république. Rapport de la commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France n° 449*, Tomes 1 et 2, Paris, Sénat, 2000, 224 p. ; 551 p.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Etude sur les droits de l'homme dans la prison*, Paris, CNCDH, 2004, 66 p.

FLOCH Jacques (rapporteur), *La France face à ses prisons. Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises n°2521*, Tome 1 : rapport ; Tome 2 : auditions, Paris, Assemblée nationale, 2000, 328 p ; 565 p.

INSPECTION GENERALE DES AFFAIRES SOCIALES, *Rapport annuel de l'IGAS 1995*, Paris, La documentation française, 1996, 220 p.

INSPECTION GENERALE DES AFFAIRES SOCIALES, INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *L'organisation des soins aux détenus : rapport d'évaluation*, Paris, IGAS, 2001, 196 p.

PROMOTION RENE CHAR, ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION, *La gestion de nouveaux établissements pénitentiaires dans le contexte du programme pluriannuel pour la justice*, Paris, ENA, 1994, 51 p.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) :

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *1^{er} rapport général du CPT couvrant la période du 1^{er} novembre 1989 au 31 décembre 1990*, CPT/Inf (91) 3 [FR].

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *11^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2000*, CPT/Inf (2001) 16.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Les normes du CPT. Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond*, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité de Prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France du 27 octobre au 8 novembre 1991 et réponse du Gouvernement de la République française*, CPT/Inf (93) 2.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Rapport de suivi du Gouvernement français en réponse au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite en France du 27 octobre au 8 novembre 1991*, Strasbourg, CPT/Inf (94) 1.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France du 20 au 22 juillet 1994 et Réponses du Gouvernement de la République française*, Strasbourg, CPT/Inf (96) 2.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en Martinique du 3 au 7 juillet 1994 et Réponses du Gouvernement de la République française*, Strasbourg, CPT/Inf (96) 24.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants CPT en France du 6 au 18 octobre 1996*, Strasbourg, CPT/Inf (98) 7.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Réponses du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 6 au 18 octobre 1996*, Strasbourg, CPT/Inf (98) 8.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Rapport de suivi du Gouvernement de la République française en réponse au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite en France du 6 au 18 octobre 1996*, Strasbourg, CPT/Inf (98) 8.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 14 au 26 mai 2000*, Strasbourg, CPT/Inf (2001) 10.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 14 au 26 mai 2000*, Strasbourg, CPT/Inf (2001) 11.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *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 11 au 17 juin 2003*, Strasbourg, CPT/Inf (2004) 6.

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 11 au 17 juin 2003*, Strasbourg, CPT/Inf (2004) 7.

EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT), *Report to the Government of Cyprus on the visit to*

Cyprus carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 2 to 9 November 1992, CPT/Inf (97) 5 [Part 1].

EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT), *Report to the Bulgarian Government on the visit to Bulgaria carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 26 March to 7 April 1995, CPT/Inf (97) [Part 1].*

« Règlement intérieur du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants adopté le 16 novembre 1989 », in *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 2, n° 1, 1990, pp. 43-45.

Commission nationale de déontologie de la sécurité :

COMMISSION NATIONALE DE DEONTOLOGIE DE LA SECURITE, *Rapport 2001*, Paris, La Documentation française, 2002, 136 p.

COMMISSION NATIONALE DE DEONTOLOGIE DE LA SECURITE, *Rapport 2002*, Paris, La Documentation française, 2003, 144 p.

COMMISSION NATIONALE DE DEONTOLOGIE DE LA SECURITE, *Rapport 2003*, Paris, La Documentation française, 2004, 385 p.

COMMISSION NATIONALE DE DEONTOLOGIE DE LA SECURITE, *Rapport 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, 536 p.

COMMISSION NATIONALE DE DEONTOLOGIE DE LA SECURITE, *Rapport spécial de la Commission nationale de déontologie de la sécurité du 26 mars 2004*, JO, 8 avril 2004.

Conseil de l'Europe :

CONSEIL DE L'EUROPE, *Actes de la douzième conférence des directeurs d'Administration pénitentiaire des 26-28 novembre 1997*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 182 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Dossiers sur les droits de l'homme n° 5. Les conditions de détention et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1981, 36 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les droits de l'homme dans les prisons*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1986, 224 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les droits de l'homme dans les prisons : la formation professionnelle du personnel pénitentiaire*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1995, 177 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Droits des personnes privées de leur liberté, 7^{ème} colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Copenhague, Oslo, Lund*, Kehl, Strasbourg, Arlington, N. P. Engel, Publisher, 1990, 369 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *L'éthique de la police dans une société démocratique*, coll. « Démocratie-Droit Thémis », Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1996, 160 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Le travail de la police et les droits de l'homme, une question de bonnes pratiques. Rapport de la Conférence de travail qui a eu lieu au Conseil de l'Europe, Strasbourg, 10-12 décembre 1997*, Strasbourg, 2 avril 1998, 70 p.

Nous avons également consulté régulièrement les *Bulletins d'information sur les droits de l'homme* : CONSEIL DE L'EUROPE, *Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe.

Ministère de la justice et Direction de l'administration pénitentiaire :

BIBAL-SERY Dominique, *Prison et droits de l'homme*, coll. « Travaux et documents », Paris, Ministère de la justice-Direction de l'administration pénitentiaire, 1995, 175 p.

BONNEMAISON Gilbert, *La modernisation du service public pénitentiaire, Rapport au Premier ministre et au garde des sceaux, ministre de la justice*, Paris, Ministère de la justice, 1989, 106 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Cahiers de démographie pénitentiaire – La récidive des sortants de prison*, Paris, Ministère de la justice, mars 2004, 4 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Le possible à trois ans*, Paris, SCERI, juillet-août 1990, 39 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Les règles pénitentiaires européennes et leur application en France*, coll. « Travaux et documents », Paris, Ministère de la justice-Direction de l'administration pénitentiaire, 1993, 116 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 10 novembre 1977*, SCERI, 47 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 15 décembre 1978*, SCERI, 53 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 14 décembre 1979*, SCERI, 75 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 15 décembre 1980*, SCERI, 69 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 29 janvier 1982*, SCERI, 73 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire du 29 janvier 1982*, SCERI, 73 p.

LIEGE Marie-Pierre (de), *Pour une justice humaine, moderne et efficace, Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux*, 1989, Paris, SCERI, 48 p.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *La France face aux exigences de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, coll. « Etudes », Paris, La Documentation française, 2001, 128 p.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Programme pénitentiaire issu de la loi d'orientation et de programmation pour la Justice 2003-2007 – Dossier de presse*, Paris, Ministère de la justice, 14 p.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Paris, Ministère de la justice, juillet 2002, 82 p.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Document de présentation générale de l'avant projet de loi sur la peine et le service public pénitentiaire*, juillet 2001.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Projet de loi sur la peine et le service public pénitentiaire*, Document de travail, 5 décembre 2001, 48 p.

« Politique pénitentiaire 2000 : des prisons plus modernes et mieux contrôlées, une meilleure prise en charge des détenus, de meilleures conditions de travail des personnels », *Les Notes de la Chancellerie*, mars 2000, 8 p.

« Projets du ministère de la justice pour améliorer les conditions de vie quotidienne dans les prisons », in *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n°1, janvier 1983, pp. 27-31.

SALVAT Xavier, *Droits de l'homme et prison, Contribution à la session : prison dans le système répressif (17-21 octobre 1994)*, Paris, Ecole nationale de la magistrature, 33-13 p.

Rapports annuels de l'administration pénitentiaire :

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1980*, Paris, SCERI, 1981, 271 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1981*, Paris, SCERI, 1982, 270 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1982*, Paris, SCERI, 1983, 309 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1983*, Paris, SCERI, 1984, 331 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1985*, Paris, SCERI, 1986, 324 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1986*, Paris, SCERI, 1986, 337 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1987*, Paris, SCERI, 1987, 327 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1988*, Paris, SCERI, 1988, 340 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1989*, Melun, Imprimerie administrative, 1991, 544 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1990*, Melun, Imprimerie administrative, 1992, 475 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1991*, Paris, Ministère de la justice, 1992, 441 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport annuel de l'année 1992 de l'administration pénitentiaire à Monsieur le Garde des sceaux, Ministre de la justice*, Paris, La documentation française, 1993, 368 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Administration pénitentiaire : rapport annuel d'activité 1993 à Monsieur le Garde des sceaux, Ministre de la justice*, Paris, La documentation française, 1994, 372 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Administration pénitentiaire : rapport annuel d'activité 1994 à Monsieur le Garde des sceaux, Ministre de la justice*, Paris, La documentation française, 1995, 378 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Administration pénitentiaire : rapport annuel d'activité 1995 à Monsieur le Garde des sceaux, Ministre de la justice*, Paris, La documentation française, 1996, 394 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Administration pénitentiaire : rapport annuel d'activité 1996*, Paris, La documentation française, 1997, 356 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Administration pénitentiaire : rapport annuel d'activité 1997*, Paris, La documentation française, 1998, 383 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Administration pénitentiaire : rapport annuel d'activité 1998*, Paris, La documentation française, 2000, 275 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Administration pénitentiaire : rapport annuel d'activité de l'administration pénitentiaire 1999*, Paris, La Documentation française, 2001, 277 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Administration pénitentiaire : rapport annuel d'activité 2000*, Paris, La documentation française, 2002, 312 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Administration pénitentiaire : rapport annuel d'activité 2001*, Paris, La documentation française, 2003, 262 p.

LISTE DES ENTRETIENS

Nom, Qualité*	Lieu de l'entretien	Date Durée de l'entretien
Mme Françoise Tulkens, <i>Juge à la Cour européenne des droits de l'homme</i>	Palais des droits de l'homme, Strasbourg	15 janvier 2002, 15h30 Durée : 1h10
M. Jacques Buisson, Président de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Grenoble, <i>Rapporteur Général de la Commission sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires</i>	Tribunal de Grande Instance, Grenoble	2 mai 2002, 15h45 Durée : 1h15
Mme Sandrine Zientara-Logeay, <i>Chef du bureau de l'action juridique et du droit pénitentiaire, depuis septembre 2001</i>	Direction de l'administration pénitentiaire, Paris	10 juillet 2002, 10h Durée : 1h
M. Xavier Salvat, Procureur TGI de Pontoise, <i>Responsable des services d'inspection de l'administration pénitentiaire de 1989 à 1992, Sous-directeur à l'exécution des décisions judiciaires (gestion des détenus et de la carte pénitentiaire et du milieu ouvert) de 1992 à 1995</i>	Tribunal de Grande Instance, Pontoise	10 juillet 2002, 15h20 Durée : 1h15
M. Gilbert Azibert, Président de la Chambre de l'instruction à la Cour d'appel de Paris, <i>Directeur de l'administration pénitentiaire de 1996 à 1999</i>	Cour d'appel de Paris, Paris	17 juillet 2002, 11h Durée : plus de 2 heures.
M. Jean-Pierre Dintilhac, Conseiller à la deuxième Chambre Civile de la Cour de Cassation, <i>Sous-directeur de l'administration pénitentiaire sous la direction de Mme Ezratty, Directeur de l'administration pénitentiaire de 1988 à 1990</i>	Cour de Cassation, Paris	22 octobre 2002, 10h50 Durée : 1h30
Mme Martine Anstett <i>Actuellement directrice de la communication d'Amnesty International en France. Précédemment assistante au Haut</i>	Amnesty International, Paris	23 octobre 2002, 9h Durée : 1h

<i>commissariat aux droits de l'homme aux Nations Unies</i>		
M. Ivan Zakine, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation, <i>Directeur de l'administration pénitentiaire de 1981 à 1983, Président du CPT de 1997 à mars 2001, membre du CPT de 1993 à 2001</i>	Centre de médiation et d'arbitrage, Paris	13 novembre 2002, 10h30 Durée : environ 2h
M. Jean-Claude Karsenty, Directeur de l'Institut des hautes études sur la sécurité intérieure (IHESI), <i>Directeur de l'administration pénitentiaire de 1990 à 1993</i>	IHESI, Paris	14 novembre 02, 14h45 Durée : 1h
M. Philippe Maître, Chargé de mission auprès du Procureur de Paris, <i>Chef de l'ISP de septembre 1994 à septembre 2001</i>	Palais de justice, Parquet de Paris, Paris	14 novembre 02, 16h30 Durée : 1h15
M. Bernard Prévost, Préfet des Yvelines, <i>Directeur de l'administration pénitentiaire de juillet 1993 à décembre 1995</i>	Entretien téléphonique	17 décembre 2002, 17h Durée : 30 mn
Mme Stéphanie Kretowicz, <i>Bureau de l'action juridique et du droit pénitentiaire</i>	Direction de l'administration pénitentiaire, Paris	10 avril 2003, 10h30 Durée : 1h
Mme Myriam Ezratty, Premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris, <i>Présidente du centre international pour la prévention de la criminalité, Directrice de l'administration pénitentiaire de 1983 à mi-1986</i>	A son domicile	18 novembre 2003, 17 h Durée : 2h

* qualité lors de l'entretien et en italique : fonction occupée pour laquelle nous avons réalisé l'entretien.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS-----	1
SOMMAIRE-----	3
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES-----	4
INTRODUCTION -----	6
Délimitation de l'objet d'étude-----	11
L'administration pénitentiaire-----	11
L'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales -----	15
La notion de réception-----	19
Problématique-----	23
Méthodologie -----	27
PREMIERE PARTIE - LA LONGUE ABSENCE DE RECONNAISSANCE DE L'INTERDIT CONTENU DANS L'ARTICLE 3 CSDH PAR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE-----	32
TITRE I – L'INTERDIT DE LA TORTURE ET DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, UNE NORME NON RESPECTEE PAR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE ----	35
Chapitre 1 – Le choix d'une interprétation extensive de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme-----	37
I – L'interprétation de l'article 3 CSDH par la Cour européenne des droits de l'homme -----	38
A- Les notions de torture et de traitements inhumains ou dégradants dans la jurisprudence européenne. -----	40
1. La torture -----	40
2. Les traitements inhumains ou dégradants-----	43
B- Les traitements inhumains ou dégradants et la détention-----	46
II – L'interprétation de l'article 3 CSDH par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants----	49
A- Les « mauvais traitements » pour le CPT-----	50
B- Les traitements inhumains ou dégradants et les mauvais traitements dans les établissements pénitentiaires.-----	52
III – Le choix d'une interprétation extensive de l'article 3 CSDH-----	54
Chapitre 2 – La connaissance par l'administration pénitentiaire de l'existence d'actes contraires à l'article 3 CSDH-----	59
I – L'existence de traitements inhumains ou dégradants dans les établissements pénitentiaires français-----	60
A- Les traitements inhumains ou dégradants dus à des pratiques ou situations « hors-norme »-----	61
1. Les mauvais traitements infligés par le personnel-----	61
2. Les violences entre détenus-----	63
3. La mauvaise prise en charge sanitaire, le suicide et les gestes auto-agressifs -----	65
4. Les conditions générales de détention-----	67
B- Les traitements inhumains ou dégradants dus à des dysfonctionnements dans des pratiques normées -----	69

1. Les fouilles -----	69
2. Les conditions de transferts et le recours aux instruments de contention physique -----	72
3. L'isolement -----	74
4. Les transfèrements successifs -----	76
II – Un phénomène connu de l'administration pénitentiaire -----	78
A- Un phénomène non rendu public -----	78
1. Les rapports annuels de l'administration pénitentiaire -----	79
2. Les rapports annuels des organes de contrôle nationaux, autres que l'Inspection des services pénitentiaires (ISP) -----	80
3. Le Rapport Bonnemaïson -----	81
B- Une connaissance du phénomène en interne -----	82
1. L'importance de l'ISP dans la connaissance du phénomène -----	83
2. Les autres sources d'information -----	85
TITRE II – L'INTERDIT DE LA TORTURE ET DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, UNE NORME FACULTATIVE POUR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE -----	88
Chapitre 1 – La « normativité relative » de l'article 3 CSDH pour l'administration pénitentiaire -----	90
I – L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, une norme minimisée par l'administration pénitentiaire -----	90
A- La pluralité des normes supranationales, source de dilution de la force normative de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants -----	91
1. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés -----	92
2. Les normes supranationales non obligatoires -----	94
B- L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, une norme « distante » de l'administration pénitentiaire -----	97
1. L'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, une norme éloignée de la « spécificité carcérale » -----	97
2. Le sentiment de l'administration pénitentiaire d'agir conformément à cette norme -----	99
II – Des objectifs et principes de droit interne préférés à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants -----	101
A- Un objectif prioritaire : la sécurité -----	101
1. Une mission prioritaire : la garde -----	102
2. La sécurité, l'axe prioritaire des politiques pénitentiaires -----	105
B- Des principes reconnus par l'administration pénitentiaire préférés à l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH -----	108
1. Le principe de respect de la dignité humaine -----	108
2. La référence à d'autres principes : l'égalité et la réinsertion -----	113
Chapitre 2 – Une absence de contrôle réel de l'administration pénitentiaire -----	117
I – L'inefficacité des contrôles non juridictionnels nationaux -----	118
A- Un contrôle externe inefficace -----	119
1. Des contrôles externes multiples et variés -----	119
2. Des contrôles externes inefficaces -----	123
B- Un contrôle interne insuffisant -----	125
1. Un contrôle hiérarchique inadapté -----	125
2. Des corps d'inspection trop liés à l'administration pénitentiaire -----	127
II – La longue absence d'un véritable contrôle juridictionnel -----	130

A- Le contrôle juridictionnel des juridictions administratives : un contrôle frileux -----	131
1. La mesure d'ordre intérieur et la longue absence du contrôle du juge ---	132
2. Le contentieux de la responsabilité-----	135
B- L'apparition récente d'un contrôle juridictionnel européen effectif -----	139
1. Un contrôle récent-----	139
2. Du critère intentionnel au critère matériel : un contrôle accru des conditions de détention -----	141
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE -----	144
DEUXIEME PARTIE - LES OPERATIONS ABOUTISSANT A LA RECEPTION DE L'INTERDIT CONTENU DANS L'ARTICLE 3 CSDH PAR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE-----	145
TITRE I – LES MEDIATIONS NECESSAIRES A LA RECEPTION DE L'INTERDIT DE LA TORTURE ET DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS COMME NORME JURIDIQUE CONTRAIGNANTE-----	148
Chapitre 1 – Le CPT, organe ad hoc de la réception de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'administration pénitentiaire -----	150
I – L'intervention d'un « tiers » impartial et désintéressé-----	151
A- L'extériorité du CPT : un atout, un défaut-----	152
1. Un nouvel organe de contrôle pour l'administration pénitentiaire-----	152
a- La création du CPT -----	152
b- La « fonction pionnière » du CPT -----	154
2. Une réticence a priori de l'administration pénitentiaire -----	157
a- L'ouverture imposée-----	158
b- Le terme de torture, un terme fort -----	160
B- Le contrôle du CPT : un contrôle extérieur encore perfectible -----	162
1. Un contrôle efficace -----	162
a- Une légitimité acquise -----	163
b- Un contrôle global -----	165
2. Un contrôle perfectible -----	167
II – Le CPT : incarnation de l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants pour l'administration pénitentiaire-----	171
A- La confrontation directe de l'administration pénitentiaire à l'article 3 CSDH -----	171
1. Les visites du CPT, un rappel pour l'administration pénitentiaire -----	172
2. L'impact concret des visites du CPT pour l'administration pénitentiaire	176
B- Le CPT, une opportunité pour l'administration pénitentiaire -----	180
1. Un levier pour l'administration pénitentiaire vis-à-vis de l'Etat -----	180
2. Un outil contre les résistances internes -----	183
Chapitre 2 – Les interventions non spécifiquement destinées à la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH-----	187
I – L'intervention juridictionnelle dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire -----	188
A- La médiation de la CEDH : une intervention supplétive dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire ---	189
1. L'évolution de la jurisprudence de la CEDH concernant l'administration pénitentiaire -----	189
2. Le rôle ambigu de la CEDH dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH-----	193

B- L'intervention incontournable du Conseil d'Etat dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire ---	196
1. L'influence d'une juridiction -----	196
a- L'évolution lente de la jurisprudence du Conseil d'Etat -----	197
b- Le rôle du Conseil d'Etat dans la réception de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire -----	201
2. Une juridiction sous influence-----	204
a- L'impulsion de certains commissaires du gouvernement -----	205
b- L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme -----	207
c- L'influence du CPT-----	211
II – Les médiations non juridictionnelles -----	213
A- La Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)-----	214
1. Une institution ambitieuse dans la lutte contre les manquements déontologiques des professions de la sécurité intérieure -----	215
2. La CNDS, médiation en devenir dans la réception de l'article 3 CSDH par l'administration pénitentiaire -----	220
B- Les interventions sociétales -----	225
1. Les médiations diffuses -----	226
2. La médiation de l'OIP -----	228
TITRE II – L'INTEGRATION DE L'ARTICLE 3 CSDH DANS LE DROIT INTERNE RECONNU PAR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE-----	232
Chapitre 1 – L'intégration législative de l'article 3 CSDH dans le droit interne à destination de l'administration pénitentiaire -----	234
I – L'intérêt fluctuant du politique pour l'administration pénitentiaire -----	235
A. L'intérêt gouvernemental pour les questions pénitentiaires -----	236
B. L'intérêt parlementaire pour les questions pénitentiaires -----	240
II – Le projet de loi pénitentiaire, une intégration législative de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH inachevée-----	244
A- Le projet de loi pénitentiaire, une volonté forte d'intégration de l'article 3 CSDH -----	244
1. La reconnaissance d'un statut légal du détenu -----	245
2. L'entrée de l'article 3 CSDH dans le droit pénitentiaire -----	248
B- L'évolution et le gel du projet -----	250
Chapitre 2 – La transposition administrative de l'article 3 CSDH-----	255
I – La traduction de l'interdit contenu dans l'article 3 CSDH dans le droit pénitentiaire -----	256
A- Le droit pénitentiaire, le règne du réglementaire -----	257
1. « L'illusion législative » -----	257
2. Le règne de la circulaire-----	260
B- La sous-interprétation de la question des traitements inhumains ou dégradants dans le droit pénitentiaire -----	263
1. Le programme immobilier, réponse traditionnelle à la question des traitements inhumains ou dégradants-----	263
2. Des avancées réglementaires -----	269
II – Le code de déontologie du service public pénitentiaire -----	274
A- Un processus d'élaboration interminable -----	274
1. L'émergence du débat déontologique dans l'administration pénitentiaire -----	275
2. L'émergence d'un projet de code de déontologie du service public pénitentiaire -----	278

B- La synthèse des droits et devoirs existants-----	280
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE-----	285
TROISIEME PARTIE - LE PROCESSUS DE RECEPTION DE L'INTERDIT	
CONTENU DANS L'ARTICLE 3 CSDH PAR L'ADMINISTRATION	
PENITENTIAIRE, UN ANALYSEUR DU RAPPORT DE L'ADMINISTRATION AU	
DROIT -----	
	287
TITRE I – LE PROCESSUS DE RECEPTION DE L'INTERDIT CONTENU DANS L'ARTICLE 3	
CSDH, REVELATEUR DE L'« AUTO-NOMIE » DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE ---	
	291
Chapitre 1 – Le principe de légalité, mythe de l'action administrative-----	293
I – Principe de légalité, droit et administration : une conception traditionnelle--	294
A- Principe de légalité et Etat de droit -----	294
B- Norme supranationale et principe de légalité-----	296
II – Principe de légalité et action administrative : confrontation du principe à la	
réalité administrative-----	300
A- Administration et hiérarchie -----	300
B- Le principe de légalité, principe malmené par l'action administrative ----	304
Chapitre 2 – Le rôle de l'administration pénitentiaire dans la production du droit : le	
principe de légalité mis en échec-----	309
I – L'exacerbation d'un phénomène-----	309
A- L'administration pénitentiaire, miroir grossissant de l'administration ----	310
B- Pouvoir hiérarchique contre Etat de droit-----	313
II – Administration et politique dans la production normative -----	316
A- La production autonome de la norme -----	316
B- L'inversion politique-----	320
TITRE II – LA SYSTEMATISATION DU PROCESSUS DE RECEPTION DE LA NORME	
SUPRANATIONALE PAR L'ADMINISTRATION-----	
	324
Chapitre 1 – Le processus de réception de la norme supranationale par	
l'administration : une suite d'opérations complexe -----	326
I – Les médiations intervenant dans le processus-----	327
A- Les médiations contraignantes -----	328
B- Les médiations non contraignantes -----	331
II – La transposition administrative de la norme supranationale -----	335
A- Une transposition administrative non-obligatoire -----	335
B- Une transposition administrative nécessaire-----	338
Chapitre 2 – La norme supranationale, norme reçue par l'administration -----	343
I – L'acquisition d'une signification normative pour la norme supranationale --	344
A- La réconciliation de l'obligation et de la signification-----	344
1. Une signification acquise -----	345
2. Un caractère obligatoire certain-----	347
B- La validité de la norme pour l'administration-----	348
1. Une certaine « légalité du comportement » de l'administration-----	349
2. Une « légitimité » certaine-----	353
II – La norme, facteur de légitimation pour l'administration -----	356
A- La norme supranationale, soutien extérieur de la réforme -----	356
B- La norme, légitimation de l'institution -----	360
CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE -----	365
CONCLUSION-----	367
BIBLIOGRAPHIE :-----	373

MANUELS ET DICTIONNAIRES :-----	373
RECUEILS DE TEXTES FONDAMENTAUX ET DE JURISPRUDENCE :-----	374
OUVRAGES :-----	375
ARTICLES :-----	389
LITTERATURE GRISE, RAPPORTS :-----	404
LISTE DES ENTRETIENS -----	411
TABLE DES MATIERES -----	413