



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LA CONSTITUTION, LA LOI, LE RÈGLEMENT ET L'EXÉCUTION DES PEINES DE DÉTENTION

JULIA SCHMITZ

Référence de publication : Schmitz, Julia (2015) [*La Constitution, la loi, le règlement et l'exécution des peines de détention*](#). Revue française de droit administratif (RFDA) (1). p. 148.
Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA CONSTITUTION, LA LOI, LE RÈGLEMENT ET L'EXÉCUTION DES PEINES DE DÉTENTION

Si la compétence du législateur pour garantir les droits et libertés des personnes détenues est bien reconnue par la décision QPC du Conseil constitutionnel du 25 avril 2014, elle n'est toujours pas effective. Dans sa décision, le juge constitutionnel confirme le brevet de constitutionnalité qu'il a donné à la loi pénitentiaire de 2009 lors de son contrôle *a priori*. Or l'examen de cette loi révèle que le législateur n'a pas exercé entièrement sa compétence. Aussi, la décision QPC du 25 avril 2014 prononce une censure du législateur pour incompétence négative qui reste sans effets.

Le droit pénitentiaire français est caractérisé par un faible encadrement législatif. Comme en témoignent les difficultés d'application au champ pénitentiaire de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, la norme législative a toujours eu du mal à pénétrer l'enceinte carcérale(1). Une séparation radicale existe en effet entre le régime de l'établissement des peines et celui de leur exécution. Si le premier relève textuellement de l'article 34 de la Constitution, la compétence législative du second pose toujours problème.

L'article 728 du code de procédure pénale (C. pr. pén.), dans sa version issue de l'ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958, elle-même modifiée par loi n° 87-432 du 22 juin 1987, et antérieure à la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, habilitait largement le pouvoir réglementaire à déterminer le régime intérieur des établissements pénitentiaires. Ainsi, la réglementation des fouilles (art. D. 275 C. pr. pén.), le régime des correspondances, écrites ou téléphoniques (art. D. 413 à D. 419 C. pr. pén.) ou la mise en oeuvre de la contrainte étatique (art. D. 283-3 à D. 283-6 C. pr. pén.) étaient régis par des décrets simples. Le régime disciplinaire en détention était lui-même entièrement réglementé par le décret n° 96-287 du 2 avril 1996 définissant les infractions à la discipline et classifiant les sanctions en fonction de leur gravité (2). Aussi, un nombre très important de contraintes, susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des

personnes placées sous mains de justice étaient régies par des dispositions réglementaires, par voie de circulaires ou de simples notes émanant de l'administration pénitentiaire (3). Cette absence de base légale du régime intérieur des établissements pénitentiaires en font un infra-droit, propice à l'arbitraire.

Cette situation normative opaque a fait l'objet de critiques constantes conduisant à qualifier d'« oxymore » l'expression de « droit pénitentiaire » (4). En 1999, des parlementaires dénonçaient déjà un « droit mal ordonné », soulignant « une hiérarchie des normes méconnue, des règles d'une qualité discutable et l'existence d'un droit subordonné », et en appelaient à une « restauration du domaine de la loi » (5). La Commission nationale consultative des droits de l'homme a de son côté rappelé que, selon la Constitution, « seule la loi peut fixer le cadre juridique organisant l'usage des libertés et que 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) » (6). Les instances européennes ont elles aussi cherché à clarifier le droit pénitentiaire (7).

Face à ces nombreuses critiques, le législateur est intervenu pour consacrer les droits des personnes détenues et apporter un cadre légal au régime intérieur des établissements pénitentiaires. La loi pénitentiaire de 2009 établit en effet le cadre législatif attendu pour déterminer le sens de la peine, les missions du service public pénitentiaire et de son personnel, l'organisation de l'administration pénitentiaire, les droits et obligations des détenus et le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires (8). Son article 86 a modifié l'article 728 C. pr. pén., qui dispose désormais que « des règlements intérieurs types, prévus par décret en Conseil d'État, déterminent les dispositions prises pour le fonctionnement de chacune des catégories d'établissements pénitentiaires ». Ses articles 91 et 92 ont également modifié l'article 726 C. pr. pén. et ajouté un article 726-1 pour encadrer le régime disciplinaire et celui de la mise à l'isolement.

La reconnaissance d'un statut constitutionnel des personnes détenues a également été amorcée à l'occasion du contrôle *a priori* de la loi pénitentiaire de 2009 par le Conseil constitutionnel, qui consacre le principe du respect de la dignité de la personne détenue, rejoignant ainsi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (9). Un triple mouvement de

légalisation, de conventionnalisation et de constitutionnalisation semble ainsi fixer le statut juridique des personnes placées sous mains de justice. D'un droit purement disciplinaire, livré au règlement, le régime de l'exécution des peines devient peu à peu un droit statutaire, porté par la loi et les exigences conventionnelles et constitutionnelles.

C'est dans ce contexte évolutif que le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur les dispositions de l'article 728 C. pr. pén. résultant de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987, dans leur version antérieure à la loi du 24 novembre 2009. Le litige concernait la contestation par un détenu, devant le tribunal administratif de Strasbourg de la sanction de cellule disciplinaire de quarante jours prise à son encontre par le directeur interrégional des services pénitentiaires. La sanction ayant été ramenée à trente jours par les juges de première instance, le garde des Sceaux a demandé l'annulation de ce jugement et a obtenu gain de cause devant la cour administrative d'appel de Nancy (10). En cassation devant le Conseil d'État, le détenu a déposé une QPC pour contrôler la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions de l'article 728 C. pr. pén., qui renvoie au pouvoir réglementaire la détermination de l'organisation et du régime intérieur des établissements pénitentiaires (11). Selon le requérant, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions portant atteinte à ses droits fondamentaux.

Les enjeux de la réponse étaient variables. Le Conseil pouvait se contenter de la censure *a minima* d'une disposition législative qui n'est plus en vigueur ou aller au-delà pour reconnaître un véritable statut constitutionnel de la personne détenue (12), en considérant que la nouvelle rédaction de l'article 728 issue de la loi de 2009 ne réglait pas encore tous les problèmes. Pour passer de l'obscurité administrative à la lumière constitutionnelle, le régime intérieur des établissements pénitentiaires nécessitait une position ferme et précise du Conseil constitutionnel ainsi qu'une loi conséquente. Or ni la censure constitutionnelle ni l'intervention législative ne sont satisfaisantes.

I- La censure constitutionnelle

La censure prononcée par le Conseil constitutionnel (13) à l'encontre des dispositions de l'article 728 C. pr. pén. habilitant le pouvoir réglementaire à déterminer le régime intérieur des établissements pénitentiaires était attendue. Elle reste cependant sans effets.

A- Une censure attendue

Plusieurs raisons militaient en faveur de la censure réalisée par le Conseil constitutionnel pour incompétence négative du législateur. En effet, placer le régime de l'exécution des peines hors de l'article 34 de la Constitution s'avère doublement problématique.

D'une part, la séparation entre le régime de l'établissement des peines et celui de leur exécution n'est pas évidente. Si les critères de distinction de ces deux contentieux sont parfois difficiles à mettre en oeuvre et prêtent à débat (14), la séparation normative de ces deux régimes est d'autant plus critiquable. Si l'établissement et l'aménagement des peines privatives de libertés sont soumis au principe de légalité des délits et des peines, puisqu'ils relèvent textuellement de l'article 34, leur exécution ne bénéficie pas de cette garantie constitutionnelle. Le juge opère une distinction entre les mesures qui relèvent de la procédure pénale, de celles qui relèvent de la détermination du régime d'incarcération et donc des modalités d'exécution des peines (15). Cependant, les premières ont un régime incertain. Considérées pendant longtemps comme des mesures d'administration judiciaires, la loi du 15 juin 2000 en a juridictionnalisé une grande partie (libération conditionnelle, placement à l'extérieur, semi-liberté, fractionnement et suspension de peines) sans toucher toutefois aux réductions de peines, aux autorisations et permissions de sortie. Les modalités d'application du régime d'exécution des peines, comme les changements d'affectation des condamnés, relèvent quant à elles de la compétence du pouvoir réglementaire, à condition qu'elles n'aient pas pour conséquence de faire obstacle à l'exercice des pouvoirs conférés au juge de l'application des peines (16).

Le régime d'exécution des peines recouvre plusieurs domaines : des mesures d'individualisation de la peine et des mesures disciplinaires. Or la distinction entre la matière pénale et la matière

disciplinaire pose également problème. Pour le Conseil constitutionnel comme pour le Conseil d'État leur régime est distinct (17). À titre d'exemple, le juge administratif distingue le régime de la procédure administrative de mise à l'isolement prévue par les articles D. 283-1 à D. 283-2 C. pr. pén. issu du décret n° 2006-338 du 21 mars 2006, qui relève de la compétence du pouvoir réglementaire, du régime de la procédure judiciaire de mise à l'isolement (C. pr. pén., art. D. 56-1 issu du décret du 21 mars 2006), laquelle constitue une procédure pénale et relève donc de la compétence du législateur (18). Pourtant, dans les deux cas, les conditions de vie du détenu sont les mêmes puisque le régime de détention prévu est celui fixé aux articles D. 283-1-2 à D. 283-1-4 C. pr. pén.

La Cour européenne des droits de l'homme rejette également l'application des principes du droit au procès équitable aux sanctions disciplinaires en prison, lesquelles ne peuvent être assimilées à des accusations en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention, si elles constituent une simple « aggravation des conditions de détention » (19). Elle considère cependant que l'article 6 doit s'appliquer si une sanction disciplinaire a pour effet d'entraîner une privation supplémentaire de liberté en prolongeant la durée de la détention (20). De son côté, le juge administratif considère qu'en égard à la nature et au degré de gravité des sanctions disciplinaires encourues par les personnes détenues, elles n'ont « par elles-mêmes pas d'incidence sur la durée des peines initialement prononcées » et « ne sauraient être regardées comme portant sur des accusations en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». S'il estime que ces sanctions peuvent être regardées comme étant relatives à des droits à caractère civil, la nature administrative de l'autorité qui les prononce empêche l'application des dispositions de l'article 6 (21). Il a toutefois fini par considérer que les sanctions disciplinaires, même les plus légères, constituent des mesures faisant grief, en raison de leur impact sur les remises de peines, tout en considérant qu'elles relèvent toujours des modalités d'exécution des peines et peuvent donc être déterminées par le pouvoir réglementaire (22). Dans la pratique en effet, les sanctions disciplinaires influent très souvent sur les critères d'appréciation de l'opportunité d'un aménagement ou d'une réduction de peine. Le champ de l'exécution des peines semble ainsi mal défini : il relève à la fois de la procédure pénale et du régime intérieur des établissements pénitentiaires.

D'autre part, si la privation de la liberté d'aller et venir entraîne nécessairement la privation d'autres droits et libertés, son exécution doit être strictement encadrée par la loi (23). En effet, de nombreux droits fondamentaux sont en cause dans la mise en oeuvre du régime d'exécution des peines privatives de liberté. Ainsi, par exemple, la réglementation relative aux visites, parloirs et correspondances est susceptible de porter atteinte au droit au respect de la vie privée, qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) et au droit de mener une vie familiale normale, protégé par l'alinéa 10 du Préambule de 1946. De même, le régime des fouilles porte atteinte au droit à la sûreté, protégé à la fois par l'article 2 de la Déclaration de 1789 et par l'article 66 de la Constitution, et au respect de la présomption d'innocence, garanti par l'article 9 de la Déclaration de 1789. Tout comme le prononcé de la peine privative de liberté, son exécution semble bien relever de l'article 34 de la Constitution, qui impose au législateur de fixer « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

L'incompétence du pouvoir réglementaire en matière d'atteinte aux droits et libertés des personnes détenues, par la mise en oeuvre du régime intérieur des établissements pénitentiaires a déjà été rappelée par le Conseil d'État, qui considère qu'il n'appartient qu'au législateur « de restreindre la faculté pour un détenu de disposer librement de ses biens » (24). Cependant, la généralité des dispositions de l'article 728 donne une large habilitation au pouvoir réglementaire pour déterminer le régime intérieur des établissements pénitentiaires. Le Conseil d'État a ainsi jugé que le Premier ministre tenait des dispositions des articles 728 et 726 C. pr. pén. « compétence pour arrêter les dispositions contestées qui prévoient respectivement les fautes passibles de sanctions disciplinaires et les sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées dont celle de la mise en cellule disciplinaire » (25). Aussi, seul un contrôle de constitutionnalité réalisé par le Conseil constitutionnel pouvait censurer l'incompétence négative du législateur en la matière.

Ce grief a déjà été soulevé devant le Conseil constitutionnel à plusieurs reprises mais sans résultat. Dans sa décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, le Conseil a examiné les dispositions de l'article 91 de la loi pénitentiaire relatives au régime disciplinaire en détention. Il a estimé qu'en lui-même ce régime ne figure pas au nombre des matières qui relèvent de la loi, tout en rappelant qu'il appartenait au législateur « de garantir les droits et libertés des personnes détenues dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention » (consid. 4). L'incompétence négative du

législateur a également été invoquée à l'appui d'une QPC à propos de l'alinéa 3 de l'article 717-3 C. pr. pén. prohibant la conclusion d'un contrat de travail en détention. En rappelant qu'il appartenait au législateur de « fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne », le Conseil aurait pu censurer la disposition contestée au motif que le législateur devait garantir les droits et libertés des personnes détenues dans leurs relations de travail. Mais, rappelant les garanties de réinsertion et de rémunération énoncées par l'article 717-3 C. pr. pén., et le respect de la dignité et des droits de la personne détenue consacré par l'article 22 de la loi de 2009, il se contente de rappeler au législateur la possibilité qu'il tient de « modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits », sans prononcer de censure (26).

C'est donc le Conseil d'État qui a fini par considérer que la compétence confiée au pouvoir réglementaire par les dispositions de l'article 728 C. pr. pén., dans leur version antérieure à loi de 2009, pouvait être sujette à discussion et constituer un moyen sérieux à l'appui d'une autre QPC. L'habilitation du pouvoir réglementaire méconnaît « la compétence confiée au seul législateur par l'article 34 de la Constitution, pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ainsi que les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale » (27). À l'appui de cette QPC, plusieurs droits et libertés étaient invoqués, comme le droit au respect de la dignité humaine, au respect de l'intégrité physique et à la santé, au respect de la vie privée, au droit de propriété, à la présomption d'innocence et à la liberté religieuse des personnes détenues. En toute logique, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur était seul compétent pour déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne. Cependant, la décision prononcée ne produit pas les effets escomptés d'une censure pour incompétence négative du législateur, et ce pour plusieurs raisons.

B- Une censure sans effets

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de l'article 728 C. pr. pén., dans sa version antérieure à la loi pénitentiaire de 2009 aurait pu permettre de consacrer la compétence du législateur pour garantir les droits et libertés garantis par la Constitution (28), mais il n'en n'est rien.

Tout d'abord, le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel pour reconnaître l'incompétence négative du législateur manque de cohérence. Au quatrième considérant de sa décision, le juge constitutionnel fonde la compétence du législateur pour déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté sur le troisième alinéa de l'article 34 concernant le droit pénal et la procédure pénale. Au cinquième considérant, il semble invoquer cette fois le premier alinéa de l'article 34 en affirmant « qu'il appartient au législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux personnes détenues ». Constatant qu'aucune disposition législative ne fixe les conditions dans lesquelles sont garantis les droits des personnes détenues, en particulier « les principes de l'organisation de la vie en détention, de la surveillance des détenus et de leurs relations avec l'extérieur », le Conseil en conclut au sixième considérant que les dispositions contestées confient au pouvoir réglementaire le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi et méconnaissent donc l'étendue de la compétence du législateur. Un doute subsiste donc toujours au sujet du régime d'exécution des peines, qui doit être fondé soit sur les principes de la matière pénale, soit sur les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Ensuite, si le Conseil constitutionnel a jugé qu'il appartenait au législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux personnes détenues, il n'a pas précisé lesquelles, visant « l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis dont bénéficient les détenus » (consid. 7). Il reprend d'ailleurs le considérant posé dans sa décision relative à la loi pénitentiaire de 2009 rappelant que le législateur doit fixer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne et se contente de rappeler la double finalité de la peine privative de liberté, à savoir la protection de la société et la réinsertion du condamné (consid. 4) (29). Les droits et libertés garantis aux personnes détenues n'étant pas définis, leur reconnaissance doit en outre tenir compte des « limites inhérentes à la

détention », telles que l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ainsi que les finalités qui sont assignées à l'exécution des peines privatives de liberté (consid. 5). Dans le septième considérant, le Conseil apporte par ailleurs une restriction sur l'étendue de la compétence du législateur en matière d'organisation de l'ordre intérieur des établissements pénitentiaires, en limitant cette compétence à la détermination « des conditions essentielles de l'organisation et du régime intérieur des établissements pénitentiaires ».

Enfin, le Conseil constitutionnel donne un effet immédiat à sa décision de censure de l'article 728, qui est donc applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date (30). Pour en décider ainsi, il tient compte de l'intervention de la loi de 2009, laquelle a donné une nouvelle rédaction de l'article 728 C. pr. pén. et rappelle que le chapitre III de son titre I^{er} est consacré aux « droits et devoirs des personnes détenues » (consid. 10). N'ayant relevé aucune inconstitutionnalité lors du contrôle *a priori* de la loi de 2009, le Conseil ne pouvait lors de ce contrôle *a posteriori*, se contredire et ne pas considérer que le législateur avait déjà remédié à l'inconstitutionnalité de l'article 728 par cette nouvelle rédaction. L'exercice de ce contrôle *a posteriori* nous amène ainsi à un retour sur le contrôle *a priori* réalisé en 2009. Lors de la saisine blanche du Conseil constitutionnel en 2009 (31), celui-ci n'a porté son attention que sur deux articles de la loi : l'article 91 relatif au régime disciplinaire des détenus et l'article 99 portant sur l'application de la loi en Nouvelle-Calédonie, réalisant ainsi une validation silencieuse de la loi (32). C'est donc dans la loi pénitentiaire de 2009 qu'il faut aller chercher un brevet de constitutionnalité du nouvel article 728. Or l'analyse de la décision du Conseil et l'examen des dispositions de la loi de 2009 continuent d'interroger sur le respect de la hiérarchie des normes en détention.

II- L'intervention législative

L'article 22 de la loi pénitentiaire de 2009 est venu consacrer la garantie du respect de la dignité et des droits de la personne détenue. Mais les dispositions législatives qui déterminent le régime d'exécution des peines semblent encore insuffisantes. Le législateur semble s'être arrêté à mi-chemin puisqu'il renvoie encore à de nombreuses reprises au décret d'application et fixe un cadrage législatif imprécis propice à l'interprétation réglementaire et juridictionnelle.

A- Une compétence limitée

La loi de 2009 a certes précisé le régime des fouilles et celui de l'incarcération des mineurs (33), et consacré le respect du droit à l'information, de la liberté d'opinion, de conscience et de religion, des droits civiques et sociaux, de la vie familiale et privée ou encore de la santé des personnes détenues (34), mais elle n'a pas substantiellement transformé la nature juridique du régime intérieur des prisons. Selon la nouvelle rédaction de l'article 728, c'est désormais sous la forme de décrets en Conseil d'État, et non plus sous celle de décrets simples que des règlements intérieurs types doivent déterminer les conditions de détention pour chaque catégorie d'établissement pénitentiaire, maison d'arrêt, centre de détention, maison centrale. Ce changement formel permet d'établir des règles de fonctionnement homogènes pour éviter les différences de traitement entre personnes détenues mais il ne paraît pas suffisant pour garantir la compétence du législateur en matière de garantie des droits et libertés des personnes détenues, l'habilitation du pouvoir réglementaire étant toujours aussi large.

La loi laisse en effet dans le champ réglementaire des pans entiers du régime intérieur des établissements pénitentiaires mettant en cause l'exercice de libertés publiques, qui devraient pourtant relever de la compétence exclusive du législateur. À titre d'exemple, les conditions générales du recours à l'isolement sur demande ou d'office sont certes fixées par les articles 92 et 93 de la loi de 2009 mais le pouvoir réglementaire doit encore préciser le contenu de ces dispositions. En matière disciplinaire en particulier, l'article 91 de la loi de 2009 modifiant l'article 726 C. pr. pén. détermine les deux sanctions disciplinaires les plus graves que sont le placement en cellule disciplinaire et le confinement en cellule individuelle. Mais ce même article renvoie au décret le soin de préciser les autres sanctions disciplinaires encourues, en se contentant de poser le principe selon lequel les fautes « sont classées selon leur nature et leur gravité » et les sanctions « selon le degré de gravité des fautes commises ». Dans sa décision de 2009, le Conseil constitutionnel a bien confirmé la compétence du législateur pour déterminer « les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté » (consid. 3), pour ensuite affirmer que « le régime disciplinaire des personnes détenues ne relève pas en lui-même des matières que la Constitution range dans le domaine de la loi » (consid. 4). Le régime disciplinaire ne ferait donc pas partie des modalités d'exécution de la peine et constituerait un espace à part au sein de

l'enfermement carcéral. La contradiction se poursuit, puisque le Conseil affirme dans le même temps « 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 » (consid. 4). Et le Conseil ne s'attache à contrôler cette exigence qu'à l'égard des sanctions les plus graves : le placement en cellule disciplinaire et le confinement en cellule individuelle ordinaire. Ces sanctions constitueraient à leur tour un enclos supplémentaire au sein du régime disciplinaire en détention (35). À l'égard des autres sanctions, il se contente de prononcer une réserve d'interprétation en précisant « qu'il appartiendra aux auteurs du décret de ne pas définir des sanctions portant atteinte aux droits et libertés dont ces personnes bénéficient » (consid. 6).

Le raisonnement du Conseil semble contradictoire puisqu'il reconnaît ainsi le risque d'une atteinte aux droits et libertés par la mise en oeuvre des sanctions disciplinaires, ce que confirme bien la réalité carcérale. À titre d'exemple, l'interdiction de parler prive le détenu de son droit à la vie familiale, la privation de courrier ou de téléphone porte atteinte à sa liberté de communication. On peut ainsi constater « l'hésitation du Conseil constitutionnel sur l'étendue de la compétence du législateur » (36), réalisant des allers-retours entre la généralité des exigences de l'article 34 et la spécificité du régime carcéral. Les distinctions réalisées au sein du régime disciplinaire contribuent à fragmenter le régime de l'exécution des peines privatives des libertés, pour le rendre illisible, et favoriser ainsi la complexité normative et l'insécurité juridique. Une autre distinction a été réalisée au sujet de la prise en charge en unités pour malades difficiles (UMD), pour laquelle le Conseil constitutionnel a considéré que le renvoi au décret par le législateur pour en fixer les modalités n'a privé de garanties légales aucune liberté constitutionnellement définie, au motif que ce régime n'est pas différent de celui applicable aux autres personnes faisant l'objet de soins sans leur consentement sous la forme d'une hospitalisation complète (37).

De plus, le Conseil constitutionnel n'est pas allé au bout de son raisonnement, car la loi ne détermine pas les fautes pour lesquelles sont encourues ces sanctions (38). Il semble alors que la loi ne garantisse pas suffisamment le respect du principe de légalité des délits et des peines qui découle des articles 7 et 8 de la Déclaration de 1789, ni les principes de nécessité et de proportionnalité des sanctions protégés par l'article 8 DDHC. Or ce principe qui impose au législateur de déterminer dans des termes clairs et précis à la fois la nature des incriminations et des sanctions ne s'applique

pas uniquement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à « toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire » (39).

De surcroît, après la première évaluation de l'application de la loi pénitentiaire (40), les parlementaires ont souligné une arrivée tardive des premiers décrets d'application (41). Le décret en Conseil d'État n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires est ainsi intervenu plus de quatre années après le vote de la loi. Le législateur de 2009 est donc peu intervenu pour préciser les modalités d'exécution des peines privatives de liberté. Son intervention ne va pas au bout de sa tâche.

B- Un intervention insuffisante

Il faut en effet souligner que, même lorsque la loi de 2009 ne renvoie pas au décret et détermine elle-même les conditions d'exécution des peines, le législateur continue de bafouer les exigences de l'article 34 en adoptant des dispositions imprécises. La loi aménage ainsi une marge de manoeuvre importante à destination du pouvoir réglementaire.

En effet, aussitôt consacrés par la loi de 2009, les droits et libertés des personnes détenues sont aussitôt limités dans leur principe et leur mise en oeuvre par les impératifs carcéraux énoncés par le législateur. Or, si le juge constitutionnel admet la subordination de l'exercice des libertés fondamentales des personnes détenues aux « contraintes inhérentes à leur détention », l'article 22 de la loi élargit le champ de ces restrictions en faisant appel aux notions de « sécurité » et de « bon ordre », qui relèvent nécessairement de l'appréciation subjective et souveraine de l'administration pénitentiaire (42). La seule précision apportée par la loi réside dans le fait que ces restrictions doivent tenir compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue. La loi de 2009 entretient donc un flou juridique favorable au maintien voire au développement du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

De plus, l'article 89 modifiant l'article 717-1 C. pr. pén. donne une entière liberté de décision à

l'administration pénitentiaire pour définir le parcours d'exécution de la peine et le régime de détention des détenus en fonction de « leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale ». Là encore, les notions de « personnalité » et de « dangerosité » de la personne détenue demeurent indéterminées et relèvent d'une appréciation subjective de l'administration pénitentiaire. La loi de 2009 favorise ainsi les détournements de procédure en permettant à l'administration carcérale d'utiliser les mesures d'individualisation de la peine telles que le régime de détention renforcé, le déclassement d'emploi, le refus de changement d'affectation (43), l'isolement ou encore le transfert imposé, comme des sanctions disciplinaires déguisées, pour la détermination desquelles le législateur est peu intervenu.

Cette absence de précision quant à la mise en oeuvre des conditions d'exécution des peines de détention crée ainsi un risque d'arbitraire. L'exigence de clarté et de précision de la loi est pourtant une exigence constitutionnelle dont le non-respect permet de prononcer une censure pour incompétence négative du législateur. Il s'agit pour le Conseil constitutionnel de « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (44). Mais en confirmant la compétence du pouvoir réglementaire pour déterminer les conditions d'exécution des peines privatives de liberté, la décision du Conseil constitutionnel de 2009 remet la charge du contrôle du respect des droits et libertés des personnes détenues au juge administratif, faisant de « la liberté normative accordée au gouvernement une liberté conditionnelle et surveillée » (45). Comme l'a rappelé le Conseil, l'article 37 de la Constitution » n'a pas pour effet de dispenser le pouvoir réglementaire du respect des exigences constitutionnelles » (46). Il revient donc au juge administratif d'exercer ce contrôle.

Saisi d'un recours contre le décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire, le juge administratif a ainsi contrôlé la procédure disciplinaire instituée aux articles R 57-7-5 à R 57-7-31 C. pr. pén. et en a donné une interprétation pour la rendre conforme au principe d'impartialité et au principe des droits de la défense (47). Il donne également une interprétation dynamique des articles R. 57-7-79 et R. 57-7-80 C. pr. pén. précisant que « les fouilles intégrales revêtent un caractère subsidiaire par rapport aux fouilles par palpation ou à

l'utilisation de moyens de détection électronique » (48). À l'occasion du contrôle de légalité de l'article R 57-7-33 C. pr. pén. issu du décret du 23 décembre 2010 portant application de l'article 726 C. pr. pén. modifié par la loi pénitentiaire de 2009 et prévoyant un décret en Conseil d'État pour déterminer le régime disciplinaire en détention, le juge administratif reprend la formule du Conseil constitutionnel de 2009 selon laquelle « le régime disciplinaire des personnes détenues ne relève pas en lui-même des matières que la Constitution range dans le domaine de la loi » mais qu'il « appartient au pouvoir réglementaire de ne pas définir de sanctions portant atteinte aux droits et libertés dont les personnes détenues bénéficient dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention ». Le juge administratif s'empare donc de ce contrôle et précise par la même occasion les limites de l'exercice de ce pouvoir réglementaire (49). En répondant aux griefs invoqués par le requérant, à savoir l'atteinte au droit d'accès à l'information protégé par l'article 11 DDHC et par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Conv. EDH), et au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 DDHC et par le premier paragraphe de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Conv. EDH, le Conseil d'État met en oeuvre un véritable contrôle de proportionnalité (50). Il rappelle ainsi « qu'il incombe à l'autorité disciplinaire de prononcer une sanction adéquate qui ne restreint l'exercice de ces droits que dans la mesure strictement nécessaire ». En l'espèce, il prend acte de l'atteinte aux droits de propriété et d'accès à l'information par la possibilité d'interdire à une personne détenue de recevoir des subsides de l'extérieur, d'effectuer des achats en cantine ou de la priver de tout appareil acheté ou loué par l'intermédiaire de l'administration. Mais, en raison de leur limitation matérielle et temporelle (51), les atteintes prévues par ces sanctions n'affectent pas la substance des droits invoqués ni ne restreignent leur exercice dans une mesure excédant ce qui est strictement nécessaire.

Malgré le contrôle qu'exerce désormais le juge administratif en matière de protection des droits des personnes placées sous mains de justice, des zones d'ombres subsistent. Pour le Conseil d'État, la recevabilité du recours se détermine non pas en fonction de la nature de la mesure prise mais en fonction de ses effets sur les droits et libertés de la personne détenue. S'il y a atteinte aux droits et libertés, il y a décision faisant grief et donc recours possible (52). Encore faut-il que les recours pouvant être portés devant le juge administratif pour contester les mesures prises en matière d'exécution des peines privatives de liberté soient véritablement effectifs. Or on peut constater une insuffisance des recours prévus par la loi à l'encontre des mesures d'exécution des peines.

Ainsi, hormis l'article 91 introduisant un nouvel alinéa à l'article 726 C. pr. pén. qui prévoit la possibilité de saisir le juge du référé-liberté pour contester le placement en quartier disciplinaire, en confinement, et le placement à l'isolement (53), la loi de 2009 ne précise pas les conditions dans lesquelles les justiciables incarcérés peuvent exercer des recours à l'encontre des mesures dont ils peuvent faire l'objet. Tel est le cas des mesures prises par l'administration en matière de restriction du droit de visite (art. 35), de contrôle des correspondances (art. 40), d'accès aux publications écrites ou audio-visuelles (art. 43), de recours aux fouilles (art. 57), ou concernant le placement en régime de détention spécifique (art. 89).

En matière disciplinaire, l'exercice du recours pour excès de pouvoir est subordonné au recours hiérarchique préalable devant le directeur régional des services pénitentiaires, qui dispose d'un mois pour répondre par décision motivée (art. R. 57-7-32 C. pr. pén.). De plus, aucun recours suspensif n'est prévu, ce qui peut remettre en cause l'effectivité d'un tel recours. Le principe de l'effectivité du recours juridictionnel a pourtant été consacré par le Conseil constitutionnel, qui affirme que « la bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés », et « qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction » (54). De son côté, rappelant que « pour être effectif au sens de l'article 13 de la Convention, un recours interne doit présenter des garanties minimales de célérité », la juridiction européenne condamne l'exigence d'un recours administratif préalable obligatoire contre l'exécution d'une sanction disciplinaire en détention, s'agissant en l'espèce d'un placement en quartier disciplinaire (55). Le Conseil d'État a, quant à lui, considéré que la procédure de recours administratif préalable obligatoire contre les mesures disciplinaires en détention ne faisait pas obstacle aux procédures de référé-suspension et liberté. Il s'appuie sur une interprétation extensive de l'article 726 C. pr. pén., lequel prévoit l'exercice du référé-liberté pour contester uniquement les mesures de placement en quartier disciplinaire ou à l'isolement. Et alors même que cette voie de recours ne suspend pas de manière automatique la mesure, il en déduit que « l'ensemble des voies de recours ainsi offertes à la personne détenue lui garantit le droit d'exercer un recours effectif, susceptible de permettre l'intervention du juge en temps utile » (56).

La voie du référé-liberté semble cependant particulièrement difficile à mettre en oeuvre en raison d'une appréciation exigeante de ses conditions de recevabilité. Les personnes détenues ne peuvent être privées du droit d'exercer leurs libertés fondamentales, mais celles-ci peuvent être limitées par les contraintes inhérentes à leur détention (57). L'appréciation de la condition de l'urgence conduit à mettre en balance, d'une part, les atteintes alléguées à des droits fondamentaux et, d'autre part, les exigences de la sécurité publique et de la prévention des infractions, eu égard en particulier à la dangerosité du détenu, à ses tentatives d'évasion et autres antécédents. Le juge se refuse ainsi à consacrer des présomptions d'urgence au profit des personnes détenues (58). Il semble ainsi tiraillé entre deux préoccupations : celle des droits et libertés des personnes détenues, dont la reconnaissance est consacrée par la loi, et celle des intérêts de l'administration pénitentiaire, également présente dans les textes, rendant la reconnaissance de ces droits et libertés souvent théorique et illusoire(59).

Si le droit pénitentiaire a ainsi fait l'objet d'une requalification normative grâce à l'intervention du législateur en 2009, sa discontinuité juridique perdure et le statut de la personne détenue ne fait toujours pas l'objet d'une véritable constitutionnalisation. Au lieu d'éclairer le droit pénitentiaire par la lumière constitutionnelle au moyen de contrôles *a priori* et *a posteriori*, le Conseil constitutionnel l'a finalement obscurci. Il revient désormais aux juges administratif et européen de veiller au respect des droits et libertés reconnus aux personnes détenues.

(1) Après la confirmation de l'application de cette loi aux établissements pénitentiaires par un avis du Conseil d'État du 3 oct. 2000, l'administration a tenté d'en limiter les effets par voie de circulaire (Circulaire de l'administration pénitentiaire relative à la procédure disciplinaire des détenus, 31 oct. 2000, NOR JUSE0040087C, BOMJ n° 80). Après son annulation partielle par le Conseil d'État (20 mars 2002, n° 226803, *Dieng Lobat*, Lebon p. 54 ; D. 2002. 1468), un décret a finalement été adopté le 25 juill. 2002 pour fixer les règles relatives à l'agrément des mandataires devant la commission de discipline (Décret n° 2002-1023 du 25 juill. 2002, JO n° 178, 1^{er} août 2002, 13098).

(2) Les art. D. 249-1 à D. 249-3 C. pr. pén. fixaient la liste des fautes disciplinaires des détenus, et les art. D. 251 à D. 251-3 C. pr. pén. déterminaient les sanctions applicables.

(3) V. pour les permissions de sortir (circulaire DAP 88-06 G1 du 10 mai 1988), les fouilles corporelles (circulaire DAP 86-29 G1 du 14 mars 1986) ou le placement au quartier d'isolement (circulaire JUSE9840065C du 14 déc. 1998).

(4) R. Gassin, « Remarques sur la sanction du droit pénitentiaire », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2001 p. 456.

(5) G. Canivet, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, Doc. fr., coll. des Rapports officiels, 2000. De nombreux rapports parlementaires ont également dénoncé le non-respect de la hiérarchie des normes en matière de détention. V., Rapport n° 2521 de MM. Mermaz et J. Floch, *La France face à ses prisons*, Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, 28 juin 2000.

(6) CNCDH, *Étude sur les droits de l'homme dans la prison*, Paris, Doc. fr. 2004.

(7) Une résolution de l'Union européenne du 17 déc. 1998 demandait aux États membres d'élaborer une loi fondamentale sur les établissements pénitentiaires pour définir un cadre réglementant à la fois le régime juridique interne matériel, le régime juridique externe, le droit de réclamation ainsi que les obligations des détenus. Une recommandation du Parlement européen (2003/2188 INI JO C 102 E du 28 avr. 2004, p. 154) invitait les États membres à adopter une Charte pénitentiaire européenne commune déterminant des règles précises et obligatoires pour les États membres. À la suite du Livre vert sur l'application de la législation de l'Union européenne en matière de justice pénale dans le domaine de la détention (COM 2011. 327), pour améliorer les conditions de détention et renforcer la confiance mutuelle dans l'espace judiciaire européen, la résolution du Parlement européen du 15 déc. 2011 sur les conditions de détention dans l'Union (2011/2897 RSP) vise à améliorer les conditions de détention dans les États membres et à garantir la conformité de leur législation et de leurs actions politiques avec les normes les plus élevées en ce domaine. Au niveau du Conseil de l'Europe, les règles pénitentiaires européennes, adoptées pour la première fois en 1973, révisées en 1987 et 2006, visent à harmoniser les politiques pénitentiaires des États membres du Conseil de l'Europe et à faire adopter des pratiques et des normes communes.

(8) Comme l'expliquait le rapporteur à l'Assemblée nationale : « La loi pénitentiaire vise [...] à adapter le cadre juridique des prisons à l'exigence juridique de respect de la hiérarchie des normes. En l'état actuel du droit, la plupart des normes régissant les droits et obligations des personnes détenues sont de nature réglementaire, alors même que l'article 34 de la Constitution donne compétence exclusive au législateur pour définir les règles relatives à l'exercice des libertés publiques. Les restrictions apportées aux droits fondamentaux induites par la privation de liberté doivent être fixées par le législateur », J. Garraud, *Rapport sur le projet de loi pénitentiaire adopté par le Sénat*, Assemblée nationale, XIII^e législature, n° 1899, 8 sept. 2009, p. 13.

(9) Cons. const., 19 nov. 2009, n° 2009-593 DC, *Loi pénitentiaire*, AJDA 2009. 2199 ; *ibid.* 2425, tribune P. Wachsmann ; D. 2009. 2797, obs. S. Lavric ; *ibid.* 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; RFDA 2010. 34 ; RSC 2010. 217, obs. B. de Lamy ; CEDH, 26 oct. 2000, n° 30210/96, *Kudla c/ Pologne*, AJDA 2000. 1006, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 2001. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre ; *ibid.* 2003. 85, étude J. Andriantsimbazovina ; RSC 2001.

881, obs. F. Tulkens ; RTD civ. 2001. 442, obs. J.-P. Marguénaud. Le Conseil d'État consacre lui aussi en tant que libertés fondamentales l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (CE, ord., 6 juin 2013, n° 368816, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon p. 767 ; AJDA 2013. 1191 ; AJ pénal 2013. 497, obs. E. Péchillon), et le principe de dignité de la personne détenue (CE, ord., 22 déc. 2012, n° 364584, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon ; AJDA 2013. 12 ; D. 2013. 1304, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2013. 232, obs. E. Péchillon).

(10) CAA Nancy, 18 févr. 2010, n° 09NC01260, *Ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés*, AJDA 2010. 1391 ; *ibid.* 1480, chron. M. Wallerich.

(11) CE, 10^e et 9^e sous-sect., 21 févr. 2014, n° 346097, AJDA 2014. 424 ; N. Labrune, rapporteur, D. Hedary, rapporteur public.

(12) V. sur ce point, S. Slama, « Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlèvement du statut constitutionnel des personnes détenues » *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 mai 2014, <http://revdh.revues.org/652>.

(13) Cons. const., 25 avr. 2014, n° 2014-393 QPC, *M. Angelo R.* (organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires), AJDA 2014. 888 ; D. 2014. 931 ; *ibid.* 1235, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon.

(14) Il pourrait être fait ici application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, Rec. Cons. const. p. 81, D. 1990. 161, note X. Prétot) selon laquelle, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le législateur peut unifier les règles de compétences juridictionnelles au profit de l'ordre juridictionnel principalement intéressé, en cas de difficultés de répartition contentieuse.

(15) Selon une jurisprudence classique du Tribunal des conflits (27 nov. 1952, n° 1420, *Préfet de la Guyane*, Lebon p. 642 et 22 févr. 1960, *Fargeau d'Epied*, Lebon p. 855, confirmée par T. confl., 3 juill. 2000, n° 3198, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Consorts Primau et Fosset*, Lebon p. 766 ; AJDA 2000. 961 ; D. 2000. 215, et les obs.), une séparation est établie entre l'exercice de la fonction juridictionnelle et le fonctionnement du service public pénitentiaire. La première voit son contentieux relever du juge judiciaire, gardien naturel de la liberté individuelle, le contrôle du second relève de la compétence du juge administratif. Pour le Conseil d'État également, « s'il n'appartient pas au juge administratif de connaître des actes relatifs à la conduite d'une procédure judiciaire ou des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire, ce juge est en revanche compétent pour connaître de tout ce qui touche au fonctionnement administratif du service pénitentiaire », CE, 9 nov. 1990, n° 101168, *Théron*, Lebon p. 313 ; AJDA 1991. 546, note N. Belloubet-Frier ; D. 1991. 390, note J.-Y. Plouvin ; RFDA 1991. 671, note J. Pradel. Les critères de distinction ne sont cependant pas toujours évidents à mettre en oeuvre.

(16) CE, 4 mai 1979, n° 00096 et 00218, *Comité d'action des prisonniers*, Lebon p. 182.

(17) Cons. const., 30 sept. 1986, n° 86-1067, *relative à la liberté de communication*, consid. 37 ; CE, 30 juill. 2003, n° 253973, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon pp. 633, 852 ; AJ pénal 2004. 37, obs. S. E.-M..

(18) CE, sect., 31 oct. 2008, n° 293785, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon p. 374 ; AJDA 2008. 2092 ; *ibid.* 2389, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; D. 2009. 134, note M. Herzog-Evans ; *ibid.* 1918, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; AJ pénal 2008. 500, note E. Péchillon ; RFDA 2009. 73, concl. M. Guyomar ; *ibid.* 145, chron. C. Santulli.

(19) CEDH, 20 janv. 2011, n° 19606/08, *Payet c/ France*, AJDA 2011. 139 ; *ibid.* 1993, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2011. 643, obs. S. Lavric, note J.-P. Céré ; *ibid.* 1306, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2011. 88, note M. Herzog-Evans ; RFDA 2012. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ; RSC 2011. 718, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 2012. 208, chron. P. Poncela ; CEDH, 3 nov. 2011, n° 32010/07, *Cocaign c/ France*, D. 2012. 1294, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2011. 605, obs. J.-P. Céré ; RSC 2012. 208, chron. P. Poncela ; *ibid.* 263, obs. J.-P. Marguénaud.

(20) CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*. Sur les difficultés d'interprétation de la « matière pénale », v., CEDH, 9 oct. 2003, n° 39665/98 et 40086/98, *Ezeh et Connors c/ RU*, AJDA 2004. 534, chron. J.-F. Flauss ; AJ pénal 2004. 36, obs. J.-P. Céré ; RSC 2004. 165, obs. F. Massias ; *ibid.* 173, obs. F. Massias.

(21) CE, 11 juill. 2012, n° 347148, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon T. p. 759 ; AJDA 2012. 1429.

(22) CE, 21 mai 2014, n° 359672, *Garde des Sceaux, ministre de la justice*, Lebon p. 139 ; AJDA 2014. 1065. Le juge considère en l'espèce qu'un avertissement peut avoir un impact sur les remises de peines attribuées au détenu puisque toute sanction contre un détenu majeur fait l'objet d'un signalement au juge de l'application des peines (C. pr. pén., art. R. 57-7-28.), est inscrite sur un registre (C. pr. pén., art. R. 57-7-30) et que ces éléments peuvent être pris en compte par le juge de l'application des peines, en application de l'article 721 C. pr. pén. pour refuser une réduction de peine, une permission de sortir ou un aménagement de peine. Par ailleurs la sanction, inscrite au dossier disciplinaire du détenu, peut être une circonstance aggravante lors d'une procédure ultérieure.

(23) Comme le rappelle la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale « on ne peut imaginer qu'il y ait deux qualités de normes selon qu'il s'agit d'un citoyen libre ou d'un citoyen détenu. La garantie des droits est la même, le détenu n'étant privé que « de sa liberté d'aller et de venir », J. Floch, *La France face à ses prisons*, Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, 28 juin 2000, Doc. Ass. nat. 2000.

(24) CE, 10 déc. 2008, n° 303624, *Bouvier*, Lebon p. 449.

(25) CE, sect., 4 mai 1979, n° 00096 et 00218, *Comité d'action des prisonniers et autres*, préc. ; CE, 30 juill. 2003, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 253973, préc. De même, suite à la requête mettant en cause le décret n° 2006-338 du 21 mars 2006 relatif aux décisions de placement à l'isolement prises à l'initiative de l'autorité administrative, le Conseil d'État affirme bien la possibilité de contester ces mesures sur le fondement du pacte international relatif aux droits civils et politiques et des articles 3 et 8 Conv. EDH, « révolutionnant » ainsi les sources du droit pénitentiaire (V., M. Herzog-Evans, « Isolement carcéral : un arrêt du Conseil d'État révolutionnant les sources du droit pénitentiaire », D. 2009. 134 s.), mais rejette le contrôle de constitutionnalité de l'art. 728 du C. pr. pén. qui donne compétence au pouvoir réglementaire pour déterminer le régime intérieur des établissements pénitentiaires et reconnaît la compétence du Premier ministre en la matière, CE, 31 oct. 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 293785, préc.

(26) Cons. const., 14 juin 2013, n° 2013-320/321 QPC, *M. Yacine T. et autre*, AJDA 2013. 1252 ; *ibid.* 2014. 142, étude E. Quinart ; D. 2013. 1477 ; *ibid.* 2014. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; AJ pénal 2013. 556, obs. J.-P. Céré ; Dr. soc. 2014. 11, chron. S. Tournaux ; RDT 2013. 565, obs. C. Wolmark ; RDSS 2013. 639, note S. Brimo ; Constitutions 2013. 408, chron. M. Ghevontian.

(27) CE, 21 févr. 2014, n° 346097, *M. Angelo R.*, AJDA 2014. 424.

(28) Le Conseil constitutionnel a précisé les critères permettant d'invoquer l'incompétence négative du législateur à l'appui d'une QPC. Il a d'abord jugé que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit », pour finalement retenir que cette méconnaissance devait affecter « par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit », Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, *SNC Kimberly Clark* (Incompétence négative en matière fiscale), consid. 3, AJDA 2010. 1230 ; D. 2010. 1622 ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; RFDA 2010. 704, J. Boucher ; Constitutions 2010. 419, obs. C. de La Martinière ; *ibid.* 597, obs. A. Barilari ; Cons. const., 18 juin 2012, n° 2012-254 QPC, *Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO* (Régimes spéciaux de sécurité sociale), consid. 3 ; Cons. const., 5 oct. 2012, n° 2012-278 QPC, *M me Elisabeth B.* (Condition de bonne moralité pour devenir magistrat), AJDA 2012. 1884 ; D. 2012. 2318 ; *ibid.* 2013. 1584, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano

(29) Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal*, D. 1995. 293, obs. E. Oliva ; *ibid.* 340, obs. T. Renoux ; RFDC 1994. 383, obs. T. S. Renoux.

(30) Pour une solution comparable, v., Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-202 QPC, *Mme Lucienne Q.* [Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990], consid. 15 et 16, Constitutions 2012. 140, obs. D.

Fallon.

(31) Cette saisine blanche contraste fortement avec le mémoire très argumenté, préparé par diverses organisations et rédigé par D. Rousseau, qui contestait la qualité normative de cette loi.

(32) F. Malhiere, « L'autorité du silence. À propos de la décision du Conseil constitutionnel, n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire* », RD publ. 2010. 729 s. Cette décision ferme et ouvre tout à la fois la possibilité ultérieure de contester la loi par voie de QPC. Elle ferme le contrôle en ce qui concerne les articles contrôlés, sauf changement de circonstances de droit ou de fait. Mais elle ouvre la possibilité d'un contrôle pour les autres dispositions de la loi qui n'ont pas été spécialement examinées, Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-9 QPC, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, AJDA 2010. 1340 ; D. 2010. 1714 ; *ibid.* 2011. 1306, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; Constitutions 2010. 541, obs. M. Disant ; RSC 2011. 193, chron. C. Lazerges ; Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres*, AJDA 2010. 1556 ; D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel ; *ibid.* 1949, point de vue P. Cassia ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier ; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier ; *ibid.* 2011. 58, obs. S. De La Rosa ; RSC 2011. 139, obs. A. Giudicelli ; *ibid.* 165, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges ; RTD civ. 2010. 513, obs. P. Puig ; *ibid.* 517, obs. P. Puig.

(33) V. respectivement, art. 57 et art. 59 et 60.

(34) V. respectivement, art. 23, 24 et 43 ; art. 26 ; art. 30 à 33 ; art. 34 à 36 ; art. 45 à 56.

(35) Le Conseil s'attache peut-être à distinguer ces sanctions les plus graves non pas en fonction de leur gravité mais de leur « nature » qui en ferait en elles-mêmes des peines privatives de liberté. V. à ce sujet, F. Malhiere, « L'autorité du silence », *op. cit.*, pp. 740-741.

(36) F. Malhiere, « L'autorité du silence », *op. cit.*, p. 740.

(37) Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-367 QPC, *Consorts L.*, consid. 10, AJDA 2014. 375 ; D. 2014. 427 ; Constitutions 2014. 95, chron. D. Fallon. E. Péchillon souligne qu'il faudrait également distinguer le régime de la détention provisoire concernant les prévenus de celui de l'exécution des peines concernant les condamnés, E. Péchillon, « 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, p. 876-877 et 883.

(38) La loi de 2009 reste également imprécise quant à la composition de la commission de discipline (pour laquelle il est simplement indiqué qu'elle doit comprendre un membre extérieur à l'administration pénitentiaire), à la procédure applicable (hormis l'assistance de la personne par un avocat) et au *quantum* des peines (seule la durée maximale de la

mise en cellule de punition est fixée à vingt jours ou trente jours pour des faits d'agression physique, à sept jours pour les mineurs de plus de seize ans et à deux jours en cas de placement à titre préventif).

(39) Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, concernant le pouvoir de sanction du CSA. Il a réitéré cette position en précisant que « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à assurer les droits et libertés constitutionnellement garantis », Cons. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, D. 2001. 1838, obs. N. Jacquinet ; Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, AJDA 2009. 1132 ; D. 2009. 1770, point de vue J.-M. Bruguière ; *ibid.* 2045, point de vue L. Marino ; *ibid.* 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; Dr. soc. 2010. 267, chron. J.-E. Ray ; RFDA 2009. 1269, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; Constitutions 2010. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; *ibid.* 293, obs. D. de Bellescize ; RSC 2009. 609, obs. J. Francillon ; *ibid.* 2010. 209, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 415, étude A. Cappello ; RTD civ. 2009. 754, obs. T. Revet ; *ibid.* 756, obs. T. Revet ; RTD com. 2009. 730, étude F. Pollaud-Dulian. Le Conseil d'État rappelle quant à lui que « lorsque la définition des obligations auxquelles est soumis l'exercice d'une activité relève du législateur en application de l'article 34 de la Constitution, il n'appartient qu'à la loi de fixer, le cas échéant, le régime des sanctions administratives dont la méconnaissance de ces obligations peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les sanctions encourues que les éléments constitutifs des infractions que ces sanctions ont pour objet de réprimer », CE, 18 juill. 2008, n° 300304, *Fédération de l'hospitalisation privée*, Lebon p. 290, concl. L. Derepas ; AJDA 2008. 1461 ; *ibid.* 1812, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; RDSS 2008. 966, obs. D. Cristol.

(40) Rapport de l'Assemblée nationale n° 4262 du 1^{er} févr. 2012 sur la mise en application de la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire ; Rapport d'information du Sénat n° 629 du 4 juill. 2012, sur l'application de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 (d'ailleurs sous-titré *Loi pénitentiaire : De la loi à la réalité carcérale*).

(41) Décrets n° 2010-1634 et n° 2010-1635 du 23 déc. 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale. Le juge des référés du Conseil d'État a pu alors considérer que l'application des principes relatifs aux fouilles énoncés par la loi pénitentiaire pouvaient trouver à s'appliquer même en l'absence de mesures réglementaires d'application, CE, ord., 20 mai 2010, n° 339259, *Ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés*, AJDA 2010. 1846 ; RSC 2010. 645, chron. P. Poncela.

(42) La majorité des droits inscrits dans la loi, restent ainsi soumis aux impératifs d'ordres et de sécurité. Il en va ainsi par exemple de l'accès au culte (art. 26), de l'accès au téléphone (art. 39), du droit de visite (art. 35), du droit de correspondre (art. 40), du droit à l'image (art. 41), de l'accès aux publications (art. 43). G. Canivet soulignait déjà le

fait que la notion de sécurité « conditionne largement l'exercice des droits et libertés à l'intérieur des établissements », G. Canivet, 2000, *L'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, Paris, Doc. fr. 55.

(43) Certaines de ces mesures d'individualisation des peines constituent des mesures d'ordre intérieur insusceptibles d'être contestées dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, sauf à considérer qu'elles portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux des personnes détenues. Il en est ainsi des décisions d'affectation consécutives à une condamnation, des décisions de changement d'affectation d'une maison d'arrêt à un établissement pour peines ainsi que des décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature (CE, ass., 14 déc. 2007, n° 290730, *Garde des Sceaux c/ Boussouar*, Lebon ; AJDA 2008. 128, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *ibid.* 2007. 2404 ; D. 2008. 820, et les obs., note M. Herzog-Evans ; *ibid.* 1015, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2008. 100, obs. E. Péchillon ; RFDA 2008. 87, concl. M. Guyomar ; RSC 2008. 404, chron. P. Poncela) ou des décisions de classement ou de refus de classement dans un emploi (CE, ass., 14 déc. 2007, n° 290420, *Planchenault*, Lebon ; AJDA 2008. 128, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *ibid.* 2007. 2404 ; D. 2008. 820, note M. Herzog-Evans ; *ibid.* 1015, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; RFDA 2008. 87, concl. M. Guyomar). V. à ce sujet, M. Hervog-Evans, « Les sanctions pénitentiaires occultes » in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2001 p. 475. Sur les régimes de détention différenciés, V. le rapport d'information du Sénat n° 629 du 4 juill. 2012, sur l'application de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 nov. 2009.

(44) Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. Cons. const. p. 88, D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard ; *ibid.* 2878, chron. X. Magnon ; *ibid.* 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet ; *ibid.* 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri.

(45) E. Péchillon, « 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 », RD publ. 2009. 877.

(46) Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, D. 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RDT 2007. 84, étude A. Lyon-Caen ; *ibid.* 120, obs. E. Serverin ; *ibid.* 229, étude M.-L. Morin ; Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-54 QPC, *Union syndicale des magistrats administratifs*, AJDA 2010. 1967 ; Constitutions 2011. 339, obs. J. Barthélemy et L. Boré.

(47) Cette interprétation précise notamment que la décision de l'opportunité de poursuivre disciplinairement une personne détenue, prise par le chef d'établissement, ne saurait « donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles à appliquer est d'ores et déjà reconnu », que l'administration doit accomplir toutes les « diligences nécessaires pour que la personne détenue dispose de l'assistance d'un interprète », « qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires, le président de la commission de

discipline a toujours la possibilité (...) de faire entendre des témoins par la commission », et que la personne détenue elle-même « peut également toujours demander à faire entendre des témoins par la commission », CE, 11 juill. 2012, *OIP-SF*, n° 347146, préc.

(48) *Ibid.*

(49) CE, 6^e et 1^{re} sous-sect. réun., 17 juill. 2013, n° 357405.

(50) Le juge administratif a jusqu'à présent refusé d'appliquer la jurisprudence *Société Atom* (CE, ass., 16 févr. 2009, n° 274000, Lebon p. 25, concl. C. Legras ; AJDA 2009. 343 ; *ibid.* 583, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; Just. & cass. 2010. 429, concl. C. Legras ; AJ pénal 2009. 189, obs. E. Péchillon ; RFDA 2009. 259, concl. C. Legras ; *ibid.* 2012. 257, étude J. Martinez-Mehlinger ; Constitutions 2010. 115, obs. O. Le Bot) pour réaliser un contrôle de plein contentieux sur les sanctions disciplinaires en détention, en raison du lien de subordination existant entre les détenus et le chef d'établissement pénitentiaire. Il s'en tient à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation limitée à sa disproportion manifeste (CE, 20 mai 2011, n° 326084, *Letona Biteri*, Lebon p. 246 ; AJDA 2011. 1056 ; *ibid.* 1364, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; AJ pénal 2012. 177, obs. M. Herzog-Evans ; RSC 2012. 208, chron. P. Poncela). V., *contra* sur l'évolution du contrôle du juge administratif sur les sanctions infligées aux fonctionnaires, CE, ass., 13 nov. 2013, n° 347704, *Dahan*, Lebon p. 279 ; AJDA 2013. 2228 ; *ibid.* 2432, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; D. 2013. 2699, obs. M.-C. de Montecler ; AJFP 2014. 5, concl. R. Keller, note C. Fortier ; RFDA 2013. 1175, concl. R. Keller.

(51) La portée de ces atteintes aux biens est limitée puisque ne sont pas concernés les produits d'hygiène, le nécessaire de correspondance et le tabac. La durée maximale de ces mesures est fixée à deux mois pour l'interdiction de recevoir des subsides de l'extérieur et la privation d'effectuer un achat en cantine, à un mois pour la privation de tout appareil acheté ou loué, et à vingt jours pour la sanction de confinement en cellule individuelle ordinaire.

(52) Selon M. Guyomar, les arrêts récents soulignent « le passage d'une approche de la notion de mesure d'ordre intérieur strictement adossée à la nature de l'acte, à une logique fondée sur la nature du droit affecté », « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », AJDA 2009. 413 s.

(53) Au sujet de l'art. D. 56-1 C. pr. pén. fixant le régime de l'isolement sur ordre d'un magistrat, le Conseil d'État rappelle que « si le pouvoir réglementaire était compétent pour organiser une mesure d'isolement, y compris dans le cas où celle-ci procède des ordres donnés par l'autorité judiciaire en vertu de l'article 715 C. pr. pén., il ne pouvait lui-même en prévoir l'application tant que le législateur n'était pas intervenu préalablement pour organiser, dans son champ de compétence relatif à la procédure pénale, une voie de recours effectif, conformément aux stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », CE, 31 oct. 2008, n° 293785, préc.

(54) Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, Rec. Cons. const. p. 81, D. 1990. 161, note X. Prétot ; Cons. const., 14 juin 2013, n° 2013-314 QPC, *Jérémy F.*, D. 2013. 1805, note J.-C. Bonichot ; AJ pénal 2014. 44 ; RFDA 2013. 691, note H. Labayle et R. Mehdi ; RSC 2013. 903, obs. B. de Lamy ; RTD civ. 2013. 564, obs. P. Puig ; RTD eur. 2013. 531, note J. Roux.

(55) CEDH, 20 janv. 2011, n° 19606/08, *Payet c/ France*, préc. La loi pénitentiaire de 2009 a tenu compte de cette sanction, l'article 91 prévoyant que la personne détenue placée en quartier disciplinaire, ou en confinement peut former un référé-liberté.

(56) CE, 28 déc. 2012, n° 357494, *Théron*, Lebon T. p. 759 ; AJDA 2013. 958 ; D. 2013. 1304, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon. La Cour européenne a pourtant jugé qu'en matière de droit d'asile, la procédure de référé-liberté ne garantit pas un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention. Étant dépourvu de caractère suspensif, ce recours n'est d'aucune utilité contre un rejet de demande d'asile pour une personne placée en zone d'attente, CEDH, 2° sect., 26 avr. 2007, n° 25389/05, *Gebremedhin c/ France*, AJDA 2007. 940 ; *ibid.* 1918, chron. J.-F. Flauss ; D. 2007. 2780, note J.-P. Marguénaud ; AJ pénal 2007. 476, obs. H. Gacon.

(57) Ainsi, si les détenus peuvent se prévaloir de la liberté de réunion, l'effectivité de son exercice est illusoire puisque qu'en égard aux contraintes inhérentes à la détention, ils ne peuvent utilement se prévaloir des dispositions des lois du 30 juin 1881 et du 28 mars 1907 relatives à la liberté de réunion, CE, ord., 27 mai 2005, n° 280866, *Section française de l'Observatoire international des prisons, M. Bret, M^{me} Blandin*, Lebon p. 232 ; AJDA 2005. 1579, note A. Rainaud ; D. 2006. 1078, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon.

(58) Comme le constate E. Péchillon, le recours en référé-liberté prévu par l'art. 726 C. pr. pén., « semble neutralisé par la jurisprudence, qui continue de considérer que le placement en cellule disciplinaire ne peut, en l'absence de circonstances particulières, constituer une situation d'urgence, obs. sous CE, 22 avr. 2010, n° 338662, AJ pénal 2010. 299. Le rapport rendu par le Sénat sur l'application de la loi pénitentiaire de 2009 souligne également la nécessité, au sujet du placement en quartier disciplinaire, de la reconnaissance d'une présomption d'urgence ouvrant droit à un recours en référé, Rapport d'information du Sénat n° 629 du 4 juill. 2012, *op. cit.*, recommandation n° 14. La commission Canivet préconisait déjà un aménagement des procédures d'urgence devant le juge administratif, pour rendre effectifs et utiles les recours pouvant être exercés par la personne détenue, G. Canivet, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, Doc. fr., Paris, 2000.

(59) Comme le constate J.-M. Sauvé, « la privation de liberté introduit une irréductible singularité, voire une béance, dans le bloc des droits fondamentaux et il y aurait quelque artifice à soutenir que le détenu est un citoyen titulaire de

tous les droits, à l'exception de la liberté d'aller et venir », « Le contrôle de l'administration pénitentiaire par le juge administratif », Intervention de J.-M. Sauvé à l'Institut d'études judiciaires de l'Université de Lille II, 2008.