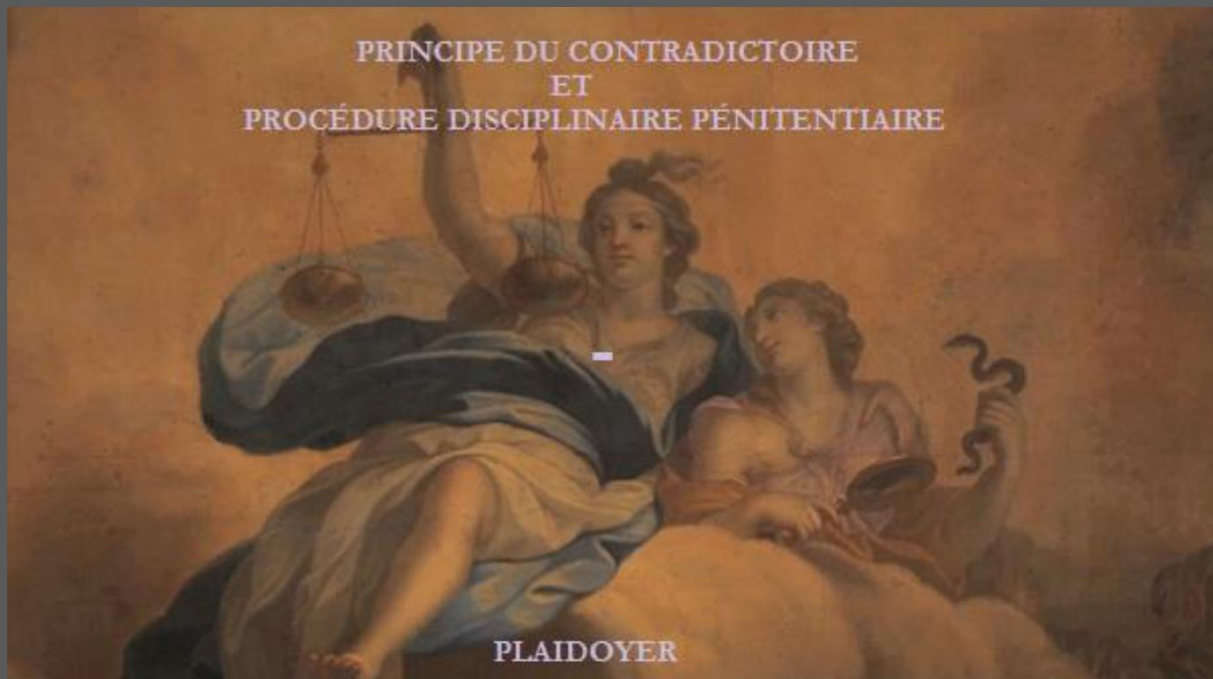




Master II Droit de l'exécution des peines et Droits de l'homme

– Promotion Nelson Mandela –

Année 2013-2014



Mémoire rédigé et soutenu par Clément Mazurié

Sous la direction de Marie-Cécile Guérin,
Maître de Conférences (HDR) à l'Université Bordeaux IV,
Institut de Sciences Criminelles et de la Justice (ISCJ).



Master II Droit de l'exécution des peines et Droits de l'homme
- Promotion Nelson Mandela -
Année 2013-2014



Mémoire rédigé et soutenu par Clément Mazurié

**Sous la direction de Marie-Cécile Guérin,
Maître de Conférences (HDR) à l'Université Bordeaux IV,
Institut de Sciences Criminelles et de la Justice (ISCJ).**

« Je déclare sur l'honneur que ce mémoire a été écrit de ma main, sans aide extérieure non autorisée, qu'il n'a pas été présenté auparavant pour évaluation et qu'il n'a jamais été publié, dans sa totalité ou en partie. Toutes parties, groupes de mots ou idées, aussi limités soient-ils, y compris des tableaux, graphiques, cartes, etc. qui sont empruntés ou qui font référence à d'autres sources bibliographiques sont présentés comme tels (citations entre guillemets, références bibliographiques, sources pour tableaux et graphiques etc.) »

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.J.D.A.	Revue Actualité Juridique Droit Administratif
A.J. Pénal	Revue Actualité Juridique Pénal
Art.	Article
Ass.	Assemblée
B.O.M.J.	Bulletin officiel du Ministère de la Justice
C.A.A.	Cour administrative d'appel
C.E.	Conseil d'État
C.G.L.P.L.	Contrôleur général des lieux de privation de liberté
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Cass. Crim.	Chambre Criminelle de la Cour de Cassation
C.J.A.	Code de justice administrative
Com. E.D.H.	Commission européenne
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Conv. E.D.H.	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C.pr.pén.	Code de procédure pénale
Cour E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
D.	Dalloz
D.D.H.C.	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Déc.	Décision
D.U.D.H.	Déclaration universelle des droits de l'homme
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gr. Ch.	Grande chambre
J.C.P.	Jurisqueuseur Périodique
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A.	Les Petites Affiches
obs.	Observations
op. cit.	Opere citato
ord.	Ordonnance
P.I.D.C.P.	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
P.U.F.	Presses Universitaires de France
Rec.	Recueil
réf.	Référé
req.	Requête
R.P.D.P.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
R.S.C.	Revue de science criminelle
S.	Recueil Sirey
T.	Tome
T.A.	Tribunal administratif

SOMMAIRE

Titre I : L'État actuel du principe du contradictoire en matière de procédure disciplinaire pénitentiaire

Chapitre I : De l'absence quasi-totale de contradiction lors de la phase préparatoire

Section I : Le constat lors de la phase préalable au déclenchement des poursuites

Section II : Le double constat lors du déclenchement des poursuites

Chapitre II : A l'apparence de contradiction lors de la phase décisive

Section I : La fragilité du respect du principe du contradictoire

Section II : Le cas particulier de la composition de la Commission de discipline

Titre II : Vers l'effectivité du principe du contradictoire en matière de procédure disciplinaire pénitentiaire

Chapitre I : Les arguments juridiques

Section I : La place grandissante du droit européen au sein des prisons françaises

Section II : La place grandissante du principe du contradictoire au sein des disciplines juridiques mères

Chapitre II : Les arguments méta-juridiques

Section I : L'espoir en la fraternité et l'égalité

Section II : L'espoir en la justice

*« In rebus quibuscumque difficiliovibus non expectandum,
ut quis simul, et serat, et metat,
sed praeparatione opus est,
ut per gradus maturescent »¹.*

¹ F. BACON, *Serm. Fidel.*, n. XLV.

Essai de traduction en langue française : « *Dans toutes choses difficiles, on ne peut s'attendre à semer et récolter simultanément, mais à une lente préparation, qui mûrit progressivement* ».

INTRODUCTION

1.—Approche générale.— Si la parole avait été rendue à l'Histoire, la Justice nous aurait expliqué, probablement, à quel point l'équité, dans la longue période, eut été reine. Puis, qu'emportée et déséquilibrée par des vents contraires, elle eut vacillé au rythme des saisons, telle une feuille tourbillonnante à la recherche de l'équilibre perdu.

Si la parole avait été donnée à la Mythologie grecque, la déesse Thémis nous aurait démontré, certainement, à quel point l'équité eut présidé à l'existence même de la justice. Pesant, à l'aide d'une balance, chacun des arguments opposés. Les yeux bandés, en gage de son impartialité et le genou dénudé, symbole de son empathie à la misère humaine.

Si la parole avait été transmise à la Grèce antique lors de l'époque classique, le tribunal de l'Héliée nous aurait convaincu, sans doute, de l'essence du lien entre la justice et la démocratie. Et le dixième serment des Héliastes, soufflé discrètement au creux de l'oreille : « *Je n'ai pas moins de trente ans et j'écouterai avec une égale attention les deux parties, l'accusateur et l'accusé* »¹.

Si certains mots de la littérature de l'Antiquité païenne n'avaient pas pris la parole, les Erinyes, s'appêtant à tuer Oreste dans les Euménides d'Eschyle, n'auraient vraisemblablement pas accepté d'ouvrir le dialogue après qu'Athéna ne dise : « *Je n'entends qu'une voix, et voici deux parties* »².

Et que fut-il advenu si la parole eut été interdite à la civilisation judéo-chrétienne ? Le livre de la Genèse aurait-il invité Adam et Ève à s'expliquer avant que Dieu ne les expulse du paradis terrestre³ ? L'Ancien Testament aurait-il insisté sur le fait que le « *premier à parler dans son procès paraît juste, mais quand vient la partie adverse, elle le conteste* »⁴ ? Le Nouveau Testament, se serait-il posé la question : « *Notre loi condamnerait-elle un homme avant qu'on ne l'entende et qu'on sache ce qu'il a fait* »⁵ ? Et Job, personnage biblique, aurait-il pu exiger que justice soit rendue sans requérir : « *Que Dieu me pèse sur des balances justes et il connaîtra mon intégrité* »⁶ ?

Rendons ainsi à l'Histoire, à ses mythes les plus anciens et ses croyances les plus profondes, la force de la parole au sein de toute civilisation. Et rendons au principe du contradictoire, aujourd'hui, la valeur que devrait lui attribuer la justice d'une société démocratique telle que la France.

¹ DÉMOTHÈNE, *Contre Timocratès*, p. 148-149.

Cité par C. MOSSÉ, *Les institutions grecques*, Armand Colin, 1996, p. 73.

² ESCHYLE, *Les Euménides*,

³ *Livre de la Genèse*, Chapitre 3, p. 8-23.

⁴ *Livre des Proverbes attribués à Salomon*, Prov. 18 : 17.

⁵ *La Bible*, Jean, 7 : 51.

⁶ *La Bible*, Job, 31 : 6.

2.–Principe du contradictoire.– Ce dernier, traditionnellement, fut exprimé par des adages latins issus de l’Ancien droit. Le premier, « *Auditor et altera pars* »¹ et le second de forme impérative, « *Audi alteram partem* »².

Puis, au fil du temps, les contours de la notion, aussi abstraits furent-ils, s’affinèrent en droit processuel. Désormais, selon un auteur contemporain, le principe du contradictoire supposerait, en premier lieu, l’existence du droit à une information préalable, rapide et complète sur les termes et les enjeux d’une contestation éventuelle, ainsi que le droit de disposer du temps suffisant pour faire valoir sa position. En second lieu, sembleraient concernés, le droit à l’assistance d’un avocat et, en cas d’insuffisance pratique de la langue, le droit à l’assistance d’un interprète³.

3.–Notions voisines.– Les droits de la défense, entendus parfois de manière plus large que le contradictoire, ne sont en réalité que l’une des composantes du principe. En effet, outre l’élargissement de son champ d’application, une distinction est notable. Si l’accusation est une chose et que la défense en est une autre, l’équilibre, quant à lui, n’a pas de parti pris. Ce même « *équilibre des droits des parties* » certainement, dont fait allusion l’article préliminaire du Code de procédure pénale. Intervient alors le principe du contradictoire, instrument de défense de chacune des parties.

Par ailleurs, sur le plan européen, si la référence à la notion d’égalité des armes n’est pas rare, le contradictoire a principalement été relayé par le droit à un procès équitable que garantit l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme. Bien que d’appellations différentes, toutefois, « *« le procès équitable » n’a pas de philosophie différente d’avec le « procès contradictoire » : c’est confondre ici l’évolution de la notion avec la permanence de son exigence* »⁴. En effet, si nulle mention n’est faite à l’article 6 du principe du contradictoire, la Cour européenne des droits de l’homme, dès 1997, n’a pas hésité à qualifier cette règle de « *principe fondamental du procès équitable* » en précisant qu’elle implique naturellement « *le droit pour les parties au procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter* »⁵.

4.–Fondamentalité du principe de par sa consécration dans l’ordre juridique.– La multiplicité des consécrations du principe au sein de l’ordre juridique, tant interne que supranational, atteste de la fondamentale de celui-ci.

Sur le plan interne, relevons tout d’abord, qu’une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation suggérait déjà que soit reconnu le caractère fondamental du principe. L’argument se fondait sur le droit naturel de se défendre⁶. Plus d’un siècle plus tard, la Haute juridiction administrative, après l’avoir consacré en tant que règle générale de procédure⁷ puis de principe⁸, l’a expressément qualifié de principe général du droit⁹. Puis, le Conseil constitutionnel, venant pallier au silence de la Constitution du 4 octobre 1958 et de son Préambule, s’est fondé sur la notion de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, afin d’ériger le principe

¹ J. PICOTTE, *Juridictionnaire, Recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, Centre de Traduction et de Terminologie Juridiques, Faculté de droit, Université de Moncton, 2012, p. 361. Ce qui signifie : « *L’autre partie doit être entendue* ».

² J. PICOTTE, op. cit., p. 361. Ce qui signifie : « *Entends l’autre partie* ».

³ O. SCHRAMECK, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in : *Mélanges Braibant, L’État de droit*, D., 1936, p. 632.

⁴ Préface de B. BEIGNIER, in : L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, T. 483, 2008, p. VI.

⁵ Cour E.D.H., *Niderhöst-Huber c/ Suisse*, n° 104/1995/610/698, 18 février 1997.

⁶ Cass. Civ. 7 mai 1828, S.1828, 1, p. 93.

⁷ C.E., *Villes*, 10 août 1918.

⁸ C.E., Ass., *Secrétaire d’État à la guerre c/ Coulon*, 11 mars 1955, Rec. C.E., p. 149.

⁹ C.E., *Sté la Huta*, 12 mai 1961, Rec. C.E., p. 313.

du contradictoire au rang de principe constitutionnel¹.

Parallèlement, sur le plan supranational, hormis l'importance indéniable que joue l'article 6 précité dans la garantie du droit à un procès équitable, l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques n'en est pas moindre. Souvent invoqué accessoirement à la Convention européenne des droits de l'homme pour donner plus de poids à la demande², son applicabilité directe devant le juge français, en vertu de l'article 55 de la Constitution, est certaine. Par ailleurs, si l'absence de valeur contraignante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union amène à relativiser la portée de cet argument, n'oublions pas l'existence de son article 47. Or, sans contredire la force du symbole qu'il revêt, ce dernier dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement* ».

S'il semble permis, dès lors, d'asseoir la fundamentalité du principe sur la place qu'il occupe au sein de la hiérarchie des normes, ne perdons pas de vue une idée essentielle. Celle selon laquelle « *dans la fameuse pyramide des normes, un tel principe ne trouve que très difficilement sa vraie place, il hante les couloirs plutôt qu'il ne se situe à tel étage précisément* »³.

5.—Fundamentalité du principe de par sa nature.— En réalité, de sa source naturelle semblent avoir été tissés les contours normatifs de sa fundamentalité.

Qualifié aujourd'hui de principe de bon sens⁴ ou de droit naturel⁵, l'assimilation du caractère fondamental de la notion à une exigence de la loi naturelle est ancienne. Dès le XVII^{ème} siècle, un écrivain allemand n'hésita pas à soutenir que le Diable, s'il comparaisait devant Dieu, devait avoir le droit de se défendre⁶. Quelques années plus tôt, le recours d'un conseil fut même considéré par le premier président de Lamoignon comme « *une liberté acquise par le droit naturel (...) plus ancien que toutes les lois humaines* »⁷. Puis, traversant les siècles et les esprits, de « *prérogative de droit naturel* » au lendemain de la législation napoléonienne⁸.

La raison en est simple : rendre justice, en tentant d'établir la vérité judiciaire, n'a pas d'âge ni de couleur. Or, seul le respect du principe du contradictoire, instrument de défense de chacune des vérités, semble permettre de se rapprocher le plus possible de celle-ci. Ce qu'a rappelé récemment un jeune auteur dans sa thèse⁹. Précision préalable devant être faite sur le caractère illusoire d'une quête de vérité absolue pouvant présenter certains dangers au sein d'une démocratie¹⁰.

Il est certain que la vérité, aussi subjective soit-elle, ne présente toujours qu'un certain degré de réalité. De ce fait, son établissement, aussi complexe soit-il, suppose nécessairement la superposition de plusieurs vérités relatives. Nietzsche, à ce sujet, écrivait il y a plus d'un siècle : « *un seul a toujours tort : mais avec deux commence la vérité. Un seul ne peut se prouver : mais il suffit de deux pour qu'on ne puisse plus les réfuter* ». L'homme n'était pas fou.

¹ Cons. const., déc. n° 72-75 L, 21 décembre 1972.

² S. GUINCHARD, *L'application du pacte... par le juge judiciaire*, L.P.A., 25 mai 2000, p. 23 et s.

³ Préface de B. BEIGNIER, op.cit., p. V.

⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, P.U.F., 2004, p. 370.

⁵ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in : *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, D., 1961, p. 60 et s.

⁶ A. LAINGUI, *Défense pénale et histoire*, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 11.

⁷ A. LAINGUI, op. cit., p. 13.

⁸ J. PRADEL, *Défense pénale et régime de procédure*, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 31.

⁹ L. MINIATO, op. cit., p. 26-27.

¹⁰ P. HEBRAUD, « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », in : *Le juge et la vérité*, Ann. Univ. Toulouse, T. 26, 1978, p. 404.

Voilà là, la cause véritable d'une évolution générale du principe du contradictoire en droit processuel. En atteste notamment, le renforcement constant de la contradiction au sein des procédures pénale et administrative. Dès lors, comme l'affirment expressément les juges de Strasbourg¹, la procédure disciplinaire pénitentiaire ne pourrait faire figure d'absente sur le banc des procédures. Puisque s'il « *n'est pas illégitime de préférer une procédure orale à une procédure écrite, ou une procédure accusatoire à une procédure inquisitoriale* », il n'y a « *au contraire, pas de choix possible entre une procédure contradictoire et une procédure qui ne le serait pas* »².

6.—Les causes d'une récente émergence du principe en matière de procédure disciplinaire pénitentiaire.— L'apparition tardive du principe du contradictoire, au sein de la procédure disciplinaire pénitentiaire, témoigne de la trace d'un arbitraire originel sur la discipline pénitentiaire. Une discipline, selon les propos du professeur Jean-Paul Céré, « *marquée par l'arbitraire jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle* »³.

Lié de manière intime à la notion de pouvoir, si l'arbitraire fut notamment jugé au siècle des Lumières et combattu par le principe de légalité des délits et des peines, il demeura néanmoins, au lendemain de la Révolution française, au sein des prisons. Une triste réalité liée, fort probablement, au sens et à la mission que l'on attribua traditionnellement à la discipline. Outil de pérennisation, en effet, cette dernière eut initialement pour but d'établir ou de rétablir l'ordre et la sécurité au sein des établissements pénitentiaires. Véritable instrument de soumission par l'ordre, à l'ordre social établi, était ainsi question de « *quadriller, contrôler, mesurer, chasser les individus, les rendre à la fois « dociles et utiles »* ». Soit « *toute une manière d'assujettir les corps, de maîtriser les multiplicités humaines et de manipuler leurs forces* »⁴. Pour ce faire, une entière liberté, dénuée de tout cadre légal, fut confiée à l'autorité pénitentiaire. Avec, pour légitimité, la désobéissance à la loi par la personne détenue. En somme, l'insoumission à la loi par le hors-la-loi ou la soumission à la loi par la loi du hors-la-loi.

Dans un tel décor, la question préalable tenant au caractère antinomique des notions d'arbitraire et de justice doit alors être posée. A ce titre, aujourd'hui, certains directeurs des services pénitentiaires affirment qu'existe « *une part irréductible d'arbitraire dans la procédure disciplinaire (...). Évidemment et heureusement* » puisque « *de manière plus philosophique, choisir c'est user d'arbitraire* »⁵. C'est ainsi, en quelque sorte, raisonner comme à l'époque de l'Ancien Régime. En atteste l'ancienneté de la fameuse maxime : « *Toutes peines sont arbitraires en ce royaume* ». C'est là, confondre au XXI^{ème} siècle, la signification de l'arbitraire avec celle de la marge d'appréciation discrétionnaire. Si la seconde apporte une certaine souplesse à un cadre strictement délimité par la loi, la première, quant à elle, se place intentionnellement au-dessus de la loi. Mais c'est là, surtout, méconnaître la voie dans laquelle s'est engagée la France depuis plus d'un demi-siècle.

7.—L'éveil du principe antérieur à la loi du 12 avril 2000.— « *Parcourez les lieux où l'on juge* », écrivait Charles Lucas, au XIX^{ème} siècle, « *partout vous voyez deux classes d'hommes bien distinctes dont les uns se rencontrent toujours sur les sièges des accusateurs et des juges, et les autres sur les bancs des prévenus et des accusés* »⁶. Il ne fallait donc pas s'étonner que les maux dont souffrait la première classe d'hommes, une fois cloîtrée derrière les murs, ne soit pas connue des seconds. Mais tout comme l'art, l'Histoire est mouvante. Peut ainsi exister « *des jeux de force, qui, selon la classe à laquelle*

¹ Cour E.D.H., *Van Orshoven c/ Belgique*, n° 95/1995/601/689, 25 juin 1997.

² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12^e édition, 2006, n° 960, p. 818.

³ J.-P. CÉRÉ, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, L'Harmattan, 1999, p. 29.

⁴ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, 4^e de couverture.

⁵ A. CHAUMÈS, *Mémoire Le directeur des services pénitentiaires et la discipline carcérale : entre exigence sécuritaire et respect des droits*, Promotion Pierre Lemoussu du Master 2 Exécution des peines et droits de l'homme, 2010-2011, p. 49.

⁶ Ch. LUCAS, *De la réforme des prisons*, T. II, 1838, p. 82.

appartiennent les individus, les conduiront au pouvoir ou à la prison »¹. Lorsqu'un tel renversement de situation survient, alors sont reconnues « *les vérités les plus évidentes, qui, par leur simplicité même, échappent aux esprits vulgaires, incapables d'analyser les choses et accoutumés à en recevoir les impressions toutes faites, par tradition plus que par examen* »².

Nombreux hauts fonctionnaires ayant été incarcérés ou déportés durant la Seconde Guerre mondiale, tel fut le cas de la réforme Amor. Là, furent les prémices, par la resocialisation, d'une volonté humaine d'améliorer le sort de la personne détenue. La première pierre, aussi fragile soit-elle, fut ainsi posée. Heureusement ou malheureusement, plus ancrée dans les esprits et les cœurs que dans la réalité carcérale de l'époque. En vérité, il fallut attendre l'arrêt *Marie* rendu en 1995 par le Conseil d'État³, pour que s'opère une véritable « *révolution pénitentiaire* »⁴. Mais, par voie de conséquence, en ouvrant les recours pour excès de pouvoir contre les sanctions disciplinaires alors que ne figurait qu'un semblant de dispositif procédural dans le Code de procédure pénale⁵, la réforme fut urgente. A ce sujet, rappelons brièvement que n'existait, à cet instant, aucun support juridique pour le prétoire. Un prétoire, créé par un arrêté du 8 juin 1842 censé mettre fin au caractère arbitraire de la répression. C'est dans un tel contexte qu'est alors intervenu le décret n° 96-287 du 2 avril 1996.

Venant ainsi inscrire le droit disciplinaire pénitentiaire « *dans un processus legaliste* », la réforme eut « *pour principal effet de définir précisément les fautes et les sanctions disciplinaires* »⁶. S'il est indéniable que virent le jour quelques progrès notoires sur le plan procédural, ne nous voilons pas la face, pratiquement tout resta à faire. N'en contredirait probablement pas son sens la maigre valeur que fut attribuée au principe du contradictoire. Réduit, notamment, à un délai de comparution devant la commission de discipline d'un minimum de trois heures⁷. Le prévenu, également, ne pouvant présenter qu'« *en personne (...) ses explications écrites ou orales* »⁸. À ce propos, quelques années plus tard, en soutenant que « *le respect du contradictoire et des droits de la défense n'est pas aussi effectif que ce que les textes le laissent entendre* »⁹, un spécialiste en la matière n'hésita en aucun cas à nuancer l'évolution. C'était là probablement, à la veille du nouveau millénaire, anticiper l'avenir de la réforme. Et ce, en parfaite harmonie avec une jurisprudence dissidente qui considéra, dès juin 1996, « *qu'un détenu susceptible de se voir infliger une sanction a droit à la communication de son dossier et à l'assistance d'un avocat s'il le souhaite* »¹⁰.

8.-Le bourgeonnement du principe postérieur à la loi du 12 avril 2000.- Vœux avoués furent bien plus qu'à moitié exaucés.

En effet, plus qu'attendue dans une période politique propice au principe du contradictoire, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relation avec les administrations, fit enfin son entrée sur la scène carcérale. Son article 24, plus particulièrement, octroya à tout citoyen faisant l'objet d'une décision administrative, le droit d'être assisté par un avocat ou représenté par un mandataire de son choix. Dès lors, nul doute n'exista quant à l'applicabilité de la règle aux procédures disciplinaires pénitentiaires et aux conséquences

¹ *La Phalange*, 1^{er} décembre 1838. Cité par M. FOUCAULT, op. cit., p. 338-339.

² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, GF Flammarion, 1991, p. 59.

³ C.E., *Marie*, 17 février 1995.

⁴ M. HERZOG-EVANS, « La révolution pénitentiaire française », in : O. de SCHUTTER, D. KAMINSKI, *L'institution du droit pénitentiaire : Enjeux de la reconnaissance du droit aux détenus*, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 17.

⁵ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu : l'apparence legaliste du droit pénitentiaire*, thèse, Poitiers, 1994, sp. p. 569 et suivantes.

⁶ J.-P. CÉRÉ, *Le droit disciplinaire pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne*, A.J. Pénal, 2005, p. 393.

⁷ C.pr.pén., art. D. 250-2 anc.

⁸ C.pr.pén., art. D. 250-4 anc.

⁹ J.-P. CÉRÉ, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, op. cit., p. 196.

¹⁰ T.A. Strasbourg, *Serisoy*, 13 juin 1996, inédit.

pratiques que cela engendrerait¹. Tel, ce que vint confirmer dans la foulée la circulaire du 31 octobre 2000², le droit à la consultation du dossier de la procédure. Et plus encore, nul doute n'exista quant à la « *puissance de la parole humaine intervenant au milieu de la terrible discipline (...) pour parler au cœur, à l'âme, à la personne humaine* »³.

Envisagée sérieusement en 1985, l'idée n'était pourtant pas nouvelle. Mais l'apparence procédurale fit certainement obstacle. Tout comme, la déstabilisation de l'autorité disciplinaire, la remise en question de la parole du personnel pénitentiaire, l'invocation fréquente de vices de procédure, l'accroissement de l'impunité en détention ou la crainte de mouvements sociaux. Ces arguments, obstacles d'autrefois, firent au lendemain de l'entrée en scène de l'avocat, les motifs des résistances des uns et des réticences initiales des autres. Résistance, dans le sens où le Ministère de la justice tenta d'exclure l'application de la loi et la direction centrale de l'administration pénitentiaire, de réduire son domaine d'application. Réticence initiale, dans le sens où il peut encore paraître étrange, pour les établissements pénitentiaires, de croire en la compatibilité du rétablissement de l'ordre ébranlé avec l'accroissement des droits de celui à qui l'on put reprocher d'avoir causé le désordre.

Rapprochant ainsi la procédure disciplinaire pénitentiaire des procédures de droit commun, l'année 2000 vit ainsi éclore le principe du contradictoire. Le rideau ayant été levé, il n'était donc plus question de le rabaisser. Pour l'individu détenu dans la salle, la tonalité de la pièce avait été donnée. Mais, aussi étrange que cela put paraître, après le surgissement inattendu sur les planches de l'homme de loi, le rythme de la pièce, subitement fut ralenti.

Intervint ainsi la circulaire du service à l'accès au droit et à la justice du 18 avril 2002 qui octroya l'aide juridique à l'intervention de l'avocat en commission de discipline. Puis, la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 introduisant, en son sein, un assesseur issu de la société civile. De ce même lieu, un an plus tard, le décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 bannit les auteurs du compte rendu d'incident et du rapport d'incident. Et, venant ainsi rapprocher la matière du droit commun pénal applicable aux mineurs, imposa l'assistance obligatoire de l'avocat aux prévenus disciplinaires non majeurs. Il allongea, également, à vingt-quatre heures, le délai prévu pour la préparation de la défense en matière disciplinaire. Quelques mois passèrent et apparut ensuite la circulaire du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures. Cette dernière, en premier lieu, recommanda en toutes circonstances que soit communiqué, à la personne faisant l'objet d'une mesure de cellule disciplinaire préventive, la date de la réunion de la commission dès son placement en prévention et que lui soit notifié la convocation quarante-huit heures à l'avance. En second lieu, au regard de l'allongement du temps de préparation de la défense, ce même délai fut logiquement accordé au prévenu disciplinaire ne faisant pas l'objet d'une telle mesure. Enfin, soucieuse du respect du principe du contradictoire, elle accorda au détenu un nouveau délai de vingt-quatre heures en cas de requalification des faits lors de l'audience de jugement.

9.—Plan.— S'il semble important, pour le bon déroulement de l'exercice, de resituer historiquement les prémices de l'évolution qu'a amorcée la pénétration du principe du contradictoire au sein de la procédure disciplinaire pénitentiaire, il convient dès à présent de préciser qu'il n'est pas question, ici, de dresser une liste exhaustive à ce sujet. Là n'est pas l'intérêt du mémoire. Existente, pour cela, de nombreux ouvrages généraux et spéciaux en la matière. Mais plus encore, procéder ainsi, en tentant de donner à l'apparition du principe du contradictoire au

¹ M. HERZOG-EVANS, E. PECHILLON, *L'entrée des avocats en prison et autres conséquences induites par la loi du 12 avril 2000*, D. 2000. Chron. 481.

² Circ. 31 octobre 2000, *NORJUSE*, n° 0040087C, B.O.M.J. 2000.

³ Ch. LUCAS, *De la réforme des prisons*, T. I, 1836, p. 167.

sein de l'unilatéralité disciplinaire, l'illusion de son effectivité, ne serait évidemment guère constructif. Cela nous amènerait probablement à nous méprendre, ce que nous constaterons dans un premier temps (**Titre I**), sur la réalité des choses. En effet, si « *la présence et le rôle attribué à l'avocat en prison est de nature à rehausser le niveau de protection du détenu (...) il ne suffit pas à couronner le respect des droits de la défense qui demeure, en l'état, largement défailants* »¹. Tout au plus, « *la sanction prononcée dans le cadre d'une procédure contradictoire faisant intervenir un défenseur est moins suspecte d'arbitraire que ne l'étaient les procédures antérieures à 2000* »².

À l'hiver 2014, moment où furent écrits ces quelques mots, il m'est difficile d'entendre encore le retentissement de la cloche. La raison en est malheureusement simple : l'entracte demeure et se meurt. Or, il semblerait qu'une pièce sans second acte ne soit, en réalité, qu'une bonne pièce inachevée. Ou, tout au plus, qu'une mauvaise pièce de théâtre. D'autant plus, lorsque l'attribution des rôles n'est pas guidée par la nature humaine des choses. Tel, ce rôle inadapté d'un chef d'établissement pénitentiaire qui, malgré lui, fut déguisé en juge.

Mais, gardons espoir, « *ce don du ciel* »³ ! Puisque tout le laisse à croire. Tant la somptuosité de la restauration des décors que les étranges bruits provenant des coulisses. Sans oublier, bien entendu, l'enivrance du parfum qui se dégage désormais de la salle. Tout cela, relié intimement à la bonté des âmes. Tel, le bon cœur de ce mauvais juge. Alors, gardons espoir, « *ce don du ciel* ». La sonnerie de la fin de l'entracte, ce que nous démontrerons dans un second temps (**Titre II**), va bientôt retentir.

Mais avant cela, croyez-moi, la prison n'a rien d'une pièce de théâtre. Car, si « *la parole est un truc pour se défendre* », communiquer ou s'amuser, sachez qu'une fois enfermé, « *la parole c'est rien, parce que si vous parlez de trop, c'est le mitard* »⁴.

¹ J.-P. CÉRÉ, *La défense pénale du détenu*, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 215.

² M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, D., 2012-2013.

³ C. BECCARIA, op. cit., p. 123.

⁴ Sous la direction de J.-P. GUÉNO, *Paroles de détenus*, paroles de A. Mohamed, Libro, 2000 p.57.

TITRE I : L'ÉTAT ACTUEL DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN MATIÈRE DE PROCÉDURE DISCIPLINAIRE PÉNITENTIAIRE

À l'heure actuelle, l'état du principe du contradictoire en matière de procédure disciplinaire pénitentiaire peut paraître inquiétant. En effet, s'il y a absence quasi-totale de contradiction durant la phase préparatoire (**Chapitre I**), lors de la phase décisive, le contradictoire semble plus apparent qu'effectif (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : DE L'ABSENCE QUASI-TOTALE DE CONTRADICTION LORS DE LA PHASE PRÉPARATOIRE

D'un point de vue théorique, le Conseil d'État a pourtant retenu depuis 2004 que les droits de la défense concernent toute la phase préparatoire des décisions qui aboutissent au prononcé d'une sanction¹. En pratique, le principe du contradictoire n'existe pas. Ou, tout au plus, n'existe peu. Un premier constat peut être dressé lors de la phase préalable au déclenchement des poursuites (**Section I**). Un second, lors du déclenchement des poursuites (**Section II**).

SECTION I : LE CONSTAT LORS DE LA PHASE PRÉALABLE AU DÉCLENCHEMENT DES POURSUITES

Lors de cette phase, existent en effet des obstacles à l'établissement de la vérité par la preuve contraire (§ 1) ainsi que des obstacles à l'établissement de la vérité tenant à la qualité de la procédure (§ 2).

§ 1 : LES OBSTACLES A L'ÉTABLISSEMENT DE LA VÉRITÉ PAR LA PREUVE CONTRAIRE

Les obstacles à l'établissement de la vérité par la preuve contraire sont doubles : le nonaccès à l'information (**A**) ainsi que la non-intervention dans la reconnaissance ou la contestation des faits (**B**).

A. Le nonaccès à l'information

10. – Le caractère lacunaire du droit à l'information. – Lorsqu'un comportement d'un détenu susceptible de constituer un manquement à la discipline est constaté par un agent pénitentiaire, il appartient à ce dernier le pouvoir de dresser un compte-rendu d'incident. La rédaction d'un tel acte fait ainsi naître la procédure disciplinaire.

Mais là, existe une situation paradoxale pour celui dont le rôle est d'informer la personne privée de liberté. Convaincu de l'existence d'une infraction, l'auteur du compte-rendu d'incident devrait pourtant, en parfaite harmonie avec le respect du principe du contradictoire, « *donner des informations objectives susceptibles de conduire la personne concernée à en contester le principe ou les modalités* »².

Tirillée par plusieurs forces en présence, c'est donc bel et bien cet antagonisme que la circulaire du 9 juin 2011 tenta de résoudre. Son article 2.4.6 n'invitant l'agent qu'à avertir le détenu, par une information orale, qu'il fait l'objet d'une poursuite disciplinaire. Et ce, sans en préciser le contenu. En d'autres termes, en ne lui communiquant pas « *la teneur, mais seulement l'existence* »³.

¹ C.E., ord. réf., 10 février 2004, ord. n° 264182.

² C.G.L.P.L., *Rapport d'activité 2012*, D., 2012, p. 172.

³ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 856.

D'autre part, peut se poser la question de l'accessibilité et de la connaissance du règlement intérieur au sein des établissements pénitentiaires. En effet, le « *droit d'être informé du règlement intérieur est une manifestation du principe de légalité qui est garanti par l'effectivité du principe du contradictoire* »¹. La connaissance du règlement intérieur dépendant ainsi du bon ou du mauvais exercice du principe précité. Toutefois, il est certain pour la jurisprudence administrative que « *nul n'est censé ignorer le règlement intérieur* ». Ainsi, elle n'hésite pas à juger que « *la circonstance que le règlement n'ait pas été porté à la connaissance personnelle du détenu est sans incidence* »².

11. – L'absence de connaissance du dossier. – L'absence de connaissance du dossier est à la fois la cause et la conséquence du caractère lacunaire du droit à l'information. C'est bien parce qu'il n'a pas accès, à ce stade de la procédure, à l'information qu'il n'est pas question de lui transmettre le dossier au fond. Inversement, c'est ainsi parce qu'il n'a pas accès au dossier de la procédure qu'inexistante est l'information. La justification en est simple, « *dans la mesure où des suites disciplinaires ne seront pas nécessairement données à ce document* »³. Un tel argument semble ainsi méconnaître le fait qu'à défaut d'engagement de poursuites, le rapport sera tout de même classé au dossier individuel. À l'occasion d'une nouvelle faute disciplinaire, il pourra donc resurgir de façon incidente, porter préjudice au détenu et ce, sans même que la défense ne puisse se défendre.

B. La non-intervention du mis en cause dans la contestation des faits

12. – Concernant les auditions et témoignages. – La nécessité d'établir la preuve et de s'assurer de la véracité des faits relatés est une chose essentielle. Dans une telle dynamique, il n'est pas étonnant de voir que le principe de la liberté de la preuve, que garantit l'article 427 du Code de procédure pénale, s'applique en théorie à la matière disciplinaire. Plus étrange est le fait, en revanche, de constater la force de ce principe au sein de la pratique carcérale.

En premier lieu, concernant l'audition de la personne détenue, obligation est faite à l'enquêteur, à la suite de la réception du compte-rendu d'incident, d'entendre la personne détenue mise en cause⁴. Le recueil de données ne se faisant que de manière orale en pratique, où ne cohabite parallèlement qu'une simple retranscription dans le rapport d'enquête. La véritable contradiction, apparemment, jugée inutile à ce stade de la procédure.

En second lieu, concernant l'audition de témoins, bien plus affectée semble être la force de l'égalité des armes au sein de la procédure disciplinaire pénitentiaire. Le constat est aussi simple qu'alarmant : si possibilité est faite, par la circulaire du 9 juin 2011, au gradé enquêteur d'entendre la personne ayant rédigé le compte-rendu d'incident ainsi que « *toute personne dont les observations lui paraissent utiles* »⁵, absolu est le silence normatif concernant pareille faculté offerte au prévenu disciplinaire. L'établissement de la vérité par la preuve contraire, également, jugé inutile à ce stade de la procédure.

13. – Concernant les demandes d'actes d'investigation. – Qu'on se figure l'unilatéralité de la vérité pénitentiaire, aucun acte ne pouvant être réalisé ni contesté au stade de l'enquête.

À ce titre, nombreuses sont les illustrations jurisprudentielles démontrant les difficultés, pour ne pas dire l'impossibilité, dans lesquelles se trouvent les détenus pour combattre les

¹ L. DJEATSA FOUEMATTO, *Le contradictoire dans l'exécution des peines à propos du contentieux de la discipline carcérale*, R.P.D.P., n° 2, avril-juin 2013, p. 328.

² T.A. Montpellier, *Affaire Boutin*, 25 octobre 2000, req. n° 972121.

³ Circ. AP, *Régime disciplinaire des personnes majeures détenues*, 9 juin 2011, NOR : JUSK1140024C, art. 2.4.6.

⁴ Circ. AP, *ibid.*, art. 2.5.3.

⁵ Circ. AP, *ibid.*

preuves produites contre eux¹. Pour n'en citer qu'une, prenons la célèbre affaire Benabou II². En l'espèce, de la résine de cannabis avait été trouvée dans le packaging d'un détenu. Ce dernier affirmait, avec hargne, qu'il avait été dissimulé par les personnels de l'établissement. Se sentant au cœur d'une injustice, il demanda que soit ordonnée une expertise afin de prouver qu'il ne consommait ni stupéfiants ni tabac. Sa demande fut malheureusement rejetée, le tribunal administratif de Lyon estimant que ce mode de preuve n'était ni prévu par le Code de procédure pénale, ni par les circulaires d'application.

La faute, probablement, aux nombreuses réformes pénitentiaires qui se sont succédées les unes après les autres, sans même tenter d'améliorer le droit positif à ce sujet. Encore aujourd'hui, en effet, aucun texte ne permet au gradé enquêteur d'effectuer ou de faire effectuer des prélèvements, des analyses techniques, toxicologiques...

De tels propos, aussi regrettables soient-ils, doivent toutefois être nuancés à double titre. L'application de la loi du 12 avril 2000, d'une part, a permis à la pratique de développer des demandes de complément d'enquête ou de contre-enquête. D'autre part, l'évolution récente de la jurisprudence démontre une réelle volonté de recevoir plus aisément la preuve contraire apportée par le détenu³. Mais il ne s'agit là, dans ce dernier cas, que d'une éventuelle faculté n'intervenant, en tout état de cause, qu'a posteriori.

Si l'absence de contradiction lors de la phase préalable au déclenchement des poursuites constitue un réel obstacle à l'établissement de la vérité, la qualité de la procédure n'en est pas moindre.

§2 : LES OBSTACLES A L'ÉTABLISSEMENT DE LA VÉRITÉ TENANT À LA QUALITÉ DE LA PROCÉDURE

Les obstacles à l'établissement de la vérité, tenant à la qualité de la procédure, sont doubles : l'un concerne l'insuffisance dans l'établissement matériel et juridique des faits, l'autre place la notion de compétence au cœur des interrogations.

A. L'insuffisance dans l'établissement matériel et juridique des faits

14.—Observations du Défenseur des droits.— Suite au caractère général et approximatif de l'établissement matériel et juridique des faits qui perdura durant de nombreuses années, les tribunaux n'hésitèrent pas à prononcer des annulations de procédure⁴. Intervinrent ainsi la circulaire du 31 octobre 2000 et l'engagement de l'administration pénitentiaire à respecter cette obligation essentielle.

Néanmoins, selon le Défenseur des droits, nombreuses sembleraient être les procédures disciplinaires irrégulières. En effet, dans plusieurs affaires en cours de traitement ou ayant fait l'objet d'une décision, force est de constater que les comptes rendus d'incident sont « *bien souvent trop succincts, spécifiquement sur les motifs à l'origine de l'incident. Cela ne permet pas à l'autorité disciplinaire de resituer le comportement de la personne détenue dans son contexte et incidemment, aux autorités hiérarchiques et de contrôle, d'apprécier la régularité des interventions des personnels* »⁵.

Cette carence, notamment, semble particulièrement préoccupante en cas d'usage de la force

¹ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 871-872.

² T.A. Lyon, *Affaire Benabou*, 11 avril 2000, req. n° 9600703.

³ T.A. Rouen, 21 décembre 2005, req. n° 0400706 ; ou encore T.A. Nantes, 26 avril 2007, n° 056725 et 056739.

⁴ T.A. Strasbourg, 19 janvier 2001, req. n° 992945.

⁵ Le Défenseur des droits, *L'action du Défenseur des droits auprès des personnes détenues*, Bilan 2000-2013, p. 31.

par les personnels occasionnant des blessures pour la personne détenue. Recourir à la formulation type « *avons dû utiliser la force strictement nécessaire* »¹ empêche les autorités hiérarchiques ou de contrôle d'apprécier le bien-fondé et la proportionnalité de l'usage de force.

A titre illustratif, dans une décision récente rendue par le Défenseur des droits (MDS 2013-39), de nombreux manquements à la déontologie ont été relevés : « *condamnation disciplinaire sans preuve matérielle de la commission d'une faute disciplinaire et en dépit de l'absence de compte-rendu d'incident, modification a posteriori de comptes rendus pour accentuer la gravité des faits reprochés à une personne détenue (...) défaut d'enquête interne (...) insuffisance de comptes rendus d'incidents, etc* »².

De ce fait, sa recommandation tenant à l'amélioration de la qualité des écrits pénitentiaires, autant lors de la formation des personnels qu'au cours de l'exercice professionnel, n'est certainement pas surprenante.

15.—Observations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté.— Ce que ne semble pas contredire le Contrôleur général des lieux de privation de liberté dans son rapport d'activité 2012.

Bien au contraire, selon lui, les rapports d'enquête seraient très souvent indigents, incomplets ou imprécis. À ce sujet, des avocats lui auraient même déclaré que « *les rapports d'enquête sont, le plus souvent, tellement insuffisants, qu'ils ne pourraient entraîner une condamnation devant un tribunal ou n'importe quelle autre instance disciplinaire* »³.

B. La notion de compétence au cœur des interrogations

16.—Constatation et réalisation de l'enquête.— Nul doute, que durant la phase préalable au déclenchement des poursuites, les mesures d'enquête sont à la fois initiées et réalisées par le personnel pénitentiaire. Le contester, au sein de la mécanique carcérale, amènerait à se méprendre sur la réalité des mécanismes de la matière pénale. L'article 14 du Code de procédure pénale en est le parfait témoin, en effet, confiant à la police judiciaire le soin « *de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs* ». Tout comme les fameuses commissions rogatoires des articles 151 et suivants de ce même Code. Une objection à cela, pourrait toutefois être apportée : qu'il s'agisse d'auditions en garde à vue ou d'interrogatoire du juge d'instruction, l'avancée en matière de garantie des droits de la défense n'est incontestablement pas comparable. Quoiqu'il en soit, soulignons que comme en matière pénale, il appartient à un gradé, et non à un simple agent, de réaliser le procès-verbal et de diriger l'enquête.

Un argument, en revanche, semble davantage emporter la conviction. Dans le cas où l'agent ou le personnel pénitentiaire se trouve être la victime de l'incident, le nouvel article R 57-7-13 alinéa 1 in fine du Code de procédure pénale n'interdit toujours pas à ce dernier d'établir lui-même le compte-rendu d'incident. En procédant de la sorte, est ainsi augmenté le risque de fausser ab initio un éventuel respect du principe du contradictoire a posteriori. Mais c'est surtout porter gravement « *atteinte à l'intégrité de l'enquête et à l'établissement de la vérité* »⁴.

17.—La question tenant au professionnalisme du personnel pénitentiaire.— Bien plus qu'un outil de réinsertion ou de prévention contre les mauvais traitements, le professionnalisme du personnel pénitentiaire se situe au cœur de toutes les préoccupations. N'en contrediraient

¹ Décision MDS 2013-33.

² C.G.L.P.L., op. cit., p. 131.

³ Le Défenseur des droits, op. cit., p. 30.

⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 858.

probablement pas son sens les programmes éducatifs de l'Éducation nationale d'administration pénitentiaire !

De là, nous concernant, semble alors dépendre la qualité de la procédure et, par voie de conséquence, l'effectivité du principe du contradictoire.

Pour le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, sur ce point, direct est le lien de causalité entre la mauvaise rédaction des rapports d'enquête et le fait que les fonctionnaires spécialisés dans les tâches d'enquêteurs, lorsqu'ils existent, ne bénéficient d'aucune formation spécifique¹.

Pour d'autres, faute de pénétration du principe du contradictoire à ce stade de la procédure, « *il est illusoire de croire que seul, le professionnalisme du personnel pénitentiaire, permettra d'assurer la matérialité des actes, d'appréhender l'intention délictuelle de leurs auteurs, donc, de justifier d'une véracité aux faits. Si tel est bien le cas pour les affaires courantes assez simples, il en va autrement pour certaines fautes du 1^{er} ou 2nd degrés plus complexes (...) qui requièrent des investigations* »².

Mais quoiqu'il en soit, ne nous leurrions pas ! Professionnel ou non, il est certain, qu'à ce stade procédural, la parole du fonctionnaire ne peut en aucun cas être remise en question. Voilà là, la cause de l'exclusion quasi-totale du principe du contradictoire. Pour la bonne marche de l'instruction, pourrait-on arguer. Et qu'en est-il, alors, lors du déclenchement des poursuites ?

SECTION II : LE DOUBLE CONSTAT LORS DU DÉCLENCHEMENT DES POURSUITES

À ce stade, nombreuses demeurent les atteintes au principe du contradictoire (§ 1). Pour s'en convaincre réellement, il ne suffit que de constater le bannissement du principe lors du placement en cellule disciplinaire préventive (§ 2).

§ 1 : LES ATTEINTES AU PRINCIPE LORS DU DÉCLENCHEMENT DES POURSUITES

Si la contradiction n'est plus absente de manière quasi-absolue, les apparitions, autant du droit à l'information (A) que du droit à la préparation de la défense (B), ne sont que timorées.

A. Une apparition timorée du droit à l'information

18.—Le caractère lacunaire du droit à l'information.— « *Aucun État ne peut prétendre que sa justice soit équitable si des procédures répressives, qu'elles soient pénales, (...) disciplinaires (...), n'assurent pas ce minimum absolu que constitue la notification des charges* »³. En droit disciplinaire, il est vrai que ce minimum procédural est respecté depuis longtemps. À tel point, que la jurisprudence administrative n'hésite pas, à défaut de notification, à annuler la procédure irrégulière⁴.

Toutefois, si la loi exige que les faits et leur qualification soient « *portés à la connaissance de la personne détenue* »⁵ lors du déclenchement des poursuites, nul n'est fait mention de l'exigence d'un écrit. Et ce, aussi étrange soit-il. D'autant plus, lorsqu'on connaît la force probante qu'il revêt. Autant en cas de contestation du respect des règles procédurales qu'au regard du droit à la

¹ C.G.L.P.L., op. cit., p. 131.

² L. DJEATSA FOUEMATIO, op. cit., p. 330.

³ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 892.

⁴ T.A. Montpellier, *Cause*, 30 mai 1996, req. n° 953481.

⁵ C.p.p., art. 57-7-16 al. 1^{er}.

préparation de la défense. Puisque, dans ce dernier cas, c'est bel et bien la notification et non la convocation, qui fait courir le délai octroyé pour organiser sa défense. Par ailleurs, il paraît regrettable que l'information ne doive être faite que d'une manière succincte, explicite et circonstanciée. Aucune évolution n'étant intervenue depuis la circulaire AP du 2 avril 1996.

Néanmoins, l'argument pourrait être relativisé. Puisque, depuis la circulaire AP du 9 juin 2011, est exigé que la convocation soit remise à l'issue de l'entretien de notification¹. Or, contrairement à la seconde, la première s'effectue par écrit. Sur ce point, l'article R. 57-7-17 du Code de procédure pénale est formel. Tout comme sur son rappel des droits à la personne détenue. Mais raisonner ainsi reviendrait à ignorer les contenus distincts de ces deux actes bien différents. La notification orale, ne se résumant certainement pas à un simple rappel des droits, à l'énoncé des manquements reprochés ou de leur qualification juridique.

19.—Le caractère discriminatoire du droit à l'information.— Selon l'article 59a des règles pénitentiaires européennes, adoptées le 11 janvier 2006, nul individu d'un État membre du Conseil de l'Europe, ne devrait en principe pouvoir être sanctionné sans avoir préalablement été « *informé rapidement dans une langue qu'il comprend et en détail, de la nature des accusations portées contre lui* ».

Étrangement, en droit interne, aucun texte ne mentionne cette nécessité, aussi fondamentale soit-elle, de notifier les charges et de réaliser la convocation dans une langue que comprend le prévenu. Au contraire, une telle intervention de l'interprète n'est expressément prévue qu'au stade de l'audience. C'est ainsi oublier que les frontières ne sont plus les mêmes qu'autrefois. Se pose ainsi la conformité du droit national au regard des standards européens. D'autant plus que pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'assistance de l'interprète s'étend à tous les actes de la procédure, que l'accusé doit être à même de comprendre afin de réfuter les arguments de l'accusation².

B. Une apparition timorée du droit à la préparation de la défense

20.— La tardiveté et l'insuffisance du droit à la consultation du dossier.— Quoiqu'il en soit, nul doute quant à la tardiveté de l'information. Ce que souligne un auteur, vu que « *les informations sur le déroulement de la procédure, la faculté d'être assisté ou représenté par un avocat, le moment de la comparution et de mise à disposition du dossier, essentielles à la préparation de la défense n'interviennent donc qu'au moment de la convocation du détenu devant la commission de discipline* (article D 250-1 du Code de procédure pénale) »³.

Par ailleurs, les avancées du principe du contradictoire, au sein de la procédure disciplinaire pénitentiaire, doivent être atténuées en pratique.

En premier lieu, soulignons les nombreux retards dans la communication de dossiers aux contenus souvent bien maigres. En effet, il est fréquent que le prévenu disciplinaire soit convoqué très peu de temps après la commission des faits. Or, dans tel cas, l'enquête n'ayant pas encore débuté, il est impossible pour ce dernier de consulter le dossier. Fréquemment, il n'est pas rare qu'« *il le consulte in extremis juste avant l'audience* »⁴.

En second lieu, multiples sont les pièces du dossier disciplinaire pouvant être exclues de la contradiction. Ceci étant particulièrement vrai, précision devant être faite, lorsque le détenu se

¹ Circ. AP, op. cit., art. 2.6.1.2.

² D. COMMARET, *Les exigences du procès équitable dans le domaine des droits de la défense*, R.S.C., 2005, p. 868.

³ J.-P. CÉRÉ, *La défense pénale du détenu*, R.P.D.P., n° spécial, 2011, p. 216.

⁴ L. DJEATSA FOUEMATIO, op. cit., p. 331.

défend seul. Contrairement à l'ancienne circulaire du 9 mars 2003, le décret n° 2010-1634 du 23 décembre n'a en effet pas entendu communiquer toutes les pièces qui pourraient être examinées par la commission de discipline. Sont ainsi exclues les pièces du dossier individuel, telles que la situation sociale, familiale, scolaire de l'intéressé ainsi que ses antécédents disciplinaires. « *Aux dires des détenus et auxiliaires de justice, régulièrement, le dossier est intentionnellement dépourvu d'éléments essentiels* »¹. Cette exclusion peut, toutefois, paraître étonnante. L'article R 57-7-16 du Code de procédure pénale permet au détenu, en effet, d'avoir accès au « *dossier de la procédure disciplinaire* ». Or, il est indiscutable que les pièces de ce dossier sont inexorablement reliées, de manière intime, à la procédure disciplinaire. Pour s'en convaincre, rappelons que la commission de discipline oublie rarement de s'en servir au moment opportun lors de l'audience de jugement.

Peuvent également être écartées les pièces qui « *porteraient atteinte à la sécurité publique ou à celle des personnes, notamment celles qui ont participé à leur élaboration* ». Il n'est donc pas rare pour l'administration pénitentiaire de disjoindre du dossier, différents écrits ou appréciations des surveillants sur la conduite du prisonnier en détention.

Rappelons à ce sujet, qu'il y a encore peu de temps, avait été imposé par la Commission d'accès aux documents administratifs la totalité du dossier de la procédure (circulaire AP, 9 juin 2011).

21. – Relativité du droit à la préparation de la défense. – Selon l'article 6-3 b de la Convention européenne des droits de l'homme, chacun « *doit disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* ». Mais qu'est donc, appliqué à la matière disciplinaire carcérale, ce « *temps nécessaire* ». Autrefois, était jugé suffisant un simple délai de trois heures. Dans ce délai plus que réduit, le détenu tentait alors de prendre connaissance des charges, du dossier d'enquête afin d'organiser sa ligne de défense. Assurément, restons réalistes, nulle défense n'existait. Conscient de cela, le décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 porta ainsi ce délai à vingt-quatre heures.

Aujourd'hui, toutefois, restons prudents. Si l'évolution est appréciable, nul doute que ce délai semble encore bien trop bref. En revanche, et fort heureusement, le juge administratif semble vigilant lorsque surviennent des événements qui perturbent la préparation de la défense. Dans tel cas, il n'est pas rare que soit annulée la procédure². Par ailleurs, est ouverte la possibilité de demander à bénéficier d'un nouveau délai de vingt-quatre heures en cas de requalification des faits lors de l'audience de jugement³.

En conclusion, lors de la préparation de l'audience disciplinaire, ne s'agit-il pas plutôt d'un simple accès aux droits que d'une réelle contradiction ? « *La place prééminente de la défense « donnant » l'illusion d'un rééquilibrage des rapports de force entre les protagonistes au procès* »⁴ ?

§ 2 : LE BANNISSEMENT DU PRINCIPE LORS DU PLACEMENT EN CELLULE DISCIPLINAIRE PRÉVENTIVE

Le placement en prévention au quartier disciplinaire s'avère en être l'exemple type. Dans une telle situation, si réellement inquiétante est l'exclusion pure et simple du principe (A), alarmant est le constat au regard du caractère violent de la mesure et de la présomption d'innocence (B).

¹ L. DJEATSA FOUEMATIO, *ibid.*, p. 331.

² T.A. Nancy, 23 juin 1998, req. n° 97387.

³ Circ. AP, *op. cit.*, art. 2.6.3.3.

⁴ L. DJEATSA FOUEMATIO, *op. cit.*, p. 331.

A. Un constat inquiétant

22.– Une exclusion pure et simple du principe.– Afin de maintenir l'ordre interne à l'établissement, une personne détenue peut, en cas d'urgence, être placée à titre exceptionnel et préventif en cellule disciplinaire sans attendre la réunion de la commission de discipline.

Il pourrait être avancé, à tort, que les droits de la défense de la personne placée en cellule disciplinaire préventive ont été améliorés par le décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010. Voire par la circulaire AP du 9 juin 2011 qui recommande en toutes circonstances de lui communiquer la date de la réunion de la commission dès le placement en prévention et de lui notifier la convocation quarante-huit heures à l'avance. Tout au plus, soutenir que quoi qu'il en soit, doit lui être notifié dès son placement son droit à se faire assister ou représenter par un avocat. Sorte de compensation, a posteriori, de la non-application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 à la prévention disciplinaire. Mais alors, ce serait ignorer que « *le placement en cellule à titre provisoire ne s'accorde pas avec une procédure contradictoire* »¹.

En premier lieu, aussi inquiétant soit-il, un tel placement ne requiert en aucun cas d'entendre préalablement la personne mise en cause. Alors qu'a été démontrée, auparavant, l'absence quasi-totale de contradiction durant l'intégralité de la phase préparatoire. Au contraire, une simple décision écrite, notifiée et motivée suffit. Mais ce n'est pas tout. L'article 4 de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs, dispose que « *si l'urgence absolue empêche pour des motifs de sécurité des personnes ou de l'établissement, que la décision de placement préventif soit motivée, le défaut de motivation n'entachera pas la décision d'illégalité* ». Mais de quel cas parle-t-on ici ? De ceux dont « *les interventions se déroulent avec du personnel ayant préalablement revêtu une tenue de protection, avec casques et bouclier* »² ?

En second lieu, pourra être porté atteinte au délai de préparation de la défense. En effet, au regard de la limite temporelle rattachée à cette mesure, des audiences exceptionnelles pourront être organisées. Et ce, sans attendre le nouveau délai de vingt-quatre heures.

23.–Une inquiétude renforcée par le non-respect des critères définis par le législateur.– À l'instar de l'article 144-7° du Code de procédure pénale et de son exigence d'un trouble au caractère « *exceptionnel et persistant* » en matière de détention provisoire, l'article 2.3.1.1.2 de la circulaire AP du 9 juin 2011 met l'accent sur le caractère occasionnel de la mesure. En effet, un tel placement ne doit constituer que « *l'unique moyen de mettre fin à un incident ou de préserver l'ordre interne au moment où la décision est prise* ». En d'autres termes, elle ne doit être envisagée qu'en cas d'échec ou d'insuffisance des autres moyens destinés à faire cesser le trouble. En outre, deux conditions cumulatives sont exigées : l'une tenant à la gravité, l'autre à la proportionnalité de la mesure.

Cependant, en pratique, « *cette nouvelle disposition est restée totalement lettre morte dans les établissements contrôlés en 2012* ». Une telle mesure n'étant pas « *toujours restreinte au cadre de l'urgence et (...) exceptionnel* ». En effet, « *dans les établissements de grande dimension, il est fait couramment usage du placement en prévention, notamment à la suite de refus d'une personne de réintégrer sa cellule le plus souvent en raison d'une cohabitation difficile avec le ou les personnes qui y vivent aussi* »³.

Par ailleurs, l'absence d'incidence de l'illégalité du placement préventif au quartier

¹ J.-P CÉRÉ, *Le droit disciplinaire pénitentiaire*, L'Harmattan, 2011, p. 105.

² C.G.L.P.L., op. cit., p. 137.

³ C.G.L.P.L., op. cit., p. 136.

disciplinaire sur la régularité de la procédure démontre, bel et bien, la place qu'occupe le droit dans les coins obscurs du mitard.

B. Un constat alarmant

24. –Au regard du caractère violent de la mesure.– En lisant entre les lignes, dans un premier temps, il est aisé d'apercevoir à quel point le caractère violent de la mesure ressort de ses propres limitations légales. En effet, il n'est pas anodin, au vu de la vulnérabilité de cette catégorie de personne et de la dangerosité particulière du quartier disciplinaire, que soient exclus les mineurs de seize ans. Par ailleurs, que ce placement ne soit prévu que pour le temps strictement nécessaire¹. En d'autres termes, cela signifie qu'il est possible d'atteindre le maximum de deux jours mais que cela doit être évité le plus possible. De manière plus radicale, cela démontre que la folie n'a qu'un temps. L'on peut donc faire preuve de folie à condition, toutefois, que cela ne soit que bref !

Dans un second temps, une telle violence semble ressortir des conséquences sociales qu'elle engendre. Et plus particulièrement, au regard du suicide. À ce sujet, l'administration pénitentiaire elle-même fait observer, à l'occasion de sa circulaire du 29 mai 1998 relative à la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires, qu'« *il est avéré que le placement en quartier disciplinaire est en lui-même un facteur de risque suicidaire, et que la moitié des suicides qui s'y produisent sont réalisés pendant la période de prévention* ». Parallèlement, on parle aujourd'hui de responsabilité pour faute simple de l'État. Où tout l'enjeu se concentre sur l'anticipation de la survenance de risques connus et avérés. À croire qu'à l'impossible, l'administration peut quand même être tenue. Sans même s'interroger, une seule fois, sur la bonté d'une telle mesure.

Cette réalité est ressentie par le personnel pénitentiaire lui-même. Ce qui explique probablement, qu'aux yeux du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, la mesure ne soit pas apparue comme étant d'un usage majoritaire au sein des établissements contrôlés. Toutefois, demeurent exceptionnellement quelques pratiques marginales. Par exemple, dans un établissement contrôlé, « *une note de service signée du chef d'établissement déplorait que sa délégation ne soit pas plus utilisée en réponse à certains incidents ayant à la fois un impact sur la population pénale donnant un sentiment d'impunité mais aussi sur le personnel qui ne se sent pas soutenu* »².

Enfin, ce caractère destructeur ressort de la position évolutive du Conseil d'État. Ouvrant, à présent, le recours pour excès de pouvoir en matière de cellule disciplinaire préventive³.

25.–Au regard de la présomption d'innocence.– La présomption d'innocence est pourtant un principe ancien⁴. Appliqué à la sphère carcérale, cela signifie, tant au cours de la phase décisive qu'au cours de la phase préparatoire, que toute personne détenue est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle ait été déclarée coupable. Or, au regard de ce qui a été dit précédemment, l'« *urgence* » de cette mesure préventive peut-elle être juridiquement compatible avec la fondamentalité de cette règle ? Ou, à l'inverse, ne faut-il pas y voir une sorte de préjugement sans même que l'ombre du principe du contradictoire n'apparaisse ?

Dans tous les cas, il est clair que « *le fait d'avoir été placé préventivement en cellule disciplinaire rend délicat le prononcé d'une relaxe ou d'une sanction d'une autre nature* »⁵. Tout comme en matière de

¹ C.pr.pén., art. R 57-7-19 al. 1.

² C.G.L.P.L., op. cit., p. 137.

³ C.E., 17 décembre 2008, req. n° 293786.

⁴ D.D.H.C., 26 août 1789, art. 9 ; D.U.D.H., 10 décembre 1948, art. 11 ; P.I.D.C.P., 16 décembre 1966, art. 14-2 ; Conv. E.D.H., 4 novembre 1950, art. 6 ; C.pr.pén., art. préliminaire.

⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 886.

détention provisoire, nous dira-t-on. À cela, nous répondrons que les garanties attachées à la mise en œuvre de ces mesures, notamment en termes de respect des droits de la défense, ne sont certainement pas les mêmes pour la personne mise en examen ou détenue.

Notons, de manière transversale, la pratique qui consiste, dans la plupart des établissements, pour les prévenus disciplinaires appelés à comparaître devant une audience de jugement, à « *préparer préalablement leur paquetage en vue d'un éventuel placement au quartier disciplinaire* ». N'y a-t-il pas, une nouvelle fois, une forme de « *pré-jugement* »¹ venant gravement porter atteinte à la raison d'être du principe de présomption d'innocence ?

CHAPITRE II : À L'APPARENCE DE CONTRADICTION LORS DE LA PHASE DÉCISOIRE

*« Il n'est plus question, à ce stade, de concevoir la contradiction à travers son seul aspect informatif. Selon la lettre et l'esprit de la loi, l'audience se veut une phase propice aux explications orales des parties »*². Or, en pratique, seule l'illusion de son effectivité ne semble acquise. En atteste la fragilité du respect du principe du contradictoire lors de l'audience de jugement (**Section I**). Le cas particulier de la composition de la commission de discipline, également, en étant l'illustration parfaite (**Section II**).

SECTION I : LA FRAGILITÉ DU RESPECT DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

De l'assistance du détenu (§ 1) jusqu'à la difficulté d'établir la preuve contraire (§ 2), fragile semble être le respect du principe lors de la phase décisive.

§1 : DE LA FRAGILITÉ DANS L'ASSISTANCE DU DÉTENU

Et ce, de par l'inapplication casuelle du principe (A) et l'inapplication du principe aux personnes non francophones (B).

A. L'inapplication casuelle du principe

26.–Les cas d'exclusion de l'avocat.– Hormis les cas d'urgence, que sont la mise en détention disciplinaire et le confinement en cellule individuelle ordinaire à titre provisoire, les droits de la défense peuvent « *en cas de circonstances exceptionnelles* » recevoir quelques aménagements³. Sont ainsi concernés les événements imprévisibles, par définition exceptionnels, qui revêtent au regard de leur ampleur et de leur durée, une particulière gravité⁴.

En pratique, cela concerne des situations où existerait une impossibilité pour le défenseur d'accéder à l'établissement à cause de mutineries ou de destructions de matériels notamment. Tout comme des situations où un trouble viendrait à perturber le bon fonctionnement, tel un mouvement social.

Dans tel cas, obligation est faite à l'administration pénitentiaire d'indiquer précisément, dans la convocation du détenu devant la commission de discipline, les motifs permettant de déroger à l'assistance ou à la représentation du conseil. A ainsi été annulée une procédure, l'avocat

¹ C.G.L.P.L., op. cit., p. 133.

² L. DJEATSA FOUEMATIO, op. cit., p. 333.

³ Loi du 12 avril 2000, n° 2000-321, art. 24.

⁴ Circ. AP, op. cit., art. 1.3.4.

n'ayant pas pu assister son client et l'autorité pénitentiaire, n'ayant pas démontré la réalité des exceptions invoquées¹. Par ailleurs, le plus souvent possible, il semble préférable de différer la tenue de la commission de discipline afin que puisse prospérer le principe du contradictoire. Et ce n'est qu'à défaut de pouvoir rétablir la situation dans un délai raisonnable, qu'une telle exception revêtira les vertus de la légalité.

De plus, a été exclue du champ d'application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 toute une série de décisions. Qu'il s'agisse de décisions faisant suite à une demande, de demandes d'audition abusives ou de risque pour l'ordre public ou les relations internationales, nul avocat ne pointera en détention le bout de son nez. Qu'on se figure, néanmoins, le faible impact de l'homme de loi en ces lieux (voir infra n° 58-59).

27.—Le cas de l'absence de l'avocat.— En cas d'absence de l'avocat le jour de l'audience, la jurisprudence administrative, jugeant sa présence indispensable à la légalité de la procédure, estimait traditionnellement que le détenu ne pouvait s'en plaindre dès lors que n'avait pas été sollicitée la présence d'un autre avocat².

Puis est intervenu le Conseil d'État. Aujourd'hui, ne saurait être annulée une procédure disciplinaire lorsque l'administration pénitentiaire a accompli les diligences normales pour le contacter³. Autrement dit, chaque fois que son absence ne lui est pas imputable. Tel sera le cas lorsque, après avoir demandé à bénéficier d'un conseil, le détenu a récusé celui-ci lors de sa présentation devant la commission et a refusé de comparaître sans demander pour autant le report d'audience⁴. Plus contestable semble être la situation lorsque le défenseur arrive avec une demi-heure de retard au moment de la délibération de la commission de discipline⁵. À l'inverse, a été jugé que le fait de se borner à adresser par simple courrier un formulaire type au barreau ne s'apparente pas aux diligences nécessaires que requiert la jurisprudence à présent⁶. Ou, a fortiori, lorsqu'elle utilise un numéro de télécopie erroné pour appeler la permanence de l'avocat⁷.

B. L'inapplication du principe aux personnes non francophones

28.—Le caractère non impératif du recours à l'interprète.— Si lors de l'audience disciplinaire, contrairement à la phase préparatoire, l'intervention de l'interprète est possible lorsque la personne « *ne comprend pas la langue française* » ou « *n'est pas en mesure de s'exprimer dans cette langue* », sa présence n'est toutefois prévue que « *dans la mesure du possible* »⁸. La simple obligation de moyen, et non de résultat, consistant pour le chef d'établissement à faire tous les efforts possibles pour désigner un interprète, est fréquemment justifié par des raisons pratiques. Tels que par des motifs de financement, de disponibilité ou de compétence.

Dès lors, à défaut d'intervention d'un interprète, pourra alors être fait appel à un membre du personnel voire, en dernier recours, à une personne détenue. Si tel est le cas, devront être consignées les mesures effectuées dans le but d'obtenir l'assistance d'un interprète officiel⁹.

Si le caractère facultatif du recours à l'interprète avait été également inscrit dans les règles

¹ T.A. Versailles, 5 février 2004, req. n° 0201363, (2 décisions).

² T.A. Pau, *Roig*, 17 juin 2003, req. n° 011052.

³ C.E., 23 février 2011, req. n° 343965.

⁴ C.A.A. Douai, 1^{er} juin 2011, req. n° 10DA00837.

⁵ C.A.A. Bordeaux, 20 décembre 2011, req. n° 11BX00386.

⁶ T.A. Amiens, 8 mars 2005, req. n° 0201003, inédit.

⁷ T.A. Rouen, 30 juillet 2004.

⁸ C.pr.pén., art. R 57-7-25 in fine.

⁹ Circ. AP, op. cit., art. 2.6.3.1.

pénitentiaires européennes, l'article 3.2.5 du 9 mai 2003, quant à lui, affirmait à cet égard que « *le respect des droits de la défense est une nécessité absolue* ».

D'autre part, rien n'impose qu'en cas d'intervention d'un interprète, soit traduit l'accusation ni la totalité des débats. « *Cependant, une audience au cours de laquelle seules les explications du détenu seraient traduites n'aurait aucun sens. Elle ne permettrait pas d'établir la vérité* »¹. Et surtout, serait incontestablement contraire au principe du contradictoire. Alors espérons, qu'un jour, chacun de ses nombreux ressortissants étrangers comprendront, et dans l'idéal ressentiront, la force de l'effectivité de ce principe au sein de chacune des nombreuses procédures disciplinaires pénitentiaires.

29.-L'absence totale d'intervention en pratique.- Selon les propres mots du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « *les contrôleurs n'ont pourtant jamais observé la présence d'un interprète assermenté en commission de discipline. Lorsqu'une personne détenue comparait et ne comprend pas la langue française, la traduction est généralement assurée, lorsqu'elle existe, par un fonctionnaire pénitentiaire ou, le cas échéant, par un codétenu. Ces solutions ne sont pas satisfaisantes. Au moins dans un établissement visité, quelle que soit la réalité, la case du formulaire selon laquelle le comparant « comprend le français » était systématiquement cochée* »².

Et voici, de nouveau, l'exception qui se transforma en principe. Ce qui n'est pas sans rappeler la pratique en matière de détention provisoire.

§2 : DE LA FRAGILITÉ DANS LA DIFFICULTÉ D'ÉTABLIR LA PREUVE CONTRAIRE

Par ailleurs, nombreux sont les obstacles à l'établissement de la vérité par la preuve contraire, lors de la phase de jugement, venant ainsi fragiliser le respect du contradictoire (A). En atteste le symbole d'une audience contradictoire sans contradicteur (B).

A. Les obstacles à l'établissement de la vérité par la preuve contraire

30.-Pouvoir d'appréciation discrétionnaire et auditions de témoins.- Devant les tribunaux judiciaires, pour que soit assurée une pleine contradiction, existent deux nécessités : pouvoir savoir et pouvoir agir. Est ainsi conféré à la personne poursuivie le droit « *d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* »³. Devant la commission de discipline, en revanche, il n'en est rien.

Depuis l'apparition du décret du 2 avril 1996, le président de la commission a le pouvoir, en toute opportunité, de « *décider de faire entendre des témoins* »⁴. Une faculté relayée, aujourd'hui, par l'article 2.6.3.1 de la circulaire AP du 9 juin 2011. En effet, cette dernière permet « *s'il l'estime utile au regard du bon déroulement de la procédure et pour la connaissance de la vérité, de faire entendre des témoins* ». En outre, elle ouvre, mieux encore, cette possibilité à la personne détenue sous réserve de l'autorisation préalable du président. L'avocat, dans ces deux cas, pouvant également poser des questions.

Entre alors en jeu une forte subjectivité voire, dans les cas les plus extrêmes, un risque d'arbitraire. À ce propos, un simple soupçon sur le manque de crédibilité d'un témoin, fondé sur

¹ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 939.

² C.G.L.P.L., op. cit., p. 134.

³ Conv. E.D.H., op. cit., art. 6-3 d.

⁴ Décret du 2 avril 1996, art. D 250-4 al. 1.

des circonstances particulières et ne s'apparentant pas à l'exclusion d'une catégorie entière de détenus, suffit à légitimer un refus d'audition¹. Fort heureusement, dans un tel contexte, il semble appréciable le fait que le juge administratif s'adonne à une appréciation in concreto de la crédibilité des témoignages. Il n'est donc pas rare qu'un manque de crédibilité vienne à se transformer en une crédibilité objective².

Sur cette question épineuse, est parfois mise en avant la rude réalité carcérale. Et plus particulièrement, le risque important de pressions ou de représailles qui plane dans les enceintes de ce lieu clos. La question, par conséquent, ne présentant que peu d'intérêt en pratique. Selon un auteur, notamment, « *le meilleur moyen de ne pas dépendre exagérément de ces témoignages incertains serait de respecter les principes fondamentaux de procédure et, notamment, de renforcer la recherche des éléments matériels, ainsi que de développer le contradictoire au cours de l'audience* »³. Pour d'autres, la question est fondamentale. Ne serait-ce qu'au regard de certaines situations où « *l'instruction n'apporte pas d'éclairage suffisant sur les circonstances de l'infraction. C'est le sens d'un jugement du tribunal administratif de Bordeaux qui, tout en constatant que le président est libre de déférer à la demande d'audition d'un témoin, précise qu'il ne ressortirait pas des pièces du dossier qu'il en avait besoin, en l'espèce, pour statuer valablement* »⁴. Ressortirait ainsi de ce jugement Vallès, a priori, une obligation d'entendre un témoin s'il est nécessaire à la manifestation de la vérité.

Quoiqu'il en soit, il est certain, lors du déroulement des audiences disciplinaires, que n'est pas habituel le fait de recueillir des témoignages. À ce sujet, selon Jean-Marie Delarue, « *plusieurs avocats, rencontrés par les contrôleurs, se sont plaints amèrement de l'absence de véritables débats et de témoignages croisés* »⁵.

31.—Examen du dossier individuel et inégalité des armes.— Comme il a été préalablement démontré (v. supra n° 20), ni le détenu ni son conseil ne peut avoir accès aux pièces du dossier individuel.

En effet, à l'inverse de l'article 3.2.3 de la circulaire du 9 mars 2003 qui prévoyait que soient communiquées « *toutes les pièces qui seront examinées par la commission de discipline* », l'article 2.6.1.3 de la circulaire AP du 9 juin 2011 plus restrictive, ne vise que les « *éléments du dossier qui seront examinés par la commission de discipline* ». Semblant ainsi limiter la consultation au seul dossier disciplinaire.

Or, ne devrait-on pas transmettre à toute partie « *une possibilité raisonnable de présenter sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »⁶?

D'autant plus, lorsque l'on sait parfaitement que les membres de la commission y auront accès, tout comme les autorités pénitentiaires lors de la phase préparatoire, et n'hésiteront donc pas à s'appuyer dessus au moment opportun. Une sorte de trésor caché recelant d'utiles moyens d'accusation et de défense !

¹ Cass. Crim. 22 mai 1996, *Procédures*, octobre 1996, n° 306, obs. BUISSON.

² C.A.A. Nantes, 10 avril 2008, req. n° 07NT01596, inédit.

³ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 941.

⁴ J.-P. CÉRÉ, *Le droit disciplinaire processuel*, op. cit., p. 120.

⁵ C.G.L.P.L., op. cit., p. 133.

⁶ Conv. E.D.H., art. 6 § 1.

B. Une audience contradictoire sans contradicteur

32.—L'absence de représentation de l'accusation.— En dépit de la fréquence de l'emploi du terme « *contradictoire* » dans la procédure, l'audience de jugement ne saurait être une audience contradictoire sans contradicteur. Or, en l'espèce, ni représentation ni identification, dans de nombreux cas, n'existe.

Concernant ce second point, eu égard aux particularismes du contexte carcéral, la question de l'anonymat semble pouvoir être débattue. C'est l'article 4 de la loi du 12 avril 2000, lui-même qui autorise, en cas de motif justifié par la « *sécurité publique ou la sécurité des personnes* » le maintien de l'anonymat de l'agent. Si nécessaire, tout au long de la procédure¹. Sera identifié, dès lors, son seul matricule professionnel. Par ailleurs, concernant l'anonymat des témoins, la jurisprudence administrative est venue préciser, à défaut de cadre normatif défini par le législateur, les contours de la question. Depuis un jugement rendu par le tribunal administratif de Bordeaux en date du 19 mars 2002², l'administration pénitentiaire n'a pas l'obligation, à condition que des raisons objectives de sécurité le justifient, de communiquer le nom du détenu témoin. À l'inverse de la teneur du témoignage, en toute logique, qui elle devra lui être rapportée. Enfin, vient l'interrogation concernant l'inexistence juridique de statut de la victime, ayant pour conséquence pratique l'absence totale de cette dernière lors de la procédure. À ce sujet, un arrêt récent rendu par la Cour administrative d'appel de Bordeaux déplorait qu'elle ne soit pas partie au litige, d'une part, pour pouvoir faire valoir ses droits mais plus que tout, pour éclairer pas sa version des choses la réalité des faits³. Autant dire, aussi humaines soient les raisons d'un tel anonymat, que l'accusation avance avec un visage masqué en détention.

Concernant le premier point, en revanche, plus critique paraît être la situation. En effet, nulle présence du représentant de l'accusation, à l'image du parquet en matière de procédure pénale, n'est constatée. Faisant ainsi présumer, d'une certaine façon, que la thèse de l'accusation, faute de démonstration lors de l'audience disciplinaire avait préalablement été acquise. À quoi bon, par conséquent, l'existence d'un délibéré ? Le « *débat contradictoire* » étant, malheureusement, « *faussé ab initio* »⁴. Le débat contradictoire n'étant réellement effectif qu'en apparence. Où priment, au nom de l'équité de la justice, succession de monologues, absence absolue d'échanges ou de discussions réciproques et simultanés.

33.—La question tenant à la représentation de l'accusation par le chef d'établissement.— À moins de considérer, comme représentant de l'accusation, ce chef d'établissement qui, malgré lui, fut déguisé en mauvais juge. Ce que nous allons démontrer.

SECTION II : LE CAS PARTICULIER DE LA COMPOSITION DE LA COMMISSION DE DISCIPLINE

Il est indéniable que l'impartialité constitue une véritable condition sine qua non de l'effectivité du principe (§ 1) et que la justice, n'est autre que le corollaire de l'impartialité (§ 2).

§ 1 : L'IMPARTIALITÉ EN TANT QUE CONDITION SINE QUA NON DE L'EFFECTIVITÉ DU PRINCIPE

La question tenant à l'impartialité objective du président de la commission, de par sa

¹ Circ. AP, op. cit., art. 2.4.3.

² T.A. Bordeaux, *Marmi*, 19 mars 2002, req.n° 012360.

³ C.A.A. Bordeaux, 4 décembre 2007, req. n° 05BX01057.

⁴ L. DJEATSA FOUEMATIO, op.cit., p. 333.

mission, son appartenance ou le cumul de fonctions antagonistes, doit ainsi être posée (A). Mais ce n'est pas tout, de nombreux autres éléments amenant à un renforcement de l'interrogatoire en la matière (B).

A. La question tenant à l'impartialité objective du président de la commission

34.—De par le cumul de fonctions antagonistes.— De l'impartialité de la justice au sein de la procédure disciplinaire pénitentiaire, n'en contredirait certainement pas son sens le juge administratif. La notion d'impartialité, selon une approche européenne, s'apprécie à la fois subjectivement et objectivement¹. Dans le premier cas, l'obligation d'impartialité se résume en une absence de préjugé et de parti pris en faveur ou à l'encontre de la personne poursuivie. L'on parle ainsi d'effort de dépersonnalisation de la part du juge. En partant du postulat de l'existence d'une honnêteté individuelle qu'il semble permis de prêter à chacun, ce n'est pas étonnant qu'une telle impartialité soit présumée jusqu'à preuve du contraire² et soit ainsi si difficile à prouver. La question, aussi relative soit-elle, ne sera donc pas traitée.

Le second cas, cependant, mérite quant à lui attention. Sur un plan purement objectif, de sérieuses réserves quant à son impartialité demeurent. Puisque, selon un auteur, « *en qualité de président, il conserve des attributions démesurées, qu'un surcroît du formalisme et des tentatives de renforcement de l'équité de la procédure ne parviennent qu'imparfaitement encore à atténuer* »³. À la fois autorité de poursuite et d'instruction, lorsqu'il décide en toute opportunité, à moins d'une délégation, de les déclencher il devra désigner un chef de service ou un premier surveillant en charge de l'instruction des faits. Pourra ainsi être contrôlé par lui-même son déroulement. Notons, qu'à ce stade de la procédure, il dispose également du pouvoir de placer le détenu en cellule disciplinaire préventive. À la fois autorité de jugement et autorité d'application de la sanction, il pourra rendre seul sa décision au sein de la commission dont il a méticuleusement désigné les membres et, éventuellement, en aménager la sanction. Mieux encore, à lui, reviendra le pouvoir de la suspendre ou de la fractionner en cours d'exécution. Enfin, en tant que membre de la commission d'application des peines, il devra émettre une opinion sur les réductions de peines dont l'issue est subordonnée, dans la majorité des cas, à la présence d'une sanction disciplinaire qu'il aura lui-même ordonnée. Peu important étant l'existence d'une éventuelle délégation, le chef d'établissement restant, en tout état de cause, le supérieur hiérarchique de son établissement.

Nul doute, à présent, que la commission de discipline reste une juridiction à part entière. Pour s'en convaincre, soulignons qu'en aucun cas, elle ne doit surseoir à statuer avant que la justice répressive ne se prononce⁴. Une qualification du point de vue disciplinaire pouvant alors être retenue alors qu'elle ne l'est pas du point de vue du droit pénal.

Pourtant, « *chaque membre de la commission de discipline* » ne doit-il pas « *exercer ses fonctions avec intégrité, dignité et impartialité* »⁵?

35.—De par sa mission et son appartenance.— Responsable de la sécurité et de l'ordre⁶, le chef d'établissement a pour mission principale, lorsque vient à être troublé l'équilibre institutionnel par le mauvais comportement d'un détenu, de mettre fin immédiatement au désordre.

¹ Cour E.D.H., *Piersack c/ Belgique*, 1^{er} octobre 1982, Série A, n° 52.

² Cour E.D.H., *Le Compte Van Leuren et De Meyere c/ Belgique*, 23 juin 1981, Série A, n° 43.

³ J.-P. CÉRÉ, *Le droit disciplinaire processuel*, op. cit., p. 111.

⁴ T.A. Versailles, *Abouchiche*, 16 mars 2001, req. n° 98316.

⁵ C.pr.pén., art. R 57-7-9.

⁶ C.pr.pén., art. D 265.

Est souvent avancé, d'une part pour justifier l'existence de telles prérogatives, que le pouvoir disciplinaire représente un moyen efficace pour marquer la politique propre au chef d'établissement. Permettant, ainsi de se positionner tant vis-à-vis du personnel pénitentiaire que de la population carcérale. Par ailleurs, et de manière plus pragmatique, affirmer que « *le chef d'établissement* », quoi qu'il en soit, connaît parfaitement « *sa structure, les hommes qui y travaillent, les détenus et leurs particularités, l'ambiance de tel étage ou de telle aile, etc.* »¹.

Dans un contexte actuel, c'est alors ignorer la mission, plus sociale que répressive, de prévention qui incombe à cet illustre personnage. Mais surtout, que nulle médecine n'est possible sans humanité. En témoigne, l'âme du serment d'Hippocrate : « *Je dirigerai le régime des malades à leur avantage, suivant mes forces et mon jugement, et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice* »². Or, nous concernant, si instantanée doit être la réponse adéquate, illusoire, dans certains cas, pourra être l'établissement de la vérité.

Rendre justice semblerait, par conséquent, difficilement conciliable avec la mission de ce chef qui, malgré lui, fut déguisé en mauvais juge. A fortiori, eu égard au fait qu'il n'est autre que le supérieur hiérarchique de l'ensemble des protagonistes de la procédure. Désavouer son équipe serait ainsi, en quelque sorte, déshonorer la grande famille à laquelle il appartient.

B. Le renforcement de l'interrogation

36.–De par la non-indépendance de la commission.– La frontière, entre les notions d'impartialité et d'indépendance, est relativement mince. Si la première est imposée par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la seconde l'est également. Toute personne, en principe, peut donc faire entendre sa cause par un tribunal « *indépendant* ». L'indépendance, s'analysant autant à l'égard de l'exécutif qu'à l'égard des parties en cause³ en tenant compte du « *mode de désignation* » et de « *la durée du mandat de ses membres* », de « *l'existence d'une protection contre les pressions extérieures* » et du « *point de savoir s'il y a ou non apparence d'une indépendance* »⁴. Comme le relève le professeur Martine Herzog-Evans, à juste titre, « *sur aucun de ces points, le procès disciplinaire ne donne satisfaction* »⁵.

En premier lieu, comme il a été précédemment indiqué (v. supra n° 34), le choix des membres de la commission de discipline revient à l'appréciation discrétionnaire du chef d'établissement. Si, l'introduction d'un assesseur issu de la société civile par la loi pénitentiaire de 2009 a quelque peu amélioré la situation, l'argument est à nuancer ; le chef d'établissement, restant compétent pour choisir au sin d'une liste dressée par le président du tribunal de grande instance lequel siègera ou n'y siègera pas.

En second, lieu, la durée des mandats, à défaut de cadre normatif, semble subordonnée aux décisions éventuelles du chef d'établissement et aux mouvements de personnels imposés par l'administration centrale.

Par ailleurs, rien n'interdit, même si une telle intervention demeurera exceptionnelle en pratique, d'exercer des pressions sur l'exercice du pouvoir disciplinaire. Pourrait ainsi être exigé obéissance et à défaut, être prononcées d'éventuelles sanctions disciplinaires en prison. Soit, deux alternatives au XXI^e siècle : punir ou se faire punir.

¹ M. HERZOG-EVANS, op. cit., p. 929.

² Serment d'Hippocrate, Traduction d'Émile Littré du serment d'origine.

³ Cour E.D.H., *Le Compte Van Leuren et de Meyer c/ Belgique*, Série A, n° 43.

⁴ Cour E.D.H., *Langborger C/ Suède*, Série A, n° 55.

⁵ M. HERZOG-EVANS, op. cit., p. 829.

Enfin, concernant le critère tenant à l'apparence d'une indépendance, qu'on se figure « *l'image de la commission de discipline. Il ne viendrait à l'idée ni des avocats, (...) ni aux détenus (...) de croire que les commissions de discipline sont indépendantes à l'égard de l'exécutif* »¹.

37.—De par l'apparente collégialité de la commission.— Antérieurement, la commission était composée de trois membres du personnel pénitentiaire. Soupçonnée de partialité, elle vint alors à changer. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, en modifiant l'article 726 du Code de procédure pénale, introduisit en son sein un « *membre extérieur à l'administration pénitentiaire* ». En signe d'une volonté participative de la société civile à la justice disciplinaire. De ce même lieu, un an plus tard, le décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 prolongea l'évolution amorcée en bannissant les auteurs du compte-rendu d'incident et du rapport d'incident.

Mais croire au caractère collégial de la commission, comme il fut bon de croire à l'apparition d'un vieil homme à la barbe blanche lors de la nuit de Noël, pourrait en l'absence de voix délibérative, s'avérer finalement décevant.

En pratique, si pour certains assesseurs, l'expérience fut satisfaisante, d'autres, bien au contraire, furent sidérés par l'ineffectivité de leurs interventions. A couramment été rapporté, que dans certains ressorts, on ne leur permettait pas de lire le dossier, ne les autorisait tout juste à poser des questions et encore « *moins à peser dans le délibéré* ». Une personne interrogée aurait même « *répondu qu'elle n'était que spectatrice* » et « *que la lecture par elle du dossier n'aurait aucun intérêt* ». Un autre, déclaré : « *me demander de me prononcer sans me donner toutes les infos, c'est neutraliser l'intérêt de ma parole au délibéré et je ne sers à rien* ». Pour ne pas citer le ressentiment de personnes interrogées dans d'autres établissements, « *perçues comme étant des intrus à peine tolérés* »².

De manière plus objective, il est certain, que la loi a été inégalement respectée en pratique. À ce sujet, la tendance actuelle de la jurisprudence administrative est à l'annulation des décisions prises en l'absence d'assesseurs³. Ce que ne semblait pas admettre l'article 2.6.2.1.3 de la circulaire AP du 9 juin 2011.

N'y a-t-il pas là, en conclusion, la marque indélébile du passé ? Rappelons-nous le « *fonctionnement formaliste et solennel à l'excès* » du prétoire qui n'avait que « *pour finalité de protéger le détenu contre toute mesure arbitraire sans pour autant entamer la rigueur de la répression* »⁴.

Une bien faible réforme, que même un aveugle, assis au fin fond du désert, pourrait y contempler amèrement la sécheresse.

§ 2 : LA JUSTICE EN TANT QUE COROLLAIRE DE L'IMPARTIALITÉ

La question tenant à l'exigence d'impartialité doit, néanmoins, s'apprécier au regard de la position du juge administratif ainsi que de celle du juge européen (A). Pour autant, il semble permis de soutenir qu'il est impératif qu'une réforme intervienne en la matière pour que ne soit pas condamnée prochainement la France (B).

¹ M. HERZOG-EVANS, *ibid.* p. 829.

² M. HERZOG-EVANS, *Aspects pratiques de la procédure disciplinaire pénitentiaire en France, Retour sur expérience*, A.J. pénal, décembre 2013, p. 664.

³ T.A. Nantes, 19 juillet 2013, req. n° 110337 ; C.A.A Nantes, 18 juillet 2013, n° 12NT03128.

⁴ J.-P. CÉRÉ, *Le droit disciplinaire pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 111.

A. L'appréciation de la question tenant à l'exigence d'impartialité

38.—Par le juge administratif.— S'il est certain, pour le juge administratif, que le principe d'impartialité s'impose à la matière disciplinaire, force est de constater, voire regretter, sa position jurisprudentielle quant à l'absence de partialité présumée du président de la commission de discipline.

A ainsi été jugé, de manière objective, que la présence du chef d'établissement n'était « *pas contraire au principe d'impartialité* » et, d'un point de vue plus subjectif, qu'il ne ressortait « *pas des pièces du dossier que le directeur de l'établissement ait manifesté une quelconque animosité à l'égard de M. Bottichio et ait ainsi manqué à l'obligation d'impartialité qui s'imposait à lui* »¹. Précisons, qu'en l'espèce, avait été invoqué l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais comme le rappelle un spécialiste en la matière, « *pour invoquer l'article 6 de la Convention, encore faut-il qu'il puisse s'appliquer à ce type de contentieux. Or, pour le juge administratif la commission de discipline ne peut pas être regardée comme un tribunal décidant du bien fondé d'accusations en matière pénale au sens de cet article* »². En atteste notamment, l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Paris en date du 21 février 2002.

Ce faisant, n'est pas pris en compte le critère de l'apparence fournie au justiciable. Faute de réelle volonté d'exercer un contrôle effectif par le juge administratif, la question tenant à l'impartialité du directeur ne s'apparentera qu'à une simple appréciation a posteriori des seules écritures produites par l'administration pénitentiaire.

39.—Par le juge européen.— Une telle position semble, néanmoins, difficilement conciliable avec la jurisprudence européenne. Si dans l'affaire Payet c/ France, simple arrêt d'espèce rendu le 20 janvier 2011 par la Cour européenne des droits de l'homme, certains y ont vu l'inapplicabilité de l'article 6§1, il est incontestable qu'il ne convient pas d'exclure du procès disciplinaire l'application de la règle précitée³. Ce que nous rappellerons plus précisément par la suite (v. infra n° 44-49).

B. Vers une inévitable réforme ou une condamnation prochaine de la France

40.—On ne transige pas avec l'impartialité de la justice !— À quoi bon sert de parler de procès équitable, d'égalité des armes ou de principe du contradictoire, lorsque le rapport égalitaire, si important dans une société démocratique telle que la France, est fermé ab initio par la partialité de la justice ? Si encore, il ne s'agissait que de décisions de faible importance, tel le choix cartésien entre deux marques de dentifrice ou d'après-shampoing, il ne pourrait être reproché au juge, dans une « *civilisation du supermarché où le projet de vie n'est réduit qu'à la date du prochain achat* »⁴, un quelconque parti pris en faveur du produits au bon rapport qualité-prix. Mais là n'est pas la réalité carcérale. Ne serait-ce qu'au regard de la gravité des conséquences que peut entraîner le prononcé de sanctions disciplinaires sur la situation juridique, sociale et humaine de la personne détenue.

En effet, d'un point de vue strictement juridique, demeure encore aujourd'hui l'absence totale d'autonomie des réductions de peine. Par ailleurs, la jurisprudence pénale, dans la plupart des cas, se prononcera en cas d'infraction à la discipline, après la juridiction disciplinaire. Or, sans

¹ T.A. Nancy, *Bottichio*, 29 janvier 2002, req. n° 011564, inédit.

² J.-P. CÉRÉ, *Le droit disciplinaire pénitentiaire*, op. cit., p. 122-123.

³ J.-P. CÉRÉ, *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison*, J.C.P. 2001, I, p. 316 ; J.-P. CÉRÉ, *Le procès équitable et le droit de la prison*, R.P.D.P., 2007, n° spécial, p. 95.

⁴ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, 2^e édition refondue, Bruylant, 2008, p. 14.

remettre en question le principe de l'indépendance des procédures disciplinaires et pénales, aucun doute n'existe sur l'impact que pourra avoir une sanction disciplinaire sur le prononcé d'une sanction pénale. Tout comme, d'un point de vue social, l'effet dévastateur que pourra avoir un placement en cellule disciplinaire sur toute personne née vivante et viable. Pardonnez l'expression mais cette sanction, qui de tout temps fut la plus coercitive, la plus utilisée et la plus destructrice de l'ensemble des sanctions de l'arsenal disciplinaire, n'est malheureusement pas humaine !

Pour s'en convaincre, reportons-nous à cette lettre adressée par un détenu à sa famille, avant son suicide au quartier disciplinaire après vingt jours de mitard, alors que sa sortie conditionnelle était prévue trois semaines plus tard (v. infra n° 47).

Pour n'en plus douter, rappelons que « *la tête de l'homme (...) est pleine de germes utiles. Employez pour le faire mûrir et venir à bien ce qu'il y a de plus lumineux et mieux tempéré dans la vertu. Tel a assassiné (...) qui, mieux dirigé, eût été le plus excellent serviteur de la cité. Cette tête de l'homme du peuple, cultivez-la, défrichez-la, arrosez-la, fécondez-la, éclairez-la (...) vous n'aurez pas besoin de* »¹ la placer en quartier disciplinaire.

41.-Les propositions doctrinales.- Dès lors, une réforme devant incontestablement intervenir, il semble urgent d'ouvrir le chantier par une réflexion approfondie.

Selon Martine Herzog-Evans, tout d'abord, une judiciarisation totale, confiant le pouvoir disciplinaire dans son intégralité à un juge du siège, pourrait être envisagée. Dans l'idéal, en créant une nouvelle chambre au tribunal de grande instance chargée de l'exécution des peines. Ce qui, hélas, paraît improbable dans un tel contexte de déjudiciarisation. Faire intervenir en détention un juge du siège unique pourrait par conséquent constituer une autre possibilité. Tout de suite, vient alors à l'esprit le juge des libertés et de la détention. À cela, est objecté sa surcharge de travail et son manque de connaissance des enjeux pénitentiaires. Ne reste donc plus que le juge de l'application des peines, proposition qu'avait été faite avec son collègue Jean-Paul Céré il y a déjà plus de dix ans². Est répondu instantanément que cela pourrait faire tomber le personnage dans un rôle répressif qui, à l'évidence, doit être tourné vers l'extérieur. Sur ce point, il est indiscutable que l'opposition de style, entre administration pénitentiaire et magistrats du siège est flagrante. Ce que démontre le durcissement de leurs relations ces quelques dernières années.

Ensuite, une voie médiane, telle que la judiciarisation partielle pourrait consister à confier certaines questions à la compétence du chef d'établissement et d'autres, à celle de l'autorité judiciaire. Pour ce faire, trois méthodes seraient envisageables. Soit, attribuer le traitement des fautes de premier et de deuxième degrés à cette dernière, tandis que conserverait compétence le chef d'établissement pour les fautes de troisième degré. Soit, au contraire, établir une division entre les fautes réellement disciplinaires et les fautes pénales. Voire, une division entre les décisions de premier degré et les recours.

Enfin, selon une approche de droit comparé, faire intervenir, à l'image du Board of visitors anglais, un organe totalement indépendant. Sans oublier, bien entendu, la possibilité de ne faire siéger, au sein de la commission de discipline, que des assesseurs issus de la société civile. Ayant, pour le bon exercice de leur mission, une voix délibérative et non simplement consultative.

En conclusion, force est de constater que les propositions ne manquent pas. Bien au contraire, elles fusent. Un jour ou l'autre, il va donc falloir choisir. En n'oubliant pas à l'esprit que

¹ V. HUGO, *Claude Guenx*, Le livre de poche, 1995, p. 87.

² J.-P. CÉRE, M. HERZOG-EVANS, *Fondements et modalités des différents scénarii possibles pour la réforme de la procédure disciplinaire en prison*, Gaz. Pal., 9-11 juin 2002, p. 2.

toutes les idées, aussi respectables soient-elles, ont, par la nature même des choses, des inconvénients qui en font heureusement leurs avantages. Continuons à débattre, certes. Mais rapidement alors ! Puisque l'impartialité de la justice n'attend pas. Et que, quoi qu'il en soit, vaudra toujours mieux une mauvaise réforme que ce chef d'établissement qui malgré lui, fut déguisé, il y a déjà bien longtemps de cela, en mauvais juge.

Mais ne perdons pas espoir, « *ce don du ciel* »¹, puisque nous assistons, à l'heure actuelle, au mûrissement du principe du contradictoire au sein de la procédure disciplinaire. Et lorsque l'on atteint un degré d'évolution et de préparation suffisant, il est donc alors permis de passer à sa réalisation. Apprêtons-nous, ainsi, à en récolter prochainement les fruits.

¹ C. BECCARIA, op. cit., p. 123.

TITRE II : VERS L'EFFECTIVITÉ DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN MATIÈRE DE PROCÉDURE DISCIPLINAIRE PÉNITENTIAIRE

Autant les arguments juridiques (**Chapitre I**) que les arguments méta-juridiques (**Chapitre II**) laissent croire à l'effectivité du principe du contradictoire en matière de procédure disciplinaire pénitentiaire.

CHAPITRE I : LES ARGUMENTS JURIDIQUES

L'illustre parfaitement, concernant le premier, la place grandissante du droit européen au sein des prisons françaises (**Section I**) ainsi que celle du principe au sein des disciplines juridiques mères (**Section II**).

SECTION I : LA PLACE GRANDISSANTE DU DROIT EUROPÉEN AU SEIN DES PRISONS FRANÇAISES

« *La justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons* »¹. Voilà là le symbole que recommandait autrefois, le règlement général du 25 décembre 1819 à la loi. Or, s'il est regrettable, aujourd'hui que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'arrête aux portes des établissements pénitentiaires (§ 1), il est clair, néanmoins, que nous nous dirigeons vers la pleine pénétration de la réalité au sein de nos prisons françaises (§ 2).

§ 1 : L'ARTICLE 6 AUX PORTES DES PRISONS

En effet, l'article 6 ne s'applique pas, véritablement, au procès disciplinaire (**A**). Bien que, son applicabilité ne soit en aucun cas contestable (**B**).

A. La non application de l'article 6 au procès disciplinaire

42.-L'affirmation des juridictions administratives.— De manière traditionnelle, le juge administratif persiste à écarter l'application de l'article 6 de la procédure disciplinaire. En effet, qu'il s'agisse des juridictions de premier et de second degrés ou de la juridiction suprême de l'ordre administratif, la jurisprudence est constante en la matière.

A ainsi été jugé par de nombreux tribunaux administratifs le caractère ni civil, ni pénal de la procédure disciplinaire². En atteste le jugement rendu le 27 juin 2000 par le tribunal administratif de Pau : « *La sanction disciplinaire qui (...) est infligée n'est relative ni à un droit ou une obligation de caractère civil, ni au bien-fondé d'une accusation en matière pénale* »³. Ce positionnement, certes regrettable, semble être manifestement similaire à celui d'innombrables arrêts rendus par les cours administratives⁴. Pour ces dernières, l'argument est simple ; la commission de discipline, eu égard à sa nature, à sa

¹ Cour. E.D.H., *Campbell et Fell c/ Royaume Uni*, 28 juin 1984, § 69.

² T.A. Versailles, *Elmokhtari*, 16 mars 2001, n° 987054 ; T.A. Pau, *El Borgj*, 15 juin 2000, n° 99803 ; T.A. Rouen, *Loué*, 30 juin 2000, n° 0093 ; T.A. Rouen, *Mekimene*, 5 juin 2003, n° 011217, inédit ; T.A. Cergy-Pontoise, *Gautrot*, 19 décembre 2002, n°s 0032773 et 0033869.

³ T.A. Pau, *Monesce*, 27 juin 2000, n° 981554.

⁴ C.A.A. Nantes, *A. Aït Taleb*, 20 juin 2000, n°s 97NT00306 et 97NT00307 ; C.A.A. Paris, *Lemerrier*, 21 février 2002, n° 99PA02808 ; C.A.A. Bordeaux, 20 décembre 2011, n° 11BX00386 ; ou encore C.A.A. Douai, 2 février 2012, n° 10DA01431.

composition et à ses attributions, ne pouvant être regardée comme un tribunal décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale. « *En somme, pour la cour, le fait que l'État français ait organisé le procès disciplinaire sous une forme non juridictionnelle, en la maintenant dans le giron de l'ordre administratif, suffit à justifier qu'elle échappe à l'article 6* »¹. Tel semblait être, il y a plus d'un demi-siècle de cela, le raisonnement du Conseil d'État². Qui n'a, pour ainsi dire, pas évolué du tout³.

Comme principale critique de ces affirmations françaises, nommons la réalité, aux formes étrangères de ces idées anciennes. En effet, quasiment toutes les infractions en matière disciplinaire, à l'exception de certaines qualifications de troisième degré, revêtent indéniablement une nature pénale. Pouvant ainsi, même si est clairement affichée une préférence pour un traitement interne des problèmes d'ordre et de sécurité, faire l'objet de poursuites et de sanctions pénales. En outre, il ne serait pas juste de ne pas croire en l'application de la quasi-totalité des mécanismes de droit pénal à la matière disciplinaire.

43.—L'affirmation partielle de la Cour européenne des droits de l'homme.— Ressort de l'article 6 § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la délimitation de son champ d'application par l'existence ou non d'une « *accusation en matière pénale* » et de la jurisprudence de la Cour, l'autonomie d'une telle notion⁴. Les qualifications utilisées en droit interne, ne liant pas nécessairement les juges de la Cour de Strasbourg.

Concernant la notion d'accusation, la Cour y assimile l'ensemble des décisions ayant vocation à déterminer la culpabilité de la personne et à fixer la peine. N'est donc pas étonnant que soit entendue comme telle, par une appréciation extensive de celle-ci, la phase de l'exécution des décisions de justice⁵. Concernant la notion de matière pénale, depuis l'arrêt Engel précité, ont été dégagés trois critères alternatifs. Le premier consiste « *à savoir si le ou les textes définissant l'infraction incriminée appartiennent d'après la technique de l'État défendeur, au droit pénal* ». Le second concerne la nature du fait ou du comportement reproché. Le troisième, critère le plus important, « *qui permet souvent d'emporter la conviction* »⁶, s'attache à la nature et à la gravité de la sanction. Précisons que si la présence de l'un suffit à qualifier la matière de pénale, les juges pourront toutefois, de manière pragmatique, recourir à une approche combinée dans le cas où une analyse séparée de chacun des critères ne permettrait pas d'identifier clairement une accusation en matière pénale.

Toutefois, appliquée à la sphère disciplinaire, cet ingénieux mécanisme ne semble, pour la Cour, conférer une nature pénale à un placement en cellule disciplinaire. Encore récemment, a ainsi été jugé à maintes reprises qu'est exclue du champ d'application de l'article 6 une mesure de placement en quartier disciplinaire⁷. Ce qui n'est pas sans rappeler l'ancien positionnement, précurseur en la matière, de la Commission européenne des droits de l'homme⁸. Si à cela, a pu notamment être avancé que la durée moindre d'une telle sanction depuis la loi pénitentiaire du 24

¹ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 833.

² C.E., Ass., *De Bayo*, 12 décembre 1953, Rec. CE, p. 544.

³ C.E., *Observatoire international des prisons*, 30 juillet 2003, req.n° 253973 ; C.E., *Bertin et Korber*, 30 juillet 2003, n°s 249563 et 250694.

⁴ Cour E.D.H., *Engel et autres c. Pays Bas*, 8 juin 1976, req. n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Série A n° 22.

⁵ Cour E.D.H., *Hornsby c/ Grèce*, 19 mars 1997 ; Cour E.D.H., *Saffi c/ Italie*, 28 juillet 1999 ; Cour E.D.H., *Antonakopoulos, Vortsale et Antonakopoulou c/ Grèce*, 14 décembre 1999.

⁶ J.-P. CÉRÉ, *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison*, op. cit., p. 870.

⁷ Cour E.D.H., *Payet c/ France*, 20 janvier 2011, req. n° 19606/08 ; Cour E.D.H., *Cocaign c/ France*, 3 novembre 2011, req. n° 32010/07 ; Cour E.D.H., *Plathey c/ France*, 10 novembre 2011, req. n° 48337/09 ; C.E., *Observatoire international des prisons*, 30 juillet 2003, req. n° 253973.

⁸ Com E.D.H., *Mac Feely et Q. c/ Royaume Uni*, 15 mai 1980, req. n° 8317/78.

novembre 2009 amoindrirait quelque peu la gravité de cette dernière, la solution retenue par la Cour paraît, néanmoins, considérablement regrettable au regard d'une pure approche de droit comparé. La durée de la sanction de cellule disciplinaire étant, en tout état de cause, largement supérieure à celle des maximes habituels en Europe.

En revanche, croire en l'absolutisme de l'exclusion de la nature pénale à l'ensemble des sanctions disciplinaires, reviendrait à écarter, malencontreusement, tout un pan de la jurisprudence européenne.

B. L'applicabilité de l'article 6 au procès disciplinaire

44.—La pénétration de sanctions disciplinaires dans le champ de la matière pénale¹.— En effet, puisque « *la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons* », il n'est pas surprenant que les juges de la Cour de Strasbourg estiment qu'une perte de remise de peine importante fasse entrer la sanction disciplinaire dans le champ de la matière pénale². En l'espèce, était précisément question d'un allongement de la peine à hauteur de 570 jours, ne s'apparentant donc plus à une simple modalité de l'exécution de la peine mais en une nouvelle peine privative de liberté. Toutefois, à cette époque, aucune conclusion hâtive n'avait été tirée de cette affaire, tellement importante avait été la prolongation de la peine. Il fallait, par conséquent, attendre quelques années plus tard pour voir le doute, par deux arrêts, se transformer en certitude. Dans la première affaire rendue le 16 février 1993 par la Commission européenne des droits de l'homme, cinquante-six jours de perte de réduction de peine avaient suffi pour conférer nature pénale à la sanction. Mieux encore, dans la seconde bien plus connue³, seuls sept jours avaient été jugés suffisants. Traçant, dès lors, la ligne de démarcation entre le pénal et le disciplinaire. La non reconnaissance de la nature pénale de la simple décision de placement en cellule disciplinaire devant ainsi être nuancée, les sanctions disciplinaires, en droit français, étant fréquemment suivies de sanctions prises par le juge de l'application des peines.

Au contraire, à défaut de preuve d'un retrait effectif de réduction de peine, la sanction retrouvera sa nature disciplinaire. En atteste la solution rendue par la Cour dans l'affaire Payet c/ France le 20 janvier 2011, réitérée à deux reprises il y a si peu de temps⁴. Consistant, purement et simplement, à dénier un quelconque dépassement du seuil de gravité requis pour constituer une sanction de nature pénale. Alors qu'avait pourtant été invoqué, dans ce premier cas, le caractère automatique du retrait des crédits de réduction de peine de l'article 721 du Code de procédure pénale. Sur ce point, il est certain que la Cour ne se contente pas de l'attribution hypothétique d'une réduction de peine. Elle exige, au contraire, que soit automatiquement encourue la sanction en cas de mauvaise conduite. Or, si l'automatisme se constate en pratique dans la majorité des cas, nul doute qu'elle a, bien heureusement, régressé depuis la juridictionnalisation.

Ne se contente-t-elle donc pas d'une simple apparence lorsque l'on sait que « *dans nombres d'établissements, des barèmes officieux – mais connus des détenus – sont établis entre le chef d'établissement et le juge de l'application des peines, qui prévoient que tant de jours de cellule disciplinaire équivalent à tant de jours de crédits de réduction de peine en moins* »⁵ ?

45.—La suffisance de l'argument.— Quoiqu'il en soit, d'un point de vue strictement juridique, hormis la force humaine qui imprègnerait une telle reconnaissance juridique, peu

¹ P. ARTUS, *La pénétration de sanctions disciplinaires dans la matière pénale*, L.P.A., 5 février 1997, n° 16, p. 24 et s.

² Cour E.D.H., *Campbell et Fell c/ Royaume Uni*, 28 juin 1994, Série A, n° 80.

³ Cour E.D.H., Gr. Ch., *Ezeh et Connors c/ Royaume Uni*, 9 octobre 2003, req. n°s 39665 et 40086/98.

⁴ Cour E.D.H., *Cocaign c/ France*, 3 novembre 2011, req. n° 32010/07 ; Cour E.D.H., *Plathey c/ France*, 10 novembre 2011, req. n° 48337/09.

⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 838.

important est le fait que le « *mitard* » ne revête pas un caractère pénal. Une telle distinction opérée par le juge européen n'a, pour ainsi dire, aucune incidence sur les conséquences juridiques qu'ont engendrées ses propres constatations. Autrement dit, en affirmant expressément, comme elle l'a fait, que peuvent pénétrer certaines sanctions disciplinaires dans le champ de la matière pénale, n'est plus ouvert le débat tendant à tergiverser sur l'applicabilité ou non de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il suffirait, bien au contraire, que soit reconnue la nature pénale d'une seule des sanctions de cet arsenal disciplinaire, pour que soit exigibles les garanties du droit à un procès équitable à l'ensemble de la procédure.

Et si, certitude de l'applicabilité de l'article 6 il y a, devra alors être procédé un jour ou l'autre, à l'examen de la conformité du droit français au regard des garanties prévues par cet article¹. Puisqu'il ne serait pas acceptable, en tout état de cause, qu'une décision de placement en cellule disciplinaire entraînant une perte de réduction de peine, soit prise en totale contradiction avec les valeurs démocratiques que sont celles du Conseil de l'Europe. Voire, que l'État français fasse figure d'absent sur le banc des condamnés².

§ 2 : VERS LA PÉNÉTRATION DE L'ARTICLE 6 AU SEIN DES PRISONS FRANÇAISES

En 2014, il semble permis de croire en une réelle pénétration, d'ici peu, de l'article 6 au sein des prisons. Pour preuve, l'instauration progressive d'une approche européenne de la prison (A) que dicte l'appartenance de la France au Conseil de l'Europe (B).

A. L'instauration progressive d'une approche européenne de la prison

46.—Une réalité prise en considération par une partie de la jurisprudence administrative.— Plus particulièrement, au sein même de l'ordre administratif, certains signes révélateurs amènent fortement à le penser.

En premier lieu, existent au sein de la jurisprudence administrative quelques arrêts minoritaires, soucieux d'inscrire le fondement de leurs décisions dans le cadre légal que tisse la jurisprudence européenne au fil du temps. A par exemple été examiné le 19 décembre 2002 par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, bien qu'il conclut à l'absence de violation de la Convention européenne des droits de l'homme, la procédure disciplinaire à l'aune de l'article 6³. Plus significatif encore, fut le visa employé dans deux arrêts rendus par des cours administratives d'appel : « *vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁴. Par ailleurs, il paraît intéressant de relever que, dans bon nombre de cas, la juridiction mentionnera les exigences attachées à la règle précitée lorsqu'elle les estimera suffisamment observées. Ce qui, à l'inverse, ne sera malheureusement pas le cas. À tout cela, diront certains qu'il ne s'agit que d'une maigre jurisprudence dissidente. Mais ce serait ignorer les différents stades par lesquels toute évolution, quelle qu'elle soit, doit inévitablement passer. Et plus justement encore, que ce ne sont « *que les petits ruisseaux* » qui « *font les grandes rivières* »⁵.

En second lieu, relevons brièvement les conclusions particulièrement intéressantes prononcées par le commissaire du gouvernement Chemin, véritable membre de la juridiction, à l'occasion d'un arrêt rendu en 2002 par la cour administrative d'appel de Bordeaux⁶. Sans aller

¹ J.-P. CÉRÉ, *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison*, op. cit., p. 872-874.

² Cour E.D.H., *Whitfield c/ Royaume Uni*, 12 avril 2005, n^{os} 46387/99, 48906/99, 57410/00 et 57419/00.

³ T.A. Cergy-Pontoise, *Gautrot*, 19 décembre 2002, n^{os} 0032773 et 0033869, inédit.

⁴ C.A.A. Douai, 3 juin 2003, n^o 01DA00030 ; ou encore C.A.A. Bordeaux, 19 octobre 2010, n^o 10BX00590.

⁵ Ovide, *Les remèdes à l'amour*, Les belles lettres, 2003.

⁶ C.A.A. Bordeaux, *Mallet*, 2 mai 2002.

jusqu'à admettre que la commission de discipline correspond bel et bien à un organe juridictionnel, il affirme, avec tout le courage qu'on ne pourrait pas ne pas lui reconnaître, qu'« *il est possible d'admettre que la sanction de mise en cellule disciplinaire puisse entrer dans le champ d'application de la matière pénale au sens de l'article 6* ».

47.—Vers le caractère pénal de la sanction de cellule disciplinaire.— À ce sujet, longuement pourrions-nous débâter. Certainement, pendant de fatigables journées. Voire, durant d'indéterminables années entières. Les uns contre les autres et bien entendu, à l'échelle communautaire, les uns comme les autres. Mais, de tout ça, ressortirait probablement une et une seule idée : celle qu'aucun de nos propos théoriques n'arriveraient à retranscrire. La souffrance. Alors voici, plutôt, cette fameuse lettre adressée par un détenu à sa famille, avant son suicide au quartier disciplinaire après vingt jours de mitard, alors que sa sortie conditionnelle était prévue trois semaines plus tard.

« C'est lorsque l'on est dedans que l'on se rend compte à quel point la prison est injuste. Avant d'y être moi-même confronté, cela ne m'avait même pas effleuré. Comme chacun, je pensais qu'il fallait bien quelques barrières pour que la société puisse se défendre de ses mauvais éléments (...) On ne soigne pas le « Mal » par le « Pire » (...) Seuls mes rêves m'évadent de temps à autre de cet enfer. Je crie, je pleure mais personne m'entend (...) L'exemple devrait nous aider à nourrir nos faiblesses, la chaleur à rectifier nos erreurs. Il n'en est rien (...). La saveur est amère. Une justice qui punit, ce n'est pas la Justice »¹.

B. L'appartenance de la France au Conseil de l'Europe

48.—Nulle démocratie sans respect des engagements de la France.— La France, pourtant, a bel et bien déposé le 3 mai 1974 auprès du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ses instruments de ratification de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Et s'est, par voie de conséquence, solennellement engagée à respecter les arrêts rendus par sa Cour.

Dès lors, affirmer son appartenance au Conseil de l'Europe sans en intégrer les principes, semble, d'un simple point de vue éthique, poser quelques difficultés majeures. Qui plus est, pour « *la patrie des droits de l'homme* »² qui se targue régulièrement être l'un des pays instigateurs de la Convention. Alors quelle place accorde-t-on à l'humanité et à l'égalité en droit français ? Qu'une maigre importance, semblent nous souffler au creux de l'oreille les nombreuses condamnations de la France qui constatèrent une violation de l'article 6 § 1³. Au pays des droits de l'homme, où la devise de sa République, figurant dans l'article 2 de sa Constitution, n'est autre que « *liberté, égalité, fraternité* ». Au pays des droits de l'homme, où le Préambule de cette dernière rappelle que le « *peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme* ». Et son article 55, que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ». Au pays des droits de l'homme, où « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée (...) n'a point de Constitution* »⁴.

Or, en l'espèce, nul doute n'existe au XXI^e siècle quant à la force obligatoire que revêtent les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme. A fortiori, quant aux

¹ Sous la direction de J.-P. GUÉNO, *Paroles de détenus*, op. cit., paroles de Sébastien, p. 93-94.

² A. PELLET, « La France et la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, L.G.D.J., 1974, p. 1320.

³ Pour s'en convaincre, voir notamment : Cour E.D.H., *Kress c/ France*, 7 juin 2001, req. n° 39534/98.

⁴ D.D.H.C., 26 août 1789, art. 16.

conséquences juridiques que cela devra engendrer au niveau national.

49.—Nulle démocratie sans prééminence du droit.— La prééminence du droit¹, véritable principe matriciel et essentiel de la jurisprudence strasbourgeoise contenu dans le Préambule de la Convention, n'est plus à démontrer². Bien au contraire, elle apparaît aujourd'hui comme le fondement et le principe régulateur de toute société démocratique³.

Or, « dans une société démocratique, au sens de la Convention, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive de l'article 6 § 1, ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition »⁴. Et ne pas réduire mais élargir son champ d'application, tel semble être le but de l'autonomisation de la notion de matière pénale. Venant ainsi lutter contre de réelles sanctions pénales camouflées. Empêchant, par conséquent, que « le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 » se trouve « subordonné à leur volonté souveraine » puisqu'il est évident qu'une « latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention »⁵.

Par ailleurs, s'il est certain que le droit à un procès équitable n'est pas un droit absolu et qu'il peut donc faire l'objet de limitations sous certaines conditions⁶, a été jugé récemment par la Cour qu'un tel droit se voit affecté dans sa substance même lorsque la réglementation en cause « cesse de servir les buts de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice pour constituer plutôt une sorte de barrière arbitraire empêchant le justiciable de voir son litige tranché au fond »⁷.

Dans un tel contexte, devra inévitablement se conformer le procès disciplinaire aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Puisque « l'Europe de la prison est déjà devenue réalité » et « que le chemin à parcourir pour que la France s'honore du respect des droits fondamentaux des personnes privées de liberté est encore long à parcourir »⁸. Mais gardons espoir, « ce don du ciel »⁹, étant donné que « dans toute démocratie, on observe une lente émergence, dans la longue période, du procès équitable »¹⁰.

Dans tous les cas, et en tout état de cause, si pourrait être rejeté à tort, par certains défenseurs de la souveraineté étatique d'un État, « la voie vertueuse d'intégration du droit européen »¹¹ dans laquelle devrait logiquement s'engager la procédure disciplinaire pénitentiaire, ne saurait être exclue, par ces mêmes opposants, l'application des règles nationales du procès équitable.

Dans un premier temps, citons l'article préliminaire du Code de procédure pénale : « la procédure (...) doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des parties ». À cela, il sera probablement répondu qu'il ne vise que la « procédure pénale ». En oubliant à l'esprit qu'une

¹ Cour E.D.H., *Golder c/ Royaume Uni*, 21 février 1975, Série A, n° 18.

² P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob, Le droit des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 260.

³ Cour E.D.H., *Winterwerp c/ Pays Bas*, 24 octobre 1979, Série A, n° 23 ; Cour E.D.H., *Touriki Enosi Xanthis et Al. c/ Grèce*, 27 mars 2008, req. n° 26698/05 § 56 ; ou encore Cour E.D.H., Gr. Ch., *Sergueï Zolotouchine c/ Russie*, 10 février 2009, req. n° 14939/03 § 56.

⁴ Cour E.D.H., *Delcourt c/ Belgique*, 17 janvier 1970, req. n° 2689/65, § 25.

⁵ Cour E.D.H., *Engel et autres c/ Pays Bas*, 8 juin 1976, req. n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 81, Série A n° 22.

⁶ Cour E.D.H., *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, 18 février 1999, req. n° 28083/94 ; Cour E.D.H., *Khalifaoui c/ France*, 14 décembre 1999, req. n° 34791/97 ; ou encore, Cour E.D.H. *Cudak c/ Lituanie*, 23 mars 2010, req. n° 15869/02.

⁷ Cour E.D.H., Gr. Ch., *Kart c/ Turquie*, 3 décembre 2009, req. n° 8917/05, § 79.

⁸ J.-P. CÉRÉ, *Panorama européen de la prison*, L'Harmattan, 2011, Avant propos.

⁹ C. BECCARIA, op. cit., p. 123.

¹⁰ D. SALAS, *L'avocat, les médias et son client*, R.P.D.P., 2010, numéro spécial, p. 21.

¹¹ J.-P. CÉRÉ, *Feu le nouveau droit disciplinaire pénitentiaire*, A.J. Pénal, 2011, p. 172.

conception si étroite ignorerait, et de manière fort regrettable, le fait que la procédure pénale vise tant les procédures d'application de la peine que la mise à exécution des sentences pénales. L'article préliminaire, en effet, ayant « été inséré au tout début du Code de procédure pénale et non spécifiquement, en exergue des seules dispositions relatives à la procédure du même nom au sens strict »¹. La faute d'écriture délibérée ou non, ne semble donc que terminologique.

Dans un second temps, et plus indiscutable encore, nommons notre fameux principe du contradictoire. Qualifié, tant de principe général du droit par les juridictions administratives² que de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, il devrait alors naturellement s'imposer, dans toutes ses conséquences, sans que ne soit expressément visé un texte en particulier. C'est là le sens d'une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 22 avril 1997 : « le respect des droits de la défense s'impose à l'autorité administrative, sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence »³. Alors qu'attendons-nous pour vivre dans un État de droit ?

SECTION II : LA PLACE GRANDISSANTE DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE AU SEIN DES DISCIPLINES JURIDIQUES MÈRES

Parallèlement, tant l'évolution en matière pénale (§ 1) que la spécificité de la matière (§ 2) amène à penser que nous nous dirigeons tout droit vers l'effectivité du principe du contradictoire au sein de la procédure disciplinaire pénitentiaire.

§1 : LA QUESTION DE L'EFFECTIVITÉ AU REGARD DE L'ÉVOLUTION EN MATIÈRE PÉNALE

Si l'on constate actuellement un processus de rapprochement de la matière disciplinaire avec la matière pénale (A), force est de reconnaître qu'existe une évolution à deux vitesses du principe (B).

A. Le processus de rapprochement de la matière disciplinaire avec la matière pénale

50.—Le rapprochement du droit disciplinaire avec le droit pénal.— Comme le soulignait Michel Foucault, « au cœur de tous les systèmes disciplinaires, fonctionne un petit mécanisme pénal »⁴. Suite à la réforme de 1996, Jean-Paul Céré affirma quelques années plus tard : « jamais aussi ostensiblement qu'aujourd'hui, la répression disciplinaire n'a approché de si près les règles gouvernant le droit criminel »⁵. Faisant ainsi remarquer, à juste titre, que l'opposition traditionnelle entre le droit disciplinaire et le droit pénal perdait de sa teneur.

En effet, l'un des apports principal du décret du 2 avril 1996 fut « d'assurer le respect du principe de la légalité des infractions »⁶, si propre à la matière pénale, en matière de répression disciplinaire. Venant ainsi, conformément au principe de légalité des délits et des peines, définir et classer par degré de gravité chacune des fautes disciplinaires susceptibles d'être retenues en commission de discipline. Ce que vint confirmer, par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, l'article 726 du Code de procédure pénale. Puis, par la suite, deux décrets d'application⁷.

La raison tenant à un tel rapprochement en est simple. Pour certains, le droit pénal

¹ M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 844.

² C.E., *Sté La Huta*, 12 mai 1961, Rec. C.E., p. 313 ; ou encore, C.E., *Gate*, 16 janvier 1976.

³ Cons. const., déc. n° 97-389, 22 avril 1997.

⁴ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 180.

⁵ J.-P. CÉRÉ, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, op. cit., p. 13.

⁶ Décret du 2 avril 1996, art. 2.1.1.

⁷ Décret du 23 décembre 2010, n° 2010-1634 ; C.pr.pén., art. R 57-7 ; Circ. AP, 9 juin 2011, art. 3.1.1.

constituant la discipline juridique mère du droit pénitentiaire, il n'est pas étonnant que ce premier droit ait une influence croissante sur le droit de la sanction pénitentiaire. Pour d'autres, tel que le professeur Jean Pradel, le droit de l'exécution des peines constituerait une discipline nouvelle consistant dans le développement d'une branche traditionnelle du droit pénal. De ce constat, le degré d'autonomie de la matière serait alors, selon lui, assez difficile à mesurer. « *La pénologie* » ayant depuis toujours été « *rattachée au Code de procédure pénale* » et la « *science pénitentiaire (...)* consacrée par le nouveau Code pénal de 1994 où toute la partie fond du droit pénitentiaire s'y trouve »¹.

51. – Le rapprochement de la procédure disciplinaire avec la procédure pénale. – Plus révélateur encore, est le processus de rapprochement qu'a amorcé, ces dernières années, la procédure disciplinaire avec la procédure pénale.

Tout d'abord, notons l'existence, depuis 1996, d'une véritable instruction lors du déclenchement d'une procédure disciplinaire. Par ailleurs, que pourrait être assimilable à la détention provisoire, une punition de cellule à titre préventive. Une telle décision devant, dans les deux cas, être motivée et limitée dans le temps. Et surtout, n'intervenir qu'en dernier recours au regard de son caractère exceptionnel. D'autre part, règne au sein de ces deux procédures le principe de l'opportunité des poursuites. L'un, que confie la loi au procureur de la République. L'autre, au chef d'établissement pénitentiaire. À ce titre, notons d'ailleurs la quasi-similitude des termes employés par les articles R 57-7-15 et 40 de ce même Code. En outre, à l'instar de la notification en première comparution, et avant toute audition, d'une mise en examen par le juge d'instruction, existe à présent une information obligatoire du détenu sur les faits reprochés ainsi que sur leur qualification.

Mais les similitudes ne s'arrêtent pas là. Et tout particulièrement durant l'audience de jugement. En effet, « *le rituel de la justice disciplinaire, emprunté à celui déployé par les tribunaux judiciaires (...), a toutefois laissé planer une certaine ambiance judiciaire* ». Le détenu comparaisant à la barre, faisant face à ses membres semblant, à ses yeux, « *constituer un tribunal ou une cour* »². La décision finale de sanctionner l'intéressé, relevant de la compétence exclusive du président. La délibération restant secrète, que l'on juge l'affaire au sein d'une commission de discipline ou d'un tribunal de l'ordre judiciaire. Avec, dans tous les cas, la possibilité de solliciter un supplément d'information et de renvoyer l'affaire à une date ultérieure.

Enfin, et plus que tout, est particulièrement significative l'applicabilité, à chacune des deux procédures, du principe de présomption d'innocence. Où, en théorie, seul le Code diffère.

B. Une évolution à deux vitesses du principe du contradictoire

52. – Analyse comparative de l'effectivité du principe. – Néanmoins, malgré l'existence d'un tel rapprochement, une analyse comparative de l'effectivité du principe du contradictoire amène à constater, fort malheureusement pour la matière disciplinaire, que ce dernier évolue véritablement à deux vitesses.

En premier lieu, si aucun moyen d'action pour participer aux investigations n'est autorisé au détenu lors de la phase préparatoire du procès disciplinaire, en revanche, la procédure pénale, au sens strict du terme, ne semble pas l'entendre ainsi. Son article 82-1 prévoit, en effet, que les parties privées peuvent solliciter l'exécution de tous actes d'instruction utiles à la manifestation de la vérité. Pourra alors, sans qu'il soit nécessaire d'en dresser une liste exhaustive, être procédé à leur audition ou interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou un transport sur

¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e édition, Éditions Cujas.

² J.-P. CÉRÉ, *Droit disciplinaire pénitentiaire*, op. cit., p. 112.

les lieux, voire à une expertise ou contre-expertise. Lui sera même conféré, par la loi, la possibilité d'intervenir dans le prononcé d'une ordonnance de non-lieu. Ce qui n'est pas sans conséquence lorsque l'on sait, que pour la seule année 2012, 1999 non-lieux ont été prononcés¹.

À ce sujet, un auteur relève qu'« *il est à peine besoin d'insister sur l'importance de ce dossier de la procédure dont la constitution va être souvent déterminante pour l'issue du procès pénal dans la mesure où (...) la manière dont la preuve a été administrée dans les premiers temps de l'enquête commande généralement la manifestation finale de la vérité* »². Ce qui n'enlève pas, bien entendu, le droit que possède toute personne à l'audience de jugement, d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge³.

En second lieu, si l'absence de communication de l'ensemble des pièces du dossier n'est pas de nature à priver la personne gardée à vue de son droit à un procès équitable, c'est selon les propres mots de la chambre criminelle de la Cour de cassation, parce qu'elles seront « *garanties devant les juridictions d'instruction et de jugement* »⁴. A notamment été jugé, à titre d'exemple, que si la chambre de l'instruction, lors de l'examen d'une voie de recours, peut fonder sa décision sur une pièce nouvelle ne figurant pas au dossier déposé au greffe, c'est à la condition de l'avoir préalablement soumise au débat contradictoire⁵.

Enfin, rappelons ce fameux principe, plus protecteur de nos libertés individuelles que soucieux d'une éventuelle perte de célérité de la justice, de la séparation des fonctions judiciaires. Qu'il s'agisse, tant de la poursuite et de l'instruction, que de l'instruction et du jugement. « *Le risque de partialité, constituant une crainte qu'il ne faudrait certainement pas sous-estimer* »⁶. Concernant la première, Cambacérés écrivait déjà : « *par son institution, le Ministère public est partie, à ce titre, il lui appartient de poursuivre, mais par cela même, il serait contre la justice de le laisser faire des actes d'instruction (...) tous les citoyens trembleraient s'ils voyaient dans les mêmes hommes le pouvoir de les accuser et celui de recueillir ce qui peut justifier leur accusation* »⁷. Concernant la seconde, nul doute n'existe quant à l'impossibilité d'être à la fois investigateur et juge. N'en déplairait probablement pas à ce bon vieux juge Salomon ainsi qu'à ce commissaire Jules Maigret, futé comme un renard.

Il n'y a, par conséquent, nul besoin de se remémorer au terme de cette étude comparative, qu'en matière de procédure disciplinaire pénitentiaire, il n'en est absolument rien. Et nul besoin, de préciser qu'encore nombreuses, et particulièrement dans le domaine disciplinaire, sont les atteintes au principe du contradictoire.

53.-L'évolution constante du principe en matière de procédure pénale.- Dresser le triste constat d'une évolution à deux vitesses du principe, semble d'autant plus légitime au regard de l'évolution constante de ce dernier au sein même de la procédure pénale. Pour n'en plus douter, revenons quelques pas en arrière.

Sous l'Ancien Régime, et par les ordonnances de 1536 et 1539 plus précisément, furent exclus par le législateur royal, au nom de l'efficacité, les droits de la défense de la procédure. Ce

¹ Ministère de la justice, « Affaires terminées en 2012 », in : *Les chiffres clés de la justice*, 2013, p. 16.

² S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Lexis nexis, 9^e édition, p. 618.

³ Conv. E.D.H., art. 6-3 d.

⁴ Cass. Crim., 19 septembre 2012, n° 11-88111.

⁵ Cass. Crim., 6 novembre 2013, n° 13-85-658.

⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^e édition, Éditions Cujas, p. 27.

⁷ J.-J.-R. CAMBACÉRÈS, J.-G. LOCRÉ, *Cambacérés au Conseil d'État, 5 juillet 1808, Locré*, La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et Compléments des codes français, Treuttel et Würtz, 1831 XXIV, T. 25, p. 123 et s.

que ne manqua pas de rappeler, en 1670, l'ordonnance dite « *criminelle* » de Colbert. En 1808, toutefois, le Code d'instruction criminelle fit entrer un avocat à l'audience de jugement, et non durant l'instruction de l'affaire. Un état des droits de la défense, que résume parfaitement, en 1849, les Mille et un fantômes d'Alexandre Dumas. Pour cela, il fallut attendre la célèbre loi Constans du 8 décembre 1897 qui lui permit d'assister son client devant le juge de l'instruction. À la condition, néanmoins, qu'il resta muet lors des interrogatoires. Plus ingénieuses encore, et quasiment plus d'un siècle plus tard, les lois des 4 janvier et 24 août 1993 consacrèrent le droit de solliciter des demandes d'investigation au cours de l'information judiciaire, de contester sans délai la légalité des poursuites sans attendre le terme de l'instance. Une évolution favorable au principe du contradictoire, animée par un devoir de recherche de la vérité, brisant ainsi l'ancienne idée selon laquelle « *le rétablissement de l'ordre public ébranlé se concilie mal avec la protection des intérêts de celui à qui on reproche d'avoir causé les chaos* »¹. Une matière, en constante évolution, marquée ces vingt dernières années par d'importantes réformes.

La pénétration, progressive et continue, du contradictoire dans l'enquête pénale est tout particulièrement significative à cet égard. En effet, comme le relève Haritini Matsopoulo, « *depuis quelques années, on constate un mouvement législatif important tendant à renforcer de plus en plus les droits de la défense pendant cette phase, en introduisant par là-même quelques éléments modérés du principe du contradictoire* »². C'est d'abord par les lois précitées de 1993 que la phase des enquêtes, traditionnellement non-contradictoire, vint accorder à la personne gardée à vue le droit de s'entretenir avec un avocat. Puis la loi du 15 juin 2000, exigea le droit de bénéficier de ce dernier dès le début de la mesure. Tout comme, en cas de prolongation de la mesure. Toutefois, aucune assistance aux interrogatoires et aucun accès au dossier de la procédure n'étaient encore permis. De nombreuses condamnations furent ainsi prononcées, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par les sages de Strasbourg³. Ce qui, faute d'« *assistance effective d'un avocat* », entraîne par voie de conséquence, d'une part, la fameuse décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 qui déclara contraires à la Constitution les dispositions de droit commun de la garde à vue. Et d'autre part, l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 qui en réforma son régime. Depuis, notons qu'il n'y a pas un semestre sans que ne se passe une intervention de la chambre criminelle de la Cour de cassation, particulièrement attachée à l'exercice des droits de la défense à ce stade de la procédure.

Tant ces similitudes et ce rapprochement, tant le caractère inégalitaire de la pénétration du principe du contradictoire au sein des procédures pénale et disciplinaire, amènent alors à espérer que fleurisse une meilleure contradiction au sein de nos prisons françaises.

§ 2 : LA QUESTION DE L'EFFECTIVITÉ AU REGARD DE LA SPÉCIFICITÉ DE LA MATIÈRE

À ceux qui rejetteraient l'influence de la matière pénale sur la matière disciplinaire, pourrait leur être rappelé qu'existe une autre discipline mère, la matière administrative. Or, ni la spécificité administrative (**A**), ni la spécificité pénitentiaire (**B**), ne saurait justifier à l'heure actuelle une telle spécificité de la situation juridique de la personne détenue.

¹ Y. SAUVAIRE, *L'organisation du contradictoire dans la procédure pénale, La défense pénale dans la phase policière*, R.P.D.P., 2011, n° spécial, p. 124.

² H. MATSOPOULO, *Le contradictoire dans l'enquête pénale, Le contradictoire dans le procès pénal*, Éditions Cujas, p. 73.

³ Cour E.D.H., *Salduz c/ Turquie* ; 27 novembre 2008, req. n° 36391/02 ; ou encore Cour E.D.H., *Dayanan c/ Turquie*, 13 octobre 2009, req. n° 7377/03.

A. De la spécificité administrative

54.—L'incontestable parenté entre la matière disciplinaire et la matière administrative.— Incontestablement, existe traditionnellement une emprise considérable du droit administratif, matière mère, sur le droit pénitentiaire, matière juridique. En effet, véritable prérogative de puissance publique, tout d'abord, la mission de garde des détenus participe aux missions du service public pénitentiaire. Où se situerait au cœur la notion de réinsertion. Par ailleurs, en atteste le caractère public et administratif, depuis la loi n° 87-432 du 22 juin 1987, des établissements pénitentiaires. Voire, le statut du fonctionnaire de l'administration pénitentiaire de la quasi-totalité des personnels intervenant en détention.

De tels liens, précisons-le, trouvent leurs sources dans une conception ancienne de l'exécution des peines. Depuis la fin du XIX^e siècle, est laissé en effet à l'administration pénitentiaire le pouvoir de prendre des décisions, de manière discrétionnaire et sans aucun contrôle, afin que ne soit pas perturbé le bon fonctionnement du service.

Ne contredirait probablement pas l'existence d'un tel lien de parenté, la tendance actuelle à l'unification du contentieux de l'exécution des peines vers la juridiction administrative.

55.—L'évolution constante du principe en matière de procédure administrative.— Or, la spécificité administrative est en voie d'amenuisement. Ses règles, si particulières, tendent au fur et à mesure du temps, à se rapprocher des règles de droit commun. En atteste l'apparition du principe du contradictoire au sein de la procédure administrative. Et ce, sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre la procédure administrative contentieuse et la procédure administrative non contentieuse.

Tout d'abord, concernant la seconde, s'il a longtemps été soutenu qu'« *en raison de leur nature et de leur objet, les décisions juridictionnelles doivent être précédées d'un débat contradictoire, alors que la procédure administrative non contentieuse n'est pas normalement contradictoire* »¹, il est clair que les choses ont depuis véritablement évolué. Le principe des droits de la défense, dans un premier temps, fut consacré par la jurisprudence dans le cas où un administré se vit frappé par une mesure individuelle d'une certaine gravité². Puis, par un décret du 28 novembre 1983, les mesures de police n'échappèrent plus à l'obligation de respect du principe du contradictoire. Entre temps, était intervenu l'article 3 de la loi du 17 juillet 1978 prévoyant, non seulement, le droit pour toute personne de connaître les « *informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées* », ainsi qu'un droit de réponse réalisé sous forme d'adjonctions, de remarques, ou de pièces. Enfin, la portée du principe vint à se renforcer à partir des années 1990, sous l'impulsion de la jurisprudence. A notamment été jugé que s'impose l'annulation de la décision litigieuse dans le cadre de recours pour excès de pouvoir en cas de non-respect de ce principe. Voire même, s'il n'y est satisfait que de manière incomplète³.

Ensuite, concernant la première, nul doute que réside en son sein une pareille exigence. L'article R 732-2 du Code de justice administrative en est certainement l'exemple le plus frappant. Pour s'en convaincre, revenons brièvement sur la chronologie des faits. « *Perçu à l'origine non comme un juge indépendant, mais comme un élément de l'administration* », le Conseil d'État « *avait été doté d'une procédure dont l'essence même était inégalitaire* ». Or, « *ce caractère inégalitaire s'incarnait dans l'institution du commissaire de gouvernement* »⁴. Tant, par ce refus d'autoriser les parties à répondre de façon

¹ R. ODENT, *Les droits de la défense*, EDCE, 1953.

² C.E., *Dame Veuve Trompier Gravier*, 5 mai 1944, G.A.J.A., n° 61.

³ C.E., *Cornilleau*, 29 mars 1996, Rec. C.E., p. 153.

⁴ R. LETTERON, *Libertés publiques*, 9^e édition, 2012, p. 153.

substantielle à ses conclusions¹ que par sa présence au délibéré. Sur ce dernier point, et en toute logique, fut alors condamnée la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt Kress contre France en date du 7 juin 2001². Malgré cela, fut donné par les autorités françaises, à la fois par le décret du 19 décembre 2005 que par celui du 1^{er} août 2006, une interprétation très restrictive de cette jurisprudence. Pour finalement, par le décret du 7 janvier 2009, affirmer que « *la décision est délibérée hors la présence des parties et du rapporteur public* »³.

Par ailleurs, notons l'intérêt, à double titre, de l'analyse de l'évolution de la jurisprudence relative à l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux litiges de la fonction publique⁴. Permettant, ainsi, de constater tant l'emprise croissante qu'ont les conceptions privatistes sur le droit public que l'« *érosion de l'impérium face aux droits individuels* ».

Et parallèlement, dans un domaine plus lointain mais non sans importance, relevons la généralisation du principe du contradictoire en matière de question prioritaire de constitutionnalité. En effet, depuis la décision du 4 février 2010 rendue par le Conseil constitutionnel, a été introduit un débat contradictoire entre les parties et les plus hautes autorités de l'État. Et ce, pour la première fois dans l'histoire du Conseil constitutionnel, lors d'une véritable audience publique.

Mais de tels arguments, aussi convaincants soient-ils, pourraient naturellement faire l'objet de critiques dans une société démocratique comme la nôtre. Quoi de plus normal que de laisser libre la contradiction dans notre pays ! Sera alors probablement démontré que si spécificité administrative s'amenuise et s'amenuisera, spécificité pénitentiaire, en revanche demeure et demeurera.

B. De la spécificité pénitentiaire à celle de la situation de détenu

56. – L'amenuisement de la spécificité pénitentiaire. – Depuis bien longtemps, eu égard à la spécificité de l'univers carcéral, existent des décisions administratives qualifiées de mesures d'ordre intérieur qui, par leur essence même, sont insusceptibles de recours contentieux. « *Elles représentent, selon un auteur, le vestige d'une vieille tradition qui, dans les services publics où la discipline doit être particulièrement ferme, conserve aux autorités responsables une marge de pouvoirs dont elles peuvent user discrétionnairement, arbitrairement même, sans aucun contrôle juridictionnel* »⁵.

Fort logiquement, « *l'histoire des mesures d'ordre intérieur est heureusement celle de leur déclin* »⁶. Les décisions d'assemblée Boussouar et Planchenault⁷, en substituant à l'approche casuistique qui prévalait depuis la décision d'assemblée Marie du 17 février 1995 une approche catégorielle et en conférant un caractère alternatif aux critères de la nature et des effets de la mesure, tout en réservant, le cas de celles insusceptibles de recours par nature qui mettant en cause les droits et libertés fondamentaux de la personne détenue pourraient de manière exceptionnelle être déferées devant le juge, ouvraient en toute connaissance de cause la voie à une extension du domaine de la justiciabilité. En attestent, à titre non exhaustif, les décisions de placer, soit en urgence et de manière provisoire, soit à titre préventif, un détenu à l'isolement⁸, les décisions de soumission

¹ C.E., Sect., *Gervaise*, 10 juillet 1957, Rec. C.E., p. 647.

² Cour E.D.H., Gr. Ch., *Kress c/ France*, 2 juin 2001, req. n° 39534/98..

³ C.J.A., art. R 732-2.

⁴ P. GILLIAUX, op. cit., p. 146 et s.

⁵ R. ODENT, *Cour de contentieux administratif*, Les cours du droit, Édition 1976-1981, Fascicule III, p. 981-982.

⁶ M. GUYOMAR, *La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif*, A.J.D.A., 2009, p. 413.

⁷ C.E., Ass. *Planchenault, Boussouar*, 14 décembre 2007, (2 arrêts), req. n°s 290420 et 290730.

⁸ C.E., *Section française de l'Observatoire international des prisons*, 17 décembre 2008, req. n° 293786.

d'un détenu à des fouilles corporelles intégrales¹, les décisions d'inscription sur le répertoire des détenus particulièrement signalés² et de maintien sur cette liste³ ou encore de fixation des modalités essentielles de l'organisation des visites aux détenus⁴.

Pour autant, « *le champ des mesures d'ordre intérieur, pour s'être indéniablement restreint, n'a pas disparu pour autant* »⁵. Ainsi, ne sauraient être susceptibles de recours les décisions de refus d'emploi, de primo-affectation dans un établissement pénitentiaire ou encore de transfert d'une maison d'arrêt vers un établissement pour peines. Pour certains, bien au contraire cela témoignera du bon point d'équilibre de la jurisprudence administrative.

C'est alors reconnaître que la tendance actuelle est à la spécificité de la situation du détenu et non à la spécificité de la mission pénitentiaire. Mais plus que tout, que ce n'est plus cette dernière spécificité qui permettra de justifier la non-application du principe du contradictoire au sein de la procédure disciplinaire carcérale.

57.—Le mouvement de reconnaissance des droits fondamentaux des détenus.— Le détenu du XXI^e siècle n'est plus le détenu d'autrefois. Là est la conséquence du mouvement de reconnaissance des droits fondamentaux des détenus, amorcée à partir de la dernière décennie du siècle précédent. Venant, de réformes en réformes, procéder au rapprochement du droit pénitentiaire avec les règles de droit commun. En tentant, tant bien que mal, d'imprégner d'humanité chacune des différentes politiques pénitentiaires, la prise de conscience de l'opinion publique est déterminante. Puisque semblent être intimement liées aujourd'hui, aussi malheureux soit-il, stratégies électorales du pouvoir politique et aspirations sentimentales du peuple français. Tout aussi déterminant, par ailleurs, semble être la pierre que pourrait apporter tout parlementaire à l'édifice.

Le détenu du XXI^e siècle n'est donc plus le détenu d'autrefois. Le prouvent, notamment, la volonté récente d'ériger au rang législatif l'ensemble des droits fondamentaux de la personne détenue, de création d'un Contrôleur général des lieux de privation de liberté voire d'un master II spécialisé en droit de l'exécution des peines ainsi que le foisonnement de publications d'articles doctrinaux, de manuels juridiques ou de doux livres de chevet en la matière. Les choses ont bel et bien changé. Probablement, sous l'influence croissante du droit international et européen pénitentiaire. Venant faire de la prééminence du droit, la pierre angulaire de toute société démocratique.

Le détenu d'aujourd'hui ne sera donc pas le détenu de demain. Pour s'en convaincre, procédons par syllogisme juridique. Si le respect des droits inhérents à la personne humaine conditionne le respect de ses devoirs (majeure) et que ni les règles européennes du procès équitable, ni les règles nationales du procès équitable ne s'appliquent à la procédure disciplinaire pénitentiaire (mineure), en conclusion, il ne faudra donc pas s'étonner de la survenance de nouvelles mutineries à l'annonce du journal de 20 heures. Mais rassurons-nous, dans une telle dynamique humaniste, nous n'en sommes, ou en serons, pas là. De nombreux arguments méta-juridiques le laissent espérer.

¹ C.E., *El Shennany*, 14 novembre 2008, req. n° 315622.

² C.E., *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. Kehli*, 30 novembre 2009, req. n° 318589.

³ C.E., *M. Alboréo*, 28 décembre 2009, req. n° 328768.

⁴ C.E., *Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés c/ Bompard*, 26 novembre 2010, req. n° 329564.

⁵ X. DOMINO, A. BRETONNEAU, *Le juge administratif face à la prison*, A.J.D.A., 2011, p. 1364.

CHAPITRE II : LES ARGUMENTS MÉTA-JURIDIQUES

Selon le professeur Michel Levinet, les « *sources méta-juridiques (...) renvoient aux sources profondes des droits et libertés, aux données a priori non juridiques en elles-mêmes (impensés, présupposés, idéologies, rapports de puissance, besoins sociaux, idée du juste, valeurs exprimant ou non une transcendance...)* qui déterminent le contenu de la règle juridique et influent sur son évolution »¹. Appliqué à notre matière carcérale, il faut alors avoir foi, autant en la fraternité et l'égalité (**Section I**) qu'en la justice de notre temps (**Section II**).

SECTION I : L'ESPOIR EN LA FRATERNITÉ ET L'ÉGALITÉ

Ayons alors espoir, tout d'abord, en la fraternité puisque nulle effectivité sera sans implication humaine des avocats (§ 1). Ensuite, en l'égalité puisque nulle effectivité n'apparaîtra sans rééquilibrage du rapport inégalitaire général (§ 2).

§ 1 : NULLE EFFECTIVITÉ SANS IMPLICATION HUMAINE DES AVOCATS

Or, si nous assistons actuellement à la désaffection de l'avocat (**A**), nous témoignerons, prochainement, de sa véritable résurrection (**B**).

A. La désaffection de l'avocat

58. – État actuel de la situation. – Aujourd'hui, existe en effet cette triste réalité, qu'est la désaffection quasi-totale de l'avocat à l'égard de la matière pénitentiaire. Si un auteur faisait remarquer, à la fin du siècle dernier, que « *le désintérêt de la plupart des avocats pour leurs clients, une fois la condamnation définitive prononcée, est bien connue pour penser qu'ils se déplaceront pour les assister lors d'une audience disciplinaire* »², la situation n'a guère évolué en 2014.

À ce titre, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, dans son rapport d'activité 2012, déplore que des avocats, désignés d'office pour assister des personnes détenues appelées à comparaître devant la commission de discipline, ne se déplacent pas systématiquement à l'établissement pénitentiaire. Le constat étant d'autant plus inquiétant, lorsqu'il s'agit de défenseurs choisis par leurs clients. Saisi par Jean-Michel Delarue à ce sujet, le directeur d'un centre de détention aurait même fourni les chiffres suivants : « *pour l'année 2011, sur 281 détenus convoqués, 167 ont demandé l'assistance d'un avocat, 56 se sont présentés* »³.

59. – Les causes de la désaffection. – Nombreuses et variées en sont les causes.

Outre la raison culturelle tenant à la réticence de l'homme de loi à franchir les murs de la prison, la première des causes tient en la starification du procès pénal. Qui dans une société de plus en plus individualiste, fait généralement de l'avocat pénaliste, malgré lui, un être quelque peu centré sur la majestuosité de sa robe. « *Le procès pénal* », en effet, « *est un ciel où il peut exister des étoiles* » alors qu'une « *commission de discipline* » en revanche, présente « *un caractère beaucoup plus humble* »⁴.

Existe, en outre, une autre explication, plus profonde encore, tenant à la technicité de la

¹ M. LEVINET, op. cit., p. 171.

² J.-P. CÉRÉ, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, op. cit., p. 179.

³ C.G.L.P.L., op. cit., p. 134.

⁴ E. NOËL, M. SANSON, *Aux côtés des détenus, un avocat contre l'État*, Préface de J.-M. DELARUE, p. 9-10.

matière. Celle selon laquelle, le droit pénitentiaire, véritable droit en construction, était encore il y a peu de temps totalement ignoré par la plupart des avocats pénalistes. Pour ne pas dire qu'il continue, en grande partie, à le demeurer. Or, nulle défense ne peut intervenir efficacement sans que ne soient maîtrisés parfaitement les mécanismes complexes des règles juridiques de la matière carcérale. Et nulle cause de nullité, pourtant si familière à la procédure, ne pourra alors être soulevée. Il en va ainsi de l'intérêt de chacun, que se développe la matière dans les universités ou dans les écoles d'avocat.

Mais la cause véritable d'une telle désaffection n'est pas là et tient, davantage, en des raisons purement financières. Aux dires de nombreux auxiliaires de justice, assister un détenu au cours d'une procédure disciplinaire n'est autre qu'une mission très male indemnisée. La rétribution au titre de l'aide juridictionnelle, bien loin de celles que l'on peut gagner dans le monde libre, s'apparentant à la modique somme, aussi subjective soit-elle, d'environ 90 euros hors taxe. D'autant plus, si l'on considère le temps de déplacement, de consultation du dossier, d'attente et d'assistance du prévenu disciplinaire. Soit, en quelque sorte, soutenir que : « *Bien sûr, l'argent n'a pas d'odeur. Mais pas d'odeur vous monte au nez* »¹. Doit-on alors en conclure que le degré d'implication de l'avocat ne dépendrait que de l'argent qu'il pourrait finalement en retirer, où seuls, certains clients fortunés pourraient en ressentir l'utilité ?

La question tenant à la place de l'honoraire dans la profession d'avocat est donc plus que jamais d'actualité. Mais la vie est ainsi, à moins, éventuellement, de se tenir en marge du système financier ou de savoir, lors de la prestation de serment, que la pièce que l'on gagnera plus tard ne sera pas forcément dorée.

B. La résurrection de l'avocat

60.–Le renouement avec la mission initiale de l'avocat.– Si, sous la Grèce Antique, nul n'avait besoin d'une tierce personne pour se défendre, la Rome Antique, en revanche, vit naître une institution comparable à l'avocat contemporain. Ne s'opposerait probablement pas à la vérité d'un tel propos, Marcus Tullius Cicero, cet illustre avocat de l'Antiquité connu plus communément sous le nom de Cicéron. Or, à cette période de l'Histoire, nulle intervention ne pouvait légalement donner lieu à rémunération. Symbole que l'on retrouvera au Moyen-Âge, quelques siècles plus tard, la personne à qui fut apporté son savoir ne pouvant lui exprimer sa gratitude que sous forme d'« *Honoraires* ». Aujourd'hui, force est de constater que « *soumise à l'idéologie de la globalisation et de la marchandisation, la fonction d'avocat est à la croisée des chemins, tiraillée entre un passé glorieux de défense des libertés publiques et l'adhésion d'une partie croissante de ses membres à la logique du profit* »².

La mission d'avocat n'a pourtant pas, principalement, l'enrichissement pour raison d'être. Bien au contraire, dans la fonction d'avocat ad vocatus, il ne suffit pas d'être un simple comptable, « *d'avoir des connaissances criminologiques et en sciences humaines, de plaider utile ou d'être, quand il le faut, un objecteur de justice (...)* Il lui faut être capable d'une véritable sympathie existentielle pour l'homme détenu. Dans sympathie, il y a souffrir avec. « *Pour pouvoir* » aider tous ensemble, l'homme couché à se remettre debout ».

Si le « *criminel est un pécheur et le crime un péché* », existait autrefois, « *un monde où tout le monde se savait pécheur et où il n'y avait pas de différence de nature entre l'honnête homme et le malandrin* ». Comme le rappelait Jean-Marc Varaut, « *aussi durement réprimé que soit le crime, celui qui l'a commis reste un frère. Il*

¹ J. BREL, *Voir un ami pleurer*.

² L. ASSIER-ANDRIEU, *Les avocats, « Identité, culture et devenir »*, Gaz. Pal., Lextenso, Éditions, p. 7.

n'est pas retranché et il n'est pas exclu. Il est visité »¹.

Si le détenu n'est que pêcheur et son acte, pêché, son avocat, quant à lui, ne peut être autre que cet humble et modeste berger. Ayant foi avec cette interrogation : « *si un homme a cent brebis, et que l'une d'elles s'égaré, ne laisse-t-il pas les quatre-vingt-dix-neuf autres sur les montagnes, pour aller chercher celle qui s'est égarée ?* »².

61.—L'opinion publique en tant que moteur de l'évolution.— Hormis un heureux rééquilibrage des forces en présence, une telle résurrection de l'avocat obligerait le pouvoir politique à se justifier face à l'opinion publique (voir n° 57).

Cet avocat, farouche opposant des mécanismes sacrificiels qui traversent notre société. Cette presse, véritable chienne de garde de la démocratie, souvent rempart contre l'arbitraire, parfois instrument de calomnie mais plus que tout, sincère amie de la vérité.

Et cet avocat, qui un jour, ne prendra plus la parole lors de la défense de son client. Non pas qu'on le lui ait injustement retirée, mais, parce qu'il n'en aurait tout simplement plus la nécessité. Le principe du contradictoire, ayant été amené à devenir pleinement effectif au sein de chacune des nombreuses procédures que compte le droit français. Le but, n'étant pas d'emprunter à quiconque le langage qu'on ne saurait lui prêter !

§ 2 : NULLE EFFECTIVITÉ SANS RÉÉQUILIBRAGE DU RAPPORT INÉGALITAIRE GÉNÉRAL

Après un bref regard général sur l'équité des rapports (A), s'impose une idée essentielle : l'assujettissement du sens de la sanction pénale au rééquilibrage des rapports inégaux généraux (B).

A. Regard général sur l'équité des rapports

62.—Entre richesse et pauvreté.— « *En vain, la richesse et la pauvreté (...) mettent accidentellement de grandes distances entre deux hommes* »³. Tant, la distance entre la richesse et la pauvreté est considérable. L'écart de fortune en fait même, dans la grande majorité des cas, l'éloignement géographique. À ce titre, la différenciation entre le Nord et le Sud en est l'exemple le plus frappant.

Hélas, les liens que tissent l'enfermement et la pauvreté sont anciens. Sous l'Ancien Régime, au nom d'un devoir de charité, furent enfermés en effet de nombreux pauvres dans des hôpitaux généraux. Pour cause, l'appauvrissement et l'exode de la population rurale. Selon les termes mêmes de l'Édit de 1656, dans les établissements de la Salpêtrière, la Pitié ou Bicêtre, pouvaient ainsi être accueillis les pauvres « *de tous sexes, lieux et âges, de quelques qualité et naissance (...), valides ou invalides, malades ou convalescents, curables et incurables* »⁴. En outre, mentionnons la création, par un arrêt du Conseil du roi en 1667, des dépôts de mendicité.

À l'heure actuelle, si les choses ne sont plus aussi claires qu'autrefois, en revanche, la réalité demeure. En effet, il est indiscutable que pour une infraction particulièrement grave, un notable de la région pourra parfaitement être emprisonné à titre provisoire. À l'inverse, pour une

¹ J.-M. VARAUT, *Un avocat devant la prison*, R.P.D.P., Avril-juin 2000, p. 182-184.

² Évangile selon Saint Matthieu, 18 : 12.

³ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Union générale d'Éditions, 1963, T. 2, p.552.

⁴ Édit du roi portant établissement de l'hôpital général, Code de l'hôpital général, p. 262.

infraction plus bénigne, la classe sociale à laquelle appartiendra la personne mise en cause s'avèrera déterminante en pratique. Ce que retranscrivent parfaitement les articles 138 et 142 du Code de procédure pénale : le maintien d'une personne à la disposition de la justice dépendant, en grande partie, du dépôt d'un cautionnement. Soit, une sorte de justice à deux visages. Ce que semble attester, notamment, le vieux mouvement de dépénalisation du droit pénal des affaires.

Mais la pauvreté, enfin, n'est pas que celle de petites poches. Puisqu'il y a bien plus miséreux que cela : la pauvreté du cœur (voir n° 67).

63.-Entre dominant et dominé.— « *En vain, (...) le commandement et l'obéissance mettent accidentellement de grandes distances entre deux hommes* »¹. Tant, la distance entre le commandement et l'obéissance est considérable.

Appliqué à la matière pénale, l'argument est tout particulièrement fort de sens. Selon le doyen Carbonnier, si les progrès de la contradiction dans l'instruction préparatoire sont inévitables, c'est parce qu'existe « *ce mécanisme de droit public, ce rapport d'inégalité pathétique entre le pouvoir et l'individu* »². Ne serait alors en aller autrement en matière disciplinaire. Or, dans ce cadre bien particulier, il semblerait que « *la raison du plus fort* » soit « *toujours la meilleure* »³. « *La vie quotidienne en prison* » étant « *souvent ponctuée d'épreuves de force dont les détenus sortent rarement vainqueurs* »⁴.

De la loi juste ou injuste (voir n° 69) dépendrait alors, a priori, l'équilibre des rapports. Les lois les plus mauvaises, n'ayant qu'en tête la soif d'asseoir la légitimité de l'État, assureraient ainsi la domination d'une catégorie d'individus sur une autre. Tandis que « *les lois les plus sages « auraient » pour but naturel (...) de combattre tout ce qui tend (...) à accumuler d'un côté la puissance et le bonheur, de l'autre la faiblesse et la misère* »⁵.

B. L'assujettissement de l'évolution du principe du contradictoire au rééquilibrage des rapports inégalitaires généraux

64.-L'égalité en tant que moteur du renouvellement du sens de la sanction pénale.— Nulle prévention de la récidive et réinsertion de l'individu sans que n'existe un véritable sens de la sanction pénale. Et nul sens de la sanction pénale, dans le contexte actuel, sans que n'intervienne, un jour, un rééquilibrage des rapports inégalitaires généraux. En partant du principe, bien entendu, que dans toute société digne de ce nom où la loi n'est que juste, le sens de la sanction pénale ne fait que tendre à une amélioration de la situation sociale de la personne injuste.

Or, de nos jours, si la sanction pénale n'a plus de sens, c'est parce que l'égalité n'existe pas. Ou, plus juridiquement, qu'elle fait souvent figure d'exception à la règle de l'illégalité. En atteste, ce maudit rapport inégalitaire qui, la plupart du temps, ne conduit que les pauvres gens en prison. Ce maudit rapport inégalitaire qui les enferme, les libère et les retrouve. Allez donc causer de resocialisation ou de prévention de la récidive à l'un d'eux. Là où la misère sociale est omniprésente. Là où la souffrance, si accoutumée de ces sinistres lieux, ne s'entend plus. Allez donc causer, savamment, d'insoumission à la règle préétablie ou de grave atteinte à l'ordre public, à de pauvres malheureux qui toutes leurs vies, suivirent courageusement le fil de leurs conditions

¹ A. DE TOCQUEVILLE, op. cit., p. 552.

² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e édition, P.U.F, 2004, p. 398.

³ J. DE LA FONTAINE, *Le loup et de l'agneau*, Fable.

⁴ E. NOËL, *Aux côtés des détenus*, op. cit., p. 149.

⁵ C. BECCARIA, op. cit., p. 149.

humaines sans que nul, jusque-là, ne faillisse. Ne leur parlons donc pas de resocialisation. Puisque ce sont eux, aux yeux de notre société, qui en présentent le moins de garanties et qui, par conséquent, connaîtront la plus forte probabilité d'emprisonnement. Ne faisant pourtant que crier au secours pour que l'on tente, une nouvelle fois encore, de les aider à se socialiser. Ces gens-là, malheureusement, pour lesquels la marge de pardon sera la plus maigrichonne. Puisque lorsqu'une faute, voire une seconde, sera commise et que viendra alors à se tendre une main, nombreux prétendront être aveugles. Sorte de fait justificatif à la non-assistance à personne en danger. Parlons donc plutôt de socialisation que de resocialisation. Et préférons alors le terme d'égalité, entendu en son sens financier, à celui de socialisation.

Notons, par ailleurs, l'importance qu'a l'équité sur la qualité des rapports qu'entretiennent les êtres humains. Ainsi, derrière les murs d'une prison, il ne saurait en être autrement. L'âme et la bonté, que possèdent tout membre du personnel de l'administration pénitentiaire, devant parler à l'âme et la bonté, que ne perdront jamais chacune des innombrables personnes détenues. Le rapport, entre individus semblables, devant être horizontal et non vertical.

65.—Le renouvellement du sens de la sanction pénale en tant que moteur de l'évolution du principe du contradictoire.— Si de tels rapports égalitaires venaient à apparaître, il est indéniable que renforcé en sortirait le principe du contradictoire. Lui qui, par essence, requiert ce juste point d'équilibre, aussi complexe soit-il à stabiliser, des rapports de force en présence. Lui qui, de par sa nature, porte en son cœur l'équité en tant que véritable amie. Quoi de plus normal que l'existence de la contradiction, dans une société équilibrée faisant de l'égalité la pierre angulaire de son organisation.

Pourrait alors être soutenu, selon une telle approche idéalisée, que ne mûrira le principe du contradictoire que lorsque notre société, juste et équitable, rayonnera de mille couleurs. Mais l'affirmation ne serait que partiellement vraie. Puisque, en réalité, c'est bel et bien le rayonnement du principe du contradictoire, lui-même, qui fera tendre notre société vers cette société de couleurs, à la fois juste, équitable et naturellement bien habillée.

Espoir en la fraternité, espoir en l'égalité et surtout espoir en la justice.

SECTION II : L'ESPOIR EN LA JUSTICE

Or, nulle justice ne peut être rendue sans contradiction (§ 1). Dès lors, nulle justice ne pourra être rendue sans l'intervention d'une réforme (§ 2).

§ 1 : NULLE JUSTICE SANS CONTRADICTION

S'il ne peut exister de justice sans contradiction, c'est parce que, d'une part, la vérité réside au cœur de la fundamentalité du principe du contradictoire (**A**) et la légitimité de la justice, d'autre part, au cœur de son effectivité (**B**).

A. La vérité au cœur de la fundamentalité du principe

66.—L'inévitable prise en considération des pluralités de vérités relatives.— (voir n° 5).

67.—L'exclusion de la vérité du détenu.— Malheureusement, force est de constater l'exclusion, aussi injuste soit-elle, de la vérité du détenu.

Comme il a été précédemment démontré (voir n° 1-41), à aucun stade de la procédure, en

effet, n'est laissé au prévenu disciplinaire la possibilité de faire entendre sa cause. Mais par « *entendre sa cause* », il faut y voir une réelle réceptivité. Sans quoi, l'effectivité de la contradiction ne serait qu'illusoire. Et l'illusion, dangereuse pour la santé de notre justice, s'avèrerait préjudiciable pour le bien-être de la France. À croire, que la faute commise par le mis en cause disciplinaire, lorsqu'elle existe, lui ôterait toute sincérité et crédibilité. À croire, que son appartenance à la classe des condamnés ferait de sa vérité, une réalité qu'il ne serait pas bon d'écouter. Tel ce préjugé qui ne mériterait même pas d'exister. Particulièrement dans un contexte de surpopulation comme le nôtre, où sa cause, bien au contraire, devrait en principe attentivement être écoutée. Particulièrement dans ce contexte carcéral, générateur de tensions, où promiscuité, insalubrité, inhumanité, indignité et souffrance sont maîtres mots.

Comme il a été vu préalablement (voir n° 61), le rapport inégalitaire, qu'il soit de force, de cœur ou financier, est souvent la cause de tous les maux. Ces maux, que l'on dissimule, parfois, sous l'emprise de l'alcool ou la consommation de stupéfiants. Ces maux que l'on extériorise, d'autres fois, par la violence. Et le pire de tout ça, c'est que l'on ne les écoute pas. L'on cherche, à l'inverse, à travers des raisons artificielles, souvent d'ordre psychologique. En réduisant la personne à ses seules défaillances. Soit, tout ce qu'elle fait ou a fait de mal dans sa vie. Mais l'Homme n'est pas parfait. La perfection, n'étant pas de ce monde. Ou alors, « *que celui qui n'a jamais péché* » me « *jette la première pierre* »¹.

B. La légitimité de la justice au cœur de l'effectivité du principe

68.—L'ineffectivité du principe comme cause de l'illégitimité de la justice.— « *Le sentiment de l'injustice qu'un prisonnier éprouve est une des causes qui peuvent le plus rendre son caractère indomptable* ». À cet instant-là, « *il ne croit plus avoir été coupable, il accuse la justice elle-même* »². Partant de ce constat, aucun doute ne subsiste quant aux effets que pourrait avoir une procédure contradictoire sur la légitimité de l'autorité disciplinaire.

À ce titre, la science criminologique n'a pas manqué de relever l'impact direct qu'a la légitimité de la justice sur la soumission à la loi. En effet, selon un auteur, pour qu'il y ait acceptation par la justiciable de se soumettre à la norme, y compris lorsque celle-ci va à l'encontre de ses intérêts, seul un système processuel intègre et respectueux des règles du procès équitable suffit. Ce qui ne sera pas, bien évidemment, le cas d'une justice partielle n'observant pas les règles précitées et ne recherchant pas à établir à tout prix la vérité³.

À fortiori, pour que l'individu entende la mélodie harmonieuse de nos lois pénales, comprenne le véritable sens de nos règles disciplinaires et ressente le réel impact de sanctions prises à son encontre, encore faudrait-il que ceux, en charge de l'application des décisions disciplinaires ou de justice, en donnent le bon exemple. À titre illustratif, observons qu'il serait miraculeux pour un détenu de marcher droit en détention lorsque la surpopulation de sa cellule, dont il fait bien évidemment l'objet, lui rappelle chaque matin la valeur accordée par l'administration pénitentiaire aux lois de notre pays. À ce propos, dans un domaine lointain, le philosophe blanc de Saint-Bonnet écrivait : « *le clergé saint fait le peuple vertueux, le clergé vertueux fait le peuple honnête, le clergé honnête fait le peuple impie* »⁴. Appliqué à la matière carcérale, cela pourrait donner : l'administration sainte fait le détenu vertueux, l'administration pénitentiaire vertueuse fait le détenu honnête et l'administration pénitentiaire illégitime rendra alors le détenu insoumis.

¹ Évangile selon Saint Jean, Chapitre 8, 53 : 7.

² F.-J.-J. BIGOT DE PRÉAMENEU, *Rapport au Conseil général de la société des prisons*, 1819.

³ T.R. TYLER, *Why people obey the law*, Princetown Univ. Press, 2nd Edition, 2006; T.R. TYLER, *Legitimacy and criminal justice, International perspectives*, Russel Sage Foundation, 2007.

⁴ A. BLANC DE SAINT BONNET, *La Restauration*, Livre III, Chapitre XVIII.

69.—L'interrogation tenant au caractère juste de la loi.— Reste, néanmoins, la question de la soumission à la loi ? Et celle, par voie de conséquence, tenant à son caractère juste ou injuste. Sans ne remettre en cause par excès de jugement, bien entendu, l'ensemble de notre système juridique et la longue évolution progressive ayant eu lieu jusqu'à présent.

Pour Cicéron, si l'on ne pouvait séparer la vertu du citoyen à celle de la cité, c'est parce que ce lien fraternel constituait le fondement et le but de l'organisation de la vie collective. À la différence du projet platonicien, élitiste, hiérarchisé et spécialisé, dans la dévolution des fonctions. Par conséquent, sans vertu ne pouvait exister une cité vertueuse et sans cité vertueuse, il ne fallait compter sur la vertu du citoyen. Or, le caractère juste de la loi semblait déjà représenter l'une des composantes du caractère vertueux de la cité.

À ce titre, il y a plus de deux siècles, Jean-Étienne-Marie Portalis écrivait lors de son discours préliminaire du Code civil : « *Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison* »¹. N'était donc pas marginal d'affirmer : « *L'obéissance à la loi est un devoir ; mais comme tous les devoirs, il n'est pas absolu « puisqu' » aucun devoir ne nous lierait envers des lois (...) qui nous commanderaient de contraires aux principes éternels de justice et de pitié, que l'homme ne peut cesser d'observer sans démentir sa nature* »². Et si tel était le cas, il ne serait alors pas surprenant de voir surgir une quelconque résistance à l'oppression.

Sur ce point, nous concernant, il est certain que dans la majorité des cas, la transgression d'une règle pénale ou disciplinaire aura principalement pour cause, que le lien soit direct ou indirect, la grande pauvreté au sens large, de la personne insoumise. La théorie fondamentale de la relativité, si chère à Albert Einstein, ne pouvant ainsi nous amener à ignorer que ce qui fera l'intransgressible des uns bâtira le bonheur ou le malheur des autres. Que ce qui paraîtra normal pour l'un pourra sembler anormal pour l'autre. Tel ce vol, souvent plus proche de la nécessité que de la mauvaise foi, que l'on ne saurait justifier dans un confort des plus luxueux. Mais, il faut le vivre, ne serait-ce qu'une seule fois, pour pouvoir y croire un jour. Or, la science de la loi n'est que le fruit de raisonnements d'intellectuels. Qui, bien heureusement, n'endurent pas la misère que rencontrent ces gens-là au quotidien.

Et, lorsque « *je vois accorder le droit et la faculté de tout faire à une puissance quelconque, qu'on appelle peuple ou roi, démocratie ou aristocratie, qu'on l'exerce dans une monarchie ou dans une république, je dis : là est le germe de la tyrannie, et je cherche à aller vivre sous d'autres lois* »³.

§ 2 : NULLE JUSTICE SANS RÉFORME

Pour que justice soit rendue, seront alors indispensables l'amour (**B**) et l'union (**A**) en tant que pierre angulaire de la réforme.

A. L'union en tant que pierre angulaire de la réforme

70.—La question préalable tenant à la pertinence de l'accroissement des droits des détenus.— La question tenant à la pertinence de l'accroissement des droits des détenus doit, préalablement, être posée. Particulièrement, suite au processus de rapprochement qu'ont amorcé ces quelques dernières années, le droit pénitentiaire vers le droit commun, ayant pour conséquence naturelle l'amenuisement de la spécificité carcérale.

¹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du Code civil*.

² B. CONSTANT, *Institutions et scénophobie*, Le Monde, 19 février 1997.

³ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., II^e partie du Livre I, p. 150-152.

En premier lieu, la spécificité de la condition du détenu ne fait-elle pas obstacle à une évolution incessante de ses droits ? En aucun cas. Puisque raisonner de la sorte amènerait à méconnaître l'idée selon laquelle « *les génies les plus profonds et les plus vastes de Rome et de la Grèce n'ont jamais pu arriver à cette idée si générale, mais en même temps si simple, de la similitude des hommes et du droit égal que chacun d'eux apporte, en naissant, à la liberté* »¹.

En second lieu, la tendance à l'accroissement continu des droits de la personne détenue ne contribuerait-elle pas à entretenir ce système profondément destructeur qu'est la prison ? En enfonçant progressivement l'individu de plus en plus en profondeur en ne lui laissant, en quelque sorte, que d'avantage de lumières, de vêtements chauds, d'eau et de pains à ses côtés. Une telle interrogation, cependant, ne trouvera pertinence que lorsque se posera la question de l'abolition des prisons. Et s'il semble permis d'affirmer qu'elle sera un jour d'actualité, à cela, il paraît autorisé de répondre qu'elle ne le sera pas de sitôt. En va ainsi de l'intérêt national qu'évoluent, sans cesse, les droits des détenus.

71.—Une évolution dans l'union et non la division.— « *Depuis des siècles, des hommes travaillent à la détermination du droit et y procèdent par touches successives, par essais et erreurs, par succès fragiles et par maladroites fécondes, voire par échecs retentissants* »². Et, ce n'est « *qu'après avoir passé par mille erreurs quant aux choses essentielles à la vie et à la liberté, et lorsqu'ils sont las d'endurer des maux parvenus à leur comble, qu'ils se décident à remédier aux désordres qui les accablent. Alors enfin ils reconnaissent les vérités les plus évidentes, qui, par leur simplicité même, échappent aux esprits* » fatigués « *incapables d'analyser les choses et accoutumés à en recevoir les impressions toutes faites, par tradition plus que par examen* »³.

Qui ne frémit d'horreur en voyant dans l'Histoire le sort que l'on réserva, au XXI^e siècle, au principe du contradictoire au sein de la procédure disciplinaire pénitentiaire. Qui ne frémit d'horreur en voyant qu'il fallut attendre un nouveau siècle pour ne le voir évoluer que timidement. Et pis encore, le temps d'un siècle entier, pour ne plus apercevoir ce chef d'établissement qui, malgré lui, fut déguisé en si mauvais juge il y a bien longtemps de cela.

Mais « *tout aujourd'hui dans les idées comme dans les choses, dans la société comme dans l'individu, est à l'état de crépuscule* »⁴. Si tous, alors, s'accordent à dire qu'une évolution en la matière est plus que jamais nécessaire, c'est parce que « *la régulation de la discipline par le droit apparaît inscrite dans un processus irréversible mais dont toutes les étapes de l'évolution ne sont pas encore franchies* »⁵. « *Les prescriptions de la Convention européenne des droits de l'homme* » devant notamment « *s'accompagner de nouvelles réformes (...) pour mettre tout ce procès disciplinaire en harmonie avec le droit européen* »⁶.

Mais allons plus loin et dépassons le cantonnement des clivages traditionnels venant opposer les uns aux autres. Puisqu'il ne s'agit pas de diviser la France de l'Europe, le droit national du droit européen et international, le droit de l'exécution des peines des droits de l'homme, les praticiens des professionnels, les juges de l'application des peines des chefs d'établissement pénitentiaire, les détenus du personnel pénitentiaire, des victimes ou encore de la société civile. Mais d'avancer ensemble. En paix avec nos cœurs unifiés.

¹ C. ATIAS, *Théorie contre l'arbitraire*, P.U.F, p. 12.

² A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 437-438.

³ C. ATIAS, *Théorie contre l'arbitraire*, P.U.F, p. 12.

⁴ V. HUGO, *Les chants du crépuscule*, 1835.

⁵ J.-P. CÉRÉ, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, op. cit., p. 54.

⁶ S. GUINCHARD, *Rapport de synthèse*, R.P.D.P., 2011, n° spécial.

*Oh misère, toi misère,
N'y a-t-il pas une infinité de milliers qui continueront à pleurer ?
De pauvres gens qui ne cessent ou oublient un jour de compter ?
Et cet étrange droit des prisonniers, pour lequel il m'est si dur de plaider,
mérite-t-il d'exister, ici et là,
dans une société de couleurs naturellement bien habillée.*

*Oh misère, toi misère,
Peut-on encore croire en l'espoir de sa propre liberté
quand on condamne une âme à la promiscuité ?
Et ce, sans même ne l'avoir jamais véritablement écouté ?
Ou devra-t-on, un jour, nommer cette sinistre cage
dans laquelle l'homme de loi se serait alors profondément engouffré ?*

*Oh misère, toi misère,
Espérons qu'un matin, à l'aube,
nous nous enlacerons pour former unité,
puisque'il n'y a que dans la valse de l'amour,
je crois, que nous nous sentirons exister.*

B. L'amour en tant que pierre angulaire de la réforme

72.—Et si le détenu n'était que ce chêne pédonculé fragilisé par la vie.— Tout comme les membres de son espèce, le pédonculé est communément connu pour être « *solide comme un chêne* ». Il en devient même, lorsque son environnement extérieur lui est particulièrement favorable, symbole de force, de courage, de protection et de longévité. Pouvant parfois attirer la foudre, ce qui justifia parfaitement dans la mythologie grecque, son antique association avec les dieux européens du tonnerre et de la foudre. Voulant, bien volontiers protéger de ses longues branches tortueuses, ses petits amis de la nature et les heureux passants des très lourdes chaleurs. Aussi majestueux que généreux, faisant humblement, de par sa production abondante et régulière de glands, le grand bonheur de nombreux geais et sangliers affamés.

Mais, aussi robuste soit-il, l'habite une sensibilité particulière qui pourrait l'amener, à certaines époques du cycle de sa vie, à en devenir tout particulièrement fragile. Son bon développement, en effet, nécessitera tant un enracinement en sols profonds, non pauvres et suffisamment humifères, que l'inexistence d'attaques de champignons et de dégâts de gibier. Un mauvais développement, pour autant, ne lui enlèvera pas son grand cœur. Puisque son tronc massif, même attaqué par la maladie, n'hésitera pas à abriter quelques oiseaux à bec pointu en recherche de logement.

Tel cet être humain nourri de force et de faiblesse. N'était donc pas étonnant d'apercevoir Saint Louis rendre la justice, par des édits sages et équitables, à l'ombre d'un vieux chêne. La feuille, qui tombait au pied du plaideur, indiquant le vainqueur au procès.

Et si le détenu n'était en réalité que ce chêne pédonculé fragilisé par la vie ?

73.—Pour vous en convaincre.— Hier, j'ai rencontré Aritz, l'un de ces feuillus à qui la nature n'avait malheureusement pas fait grâce. Sur sa vieille croûte était inscrit :

*Les innombrables cicatrices de ce jeune chêne auraient,
semble-t-il,
renforcé la robustesse de son tronc.*

*Demandez cela, une fois la nuit tombée,
à la maigreur de sa souche, à la pâleur de son écorce crevassée
ou encore à l'un ou l'autre de ses glands grignotés si lourds de secrets.*

*Ce soir, à nouveau,
le Dieu des vents soufflera.*

*Et de ne pas plier, planté là,
au fin fond d'une prison lointaine,
il espère tant sans espoir désormais.*

*Espère tant que sa cime,
fatiguée et brisée de ne plus avancer,
cesse de comploter avec ses amies les étoiles.*

*Et si, au hasard de la vie,
il y réussit tel ce maudit prisonnier libéré
après avoir été condamné jadis à l'incomestible fatalité du couperet ensanglanté,
l'espoir gravera à l'encre blanche ses quelques mots dans la sève de sa sève :*

*« De n'avoir pas voulu me préjuger et de m'avoir ainsi laissé parler,
je vous en remercie ».*



S. Soudani, Peinture à l'huile, 1999

INDEX ALPHABÉTIQUE¹

A

Accusation, 3, 28, 31, 32, 33, 38, 42, 43, 52.
Acte d'investigation, 13, 17, 52, 53.
Administration pénitentiaire, 8, 14, 17, 20, 24, 26, 27, 32, 37, 38, 41, 54, 64, 68.
Audience de jugement, 32.
Amour, 71.
Arbitraire, 6, 7, 9, 30, 37, 49, 56, 61.
Article 6, 3, 4, 21, 36, 38, 39, 42, 43, 45, 46, 48, 49, 55.
Assesseur, 8, 36, 37, 41.
Audition, 12, 16, 26, 30, 51, 52.
Avocat, 2, 7, 8, 9, 15, 20, 22, 26, 27, 30, 36, 53, 58, 59, 60, 61.

C

Cellule disciplinaire, 22, 40, 43, 44, 45, 46, 47.
Cellule disciplinaire préventive, 8, 22, 24, 25, 34.
Chef d'établissement pénitentiaire, 9, 51.
Commission de discipline, 7, 8, 20, 22, 26, 27, 29, 30, 31, 34, 36, 38, 41, 42, 46, 50, 51, 58, 59.
Communication du dossier, 7, 11, 20, 31, 52, 53.
Consultation du dossier, 8, 11, 20, 21, 31, 37, 53, 59.
Contradiction, 5, 12, 13, 20, 21, 22, 30, 45, 53, 55, 63, 65, 67.
Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 15, 17, 24, 29, 57, 58.
Convocation, 8, 18, 19, 20, 22, 26.

D

Déclenchement des poursuites, 13, 16, 17, 18.
Défense, 3, 5, 8, 11, 16, 18, 20, 21, 22, 31, 59, 61.
Défenseur des droits, 14, 15.
Démocratie, 1, 5, 48, 49, 61, 69.
Discipline juridique mère, 50.
Discipline pénitentiaire, 6.
Dossier individuel, 11, 20, 31.

Droit à un procès équitable, 3, 4, 45, 49, 52.
Droit commun, 8, 53, 55, 57, 70.
Droits fondamentaux des détenus, 57.
Droits de la défense, 3, 7, 9, 22, 25, 26, 28, 49, 53, 55.
Droit pénal, 34, 42, 43, 50, 62.

E

Effectivité, 9, 10, 17, 28, 37, 52, 67, 68.
Égalité, 48, 63, 64, 65.
Égalité des armes, 3, 12, 31, 40.
Enquête, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 21, 52, 53.
Équité, 1, 32, 34, 64, 65.
Espoir, 9, 41, 49, 65, 71, 73.

F

Fondamentalité, 4, 5, 25.
Fraternité, 48, 65.

I

Information, 2, 10, 11, 18, 19, 20, 51, 53, 55.
Interprète, 2, 19, 28, 29.
Impartialité, 1, 34, 36, 38, 40, 41.

J

Justice, 1, 5, 6, 8, 13, 18, 20, 32, 34, 35, 37, 40, 41, 43, 44, 47, 49, 51, 52, 55, 59, 60, 62, 65, 67, 68, 72.

L

Légitimité, 6, 63, 68.
Loi juste, 63.

¹ Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

N

Notification, 18, 51.

O

Obéissance, 6, 36, 63, 69.

P

Pauvreté, 62, 69.

Phase décisive, 25.

Phase préalable au déclenchement des Poursuite, 13, 16.

Phase préparatoire, 22, 25, 28, 31, 52.

Pouvoir, 6, 7, 10, 30, 34, 35, 36, 41, 52, 54, 56, 57, 61, 63.

Présomption d'innocence, 25, 51.

Preuve, 12, 13, 15, 16, 34, 44, 52.

Principe du contradictoire, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 16, 17, 20, 25, 26, 28, 40, 41, 52, 53, 55, 56, 61, 65, 71.

Procédure contradictoire, 5, 9, 22, 68.

Procédure disciplinaire, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 20, 27, 34, 41, 42, 46, 49, 51, 52, 56, 57, 59, 71.

Procédure pénale, 49, 51, 52, 53.

R

Réforme, 7, 13, 37, 41, 50, 53, 57, 71.

Respect, 5, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 23, 25, 28, 30, 37, 41, 48, 49, 50, 55, 57, 68.

S

Sanction disciplinaire, 34, 40, 42, 44.

Spécificité administrative, 55.

Spécificité pénitentiaire, 56.

T

Témoin, 12, 30, 32, 52.

U

Union, 71.

V

Vérité, 5, 7, 12, 13, 16, 28, 30, 35, 52, 53, 60, 61, 66, 67, 68, 71.

BIBLIOGRAPHIE

I - Ouvrages généraux

- CARBONNIER Jean, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, P.U.F., 2004
- CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 2^e édition, P.U.F., 2004
- CÉRÉ Jean-Paul, *Le droit disciplinaire pénitentiaire*, L'Harmattan, 2011
- CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12^e édition, 2006, n° 960
- DE CAMBACÉRÈS Jean-Jacques-Régis, LOCRÉ DE ROISSY Jean-Guillaume, *Cambacères au Conseil d'État, 5 juillet 1808, Locré*, La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et Compléments des codes français, Treuttel et Würtz, 1831
- DE SCHUTTER Olivier, KAMINSKI Dan, *L'institution du droit pénitentiaire : Enjeux de la reconnaissance du droit aux détenus*, Bruylant, LGDJ, 2002
- GUINCHARD Serge, BUISSON Jacques, *Procédure pénale*, Lexis nexis, 9^e édition
- HEBRAUD Pierre, « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », in : *Le juge et la vérité*, Ann. Univ. Toulouse, T. 26, 1978
- HERZOG-EVANS Martine, *Droit pénitentiaire*, D., 2012-2013
- La Bible, Livre de la Genèse
- La Bible, Évangile selon Saint Jean
- La Bible, Évangile selon Saint Matthieu
- LETTERON Roseline, *Libertés publiques*, 9^e édition, 2012
- LEVINET Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, 2^e édition refondue, Bruylant, 2008
- MINIATO Lionel, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, T. 483, 2008
- ODENT Raymond, *Cours de contentieux administratif*, Les cours du droit, Édition 1976-1981
- PICOTTE Jacques, *Juridictionnaire, Recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, Centre de Traduction et de Terminologie Juridiques, Faculté de droit, Université de Moncton, 2012
- PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 19^e édition, Éditions Cujas
- PRADEL Jean, *Procédure pénale*, 17^e édition, Éditions Cujas

- SCHRAMECK Olivier, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in : *Mélanges Braibant, L'État de droit*, D., 1936

II – Ouvrages spéciaux

- ATIAS Christian, *Théorie contre l'arbitraire*, P.U.F
- BACON, Francis, *Serm. Fidel.*
- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, GF Flammarion, 1991
- BLANC DE SAINT BONNET Antoine, *La Restauration*
- CÉRÉ Jean-Paul, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, L'Harmattan, 1999
- CÉRÉ Jean-Paul, *Panorama européen de la prison*, L'Harmattan, 2011
- CONSTANT Benjamin, *Institutions et xénophobie*, Le Monde, 19 février 1997
- DE LA FONTAINE Jean, *Le loup et de l'agneau*, Fable
- DÉMOTHÈNE, *Contre Timocratès*. Cité par C. MOSSÉ, *Les institutions grecques*, Armand Colin, 1996
- DE TOCQUEVILLE Alexis, *De la démocratie en Amérique*, Union générale d'Éditions, 1963
- ESCHYLE, *Les Euménides*
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975
- GUÉNO Jean-Paul, *Paroles de détenus*, paroles de A. Mohamed, Libro, 2000
- HUGO Victor, *Claude Gueux*, Le livre de poche, 1995
- HUGO Victor, *Les chants du crépuscule*, 1835
- LUCAS Charles, *De la réforme des prisons*, T.I, 1836, T.II, 1838
- MOTULSKY Henri, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in : *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, D., 1961
- ODENT Raymond, *Les droits de la défense*, EDCE, 1953
- OVIDE, *Les remèdes à l'amour*, Les belles lettres, 2003
- TYLER Tom R., *Legitimacy and criminal justice, International perspectives*, Russel Sage Foundation, 2007
- TYLER Tom.R., *Why people obey the law*, Princetown Univ. Press, 2nd Edition, 2006
- WACHSMANN Patrick et autres, *Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob, Le droit des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1997

III – Thèse et mémoire

- HERZOG-EVANS Martine, *La gestion du comportement du détenu : l'apparence légaliste du droit pénitentiaire*, thèse, Poitiers, 1994
- CHAUMÈS Amandine, Mémoire *Le directeur des services pénitentiaires et la discipline carcérale : entre exigence sécuritaire et respect des droits*, Promotion Pierre Lemoussu du Master 2 Exécution des peines et droits de l'homme, 2010-2011

IV – Articles de doctrine

- ARTUS Patrick, *La pénétration de sanctions disciplinaires dans le champ de la matière pénale*, L.P.A., 5 février 1997, n° 16
- ASSIER-ANDRIEU Louis, *Les avocats, « Identité, culture et devenir »*, Gaz. Pal., Lextenso, Éditions
- CÉRE Jean-Paul, *Feu le nouveau droit disciplinaire pénitentiaire*, A.J. Pénal, 2011
- CÉRE Jean-Paul, *La défense pénale du détenu*, R.P.D.P., 2010, n° spécial
- CÉRE Jean-Paul, *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison*, J.C.P., 2001
- CÉRE Jean-Paul, *Le droit disciplinaire pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne*, A.J. Pénal, 2005
- CÉRE Jean-Paul, *Le procès équitable et le droit de la prison*, R.P.D.P., 2007, n° spécial
- CÉRE Jean-Paul, HERZOG-EVANS Martine, *Fondements et modalités des différents scénarii possibles pour la réforme de la procédure disciplinaire en prison*, Gaz. Pal., 9-11 juin 2002
- COMMARET Dominique, *Les exigences du procès équitable dans le domaine des droits de la défense*, R.S.C., 2005
- DJEATSA FOUEMATIO Lionel, *Le contradictoire dans l'exécution des peines à propos du contentieux de la discipline carcérale*, R.P.D.P.
- DOMINO Xavier, BRETONNEAU Aurélie, *Le juge administratif face à la prison*, A.J.D.A., 2011
- GUINCHARD Serge, *L'application du pacte... par le juge judiciaire*, L.P.A., 25 mai 2000
- GUINCHARD Serge, Rapport de synthèse, R.P.D.P., 2011, n° spécial
- GUYOMAR Mattias, *La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif*, A.J.D.A., 2009
- HERZOG-EVANS Martine, *Aspects pratiques de la procédure disciplinaire pénitentiaire en France, Retour sur expérience*, A.J. pénal, décembre 2013
- HERZOG-EVANS Martine, « La révolution pénitentiaire française », in : O. de SCHUTLER et D. KAMINSKI, *L'institution du droit pénitentiaire : Enjeux de la reconnaissance du droit aux détenus*, Bruylant, LGDJ, 2002
- HERZOG-EVANS Martine, PECHILLON Éric, *L'entrée des avocats en prison et autres conséquences induites par la loi du 12 avril 2000*, D. 2000

- LAINGUI André, *Défense pénale et histoire*, R.P.D.P., 2010, n° spécial
- *La Phalange*, 1^{er} décembre 1838, Cité par M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975
- MATSOPOULO Haritini, *Le contradictoire dans l'enquête pénale, Le contradictoire dans le procès pénal*, Éditions Cujas
- PELLET Alain, « La France et la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, L.G.D.J., 1974
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire du Code civil*
- PRADEL Jean, *Défense pénale et régime de procédure*, R.P.D.P., 2010, n° spécial
- SALAS Denis, *L'avocat, les médias et son client*, R.P.D.P., 2010, numéro spécial
- SAUVAIRE Yves, *L'organisation du contradictoire dans la procédure pénale, La défense pénale dans la phase policière*, R.P.D.P., 2011, n° spécial
- VARAUT Jean-Marc, *Un avocat devant la prison*, R.P.D.P., Avril-juin 2000, p. 182-184
- WACHSMANN Patrick, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob, Le droit des organisations internationales, Bruxelles*, Bruylant, 1997

V – Rapports

- BIGOT DE PRÉAMENEU Félix Julien Jean, *Rapport au Conseil général de la société des prisons*, 1819
- C.G.L.P.L., *Rapport d'activité 2012*, D., 2012
- Le Défenseur des droits, *L'action du Défenseur des droits auprès des personnes détenues*, Bilan 2000-2013
- Ministère de la justice, « Affaires terminées en 2012 », in : *Les chiffres clés de la justice*, 2013

VI – Jurisprudence

- Com E.D.H., *Mac Feely et Q. c/ Royaume Uni*, 15 mai 1980, req. n° 8317/78
- Cour E.D.H., *Antonakopoulos, Vortsale et Antonakopoulou c/ Grèce*, 14 décembre 1999
- Cour E.D.H., *Campbell et Fell c/ Royaume Uni*, 28 juin 1994, Série A, n° 80
- Cour E.D.H., *Cudak c/ Lituanie*, 23 mars 2010, req. n° 15869/02
- Cour E.D.H., *Cocaign c/ France*, 3 novembre 2011, req. n° 32010/07
- Cour E.D.H., *Dayanan c/ Turquie*, 13 octobre 2009, req. n° 7377/03
- Cour E.D.H., *Delcourt c/ Belgique*, 17 janvier 1970, req. n° 2689/65, § 25
- Cour E.D.H., *Engel et autres c. Pays Bas*, 8 juin 1976, req. n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 81, Série A n° 22

- Cour E.D.H., *Ezgeh et Connors c/ Royaume Uni*, 9 octobre 2003, req. n^{os} 39665 et 40086/98, Gr. Ch.
- Cour E.D.H., *Golder c/ Royaume Uni*, 21 février 1975, Série A, n^o 18
- Cour E.D.H., *Hornsby c/ Grèce*, 19 mars 1997
- Cour E.D.H., Gr. Ch., *Kart c/ Turquie*, 3 décembre 2009, req. n^o 8917/05, § 79
- Cour E.D.H., *Khalifaoui c/ France*, 14 décembre 1999, req. n^o 34791/97
- Cour E.D.H., *Kress c/ France*, 7 juin 2001, req. n^o 39534/98
- Cour E.D.H., *Langborger C/ Suède*, Série A, n^o 55
- Cour E.D.H., *Le Compte Van Leuren et De Meyere c/ Belgique*, 23 juin 1981, Série A, n^o 43
- Cour E.D.H., *Niderböst-Huber c/ Suisse*, n^o 104/1995/610/698, 18 février 1997
- Cour E.D.H., *Payet c/ France*, 20 janvier 2011, req. n^o 19606/08
- Cour E.D.H., *Piersack c/ Belgique*, 1^{er} octobre 1982, Série A, n^o 52
- Cour E.D.H., *Platbey c/ France*, 10 novembre 2011, req. n^o 48337/09
- Cour E.D.H., *Saffi c/ Italie*, 28 juillet 1999
- Cour E.D.H., *Salduz c/ Turquie* ; 27 novembre 2008, req. n^o 36391/02
- Cour E.D.H., *Sergueï Zolotouchine c/ Russie*, 10 février 2009, req. n^o 14939/03 § 56, Gr. Ch.
- Cour E.D.H., *Touriki Enosi Xanthis et Al. c/ Grèce*, 27 mars 2008, req. n^o 26698/05 § 56
- Cour E.D.H., *Van Orshoven c/ Belgique*, n^o 95/1995/601/689, 25 juin 1997
- Cour E.D.H., *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, 18 février 1999, req. n^o 28083/94
- Cour E.D.H., *Whitfield c/ Royaume Uni*, 12 avril 2005, n^{os} 46387/99, 48906/99, 57410/00 et 57419/00
- Cour E.D.H., *Winterwerp c/ Pays Bas*, 24 octobre 1979, Série A, n^o 23 -

- Cons. const., déc. n^o 72-75 L, 21 décembre 1972
- Cons. const., déc. n^o 97-389, 22 avril 1997

- Cass. Civ. 7 mai 1828, S.1828, 1, p. 93
- Cass. Crim. 22 mai 1996, *Procédures*, octobre 1996, n^o 306, obs. BUISSON
- Cass. Crim., 19 septembre 2012, n^o 11-88111
- Cass. Crim., 6 novembre 2013, n^o 13-85-658

- C.E., ord. réf., 10 février 2004, ord. n^o 264182
- C.E., 17 décembre 2008, req. n^o 293786
- C.E., 23 février 2011, req. n^o 343965
- C.E., *M. Alboréo*, 28 décembre 2009, req. n^o 328768
- C.E., *Bertin et Korber*, 30 juillet 2003, n^{os} 249563 et 250694
- C.E., Cornilleau, 29 mars 1996, Rec. C.E., p. 153
- C.E., *Dame Veuve Trompier Gravier*, 5 mai 1944, G.A.J.A., n^o 61
- C.E., Ass., *De Bayo*, 12 décembre 1953, Rec. CE, p. 544
- C.E., *El Shennany*, 14 novembre 2008, req. n^o 315622
- C.E., *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. Kehlî*, 30 novembre 2009, req. n^o 318589
- C.E., *Gate*, 16 janvier 1976
- C.E., Sect., *Gervaise*, 10 juillet 1957, Rec. C.E., p. 647
- C.E., *Marie*, 17 février 1995
- C.E., *Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés c/ Bompard*, 26 novembre 2010, req. n^o 329564
- C.E., *Observatoire international des prisons*, 30 juillet 2003, req.n^o 253973
- C.E., Ass., *Planchenault, Boussoar*, 14 décembre 2007, (2 arrêts), req. n^{os} 290420 et 290730
- C.E., Ass., *Secrétaire d'État à la guerre c/ Coulon*, 11 mars 1955, Rec. C.E., p. 149
- C.E., *Section française de l'Observatoire international des prisons*, 17 décembre 2008, req. n^o 293786
- C.E., *Sté la Huta*, 12 mai 1961, Rec. C.E., p. 313
- C.E., *Villes*, 10 août 1918

- C.A.A. Bordeaux, *Mallet*, 2 mai 2002
- C.A.A. Bordeaux, 4 décembre 2007, req. n^o 05BX01057
- C.A.A. Bordeaux, 19 octobre 2010, n^o 10BX00590
- C.A.A. Bordeaux, 20 décembre 2011, req. n^o 11BX00386
- C.A.A. Douai, 3 juin 2003, n^o 01DA00030

- C.A.A. Douai, 1^{er} juin 2011, req. n° 10DA00837
- C.A.A. Douai, 2 février 2012, n° 10DA01431
- C.A.A. Nantes, *A. Aï Taleb*, 20 juin 2000, n°s 97NT00306 et 97NT00307
- C.A.A. Nantes, 10 avril 2008, req. n° 07NT01596, inédit
- C.A.A. Nantes, 18 juillet 2013, n° 12NT03128
- C.A.A. Paris, *Lemercier*, 21 février 2002, n° 99PA02808

- T.A. Amiens, 8 mars 2005, req. n° 0201003, inédit
- T.A. Cergy-Pontoise, *Gautrot*, 19 décembre 2002, n°s 0032773 et 0033869
- T.A. Bordeaux, *Marmi*, 19 mars 2002, req.n° 012360
- T.A. Lyon, *Affaire Benabou*, 11 avril 2000, req. n° 9600703
- T.A. Montpellier, *Affaire Boutin*, 25 octobre 2000, req. n° 972121
- T.A. Montpellier, *Causse*, 30 mai 1996, req. n° 953481
- T.A. Nancy, 23 juin 1998, req. n° 97387
- T.A. Nancy, *Bottichio*, 29 janvier 2002, req. n° 011564, inédit
- T.A. Nantes, 26 avril 2007, n° 056725 et 056739
- T.A. Nantes, 19 juillet 2013, req. n° 110337
- T.A. Pau, *El Borgi*, 15 juin 2000, n° 99803
- T.A. Pau, *Mouesve*, 27 juin 2000, n° 981554
- T.A. Pau, *Roig*, 17 juin 2003, req. n° 011052.
- T.A. Rouen, *Loué*, 30 juin 2000, n° 0093
- T.A. Rouen, *Mekimene*, 5 juin 2003, n° 011217, inédit
- T.A. Rouen, 30 juillet 2004
- T.A. Rouen, 21 décembre 2005, req. n° 0400706
- T.A. Strasbourg, *Serisoy*, 13 juin 1996, inédit
- T.A. Strasbourg, 19 janvier 2001, req. n° 992945
- T.A. Versailles, *Abouchiche*, 16 mars 2001, req. n° 98316
- T.A. Versailles, *Elmokbtari*, 16 mars 2001, n° 987054
- T.A. Versailles, 5 février 2004, req. n° 0201363, (2 décisions)

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. Approche générale	2
2. Principe du contradictoire	3
3. Notions voisines	3
4. Fondamentalité du principe de par sa consécration dans l'ordre juridique	3
5. Fondamentalité du principe de par sa nature	4
6. Les causes d'une récente émergence du principe en matière de procédure disciplinaire pénitentiaire	5
7. L'éveil du principe antérieur à la loi du 12 avril 2000	5
8. Le bourgeonnement du principe postérieur à la loi du 12 avril 2000	6
9. Plan	7

TITRE I

-

L'ÉTAT ACTUEL DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN MATIÈRE DE PROCÉDURE DISCIPLINAIRE PÉNITENTIAIRE

CHAPITRE I : DE L'ABSENCE QUASI-TOTALE DE CONTRADICTION LORS DE LA PHASE PRÉPARATOIRE	9
SECTION I : LE CONSTAT LORS DE LA PHASE PRÉALABLE AU DÉCLENCHEMENT DES POURSUITES	9
§ 1 : LES OBSTACLES À L'ÉTABLISSEMENT DE LA VÉRITÉ PAR LA PREUVE CONTRAIRE	9
A. Le non accès à l'information	9
10. Le caractère lacunaire du droit à l'information	9
11. L'absence de connaissance du dossier	10
B. La non-intervention du mis en cause dans la contestation des faits	10
12. Concernant les auditions et témoignages	10
13. Concernant les demandes d'actes d'investigation	10

§2 : LES OBSTACLES À L'ÉTABLISSEMENT DE LA VÉRITÉ TENANT À LA QUALITÉ DE LA PROCÉDURE	11
A. L'insuffisance dans l'établissement matériel et juridique des faits	11
14. Observations du Défenseur des droits	11
15. Observations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté	12
B. La notion de compétence au cœur des interrogations	12
16. Constatation et réalisation de l'enquête	12
17. La question tenant au professionnalisme du personnel Pénitentiaire	12
SECTION II : LE DOUBLE CONSTAT LORS DU DÉCLENCHEMENT DES POURSUITES	13
§ 1 : LES ATTEINTES AU PRINCIPE LORS DU DÉCLENCHEMENT DES POURSUITES	13
A. Une apparition timorée du droit à l'information	13
18. Le caractère lacunaire du droit à l'information	13
19. Le caractère discriminatoire du droit à l'information	14
B. Une apparition timorée du droit à la préparation de la défense	14
20. La tardiveté et l'insuffisance du droit à la consultation du dossier	14
21. Relativité du droit à la préparation de la défense	15
§ 2 : LE BANNISSEMENT DU PRINCIPE LORS DU PLACEMENT EN CELLULE DISCIPLINAIRE PRÉVENTIVE	15
A. Un constat inquiétant	16
22. Une exclusion pure et simple du principe	16
23. Une inquiétude renforcée par le non-respect des critères définis par le législateur	16
B. Un constat alarmant	17
24. Au regard du caractère violent de la mesure	17
25. Au regard de la présomption d'innocence	17
CHAPITRE II : À L'APPARENCE DE CONTRADICTION LORS DE LA PHASE DÉCISOIRE	18
SECTION I : LA FRAGILITÉ DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE	18
§1 : DE LA FRAGILITÉ DANS L'ASSISTANCE DU DÉTENU	18
A. L'inapplication casuelle du principe	18
26. Les cas d'exclusion de l'avocat	18
27. Le cas de l'absence de l'avocat	19
B. L'inapplication du principe aux personnes non francophones	19
28. Le caractère non impératif du recours à l'interprète	19
29. L'absence totale d'intervention en pratique	20

§2 : DE LA FRAGILITÉ DU PRINCIPE DANS LA DIFFICULTÉ D'ÉTABLIR LA PREUVE CONTRAIRE	20
A. Les obstacles à l'établissement de la vérité par la preuve contraire	20
30. Pouvoir d'appréciation discrétionnaire et auditions de témoins	20
31. Examen du dossier individuel et inégalité des armes	21
B. Une audience contradictoire sans contradicteur	22
32. L'absence de représentation de l'accusation	22
33. La question tenant à la représentation de l'accusation par le chef d'établissement	22
 SECTION II : LE CAS PARTICULIER DE LA COMPOSITION DE LA COMMISSION DE DISCIPLINE	 22
 § 1 : L'IMPARTIALITÉ EN TANT QUE CONDITION SINE QUA NON DE L'EFFECTIVITÉ DU PRINCIPE	 22
A. La question tenant à l'impartialité objective du président de la commission	23
34. De par le cumul de fonctions antagonistes	23
35. De par sa mission et son appartenance	23
B. Le renforcement de l'interrogation	24
36. De par la non-indépendance de la Commission	24
37. De par l'apparente collégialité de la Commission	25
 § 2 : LA JUSTICE EN TANT QUE COROLLAIRE DE L'IMPARTIALITÉ	 25
A. L'appréciation de la question tenant à l'exigence d'impartialité	26
38. Par le juge administratif	26
39. Par le juge européen	26
B. Vers une inévitable réforme ou une condamnation prochaine de la France	26
40. On ne transige pas avec l'impartialité de la justice	26
41. Les propositions doctrinales	27

TITRE II

-

VERS L'EFFECTIVITÉ DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN MATIÈRE DE PROCÉDURE DISCIPLINAIRE PÉNITENTIAIRE

CHAPITRE I : LES ARGUMENTS JURIDIQUES	29
 SECTION I : LA PLACE GRANDISSANTE DU DROIT EUROPÉEN AU SEIN DES PRISONS FRANÇAISES	 29
 § 1 : L'ARTICLE 6 AUX PORTES DES PRISONS	 29

A. La non-application de l'article 6 au procès disciplinaire	29
42. L'affirmation des juridictions administratives	29
43. L'affirmation partielle de la Cour européenne des droits de l'homme	30
B. L'applicabilité de l'article 6 au procès disciplinaire	31
44. La pénétration de sanctions disciplinaires dans le champ de la matière pénale	31
45. La suffisance de l'argument	31
§ 2 : VERS LA PÉNÉTRATION DE L'ARTICLE 6 AU SEIN DES PRISONS FRANÇAISES	32
A. L'instauration progressive d'une approche européenne de la prison	32
46. Une réalité prise en considération par une partie de la jurisprudence administrative	32
47. Vers le caractère pénal de la sanction de cellule disciplinaire	33
B. L'appartenance de la France au Conseil de l'Europe	33
48. Nulle démocratie sans respect des engagements de la France	33
49. Nulle démocratie sans prééminence du droit	34
SECTION II : LA PLACE GRANDISSANTE DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE AU SEIN DES DISCIPLINES JURIDIQUES MÈRES	35
§1 : LA QUESTION DE L'EFFECTIVITÉ AU REGARD DE L'ÉVOLUTION EN MATIÈRE PÉNALE	35
A. Le processus de rapprochement de la matière disciplinaire avec la matière pénale	35
50. Le rapprochement du droit disciplinaire avec le droit pénal	35
51. Le rapprochement de la procédure disciplinaire avec la procédure pénale	36
B. Une évolution à deux vitesses du principe du contradictoire	36
52. Analyse comparative de l'effectivité du principe	36
53. L'évolution constante du principe en matière de procédure pénale	37
§ 2 : LA QUESTION DE L'EFFECTIVITÉ AU REGARD DE LA SPÉCIFICITÉ DE LA MATIÈRE	38
A. De la spécificité administrative	39
54. L'incontestable parenté entre la matière disciplinaire et la matière Administrative	39
55. L'évolution constante du principe en matière de procédure administrative	39
B. De la spécificité pénitentiaire à celle de la situation de détenu	40
56. L'amenuisement de la spécificité pénitentiaire	40
57. Le mouvement de reconnaissance des droits fondamentaux des détenus	41
CHAPITRE II : LES ARGUMENTS MÉTA-JURIDIQUES	42
SECTION I : L'ESPOIR EN LA FRATERNITÉ ET L'ÉGALITÉ	42

§ 1 : NULLE EFFECTIVITÉ SANS IMPLICATION HUMAINE DES AVOCATS	42
A. La désaffection de l'avocat	42
58. État actuel de la situation	42
59. Les causes de la désaffection	42
B. La résurrection de l'avocat	43
60. Le renouement avec la mission initiale de l'avocat	43
61. L'opinion publique en tant que moteur de l'évolution	44
§ 2 : NULLE EFFECTIVITÉ SANS RÉÉQUILIBRAGE DU RAPPORT INÉGALITAIRE GÉNÉRAL	44
A. Regard général sur l'équité des rapports	44
62. Entre richesse et pauvreté	44
63. Entre dominant et dominé	45
B. L'assujettissement de l'évolution du principe du contradictoire au rééquilibrage des rapports inégaux généraux	45
64. L'égalité en tant que moteur du renouvellement du sens de la sanction pénale	45
65. Le renouvellement du sens de la sanction pénale en tant que moteur de l'évolution du principe du contradictoire	46
SECTION II : L'ESPOIR EN LA JUSTICE	46
§ 1 : NULLE JUSTICE SANS CONTRADICTION	46
A. La vérité au cœur de la fondamentalité du principe	46
66. L'inévitable prise en considération des pluralités de vérités relatives	46
67. L'exclusion de la vérité du détenu	46
B. La légitimité de la justice au cœur de l'effectivité du principe	47
68. L'ineffectivité du principe comme cause de l'illégitimité de la justice	47
69. L'interrogation tenant au caractère juste de la loi	48
§ 2 : NULLE JUSTICE SANS RÉFORME	48
A. L'union en tant que pierre angulaire de la réforme	48
70. La question préalable tenant à la pertinence de l'accroissement des droits des détenus	48
71. Une évolution dans l'union et non la division	49
B. L'amour en tant que pierre angulaire de la réforme	50
72. Et si le détenu n'était que ce chêne pédonculé fragilisé par la vie ?	50
73. Pour vous en convaincre	50
<i>Index alphabétique</i>	53
<i>Bibliographie</i>	55

