

L'essentiel

Enfin pourrait-on s'exclamer ; seulement, serait-on tenté de dire. Après une annonce de longue date, une très longue gestation, et une seule lecture devant chaque chambre - l'urgence ayant été déclarée -, la loi pénitentiaire a enfin été publiée, le 24 novembre dernier. De nettes améliorations ont été apportées, issues notamment des préconisations européennes, ou encore concernant les aménagements de peine. Des regrets subsistent cependant et, plus inquiétant, des régressions nouvelles paraissent annoncées, comme par exemple la déjuridictionnalisation. C'est ici à une première analyse de notre nouveau droit pénitentiaire que se livrent Eric Péchillon, Jean-Paul Céré et Martine Herzog-Evans, analyse qui sera complétée par l'examen des décrets d'application, à parution de ceux-ci.

Si l'adoption d'une « loi pénitentiaire » était indispensable pour permettre à la France de se conformer aux exigences de la hiérarchie des normes 📄(2), elle aurait pu (et même dû) être l'occasion d'une réflexion sérieuse sur l'évolution de l'encadrement juridique du service public chargé de l'accueil et de la prise en charge des personnes sous écrou. La commission Canivet avait pourtant clairement mis l'accent sur l'importance de la méthodologie minimale à adopter avant de prétendre sérieusement engager une réforme de l'organisation ou du fonctionnement des établissements de détention français 📄(3). Force est de constater, à la lecture du texte adopté par le Parlement, que cela n'a pas véritablement été le cas. Il s'agit souvent d'une simple élévation d'un cran de normes préexistantes 📄(4) dont la valeur juridique était contestable. On pourrait bien évidemment se réjouir sur ce point de la courte décision du Conseil constitutionnel 📄(5) qui réaffirme l'importance des articles 34 et 37 de la Constitution et assure veiller à lutter contre les risques liés à l'incompétence négative du législateur. Le contrôle du contenu de la légalité et de la conventionalité des décrets d'application 📄(6) sera primordial.

Le compromis réalisé par le législateur n'est pas exempt de critiques et ne permet pas de présager de l'évolution du service public. Il forme plus un patchwork de normes qu'une construction cohérente. L'importance des amendements parlementaires a fragilisé le projet de loi de l'exécutif sans pour autant en renverser la philosophie visant à renforcer l'autorité de la puissance publique. En décortiquant le texte à la manière de J. Bentham 📄(7), on s'aperçoit non seulement de la spirale normative dans laquelle est entraîné le Parlement mais aussi que cette inflation législative n'est en rien un gage de performance de la norme.

Un texte de compromis guidé par la jurisprudence plus qu'une redéfinition de la prison
La loi du 24 novembre 2009 est une bonne illustration du mal dont souffrent trop de lois françaises. À chaque fois que le législateur a organisé un droit commun des services publics 📄(8), plusieurs d'entre eux ont, par la suite, revendiqué un droit à la différence. C'est en partie ce que vient d'obtenir le service public pénitentiaire car la loi adoptée oscille souvent entre la reconnaissance des spécificités du milieu carcéral (par l'organisation de dérogations 📄(9)) et l'affirmation de la nécessité de désenclaver l'institution en lui imposant des obligations de droit commun. L'absence de principes fondamentaux clairement énoncés et d'une politique administrative pénitentiaire fondée sur des bases législatives solides 📄(10) expliquait en grande partie l'origine des difficultés des établissements pénitentiaires (en

particulier dans les maisons d'arrêt).

La formulation des missions confiées à l'administration, à force de se vouloir équilibrée, en devient illisible tant les objectifs fixés sont alambiqués (11). Couplé à l'article 1er ajouté par les parlementaires, on note immédiatement que le texte a malheureusement abordé la prison comme formant un bloc unique alors que, depuis son origine, elle accueille deux catégories d'usagers. Leurs statuts devraient différer sur le plan administratif de manière aussi nette qu'en droit pénal (12). Le fait que les prévenus comme les condamnés soient tous placés sous écrou (13) ne peut suffire à créer un statut administratif unique. Le législateur aurait grandement gagné en clarté et en efficacité s'il avait pris soin de qualifier précisément les fonctions de l'administration pénitentiaire lorsqu'elle est chargée de maintenir en détention des personnes non condamnées.

Pour les prévenus, si l'idée même d'un traitement pénitentiaire est *a priori* exclue, le régime d'incarcération doit néanmoins reposer sur des bases législatives et administratives solides. Pour placer la France pleinement en conformité avec ses engagements internationaux (14), le Parlement aurait sans doute dû faire un choix de société distinguant en définitive deux services publics de la privation de liberté suite à une décision de justice. Puisque notre pays a fait le choix de permettre l'incarcération avant jugement, il devait se donner les moyens juridiques et matériels d'en assumer les conséquences. Cela aurait pu passer par la division des maisons d'arrêts en deux structures distinctes.

Le sort des usagers en détention provisoire à l'issue de la loi

Le statut administratif de la personne placée en détention provisoire nécessitait à lui seul un débat devant le Parlement, en particulier afin que celui-ci se prononce explicitement sur les obligations à la charge de l'État vis-à-vis de cette population. Le législateur n'a pas retenu cette option et a préféré élaborer une norme s'appuyant sur l'existant (15). Puisque, depuis la réforme Amor, suite à la Libération, les détenus peuvent être regroupés, quel que soit leur statut, dans un même établissement (la maison d'arrêt) et qu'organiser deux services véritablement distincts supposait plus qu'une simple loi mais une refonte de toute l'institution, le texte a préféré accorder sporadiquement des droits spécifiques aux prévenus.

Ces droits ne font pas l'objet d'une section particulière de la loi (16), mais sont disséminés au gré des articles. Si les prévenus restent encore à la disposition de la justice le temps de l'instruction, ils peuvent espérer « un rapprochement familial jusqu'à leur comparution devant la juridiction de jugement » (17). Dans la loi de 2009, le statut administratif du prévenu se distingue de celui du condamné sur plusieurs points. Par exemple, l'organisation du droit de visite hebdomadaire (18) a été définie en tenant compte de l'organisation de l'institution (le découpage en semaine de ce droit est significatif) plus qu'en fonction d'éventuels droits fondamentaux du détenu (et surtout du visiteur). Pour rencontrer un détenu, il faut non seulement obtenir un permis de visite mais encore prendre rendez-vous auprès de l'administration qui fixe l'heure, la durée et les modalités de la visite en fonction des contraintes de l'établissement (19). En définitive, les « contraintes de la détention » (20) pèsent systématiquement sur les droits du prévenu. Cependant, à la différence des condamnés, s'y ajoutent les contraintes de l'organisation et du fonctionnement de la justice pénale. À légiférer ainsi à moyens et organisation constants pouvait-il en être autrement ? L'encadrement de l'usage du téléphone est ici topique (21). Le législateur accorde aux usagers prévenus un droit dont ils étaient en pratique privés, mais, dans le même temps, il le rend nettement plus restreint que celui du condamné. Comment comprendre qu'il soit nécessaire « dans tous les cas [que] les prévenus [obtiennent] l'autorisation de l'autorité judiciaire » pour téléphoner et que cet accès au téléphone puisse être « refusé, suspendu ou retiré, pour des motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions et, en ce qui concerne les prévenus, aux nécessités de l'information » ? Simplement car les prévenus sont usagers simultanément de deux services publics (celui de la préparation du jugement et celui de « l'hôtellerie » pénitentiaire). Deux logiques qui, chacune à leur manière, pèsent sur les droits fondamentaux (22) des individus. Le contact téléphonique avec l'extérieur part toujours de l'intérieur, ce qui prive les tiers (famille et entourage) de la possibilité de maintenir les liens. Indirectement, les droits de ces usagers par

ricochet sont donc limités. Même les droits de la défense doivent s'adapter à la prison ☞(23).

Le dispositif retenu n'est pas inconstitutionnel, puisqu'il n'a pas été censuré par le Conseil constitutionnel. Sa conventionalité fera sans doute l'objet de discussions lors de prochains contentieux. Ce qui ressort de la lecture de la loi du 24 novembre c'est surtout le fait que le législateur n'a pas vraiment pris le temps de fixer un dispositif normatif cohérent. Il a surtout cherché à légiférer en fonction des contraintes extérieures existantes et connues. Deux exemples le démontrent. L'article 52 dispose que « tout accouchement ou examen gynécologique doit se dérouler sans entraves et hors la présence du personnel pénitentiaire, afin de garantir le droit au respect de la dignité des femmes détenues ». Non seulement cet article ne crée pas de droit car cette pratique était déjà illégale au regard de la jurisprudence de la CEDH, mais surtout une lecture *a contrario* laisse entendre que l'atteinte à la dignité pourrait être envisageable pour les autres examens (sur les hommes, mais également sur les femmes). L'article 44 organise un régime législatif de responsabilité sans faute ☞(24) extrêmement réduit car les conditions cumulatives imposées sont strictes (décès, violence, codétenu). Il n'a pas pris en considération le statut de la victime (prévenu, mineur, situation vulnérable, encellulement collectif imposé...). Le législateur a uniquement réagi à une série de faits divers tragiques et n'a pas tiré les conséquences de la jurisprudence marquant un recul de la place de la faute en matière de responsabilité de la puissance publique.


Recul de l'État ou nouvelle forme de management du service public pénitentiaire ?


Pour parvenir à augmenter les chances de réussite de la réforme, non pas de l'incarcération mais de l'exécution des peines par l'administration pénitentiaire, l'exécutif a fait inscrire dans la loi la nécessité de désenclaver l'institution en l'associant à divers partenaires. Sur ce point, l'article 3 mérite l'attention : « le service public pénitentiaire est assuré par l'administration pénitentiaire sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice, avec le concours des autres services de l'État, des collectivités territoriales, des associations et d'autres personnes publiques ou privées. Les fonctions de direction, de surveillance et de greffe des établissements pénitentiaires sont assurées par l'administration pénitentiaire. Les autres fonctions peuvent être confiées à des personnes de droit public ou privé bénéficiant d'une habilitation dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ». La formulation de 2009 est beaucoup plus audacieuse que celle de 1987 ☞(25). En effet, en pleine période de révision générale des politiques publiques et de détermination des nouvelles missions de l'État dans une logique LOLF, la loi rappelle indirectement que, si depuis 1911 ☞(26) le ministère de la Justice est directement associé à l'exécution de la peine, il n'est pas le seul intéressé par cette politique publique. La France étant désormais un pays décentralisé et déconcentré, la tentation est grande pour l'exécutif de tenter d'associer plus ou moins contractuellement à la fois les autres catégories d'administration mais également tous les acteurs privés du secteur social (voire industriel et commercial). Est bien évidemment en première ligne le secteur de la santé ☞(27) (avec les UCSA, SMPR et autres UHSA ☞(28)). Cette recherche de partenariat conventionnel ☞(29) n'est pas juridiquement neutre car cela entraînera la multiplication des règles locales négociées et adaptées aux particularismes des infrastructures et des populations accueillies. En marge des règlements intérieurs types par catégorie d'établissement vont donc se développer des normes spécifiques qui modifieront les droits des détenus. Le législateur ne diminue pas les pouvoirs de l'administration pénitentiaire mais élargit la liste des responsables de la prise en charge des personnes incarcérées. Il s'agit d'un moyen de répartir la charge financière de la gestion des établissements de détention au moment où l'État (à défaut de modifier sa politique pénale) est contraint de se lancer dans un important programme de construction de places de prison conformes aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Il y a derrière ce choix des questions financières et de partage des responsabilités. Il est bien évident que le choix du lieu de construction de l'établissement, de son statut (gestion mixte ou strictement publique), de sa taille et de la qualité des services associés (santé, éducation, culture, travail) aura une incidence sur le fonctionnement quotidien de la prison et l'efficacité des normes. Décentralisation et déconcentration supposent toujours une forme de contractualisation et d'individualisation des relations, voire une négociation autour des droits fondamentaux. La loi du 24 novembre 2009 a été adoptée selon une procédure d'urgence, il reste désormais à être vigilant sur la manière dont elle sera appliquée sur le terrain.

Mots clés :

PRISON * Loi pénitentiaire * Service public pénitentiaire

(1) L'AJ Pénal, dans son numéro 12/2009, a consacré un dossier à La loi pénitentiaire. Il est constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison par Jean-Paul Céré, p. 476  ;

Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire par Martine Herzog-Evans, p. 483 .

(2) Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Assemblée nationale, 28 juin 2000, <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rap-enq/r2521-1.asp>.

(3) Dans son étude commandée par le garde des Sceaux sur *L'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, publiée à la Documentation française, la commission Canivet avait adopté une attitude didactique. La première partie du rapport débute en rappelant que « l'instauration d'un contrôle suppose l'existence d'un droit cohérent applicable dont il a précisément pour fonction d'assurer l'application. Le contrôle extérieur impose donc une définition du droit en vigueur dans les établissements pénitentiaires qui constituent son champ d'application ».

(4) L'exposé des motifs fourni par le gouvernement est sur ce point parfaitement explicite : « Il est indispensable de mettre de l'ordre dans notre système normatif, en élevant au niveau législatif les restrictions aux droits fondamentaux nécessairement imposées aux détenus pour des raisons de sécurité publique, et d'afficher clairement les règles éthiques qui encadrent l'action des personnels pénitentiaires. C'est la raison pour laquelle le Gouvernement souhaite élever au niveau législatif des dispositions du droit positif réglementaire et les rassembler dans un texte unique sur le service public pénitentiaire » (<http://www.senat.fr/leg/pjl07-495.html>). Beaucoup d'articles du projet de loi ne sont en définitive que la reprise de dispositions existant dans des textes préexistants (loi 94-43 du 18 janv. 1994 ou simples règlements pris dans le domaine de la loi).

(5) Cons. const., décis. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 dont les commentaires seront sans doute nombreux, par exemple : « Examen de la constitutionnalité de la loi pénitentiaire à la suite d'une saisine blanche : une occasion de clarifier les bases constitutionnelles du droit de l'exécution des peines, RPDP, 2009 n° 4 ».

(6) Pas moins de 18 fois dans la présente loi pour les articles : 3 (fonctions externalisables), 5 (conseil d'évaluation), 7 (observatoire indépendant), 8 (contrôle extérieur), 11 (code de déontologie), 18 (volontaires pour la réserve civile), 20 (réservistes salariés), 21 (emploi des réservistes), 31 (détermination des indigents), 32 (montant de la rémunération des détenus travaillant), 40 (liste des destinataires de courriers non contrôlés), 61 (droit des mineurs), 62 (maîtrise d'ouvrage confiée à un établissement public), 71 (modalités de l'assignation à résidence avec surveillance électronique), 84 (modalités simplifiées d'aménagement des peines), 86 (règlements intérieurs types), 91 (régime disciplinaire), 96 (outre-mer).

(7) B. Binoche, J.-P. Cléro, *Bentham contre les droits de l'homme*, PUF, Quadrige, 2007, en particulier le texte de J. Bentham, *L'absurdité sur des échasses* (lecture critique de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1791), p. 19 s.

(8) Loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JO 13 avr. 2000, p. 5646. Cette loi est à l'origine d'une multitude de réformes dont les incidences pénitentiaires sont complexes : pour un exemple récent qui va

poser problème, décret 2008-1281 du 8 déc. 2008 et décret 2009-471 du 28 avr. 2009, à propos de la mise à disposition du public sur Internet des circulaires et instructions.

(9) Par exemple, l'art. 49 instaurant l'obligation de disposer d'un permis de visite pour les personnes bénévoles intervenant auprès des personnes malades en fin de vie (art. L. 1110-11 CSP), majeurs accompagnant les patients mineurs (art. L. 1111-5 CSP), personnes de confiance (art. L. 1111-6 CSP).

(10) Les dispositions contenues dans la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire n'ont pas été suivies des modifications législatives indispensables à une mutation en profondeur de l'institution (art. 1er : « Le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions et sentences pénales et au maintien de la sécurité publique. Il favorise la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire. Il est organisé de manière à assurer l'individualisation des peines »).

(11) Art. 2 : « Il contribue à l'insertion ou à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues. Il est organisé de manière à assurer l'individualisation et l'aménagement des peines des personnes condamnées ».

(12) Les prévenus et les condamnés ne dépendent pas des mêmes autorités judiciaires. Leur incarcération n'a pas la même fonction.

(13) L'écrou étant le premier acte administratif du service public pénitentiaire.

(14) Avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et dans l'idéal en intégrant les dernières recommandations européennes : J.-P. Céré, La mise en conformité du droit pénitentiaire français avec les règles pénitentiaires européennes : réalité ou illusion ?, RPDP, 2009, p. 111.

(15) Le nouveau délai accordé par l'article 100 relatif à l'**encellulement individuel** est significatif : « Dans la limite de cinq ans à compter de la publication de la présente loi, il peut être dérogé au placement en cellule individuelle dans les maisons d'arrêt au motif tiré de ce que la distribution intérieure des locaux ou le nombre de personnes détenues présentes ne permet pas son application ».

(16) À la différence des mineurs dont le statut administratif fait l'objet d'une section, certes particulièrement modeste et mal rédigée.

(17) Art. 34 de la loi.

(18) Art. 35 « au moins trois fois par semaine ».

(19) Le même raisonnement peut être tenu avec les unités de vie familiale (art. 36).

(20) La formule est d'ailleurs rappelée deux fois dans la décision 593 DC du Conseil constitutionnel (considérant 4 « qu'il appartient cependant au législateur de garantir les droits et libertés dont ces personnes continuent de bénéficier dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention » et considérant 6).

(21) Art. 39 : Droit de téléphoner à sa famille et instauration d'un mécanisme d'autorisation administrative de communication « pour préparer leur réinsertion ».

(22) L'article 40 permet de s'opposer à ce que les prévenus correspondent « par écrit avec toute personne de leur choix », « le courrier adressé ou reçu par les prévenus est communiqué à l'autorité judiciaire selon les modalités qu'elle détermine ».

(23) Art. 87 « Art. 715-1 c. pr. pén. - Toutes communications et toutes facilités compatibles

avec les exigences de la sécurité de la prison sont accordées aux personnes mises en examen, prévenus et accusés pour l'exercice de leur défense ».

(24) « Même en l'absence de faute, l'État est tenu de réparer le dommage résultant du décès d'une personne détenue causé par des violences commises au sein d'un établissement pénitentiaire par une autre personne détenue. »

(25) Art. 2 de la loi 87-432 du 22 juin 1987 : « L'État peut confier à une personne de droit public ou privé ou à un groupement de personnes de droit public ou privé une mission portant sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires.[...] Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, du greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou privé [...] ».

(26) Le rattachement au ministère de la Justice s'est fait par le décret du 13 mars 1911 portant rattachement de la direction de l'administration pénitentiaire et des services qui en dépendent au ministère de la Justice, JO du 14 mars 1911, p. 2033. V. J. Magnol, Le rattachement des services pénitentiaires au ministère de la Justice, RPDP, 1911, p. 513, et Rivière, RPDP, 1911, p. 614 ; les dispositions de ce décret ont été consacrées par l'article 89 de la loi de finances du 13 juillet 1911.

(27) Section 7, art. 45 s. de la loi du 24 nov. 2009.

(28) Sur la difficile mise en oeuvre des UHSA :
http://www.assemblee-nationale.fr/13/budget/plf2008/a0281-tV.asp#P707_62378

(29) Art. 9 : convention expérimentale pour trois ans avec les régions, art. 38, convention avec les départements.