

UNIVERSITE PARIS I - PANTHEON-SORBONNE

U.F.R. 07 Etudes Internationales et Européennes

N° attribué par la bibliothèque

THESE

Présentée et soutenue publiquement
pour obtenir le grade de
Docteur en droit de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Par Georgia **BECHLIVANOU MOREAU**
le 4 juillet 2008

**LE SENS JURIDIQUE DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE AU
REGARD DE L'APPLICATION DES DROITS DE L'HOMME DANS LA
PRISON**

Etude comparative de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, du droit
français et du droit grec

Directeur de thèse

Madame Geneviève **GIUDICELLI-DELAGE**
Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

JURY

Madame Geneviève **GIUDICELLI-DELAGE** (Présidente du jury)
Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Monsieur Théodore **PAPATHEODOROU**
Professeur à l'Université de Péloponnèse

Madame Pierrette **PONCELA** (rapporteur)
Professeur à l'Université Paris X (Nanterre)

Monsieur Jean-François **RENUCCI** (rapporteur)
Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Madame Eliette **RUBI-CAVAGNA**
Maître de conférences à l'Université de Saint-Etienne

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

L'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), n'entend donner aucune approbation ni désapprobation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs

Remerciements

Je tiens à remercier tous ceux qui m'ont permis de réaliser ce long et « cher » travail.

Mes parents. Je ne les remercierai jamais assez.

Mon époux et mes fils pour leur soutien moral et matériel.

Deux organismes grecs qui m'ont accordé des bourses et m'ont ainsi permis d'accomplir ce travail :

-la *Fondation Nationale des Bourses (IKY)*

- la *Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme.*

Enfin, mes remerciements vont également au professeur *Mireille Delmas-Marty* pour m'avoir initié à la recherche universitaire et accompagné la réalisation de cette thèse. Ils vont aussi au professeur *Geneviève Giudicelli-Delage* pour m'avoir permis de mener à terme ce travail.

SOMMAIRE

AREVIATIONS

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

UNE PEINE A DIMENSION PHYSIQUE DEPASSANT LA PRIVATION DE LA LIBERTE D'ALLER ET VENIR

TITRE I. LE SENS DETERMINE AU REGARD DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA LIBERTE ET L'INTEGRITE PHYSIQUE SOUMIS A DES DEROGATIONS

Chapitre 1. Le sens déterminé par l'exercice du droit à la liberté

Section 1. Le contrôle européen de la « légalité de la détention ultérieure »

Section 2. Le contrôle national indirect de la légalité temporelle de la détention

Chapitre 2. Le sens déterminé par l'exercice du droit à la vie

Section 1. La garantie du droit à la vie au regard des obligations négatives

Section 2. La garantie du droit à la vie au regard des obligations positives

TITRE II. LE SENS DETERMINE PAR L'INTERDICTION ABSOLUE DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS

Paragraphe introductif. Sens et protection juridique de la dignité

Chapitre 1. Application des interdits dans la garantie de l'intégrité physique et mentale des détenus

Section 1. Les garanties contre tous types de violences

Section 2. Les garanties contre les conditions matérielles dégradantes

Section 3. Les garanties contre les régimes de sécurité renforcée

Section 4. Les questions de la capacité à subir une détention

Chapitre 3. Application des interdits dans la garantie de la santé des détenus

Section 1. Les obligations positives visant à garantir des soins adéquats

Section 2. L'obligation des Etats de s'assurer de la compatibilité de l'état de santé avec la détention

Section 3. L'obligation des Etats de respecter le secret et le consentement médical

DEUXIEME PARTIE

UNE PEINE A DIMENSION MULTIPLE RESTRICTIVE DE LA LIBERTE AU SENS LARGE

TITRE I. LE SENS DETERMINE PAR L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA SPHERE DE VIE PRIVÉE

Chapitre 1. Le sens déterminé par le respect de la vie privée en général

Paragraphe introductif : Sens et protection de la vie privée

Section 1. La prison restrictive de la vie privée individuelle

Section 2. La prison restrictive de la vie privée interindividuelle

Chapitre 2. Le sens déterminé par le respect de la vie familiale

Section 1. Les restrictions dans la création d'une vie familiale

Section 2. Les restrictions au maintien de la vie familiale

TITRE II. LE SENS DETERMINE AU REGARD DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA VIE ECONOMIQUE

Chapitre 1. L'étendue de l'exercice des droits relatifs au travail

Section 1. La soumission du détenu a une relation de travail particulière

Section 2. Les raisons sous-jacentes aux particularités du statut du détenu au travail

Chapitre 2. L'étendue de l'exercice des droits relatifs à la gestion des biens

Section 1. Des restrictions privatives d'autonomie financière

Section 2. Des restrictions réduisant le détenu à un état de pauvreté égale

TITRE III. LE SENS DETERMINE PAR L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA SPHERE DE LA VIE INTELLECTUELLE ET CITOYENNE

Chapitre 1. L'exercice des droits à se former, s'informer et croire

Section 1. Le droit à l'éducation

Section 2. La liberté d'information

Section 3. La liberté religieuse

Chapitre 2. L'exercice des droits d'expression

Section 1. L'expression générale

Section 2. L'expression politique en particulier

ABREVIATIONS

/	Contre
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa
AMM	Association médicale mondiale
AP	Administration pénitentiaire
APC	Archives de politique pénale
Arch. ph. dr.	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Chambre criminelle)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Chambres civiles)
C. civ.	Code civil
C. déontol.	Code de déontologie
C. élect.	Code électoral
C. pénit.	Code pénitentiaire
C. sant. pub.	Code de la santé publique
C. séc. soc.	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
c.	Contre
C.pén.	Code pénal
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel (français)
CCNE	Comité Consultatif National d'Éthique
CDPC	Comité européen pour les problèmes criminels
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CES	Conseil économique et social
Ch	Chambre
Chron.	Chronique
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
Circ.	Circulaire
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNDS	Commission nationale de déontologie de la sécurité
CommDH	Commissaire aux droits de l'Homme
Concl.	Conclusions
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CPP	Code de procédure pénale
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture
CREDOC	Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie
CRFTD	Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus
D	Décision (Commission européenne des droits de l'homme)
D.	Dalloz
DAP	Direction de l'administration pénitentiaire
DC	Décision du Conseil constitutionnel (français)
Dir.	Sous la direction
Doctr.	Doctrine
Ed.	Edition
Farapej	Associations Réflexion Action Prison et justice
FIDH	Fédération Internationale des Droits de l'Homme
FRAMAFAD	Fédération régionale des maisons d'accueil des familles et amis de détenus
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

GENEPI	Groupe national d'enseignement aux personnes incarcérées
HCSP	Haut Comité de la Santé Publique
Ibid	Ibidem
IGAS/IGSJ	Inspection générale des services judiciaires
IHESI	Les cahiers de la sécurité intérieure
Infra	Plus loin
INSEE	Institut National de la Statistique et des Études Économiques
JAP	Juge de l'application des peines
JCP	Juris-classeur périodique (La semaine juridique)
JO	Journal officiel
Leb.	Lebon
NOV	Nomiko Vima (La tribune, grec)
Obs.	Observations
OFDT	Observatoire français des drogues et des toxicomanies
OIP	Observatoire internationale des prisons
OIT	Organisation internationale du travail
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations-Unies
p.	Page
P.ex.	Par exemple
préc.,	Précité
R	Rapport (Commission européenne des droits de l'homme)
R.G.D.I..P,	Revue Générale de Droit international public
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>R.T.D.H.</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recommandations
Règlem. Int.	Règlement pénitentiaire intérieur (grec)
Rép. pén. Dalloz	Répertoire pénal Dalloz
Res.	Résolutions
Rev. fr. dr.adm.	Revue française de droit administratif
Rev. pénit.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
Rev. trim. Ddh	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RICPT	Revue internationale de criminologie et de police technique
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RPDP	Revue pénitentiaire et droit pénal
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
S.	Sirey
s.	Suivant
Sect.	Section
Sté	Société
Supra	Plus haut
t.	Tome
TA	tribunal administratif
TAP	Tribunal de l'application des peines
TGI	Tribunal de grande instance
TOS	To syntagma (La Constitution, grec)
Vol.	Volume
VIH	Virus de l'Immunodéficience Humaine

INTRODUCTION

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

La mutation des droits de l'homme en principes de valeur juridique a marqué une étape importante dans l'évolution de la société occidentale. Elle a marqué la « restauration de la transcendance » par le retour du droit comme valeur commune¹.

Expression d'un « idéal commun à atteindre », leur avènement a marqué la naissance « d'un nouveau type de légitimité », d'un nouveau questionnement du juste et de l'injuste² ; il a amené l'interrogation du « droit du droit »³, « de ce qui peut être du droit de ce qui ne peut pas être du droit »⁴.

En effet, la reconnaissance des droits de l'homme comme des métanormes juridiques qui transcendent le droit positif⁵, a introduit une nouvelle rationalité du droit. Cet effet est indéniable, au niveau européen, depuis l'application de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention). Signée à Rome le 4 novembre 1950 et mise en vigueur en 1953 afin de renforcer sur le plan régional la Déclaration universelle des droits de l'homme, elle fait partie des droits internes européens. Elle est également dotée d'un mécanisme de contrôle juridictionnel européen assuré par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour).

Le raisonnement suivi par cette instance dans l'interprétation des droits garantis par la Convention et le contrôle de conformité des droits nationaux à leurs exigences a déjà entraîné la mutation d'un nombre de branches du droit des ordres juridiques nationaux. Son raisonnement n'est pas binaire ni figé. Il fait place à un raisonnement ouvert et pluraliste⁶, Un raisonnement qui permet enfin de rendre un véritable jugement au sens de J. Derrida : parce que « le juste et l'injuste n'est jamais assuré par une règle »⁷.

¹ L. FERRY et A. REBAULT, « Penser les droits de l'homme », in *Esprit*, n° 3, 1983, p. 68

² « Nous n'avons quelque chance d'apprécier le développement de la démocratie et les chances de la liberté qu'à condition de reconnaître dans l'institution des droits de l'homme les signes de l'émergence d'un nouveau type de légitimité, et d'un espace public où les individus sont autant les produits que les instigateurs », C. LEFORT, « Les droits de l'homme en question », *R.I.E.J.*, 1984.13, pp. 25-38.

³ F. EWALD, « Le droit du droit », *APC*, n° 31, p. 247, p. 258.

⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le Flou du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 296.

⁵ Celle-ci a été amorcée après la seconde guerre mondiale : au niveau mondial par la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) ; au niveau européen par l'adoption de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), et au niveau national par le développement de la « justice constitutionnelle », L. FAVOREU, « Propos d'un néo-constitutionnaliste », (J.-L. SEURIN, dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 23 et s.

⁶ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994, p. 194. F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'Etat*, Paris, PUF, 1989, p. 460 et s.

⁷ J. DERRIDA, *Force de loi*, Paris, éd. Galilée, 1994, p. 38.

Le droit pénal est la branche de droit qui connaît la mutation la plus significative. On peut dire en effet que « la protection des droits de l'homme marque d'abord les limites du pouvoir de punir des Etats : le pouvoir d'incriminer, mais aussi les conditions des poursuites, de la condamnation, du choix et de l'exécution de la peine »⁸. Parmi ces mutations, celle de la notion de peine est parmi les plus marquantes. Ainsi que l'a démontré Christian Jacq⁹, la jurisprudence de la Cour dans le domaine de la sanction pénale en général a constitué un apport important. Elle a redessiné l'espace de la « sanction pénale ». D'un côté, elle l'a limitée en interdisant un nombre de peines contraires à la dignité¹⁰. De l'autre, elle l'a élargie par l'intermédiaire de la notion d'« accusation en matière pénale » qui détermine le champ d'application du droit au procès équitable (article 6 Conv. EDH). L'expression « matière pénale » a conduit à la mutation de la notion même de sanction pénale. Celle-ci a acquis un sens européen autonome ne coïncidant pas avec les sanctions pénales prévues par les droits pénaux internes. Elle peut couvrir des sanctions relevant d'autres branches du droit comme le droit administratif, civil ou disciplinaire¹¹. Comme l'a souligné Mireille Delmas-Marty, cela n'est cependant pas sans entraîner sinon « la perte, à tout le moins un affaiblissement de l'identité de la peine »¹².

Les critères de définition de la « peine », ou "sanction pénale", sont précisés dans les arrêts portant notamment sur la contrainte par corps, les confiscations et les amendes¹³. La Cour examine en premier lieu si la sanction, ou la mesure, a été prononcée à la suite d'une condamnation pour « infraction ». Elle examine ensuite la qualification de la sanction en droit interne, sa nature et son but, les procédures de son adoption et de son exécution ainsi que sa gravité. En application de ces critères, les sanctions ou mesures qui sont, jusqu'à présent, analysées comme des peines au sens de l'article 7 et considérées comme déterminantes dans l'appréciation de la matière pénale au sens de l'article 6, sont en premier lieu les privations de liberté à but répressif : « Dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la matière pénale les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution

⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le Flou du droit*, préc., p. 315 ; Ch. JACQ, L. PETTITI, « Les sanctions au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *APC*, n° 7, préc., p. 176.

⁹ C. JACQ, *Vers un droit commun de la sanction. L'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, Thèse Paris XI, 1989.

¹⁰ Les peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3) ; les travaux forcés (art. 4) ; les expulsions collectives (Protocole n° 4) ; les expulsions individuelles comportant des risques sérieux d'exposer la personne des risques pour sa vie ou à des traitements contraires à l'article 3, soit à des tortures ou des traitements inhumains ou dégradants, soit à des risques pour sa santé ; les peines perpétuelles dans le cas des mineurs ; toutes les peines portant atteinte à l'intégrité physique, à la dignité et à la vie ; la peine de mort (protocole n° 6).

¹¹ La notion de matière pénale a fait l'objet d'étude du groupe de travail dont les résultats ont été publiés, en 1987, dans la revue de science criminelle ; « La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *RSC*, 1987, n° 4, pp. 819-862.

¹² M. DELMAS-MARTY, *Le Flou du droit*, préc., pp. 15-22.

¹³ « La notion de "peine" contenue dans l'article 7 § 1 possède une portée autonome. Pour rendre efficace la protection offerte par cette disposition, la Cour demeure libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une "peine" au sens de cette clause », CEDH, *Welch c. R.U.*, 9 fevr. 1995, Série A n° 307-A, § 27 ; CEDH, *Jamil c. France*, n° 15917/89, 8 juin 1995, A317-B, § 30 ; CEDH, *T. c. R.U. [GC]*, n° 24724/94, 16 déc. 1999, Recueil 1999-IX.

ne sauraient causer un préjudice important. Ainsi le veulent la gravité de l'enjeu, les traditions des Etats contractants et la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne¹⁴. » Suivent les *confiscations* et les *amendes* lorsqu'elles présentent une gravité dépassant le profit effectivement tiré de l'infraction et sont assorties d'une mesure coercitive telle que la menace d'une contrainte par corps¹⁵.

L'influence de ce sens européen en droit interne est indéniable. Le Conseil constitutionnel français parlait de « sanction ayant le caractère d'une punition » dans sa décision du 16 juillet 1987 à propos du champ d'application du principe de nécessité des peines à des sanctions non prononcées par les juridictions répressives¹⁶. En 2003, un colloque a été consacré à la « sanction à caractère répressif », et à la délimitation du champ qu'elle est susceptible de couvrir en droit français¹⁷.

Le nouveau cadre de la question du sens de la peine privative de liberté

Mais la mutation de la sanction pénale n'est pas seulement due au changement des critères qui la rendent identifiable en tant que telle au sens européen. Le changement des critères vise à renforcer, lors des procès pénaux, la garantie des droits de la défense et le contrôle du choix de la peine.

L'application des droits de l'homme dans la prison, qui permet de contrôler les conditions d'exécution de la peine privative de liberté nous montre l'amorce d'une mutation encore plus profonde de la peine (la peine privative de liberté étant « la seule peine spécifiquement pénale »¹⁸) : son retour dans la rationalité juridique et donc la maîtrise de son sens par le droit. Car appliquer les droits de l'homme dans la prison, c'est instaurer le rôle dialectique du droit également dans les rapports entre détenu et pouvoir ; c'est-à-dire son rôle de garant de l'équilibre entre la liberté de l'individu et l'intérêt général¹⁹. Dès lors, l'application de ces droits dans la prison suppose la reconnaissance d'un espace de liberté pour le détenu que le pouvoir doit lui garantir ; reconnaissance qui, dans le cas des détenus condamnés, signifie que le raisonnement a dû porter sur le sens de leur

¹⁴ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, Série A, n° 22, § 82 ; CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, n°s 7819/77, 7878/77, 28 juin 1984, Série A, n° 80 ; CEDH, *Jamil c. France*, préc., § 32. Dans ce dernier arrêt, (arrêt *Jamil*), la Cour a qualifié de peine au sens de l'article 7 la contrainte par corps dont était assortie une amende douanière. Elle a, à ce propos, déclaré : « Prononcé par la juridiction répressive et destinée à exercer un effet dissuasif, la sanction infligée pouvait aboutir à une privation de liberté de caractère répressif ; elle constituait donc une peine au sens de l'article 7 par 1 de la Convention ».

¹⁵ Dans l'arrêt *Welch*, précitée, que la Cour avait conclu à propos de la confiscation : « Eu égard à la combinaison d'éléments répressifs, l'ordonnance de confiscation s'analyse comme une peine », CEDH, *Welch c. R.U.*, préc., § 34.

¹⁶ CC, Déc. n° 87-237 DC 30 déc. 1987 sur la loi de finances pour 1988.

¹⁷ « La sanction », Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, Paris, éd. L'Harmattan, 2007.

¹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, préc., p. 30.

¹⁹ D. LOSCHAK, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », in *Le droit et l'institution totalitaire*, Paris, PUF, 1981, pp. 174-177.

peine en tant que privation de liberté. Précisément, il a dû porter sur les limites de la liberté visée par leur peine et poser alors comme objectif principal la protection des détenus contre l'arbitraire, à savoir contre le dépassement de ces limites. En effet, nous allons voir qu'un tel raisonnement a été nécessaire, non pour reconnaître en théorie les détenus comme sujets des droits de l'homme, mais pour assurer l'exercice effectif de ces droits dans la prison.

Ce raisonnement a impliqué la mutation de la peine dans la mesure où, de notion criminologique et hors de l'emprise du droit car déterminée par les fonctions assignées à la peine et notamment par celle de traiter les détenus et identifiée à la prison en tant que lieu de vie, la peine devient une notion juridique : elle devient la « peine privative de liberté » et rentre dans la rationalité juridique et donc sous la maîtrise du droit.

Cette mutation a été amorcée au début des années 1970 sous l'influence des droits de l'homme. Elle a été formalisée au sein du Conseil de l'Europe, dans un premier temps, dans la Recommandation du Comité des Ministres relative aux *Règles minima pour le traitement des détenus* (1973). Ce texte limitait l'élément punitif à la privation de liberté : « L'emprisonnement, par la privation de liberté, est une punition en tant que telle. Les conditions de détention et les régimes pénitentiaires ne doivent donc pas aggraver la souffrance ainsi causée...²⁰ ». Cela a été réaffirmé et le rôle de la prison mieux déterminé par le *Comité européen pour les problèmes criminels* dans un rapport publié en 1986 qui consacre cette double rupture : d'une part, l'abandon du traitement comme objectif de la peine au profit d'un sens de la peine limité à la privation de la liberté : « La détention devrait uniquement consister dans la privation de la liberté²¹ » ; et, d'autre part, la limitation du rôle de la prison à l'exécution de la peine privative de liberté : « Constatant l'insuccès et l'ambiguïté de la prison comme lieu de resocialisation, on préfère s'orienter vers un concept de prison comme lieu d'exécution de la peine privative de liberté²² ».

Le *Comité européen pour la prévention de la torture* (CPT), ne se prive pas de l'occasion de rappeler cette limitation du sens punitif de la privation de liberté : « A cet égard, le principe général selon lequel une personne est envoyée en prison à titre de sanction et que cette sanction doit être limitée à la privation de liberté, peut utilement être rappelé²³ » Des droits nationaux, à l'instar du droit grec, commencent à adopter ce principe : « Durant l'exécution de la peine, aucun autre droit des détenus n'est restreint à part le droit à la liberté personnelle » (art. 4 § 1, C. pénit.). Nous verrons que la Cour a reconnu cette limitation, implicitement, dès son premier arrêt en matière d'application des droits

²⁰ Cette limitation prévue par la règle n° 58, a été reprise par les Règles pénitentiaires européennes de 1987 dans la Règle n° 64, et dans les Règles pénitentiaires européennes de 2006, dans la règle n°102. 2.

²¹ Ces propos figurent dans le Rapport du Comité européen pour les problèmes criminels sur *Les régimes des institutions pénitentiaires*, Conseil de l'Europe, 1986, p. 5.

²² *Ibid.*, p. 10.

²³ CPT/Inf (2007) 45, *Rapport de visite*, Italie, du 22 octobre au 6 novembre 1995.

de l'homme à l'égard des personnes privées de leur liberté, l'arrêt de « vagabondage » rendu en 1972²⁴. Mais c'est seulement à partir de 2002, dans l'arrêt *Ploski*²⁵, qu'elle l'a reconnue de manière explicite.

Cette évolution de la position du Conseil de l'Europe reflète clairement l'émergence, d'une part, d'un sens de la peine distinct du lieu de la prison : la peine est la privation de liberté ; la prison n'est qu'un des lieux de son exécution. Elle reflète, d'autre part, l'émergence d'une nouvelle exigence en matière de droit de la peine : la limitation des effets matériels et juridiques de la prison à la seule privation de la liberté. Ceci implique, d'ailleurs, un deuxième affaiblissement de l'identité de la peine : si la privation de liberté doit avoir le même sens juridique à l'égard de tous les détenus, et que le rôle de la prison doit se limiter à la réalisation de ce sens, la privation de la liberté à titre pénal ne présente rien de particulier par rapport à sa privation à titre préventif ou à d'autres titres. Il y a une uniformisation du statut juridique de tous les détenus²⁶.

Cette évolution place en outre la protection de tous les détenus contre l'arbitraire au cœur du droit pénitentiaire et du droit pénal et, de ce fait, rend central le rôle de la notion de privation de liberté. Si, au regard du droit pénal, le détenu n'est privé que de sa liberté, la notion de privation de liberté devient déterminante pour le statut juridique pénal mais aussi pour le statut pénitentiaire du détenu. C'est elle qui doit arbitrer le nouvel équilibre des rapports créés entre le pouvoir et les personnes privées de leur liberté en posant comme principe la limitation de l'ingérence du pouvoir à la seule privation de la liberté. Mais ce rôle de la notion de privation de liberté fait naître une autre question cruciale : celle de la détermination de son propre sens et donc de ses propres limites. Pour pouvoir servir de référence protectrice contre l'arbitraire en posant des limites claires au pouvoir, il faut que la privation de liberté soit une notion au contenu précis. Cette précision revêt une dimension et une importance particulières dans le cadre de la privation de liberté à titre de peine principale. Le droit pénal est régi par le principe fondamental de légalité des peines. Il nous semble évident que ce principe implique plus qu'une délimitation, la définition juridique des peines, à savoir une définition de leur contenu en termes clairs et précis²⁷. Seule une telle définition de la privation de liberté est à même d'imposer des limites au pouvoir dans ses relations avec les détenus. Nous pouvons alors dire que ce retour demande une ré-interprétation du principe de légalité des peines.

²⁴ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp, c. Belgique*, 18 juin 1971, Série A.

²⁵ CEDH, *Ploski c. Pologne*, n°26761/95, CEDH 2002-XI. Elle l'a depuis affirmé dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, §§ 69 et 70, CEDH 2005-IX ; ou encore dans la décision *Sotiropoulou c. Grèce (déc.)*, n° 40225/02, CEDH 2007-I.

²⁶ Succédant à celle qui a lieu entre les deux guerres mondiales visant à mettre en oeuvre un traitement individualisé des détenus qui exigeait leur classification en catégories criminologiques, rendant caduque leur classification en catégories juridiques, Voir aussi H. PHANDER, « Le problème d'unification des peine privative de liberté », *Recueil de doctrine en matière pénale et pénitentiaire*, vol. 15, n°2-3, p. 238 et P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1970.

²⁷ M. MIAILLE, « Le droit par l'image », *Droit & Société*, n°16, 1990 ; G. BECHLIVANOU, « Symbole et verbe au sein du droit. A propos des lieux fermés et de la notion de privation de liberté dans la jurisprudence européenne », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1607-1625.

Le principe de légalité des peines est une garantie fondamentale de la sécurité juridique mais aussi du droit à la sûreté²⁸. Son but est de protéger la liberté individuelle contre l'arbitraire, dans la mesure où elle permet aux personnes de connaître à l'avance les interdits et les sanctions. Ce principe est consacré depuis la Déclaration française des droits de l'homme de 1789 (art. 7²⁹). Seul le régime totalitaire nazi a abandonné ce principe afin de réprimer tout acte considéré par les juges comme antisocial. Ainsi que le rappelle Bernard Bouloc, ils parlaient de « nullum crimen sine poena » à la place de « nullum crimen, nulla poena sine lege »³⁰. Ce dernier principe figure actuellement aussi bien dans les textes contemporains des droits de l'homme, comme ceux de la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 11 § 2³¹) et de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 7³²), que dans les législations nationales³³. Il est interprété par la doctrine comme l'exigence que la nature et la durée des peines encourues et celles effectivement appliquées pour une infraction donnée soient prévues par une loi avant que l'infraction soit commise³⁴. Or, nous estimons que l'intérêt de ce principe serait affaibli s'il n'était pas entendu dans le sens impliquant que la loi doit non seulement énoncer une peine et sa durée, mais aussi préciser son contenu en termes clairs, précis et exhaustifs. Autrement dit, passer d'une conception formelle de la légalité des peines à une conception également substantielle. Pour l'instant, le seul élément substantiel dans l'appréciation de la légalité est le respect de la proportionnalité à travers le principe de nécessité des peines. Principe qui, s'agissant des peines privatives de liberté, demeure toutefois lui aussi formel

²⁸ A côté des garanties du procès équitable, selon C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 8^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2005, pp.224 et s. ; J. ROBERT, J. DUFFAR, *Droit de l'homme et libertés fondamentales*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, pp. 268-270.

²⁹ « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. »

³⁰ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 20^e éd., Dalloz, 2007, p. 137.

³¹ « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne consistent pas en un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis. »

³² « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ».

³³ Article 7 § 1 de la Constitution grecque : « Il ne peut y avoir de délit et aucune peine ne peut être prononcée sans qu'une loi, entrée en vigueur avant que l'acte n'ait été commis, n'en détermine ses éléments constitutifs. En aucun cas n'est prononcée une peine plus lourde que celle prévue au moment où l'acte a été commis » ; et le premier article du Code pénal grec et article 111-3 al.b du Code pénal français.

³⁴ « Il ne peut y avoir de peine qui n'ait été prévue et déterminée par la loi », « la peine doit être fixée avec précision » ; « Le juge ne peut infliger une peine non prévue par la loi ou différente par sa nature et sa durée de celle prévue par la loi », G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 18^e éd., Dalloz, 2003, p. 101, pp. 133-138. Quant à la politique d'individualisation des peines, elle ne doit pas être vue comme une atteinte à ce principe. Comme le souligne, Caroline GAU-CABEE, il n'y pas de déclin de la légalité à cause de l'écart entre la peine encourue, prononcée et effectivement exécutée. Le pouvoir du juge demeure à toutes ces phases encadré par la loi : toutes les modalités d'individualisation des peines et les conditions de leur application sont prévues par la loi. L'individualisation des peines doit être vu, comme le laisse entendre la décision du Conseil constitutionnel, du 25 juillet 2005, comme « le corollaire du principe de nécessité et de proportionnalité des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 », C. GAU-CABEE C., « *Arbitrum judicis*, Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », *A propos de la sanction*, Presses de l'Université des sciences sociale de Toulouse, 2007, pp. 39-61. Voir dans le même sens, Th.. PAPTODOROU, *De l'individualisation des sanctions pénales et ses contraintes*, Thèse, Université de Poitiers, 1992.

dès lors qu'il s'épuise dans la détermination de la durée de la peine prononcée ; il ne s'étend pas sur la précision du contenu à savoir, de quelle(s) liberté(s) et dans quelle mesure la personne est-elle précisément privée. Or, de même que le Conseil constitutionnel affirme dans ses décisions³⁵ qu'une loi doit définir avec précision les éléments constitutifs d'une infraction en termes clairs et précis, la peine doit être prévue en termes clairs, précis et exhaustifs (stricts), ne supportant aucune extension du contenu. Pour le moins, tel doit être le cas pour les peines dont le sens se prête à une interprétation et encore pour des peines qui portent atteinte à un droit fondamental.

S'il y a des peines qui ne nécessitent pas une telle précision, comme par exemple la suspension ou le retrait du permis de chasse ou du permis de conduire, cela n'est pas le cas pour d'autres peines, dont la peine privative de liberté. Elle constitue par excellence une notion au contenu difficile à définir alors qu'elle porte atteinte à un droit fondamental. « La liberté, c'est un de ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens », a écrit Paul Valéry³⁶. « Il n'y a pas de mot qui ait reçu des significations des plus différentes... que celui de liberté », s'exclamait Montesquieu³⁷. « La liberté est un mot redoutable » confirme Jean Rivero³⁸. « Chacun l'entend à sa façon », constate Georges Burdeau³⁹. Certes, des précisions sont apportées à la liberté dans le champ juridique. Mais elles nous semblent insuffisantes au regard du principe de légalité des peines. Au sein du droit, la liberté peut être entendue dans un sens large, comme l'ensemble des droits et libertés fondamentaux, (ceux qui garantissent la liberté-autonomie et la liberté-participation, selon Georges Burdeau⁴⁰), dans un sens moins large, la liberté individuelle couvrant à la fois la liberté physique et la vie privée⁴¹, et dans un sens strict qui se limite à la liberté physique, celle d'aller et venir. Tous ces sens témoignent, au moins, que cette notion prête à discussion et demande alors à être définie surtout lorsqu'elle fait l'objet de sanction pénale.

A ce premier enjeu, lié à la difficulté de définir de manière précise la notion de liberté elle-même, s'en ajoute un second : celle de limiter les effets de l'emprisonnement au cadre légal de cette peine. Force est de constater que l'incarcération s'accompagne de restrictions dépassant la seule privation de la liberté d'aller et venir. Certaines sont évidentes comme celles sur la vie privée, familiale et professionnelle : le détenu est séparé de sa famille, placé sous surveillance et privé de l'emploi exercé avant sa mise en détention.

³⁵ Comme dans sa décision n° 80-127 du 20 janvier 1981 sur la loi *Sécurité et Liberté* ou dans sa décision n° 84-183 du 18 janvier 1985 sur la loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

³⁶ *Regards sur le monde actuel, Fluctuations sur la liberté*, Plon 1938, p. 49.

³⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979, Chap. VI, XI.

³⁸ J. RIVERO, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 9^e éd., Paris, PUF, Thémis, 2003, p.5.

³⁹ G. BURDEAU, *Traité des sciences politiques*, t. VI, vol. 1, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1971, p. 7.

⁴⁰ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1972, pp. 8-12.

⁴¹ Voir *Infra*, Chapitre sur le droit à la vie privée.

Aussi, le principe de limitation de la peine privative de liberté à la liberté physique pose de nouvelles questions pour le droit pénal et le droit pénitentiaire : la peine privative de liberté est-elle juridiquement définie, et dans quelle mesure son contenu est-il respecté et peut-il l'être lors de son exécution dans la prison ?

L'état actuel de la définition de la peine privative de liberté

Alors qu'il nous semble incontestable que l'apparition de droits de l'homme dans le paysage juridique a entraîné la mutation du sens de la peine en notion juridique, nous estimons que celle-ci n'a pas encore reçu une définition juridique. Certes l'apparition des droits de l'homme a donné lieu à des réflexions sur le sens de la peine privative de liberté exécutée dans la prison et sur le statut juridique du détenu. La thèse qui a dominé est celle d'un sens strict de la liberté. Celle-ci devrait être entendue au sens de la liberté physique, à savoir de la liberté d'aller et venir⁴². Mais il s'agit d'une précision et non d'une définition. Car la question demeure : qu'est-ce que signifie « liberté d'aller et venir » et que signifie privation de la « liberté d'aller et venir » ? Au sein de la doctrine, et même de la jurisprudence de la Cour, les définitions que nous rencontrons sont celles de la liberté d'aller et venir en tant que l'état d'une personne ni arrêtée ni détenue⁴³. Les états d'arrestation et de détention servent donc de définitions *a contrario* pour la liberté physique.

Ce constat est révélateur de l'absence de définition juridique aussi bien de la « liberté physique » que de la « privation de la liberté physique ». Il s'agit d'un renvoi à des images de l'état d'une personne qui ne peut pas servir de définition juridique : celle-ci doit être claire, précise et exhaustive⁴⁴. L'image renvoie à un lieu sémantique⁴⁵. Même si l'on admet que, faute d'une définition plus précise, la délimitation de la peine privative de liberté dans le sens exclusif des droits et libertés autres que le droit à la liberté physique peut répondre aux exigences du principe de légalité des peines, une autre question demeure : lors de son exécution dans la prison, cette peine est-elle limitée et peut-elle l'être à la seule privation de la liberté d'aller et venir ?

Les recherches menées tant sur le sens de la peine que sur l'application des droits de l'homme dans la prison, n'ont pas porté sur cette question. Nous constatons que, par exemple, en droit français, la recherche du sens de la peine est encore largement centrée sur ses fonctions. En 1994, le Conseil constitutionnel français s'est contenté d'affirmer que « l'exécution des peines privatives de

⁴² G. GIUDICELLI-DELAGE et M. MASSE, « Rapport introductif », in *La Condition juridique du détenu*, Colloque de l'Institut de Sciences criminelles de Poitiers les 28 et 29 avril 1992, éd., Cujas, 1994 ; G. MATHIEU, *Les droits de personnes incarcérées*, Thèse, Université Aix-Marseille, 1993, p. 38.

⁴³ « Elle (la liberté individuelle) s'analyse très simplement comme l'état de l'homme qui n'est ni arrêté ni détenu, qui jouit donc de la possibilité d'aller et venir », C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 8^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2005, p.165 ; « Le mot liberté désigne l'absence d'arrestation et de détention », R 7050/75 (Arrowsmith/RU), vol. 19, 1980, p. 5.

⁴⁴ M. MIAILLE, *Le droit par l'image*, préc.

⁴⁵ U. ECO, *Sémiotique et philosophie du langage*, Paris, PUF, 1988, p. 213.

liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion⁴⁶ ». Il en est de même dans les travaux menés depuis lors, comme ceux de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)⁴⁷ ainsi que du texte de projet de réforme du droit pénitentiaire préparé en 2002, non soumis au Parlement⁴⁸. Un sens donc qui n'oblige pas la prison à s'organiser de manière à limiter ses effets à la privation de la liberté physique. Même lorsque le débat est centré sur le sens de la peine au regard des droits de l'homme, il dévie rapidement sur celui des fonctions de la peine⁴⁹. Alors que, soulignons-le, les fonctions de la peine, en tout cas celle autour de laquelle la doctrine s'efforce de trouver et de réaliser un sens positif pour le détenu et la société, la réinsertion socio-professionnelle du détenu, trouvent largement leur fondement au sein des droits de l'homme. En outre, bon nombre de ces droits garantissent les droits civiques, civils et familiaux, des droits à formation, à l'éducation ou encore de la liberté d'expression. La question de leur protection peut alors être abordée dans le cadre d'une politique de droit et non plus ou pas seulement dans le cadre d'une politique humaniste.

Les travaux menés sur l'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans la prison ont souligné la contribution des droits de l'homme à humaniser et à améliorer les conditions de vie dans la prison, ainsi qu'à protéger les détenus contre l'arbitraire par la création d'un statut juridique du détenu⁵⁰. Mais ils n'ont pas suffisamment souligné cette importance dont s'accompagne la création d'un tel statut, la mutation même de la peine en concept juridique. Et ils n'ont pas placé l'appréciation de l'application de la Convention dans la prison sous l'angle du respect du principe de légalité des peines.

« Peine » et « prison » continuent à être confondues⁵¹. Les termes utilisés pour désigner la peine privative de liberté en témoignent également. Le langage bascule facilement de l'expression

⁴⁶ CC, Décision n° 93-334 DC 20 janvier 1994 sur la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JO* du 6 janvier 1994, p. 1380.

⁴⁷ CNCDH, *Réflexions sur le sens de la peine*, Rapport d'étude, 2002 ; et *Etude sur les droits de l'homme dans la prison*, Rapport d'étude, 2004.

⁴⁸ Projet de loi sur la peine et le service public pénitentiaire, déposé en 2002, il reprend dans son Titre I, intitulé Du sens de la peine, les mêmes termes que le conseil constitutionnel susmentionné. Son sens est déterminé par référence aux fonctions de la peine.

⁴⁹ Exemple, un colloque qui s'est tenu à Poitiers en 2001, S. MENU, « Sens de la peine et droits de l'homme », *RPDP*, n° 3, 2001, pp. 628-633.

⁵⁰ Voir notamment, E. RUBI-CAVAGNA, *Le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu*, Thèse, Université Montpellier I, 1995 ; M. VASSAL, *Le statut des personnes incarcérées*, Thèse, Université Aix-marseille, 1995 ; G. MATHIEU, *Les droits de personnes incarcérées, qui dresse un panorama des législations pénitentiaires de tous les pays membres de l'Union européenne*, Thèse, Université Aix-marseille, 1993 ; Ahmed MOUSSA, *Les droits de l'homme détenu*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2002.

⁵¹ Une thèse intitulée « la prison comme sanction pénale » et qui contient une section titrée « L'influence des conditions de détention sur le sens de la prison », outre qu'elle sous-tend également la confusion entre sens de la prison et sens de la peine, se limite à décrire les conditions de la surpopulation carcérale, les soins et les

« peine privative de liberté » au terme de « peine » et de ce dernier à celui de « peine de prison » ou « peine d'emprisonnement », comme si la peine n'était qu'une, la peine privative de liberté, et qu'elle équivalait à l'incarcération⁵². Au sein du droit français, nous constatons que l'expression « peine privative de liberté », alors qu'elle est systématiquement utilisée dans le Code de procédure pénale français, elle est, dans le code du droit pénal, prise comme l'équivalent aux expressions « peines de réclusion » et « peines d'emprisonnement » (art.131-1 et 131-3 C. pén.). Aucune précision ne figure concernant ces peines à part leur durée. Il est alors sous-entendu qu'il s'agit de peines privatives de liberté exécutées en principe dans la prison et que leur contenu matériel et juridique est entendu comme l'équivalent du statut matériel et institutionnel du détenu⁵³.

Ces équivalences latentes sont contraires au principe de légalité des peines. D'abord au niveau sémantique, le lieu de la prison, pas plus que les états d'arrestation ou de détention, ne peut constituer une définition juridique. Car l'objet, le signifiant, dépasse le signifié, le concept. L'objet fonctionne comme un symbole et renvoie comme un flou sémantique⁵⁴. Bentham ne s'en rendait-il pas de la capacité de la prison à symboliser toute idée de peine lorsqu'il écrivait que « le seul mot prison rappelle toutes les idées pénales qui lui sont propres⁵⁵ » ? Ensuite, parce qu'au niveau pratique, un aperçu du rôle de la prison dans l'histoire de la peine en droit français nous permettra de voir que ces équivalences latentes datent du début de l'usage des prisons comme lieux d'exécution des peines privatives de liberté. Et un examen rapide des fonctions de la peine nous permet de voir que celles-ci ont légitimé la création d'un sens de la privation de liberté non défini, voire, qu'elles ont contribué à éloigner cette peine de la rationalité juridique. Les droits de l'homme ont permis de mettre et d'inscrire la peine dans un cadre juridique rationnel. Cela est passé par la différenciation du sens de la peine privative de liberté à la fois avec le lieu de la prison et avec les fonctions de la peine : la peine privative de liberté n'est pas la prison et le statut légal du condamné à cette peine n'est pas synonyme de son statut pénitentiaire.

freins à la politique de la resocialisation des détenus, A. GADOT, *La prison comme sanction pénale*, Université Paris II, Pantheon –Assas, 2005.

⁵² Par exemple, dans son Rapport « Réflexions sur le sens de la peine », adopté le 24 janvier 2002, la CNCDH (Commission nationale consultative des droits de l'homme) pose la question du sens des sanctions pénales et notamment de la prison, et parle par la suite des peines de prison. JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, 2e éd., Paris, Montcherstien, 1991.

⁵³ Peut-être la notion de peine privative de liberté commence-t-elle timidement à entrer dans le champ de travaux de la recherche pénale ? Un séminaire de philosophie pénale, organisé par l'institut de criminologie de l'Université de Paris II a, en 2005-2006, porté sur la question de « la privation de liberté ». Si dans la présentation de ce travail, le terme « prison » s'installe à partir de la deuxième partie, le terme « privation de liberté » est maintenu dans la première partie, *Enfermement et sécurité pénale*, Essai de philosophie pénale et de criminologie, V.6, Dalloz, 2007, (préface, J.-H. ROBERT, S. TZITZIS, G. BERNARD).

⁵⁴ U. ECO, *Sémiotique et philosophie du langage*, préc., p. 213.

⁵⁵ J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, 2 vols, Londres, B. Dulau, 1811, p. 148.

Le rôle historique de la prison dans la détermination du sens de la privation de liberté : l'exemple français

Le droit français nous permet de constater que la confusion entre la peine privative de liberté et les établissements pénitentiaires destinés à son exécution date de la naissance des peines privatives de liberté, en 1791. C'est sous le terme de « peines privatives de liberté » qu'étaient regroupées, au sein du Code des prisons⁵⁶, les condamnations aux fers⁵⁷, à la réclusion⁵⁸, à la gêne⁵⁹, la détention⁶⁰ et l'emprisonnement⁶¹. Mais toutes ces peines consistaient en l'enfermement avec des degrés de contrainte différents dans des lieux appelés « prisons ». C'est sous le titre « Prisons pénales » que sont regroupés tous les lieux fermés destinés à l'exécution de ces peines. Christophe Moreau, dans ses notes qui accompagnaient la présentation de la législation pénale depuis 1670 jusqu'en 1845, parle de la « peine de la prison » tout court⁶² devenue la base principale du Code de l'Assemblée constituante⁶³. En effet, c'est bien de la naissance de la peine de prison dont il s'agit lors de l'Assemblée Constituante : d'un usage essentiellement préventif et d'un usage pénal marginal sous l'Ancien régime⁶⁴, elle est propulsée au centre du nouveau système pénal. La peine de prison fut considérée comme étant à même de répondre à la nouvelle rationalité de la peine fixée par le nouvel ordre juridico-politique issu de la Révolution française. Elle devait être humaine, légale, strictement nécessaire et proportionnelle à la gravité de l'infraction⁶⁵.

L'équivalence de sens entre peines privatives de liberté et lieu des prisons date donc de la naissance des peines privatives de liberté. Les seules précisions apportées par le législateur portent sur les degrés de la privation de liberté : bonnet au pied attaché à une chaîne pour les maisons de force ; isolement complet pour la peine de gêne ; emprisonnement en commun pour les peines de détention et d'emprisonnement ; obligation ou pas des condamnés à travailler ; obligation ou pas de

⁵⁶ *Code des prisons de 1670 à 1845*, établi et annoté par MOREAU-CHRISTOPHE, Paris, Imprimerie de Paul Dupont, 1845, pp. 8-9.

⁵⁷ Condamnation à traîner un boulet à un pied attaché à une chaîne de fers assortie de l'obligation d'exécuter des travaux forcés au profit de l'Etat.

⁵⁸ Elle s'applique comme peine de substitution à la condamnation aux fers appliquée aux femmes et aux filles.

⁵⁹ Le condamné était enfermé seul, dans un lieu éclairé, sans fers ni liens, et sans communication aucune ni à l'intérieur de la prison ni avec l'extérieur. Il leur sera fourni du travail à leur choix.

⁶⁰ Enfermement en commun, travail de leur choix exercé individuellement ou en commun.

⁶¹ Elle est une peine correctionnelle.

⁶² *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc., p. 17.

⁶³ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁴ Muyart de VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Dédiées au Roi, Paris, M DCCC LXXX, pp. 73-74 ; JOUSSE, *Traité de justice criminelle de France*, t. 1, 2, M DCCC LXXI, Paris, pp. 81-84 ; G. AUBRY, *La jurisprudence criminelle du châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI*, Paris, LGDJ, 1971 ; A. PORTEAU-BITKER, « L'emprisonnement au moyen âge », *Revue historique du droit français et étranger*, 1968, t.2, p. 211 et s., et t. 3, p. 389 et s. ; R. GRAND, « La prison et la notion d'emprisonnement », *Revue historique*, 1940.

⁶⁵ Article 8 de la *Déclaration française des droits de l'homme* : « « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ; J.-G. PETIT, *Ces peines obscures, La prison pénale en France 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990, p.72.

leur fournir du matériel de couchage, du pain et de l'eau⁶⁶. Si bien que, comme l'a noté l'historien Jacques-Guy Petit, la notion de « peines privatives de liberté » a constitué pour le pouvoir exécutif un cadre juridique vide qu'il fallait remplir⁶⁷. Il revenait à ce pouvoir d'organiser le fonctionnement des prisons et donc de remplir ces peines de sens. En effet les seules consignes données concernant les limites du pouvoir étaient de veiller à ce que la santé des détenus ne soit pas altérée et de les traiter avec douceur et humanité⁶⁸.

Plus encore, durant les décennies qui ont suivi, aucun aménagement n'a été fait pour adapter les prisons à leur nouvelle fonction⁶⁹. Un premier règlement uniforme concernant les prisons départementales fut établi en 1819⁷⁰. Mais il a fallu attendre 1839 pour que le premier règlement uniforme concernant l'organisation des maisons centrales voie le jour⁷¹; et il a fallu attendre 1842 pour que l'uniformisation de l'exercice du pouvoir disciplinaire dans ces maisons ait lieu⁷². Enfin, le premier grand débat sur l'organisation des prisons, en tant que lieux d'exécution des peines privatives de liberté, a débuté en 1840. Les prisons ont donc dû, pendant cette période, fonctionner sans limites ni contrôle juridiques. Cette situation n'était pas sans compromettre la réalisation de la nouvelle rationalité de la peine, y compris son humanisation. La prison ayant, sous l'Ancien régime, été décrite comme l'enfer⁷³, l'humanisation des peines passait également par l'humanisation de ce lieu.. L'historien Jacques-Guy Petit rapporte que, « conçue comme un purgatoire, la prison réelle du XIX^e siècle reste un enfer⁷⁴ ». Michelle Perrot se demande : « Où est donc la douceur des peines⁷⁵ ? » Encore aujourd'hui, l'humanisation des prisons demeure-t-elle un défi. Soulignons qu'elle est un des objectifs principaux des Règles minima pour le traitement des détenus adoptées par l'ONU en 1955, mais aussi des Règles pénitentiaires européennes depuis 1973 jusqu'à aujourd'hui. Par ailleurs, le respect des conditions humaines et non dégradantes dans les prisons, et dans tout lieu fermé, est

⁶⁶ *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc.

⁶⁷ J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, préc., p. 491.

⁶⁸ *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc., p.11.

⁶⁹ B. BOULOC *Pénologie*, 3^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2005, p. 11. Voir aussi, M. SEYLER, « L'illégitime », *RPDP*, 1983, pp. 243-252.

⁷⁰ Le 25 décembre 1819, signé par le ministre Decazes, *Code des prisons de 1670 à 1845*, p. 79. Cet état de fait est également confirmé par Catherine Duprat : « Constituée en pièce maîtresse du nouveau appareil répressif, la prison des débuts du XIX^e conservait cependant bien des traits de celle de l'Ancien Régime... Ce lieu de pénitence et d'amendement qu'ils voulaient lieu public, leçon toujours offerte à la nation, les hommes de la Révolution ne l'ont jamais aménagé. C'est seulement le 25 décembre en 1819 qu'un règlement uniforme a été établi ». C. DUPRAT, « Punir et guérir », in *L'impossible prison*, (dir. M. PERROT), Paris, Seuil, 1980, pp. 68-69.

⁷¹ « Instruction et arrêté sur le nouveau régime disciplinaire des maisons centrales », 10 mai 1839, in *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc., p. 242, signé par le Ministre GASPARDIN.

⁷² « Instruction sur l'organisation des prétoires de justice disciplinaire dans les maisons centrales », 8 juin 1842, *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc., pp. 381-387, signé par le ministre T. DUCHATEL.

⁷³ « Jetez les yeux sur ces tristes murailles... où l'on fait l'essai de tous les supplices avant le dernier. Approchez et si le bruit horrible des fers, des ténèbres effrayantes, des gémissements lourds et lointains, vous glaçant le cœur, ne vous font reculer d'effroi, entrez dans ce séjour de la douleur... », Discours sur l'administration de la justice criminelle, prononcé par J.-B. BRISSOT DE WARVILLE (avocat général), *Théorie des lois criminelles*, 2^e éd., Paris 1836, t. II, pp. 142-143.

⁷⁴ J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, préc., p. 144 et pp. 544-545.

⁷⁵ M. PERROT (dir.) *L'impossible prison*, préc., pp. 59-63

l'objet exclusif de la Convention pour la prévention de la torture adoptée en 1995 par le Conseil de l'Europe.

Quel fut alors le rôle de la notion de peines privatives de liberté qui était l'intitulé commun à l'ensemble de ces peines ? La privation de la liberté apparaît comme l'effet minimum des prisons destinées à l'exécution de toutes ces peines. Comme le prouvent les propos de certains Constituants, la décision de recourir à la prison à des fins pénales était guidée par la volonté d'en faire un lieu signifiant beaucoup plus qu'une simple privation de la liberté. Cette peine qui, d'après ses défenseurs, devrait être encore plus redoutable que la peine de mort, le serait par la durée et la dureté du spectacle offert par la prison : « Les peines effraient moins l'humanité par leur rigueur momentanée que par leur durée... Le frein le plus propre à arrêter les crimes n'est donc pas tant le spectacle terrible, mais momentané, de la mort d'un scélérat, que l'exemple continuel d'un homme privé de sa liberté, transformé en quelque sorte en bête de somme...⁷⁶ ». Mais elle le serait également par sa matérialité. Le sens de la punition résidait dans les privations multiples que la prison devrait ajouter à la privation de la liberté⁷⁷. Il résidait dans la nature même de la prison qui serait aussi redoutable, voire pire, que la peine de mort. En effet, si lors des premiers grands débats sur l'organisation de la prison (1840-1848), ces « vertus » étaient reconnues seulement au cachot⁷⁸, Beccaria (le précurseur de l'adoption de la peine de prison en France, en 1791), avait loué la « peine de prison » en général pour être encore plus efficace que la peine de mort. Alors que, selon Beccaria, la mort est un « moyen de se délivrer de la misère », la prison « ne termine pas les maux ; elle les commence »⁷⁹. Ce « surplus punitif » comme l'a appelé Foucault, n'a jamais cessé d'être défendu⁸⁰. Encore aujourd'hui on en trouve des traces au sein même des Règles minima pour le traitement des détenus et des Règles pénitentiaires européennes. Certaines recommandations sur la limitation des effets de la prison à des effets directs visent seulement les prévenus⁸¹.

⁷⁶ J.-B., BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, préc., p. 144.

⁷⁷ « Dès l'origine la prison pénale n'est pas conçue comme une simple privation de liberté » affirme J. G. Petit, *Ces peines obscures*, préc., pp. 52-53. La répression, disait Dupont, doit s'établir sur « un sentiment qui soit parmi les hommes le plus fort, le plus constant, le plus général. C'est l'amour de la liberté... à la perte de laquelle on peut ajouter la privation de toutes les jouissances de la nature, peut seule devenir une peine réelle, répressive et durable, qui altère point les mœurs du peuple ». Le Pelletier allait dans le même sens : « La peine efficace doit être recherchée dans la privation multiple des jouissances dont la nature a placé le désir dans le cœur de l'homme », cités par Jacques-Guy Petit, *Ces peines obscures*, précité, pp. 52-53, p. 47.

⁷⁸ Le cachot : « Voilà la punition que nous vous proposons de substituer à la peine de mort... On prétend que la peine de mort est la seule capable d'effrayer le crime. L'état que nous venons de décrire serait pire que la mort, si rien n'en adoucissait la rigueur », *Revue pénitentiaire et des institutions préventives*, Paris, 1843-1844, pp. 174-175.

⁷⁹ BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1979, p. 93.

⁸⁰ On le trouve, par exemple, chez les défenseurs des buts d'intimidation et d'exemplarité lors des débats sur la réforme pénitentiaire en France, entre 1840-1848 (l'emprisonnement pénal doit obéir à d'autres principes que l'emprisonnement préventif), *Revue pénitentiaire et des institutions préventives, 1843-1844*, p. 88.

⁸¹ Les règles n° 84 à n° 95 au sein des Règles minima pour le traitement des détenus de l'ONU, 1955, la règle n° 99 au sein des Règles européennes pénitentiaires, 1987 ; et plusieurs règles au sein des Règles de 2006 : l'obligation de travailler est prohibée pour les prévenus mais pas pour les condamnés (règles 100.1 et 105.2.) ; et le choix de disposer d'une cellule individuelle » (règle 96) et la possibilité de porter leurs vêtements personnels (règle 97.1), ne sont prévus que pour les prévenus.

Cependant des voix s'étaient élevées dès 1819 pour réclamer l'humanisation des prisons, et même la limitation de leurs effets à la seule privation de la liberté. Cette année fut marquée par la création de *La société royale* dans le but d'apporter dans la prison « toutes les améliorations que réclament la religion, la morale et l'humanité⁸² ». La même année, Michaux réclamait la limitation des effets de la prison à la seule privation de liberté : « Pour que la privation de liberté ne soit sentie que comme la privation de ce droit, dépend des conditions de détention »⁸³. En 1840, De la Rochefoucault-Liancourt publiait un livre citant les propos du Bâtonnier Marie qui défendait la limitation des effets de la prison à une simple privation de la liberté⁸⁴. Mais les premiers débats sur l'organisation de la prison montre que ce qui allait déterminer son organisation n'était pas la recherche des limites du pouvoir punitif imposé par le respect du cadre légal de la condamnation à une peine privative de liberté.

Le rôle des fonctions de la peine dans la formation du sens de la peine : l'exemple français

Ce qui caractérise les débats sur l'organisation de la prison qui ont duré entre 1840 et 1848, c'est la détermination des fonctions de la peine et du meilleur système pénitentiaire pour parvenir à leur réalisation. Il s'agissait des fonctions connues de l'Ancien régime, à savoir la rétribution, l'intimidation et la neutralisation, auxquelles venait s'ajouter une nouvelle, celle d'amendement. Ce débat opposait ainsi les défenseurs du système cellulaire (isolement complet de jour et de nuit et interdiction aux détenus de se parler) à ceux du système en commun (isolement la nuit et activités communes la journée) et plus largement les défenseurs des fonctions répressives de la peine aux humanistes et legalistes qui défendaient les limites de la punition posées par les droits de l'homme : « Le condamné a beau être un coupable, il conserve certains droits ; il a le droit de ne pas être mis, en quelque sorte, hors de l'humanité, car il reste un homme... je ne vous reconnais pas ce droit », s'était indigné Sade⁸⁵ qui considérait le système cellulaire comme inhumain. « Choisir le mal, c'est s'exclure soi-même des droits de l'homme⁸⁶ » avait rétorqué Tocqueville. Ce dernier, avec les défenseurs de la primauté des fonctions répressives de la peine, s'opposait à toute idée de reconnaissance de droits aux détenus, considérés comme un moyen d'adoucir la rigueur de la peine.

⁸² Par ordonnance du Roi sur proposition de Decazes, ministre de l'intérieur, *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc.

⁸³ Alph. MICHAUX, *Réflexions d'un citoyen sur les prisons*, Paris, 1819, p. 13.

⁸⁴ « Déténir un homme, c'est le priver de sa liberté, le séparer de la société, dont il a troublé l'ordre. La barrière, une fois élevée entre la société et le condamné, celui-ci dans les limites de la maison de détention, doit jouir de ses droits naturels et de la somme de liberté compatible avec une sévère mais généreuse discipline », DE LA ROCHEFOUCAULT-LIANCOURT, *Examen de la théorie et de la pratique du système pénitentiaire*, Paris, 1840, p. 464.

⁸⁵ Sade, Débats lors de la séance du 26 avril 1844, A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes, Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*, (présentées par Michelle Perrot), Paris, Gallimard, 1985, p. 43.

⁸⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, préc., p. 43

Tocqueville s'en était également pris aux philanthropes à l'égard desquels il avait tenu des propos méprisants en les qualifiant, entre autres, d'« efféminés et de débiles⁸⁷ ».

C'est en raison, notamment du manque de moyens financiers que le régime cellulaire n'a pas été appliqué. Sa mise en place coûtait cher. Ce constat, en plus de celui de l'échec du traitement⁸⁸, peut permettre de soutenir que les fonctions et les buts de la peine n'ont pas, ou peu, influencé l'organisation de la prison. Si l'on analyse le droit pénitentiaire, qui est un droit *sui generis*, son organisation est guidée par sa propre logique *en tant qu'administration de service public ayant comme mission principale la sécurité* (Eric Pechillon⁸⁹) ou tout simplement par ses besoins pratiques de gérer les détenus (Martine Herzog-Evans⁹⁰). Pour autant, l'influence de différentes thèses sur les fonctions de la peine n'est pas négligeable. Elles ont permis de légitimer la création d'un droit pénitentiaire qui, comme l'a souligné Danièle Loschak⁹¹, ne tient du droit que son énoncé en langage juridique et sa sanction par la contrainte. Dans la réalité, la règle juridique s'y « transforme en pur instrument de légitimité d'exercice du pouvoir étatique⁹². » Les règles assurent une « apparence légaliste » comme l'a démontré Martine Herzog-Evans⁹³. Que le droit soit ouvertement utilisé dans la prison comme instrument de pouvoir au service des fonctions de la peine est reconnu par certains pénalistes. Ainsi, Pierre Bouzat et Jean Pinatel reconnaissent que le droit pénitentiaire devait, durant la période de la politique pénale dominée par la fonction intimidante de la peine, durcir les conditions de vie des détenus, et durant celle de la prédominance de la politique du traitement pénitentiaire, contribuer à sa réalisation. Mais cette dernière a non seulement éloigné le droit de la peine ; elle a éloigné la peine même de la rationalité juridique.

En effet, la conception moderne du traitement des détenus⁹⁴ allait changer les fondements même du droit pénal. On est passé de la culpabilité à la dangerosité et du libre arbitre au conditionnement. L'homme ne serait pas totalement libre de ses actes⁹⁵. Il serait déterminé par des causes biologiques, psychologiques et sociales. Dès lors, l'infraction est considérée comme un acte

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 37-38.

⁸⁸ *Les objectifs de la sanction pénale*, (dir. A. Tsitsoura), Bruxelles, Bruylant, 1989.

⁸⁹ E PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Thèse, Université de Rennes, 1998, publiée chez L.G.D.J., 1999.

⁹⁰ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu, (L'apparence légaliste du droit pénitentiaire)*, Thèse, Poitiers, 1994, publiée chez l'Harmattan, collection Logiques juridiques, 1998.

⁹¹ D. LOSCHAK, « Droit et non droit, dans les institutions totalitaires », in *Le droit et l'institution totalitaire*, Paris, PUF, 1981, pp. 176-177.

⁹² *Ibid.*, pp. 170-183.

⁹³ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, préc.

⁹⁴ Tel qu'entendu après le développement des sciences anthropologiques, sociales et psychologique et la naissance de l'École positiviste (marquée avec la publication du livre *L'huomo delinquente* de Lombroso, en 1876). On considère que c'est à partir de la fin du XIX^e siècle, moment où le mouvement de défense sociale a rejoint le mouvement scientifique, que l'idée du traitement pénitentiaire est née. Auparavant, le traitement était simplement entendu dans le sens d'amendement laissé à l'œuvre des philanthropes, *Méthodes modernes de traitement pénitentiaire*, Rapport, Fondation internationale pénale et pénitentiaire, 1955, p. XVIII.

⁹⁵ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1981, p. 70.

antisocial et dangereux, « une expression de la personnalité de son auteur »⁹⁶. Cette conception de l'infraction allait se répercuter sur la conception de la peine : « Le rationnel dans l'organisation de la réaction sociale contre le crime cesse d'être juridique, il devient scientifique⁹⁷ » écrit Marc Ancel. La peine, conçue comme « une méthode de réadaptation sociale, s'est dissipée dans le traitement psychiatrique, constate Foulek Ringelheim⁹⁸. Si bien que les criminologues se sont accaparé le droit pénitentiaire aux dépens des juristes. Pierrette Poncela parle d'anti-légalisme incarné par la criminologie⁹⁹. Tandis que Jean-Hervé Syr évoque une conception très impérialiste de la criminologie, celle-ci ayant absorbé le droit pénal¹⁰⁰. Les propos de Salleilles confirment la considération du rôle du droit dans l'exécution de la peine privative de liberté comme étranger aux buts de la peine : « La notion de justice n'a plus à intervenir. Il ne s'agit plus que de cure morale et d'hospitalisation¹⁰¹ ». Cette conséquence n'est pas due seulement à l'impuissance des juristes devant les données anthropologiques, psychologiques et sociologiques¹⁰². Elle est également due au fait que le droit était vu comme une entrave au projet de réformer la personnalité du détenu. Car quel que soit le terme utilisé, amendement, rééducation, réadaptation, resocialisation ou réinsertion, le traitement signifiait, jusqu'aux années 1980, « agir sur quelqu'un »¹⁰³, « transformer la personnalité »¹⁰⁴. Depuis lors, la conception du traitement s'est modifiée. Comme cela est expliqué dans l'Exposé des Motifs relatifs aux Règles pénitentiaires européennes de 1987, il doit dorénavant être entendu comme mise à la disposition des détenus de moyens de réinsertion sociale et professionnelle (notamment par le travail, la formation professionnelle, l'éducation physique et la préparation à la sortie).

La période de la résistance de la conception de la peine et de la prison à l'application effective des droits de l'homme

La conception de la peine et le rôle joué par la prison jusqu'au début des années 1970 s'opposaient au droit, y compris aux droits de l'homme. Cela malgré la consécration de ces derniers, après la seconde guerre mondiale, en tant que règles universelles et juridiques, et malgré la reconnaissance de l'ensemble des détenus comme sujets de ces droits de l'homme. Dès 1962 la Commission européenne des droits de l'homme¹⁰⁵ avait reconnu qu'une personne, même condamnée « en raison de crimes perpétrés au mépris des droits les plus élémentaires de la personne humaine,

⁹⁶ *Ibid.*, p. 183.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ F. RINGELHEIM, *Criminologie et droits de l'homme*, pp. 76-77.

⁹⁹ P. PONCELA, Le droit pénal: au nom de la loi ou malgré la loi, *Arch. de philo du droit*, t. 25, 1980, Sirey, pp. 29 et s.

¹⁰⁰ J.-H SYR, *Punir et réhabiliter*, Paris, éd. Economica, 1990, p. 29.

¹⁰¹ R SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, 2e éd., Paris, F. Alcan, 1909, p. 270.

¹⁰² E. ROTHMAN, L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale, p. 163 s, in *Recueil d'études en hommage à M. Ancel, Aspects nouveaux de la pensée juridique*, t. II, Paris, Pedone, 1975, pp. 168-169.

¹⁰³ J.-H SYR, *Punir et réhabiliter*, préc., p. 47.

¹⁰⁴ J. PINATEL, Chronique de criminologie, postulats et limites du traitement des délinquants en institution, *RSC*, 1977, p. 636.

¹⁰⁵ Instance qui examinait le bien-fondé des requêtes avant de les renvoyer devant la Cour, supprimée depuis 1999.

n'est point privée de la garantie des droits et libertés définis dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁰⁶. La même année, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe consolidait cette reconnaissance dans la *Résolution (62)2 sur les droits électoraux, civils et sociaux du détenu* : « Le seul fait de l'incarcération n'enlève pas au détenu les droits précités. » Toutefois, sur le plan pratique, on a assisté à une résistance de la prison au point d'inverser le raisonnement sur leur application. C'était aux droits de l'homme de s'adapter aux exigences de la peine et de la prison, et non le contraire, et leur exercice devrait être compatible avec les buts de la peine et le fonctionnement de la prison. Parmi les doctrines développées autour du respect des droits de l'homme dans la prison¹⁰⁷, celle qui a dominé son application effective est la doctrine fondée sur le *statut particulier du détenu*. Le détenu en tant qu'homme était sujet des droits de l'homme, mais son statut pénal et pénitentiaire le plaçait dans un statut particulier avec le pouvoir : un statut de sujétion et de dépendance qui s'opposait à l'exercice effectif de ces droits. Leur exercice pouvait compromettre l'ordre et la sécurité de la prison mais aussi les fonctions de la peine, notamment le traitement¹⁰⁸ et la punition¹⁰⁹. Si bien que, jusqu'au début des années 1970, les droits de l'homme n'ont pu jouer dans la prison qu'un rôle éthico-politique fondé sur l'humanisme et la dignité. Le Comité des ministres¹¹⁰ mais aussi la Commission européenne des droits de l'homme avaient adopté la thèse de l'exercice des droits de l'homme dans la prison à condition qu'il soit compatible avec les buts de la peine et les besoins du fonctionnement de la prison.

En effet, ainsi que l'ont démontré Philippe Pouget¹¹¹ et Christian Jacq¹¹², l'application des droits de l'homme dans la prison était longtemps restée sans effet significatif. La preuve en est que,

¹⁰⁶ D 1270/61 (Case Koch/RFA), 8.3.1962, Ann. 1962, p. 127 et s.

¹⁰⁷ Sur les courants de doctrine développés autour des droits des détenus sous l'influence des droits de l'homme à partir des années 1970, voir la thèse de G. MATHIEU, *Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la CEE*, Thèse Aix-Marseille, 1993, notamment la partie introductive. Ces courants allaient de la défense du respect maximal des droits de l'homme jusqu'à leur négation totale.

¹⁰⁸ Pour sauvegarder « une véritable collaboration entre le condamné et le personnel pénitentiaire chargé de son traitement... le détenu doit demeurer vis-à-vis de l'autorité pénitentiaire dans une certaine dépendance... », J. DUPREEL, « Les droits des détenus », *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 1, 1957-58, pp. 163-178. Stanislas PLAWSKI soumet également l'exercice des droits de l'homme sous la condition de leur compatibilité avec le traitement, dans son article « Les droits de l'homme dans le procès et l'exécution des peines », *Revue pénitentiaire*, 1978, p. 215.

¹⁰⁹ « Les limites sont évidentes. On ne peut, sous prétexte d'atténuer les effets excessifs de la privation de liberté, supprimer toute différence entre la situation de l'auteur d'une infraction et celle des citoyens respectueux de l'ordre social », J. DUPREEL, « Les droits des détenus », préc., p. 176. pp. 163-178. La fonction punitive, malgré la domination du traitement, n'était pas disparue. Comme l'a souligné VAN DER KERCHOVE, le traitement a en réalité contribué à étendre le champ de répression et de contrôle, « Culpabilité et dangerosité », in *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, (dir. Ch. Debuyst), Masson, 1981.

¹¹⁰ Dans la *Résolution (62)2 sur les droits électoraux, civils et sociaux du détenu*, on peut lire : « Leur exercice peut cependant être limité lorsqu'il est incompatible avec les buts de la privation de liberté ou avec le maintien de l'ordre et de la sécurité dans les établissements pénitentiaires » (art. 3) « ou du traitement pénitentiaire » (art. 8, al. a). Dans les Règles pénitentiaires européennes, il est recommandé de respecter les contacts avec l'extérieur « sous réserve des impératifs du traitement des détenus, de la sécurité et du bon ordre de l'établissement » (règle 43.1).

¹¹¹ Ph. POUGET dans sa thèse, *L'inculpé détenu en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bordeaux I, 1987.

jusqu'en 1970, la Commission n'avait transmis à la Cour aucune requête en provenance de détenus. Elle les avait toutes rejetées comme étant mal-fondées. Dans un premier temps, les motifs de rejet étaient liés à l'absence dans la Convention d'une garantie expresse des droits invoqués par les détenus¹¹³. Par la suite les motifs étaient tirés tantôt des *buts de la peine*¹¹⁴, tantôt de la *situation particulière des détenus* à cause de « leur subordination à l'administration de la prison »¹¹⁵, tantôt des *nécessités propres à la prison* (comme l'ordre intérieur des établissements pénitentiaires)¹¹⁶, tantôt des motifs légitimes qui figurent dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁷, tantôt de la *notion de peine privative de liberté*. La thèse qui dominait la jurisprudence de la Commission concernant cette dernière était qu'il y aurait une *clause implicite* dans la Convention qui justifierait la limitation de l'exercice des droits de l'homme à l'égard des détenus condamnés. Cette limitation serait un élément inhérent à la peine. C'est cette thèse, dite des « limitations implicites », qui se trouve derrière les expressions utilisées dans la jurisprudence européenne de cette période, telles que : « élément inhérent à son emprisonnement légal¹¹⁸ », « restrictions inhérentes à l'état de détention¹¹⁹ », « élément inhérent à l'emprisonnement¹²⁰ », « conséquence inhérente à la notion de détention¹²¹ », « limitation inhérente à la punition de l'emprisonnement¹²². » Cette thèse sous-tendait en outre que ces restrictions n'étaient pas considérées comme des ingérences. Par conséquent, elles ne nécessitaient pas une justification conforme au texte de la Convention c'est-à-dire : être prévues par une loi, poursuivre un des buts prévus par la Convention, et être nécessaires dans une société démocratique. La seule décision de condamnation à la peine privative de liberté suffisait pour les justifier¹²³.

Cette jurisprudence signifiait d'une part que la peine privative de liberté était entendue dans un sens large. D'ailleurs cela a été reconnu par la Commission dans l'affaire « Vagabondage » (1971).

¹¹² Ch. CACQ, *Vers un droit commun de la sanction. L'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, Thèse Paris XI, 1989.

¹¹³ D 424/58 (X/Belgique), Rec. 2 ; D 631/59 (X/RFA) Rec. 3.

¹¹⁴ « Les buts de l'exécution d'une peine privative de liberté impliquent une limitation de certains droits et libertés », D 1760/63 (X/Autriche), R. 20.

¹¹⁵ «... Au vu de la situation des détenus qui sont subordonnés à l'administration pénitentiaire...», D 4984/71 (X/RFA), Rec. 43, p. 28 ; D 3959/69, R. 35, p. 109.

¹¹⁶ D 892/62 (X, Y/RFA), Ann. 1961, p. 241.

¹¹⁷ Par exemple, la prévention des crimes et la protection de l'ordre public¹¹⁷ ; la protection de l'intérêt général D 3914/69 (X/Belgique), Rec. 43 ; la protection de l'intérêt général, D 4984/71 (X/RFA), Rec. 4 ; la sauvegarde de l'ordre, de la sécurité et de la bonne administration, D 8166/78 (X, Y/Suisse), Rec. 13, p. 24 ; D 8065/77 (X/RU), Rec. 14, p. 246.

¹¹⁸ D 3717/68, X/Irlande, Rec. 31, p. 96 ; D 4445/70, /RFA, Rec. 37, p. 119 ; D 4351/70 (X/RFA), R. 36, p. 83.

¹¹⁹ D 2795/66, (X/RFA), R. n° 30 (A propos du refus opposé à un détenu d'acheter des ouvrages juridiques) ; D 4101/69 (X/RFA), Rec. 34, p. 38 ; 4144/69 (X/Luxembourg), Rec. 27, p. 27.

¹²⁰ D. 3717/68, (X/Irlande), D. R. 31, p. 96 ; D 4144/691 (X/Luxembourg), Rec. 27, p. 27 ; D 4445/70 (X/RFA), R. 37, p. 119.

¹²¹ D 4101/69 (X/RFA), R. 34, p. 38.

¹²² D 2749/66 (De Courcy/R.U) Rec. 24, p. 93 ; D 2795/66 (X/RFA), Rec. 30 ; D 3717/68 (X/Irlande), Rec. 31, p. 96 ; D 4144/691 (X/Luxembourg), Rec. 27, p. 27.

¹²³ « Toute ingérence accessoire aux libertés fondamentales n'avait pas besoin d'une base légale », S. TRECHSEL, « Rapport sur les Droits de l'homme des personnes privées de liberté », 7^e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, 30 mai-2 juin 1990, p. 4.

Cette instance avait admis que, dans le cadre de détenus condamnés, elle avait adopté la thèse selon laquelle « le contrôle de la correspondance, tout comme d'ailleurs l'ingérence dans la vie privée et familiale, est une limitation inhérente à la détention, un élément inhérent à la notion même de privation de liberté »¹²⁴. D'autre part, cette jurisprudence sous-entendait que les termes « peine », « prison » et « peine privative de liberté » désignaient la même notion, ce qui offrait à la prison un réservoir de légitimité illimitée de privation des droits de l'homme et donc de liberté. Elle la puisait tantôt en elle-même, tantôt dans la peine privative de liberté, tantôt dans la peine en général. Aussi, les droits de l'homme et le droit en général ne pourraient-ils assurer leur rôle protecteur dans la prison à l'égard des personnes détenues que par un changement, une mutation de la conception de peine qui devrait permettre une rupture de ce rapport.

La mutation de la peine en notion juridique

Cette rupture passait par l'abandon du modèle de traitement pour revenir à la théorie classique de la peine, à la théorie retributive qui accepte le but punitif de la peine¹²⁵. Celle-ci serait la seule capable de faire sortir la peine du domaine de la « force du préjugé » et du « passionnel »¹²⁶ pour la faire entrer dans le domaine du rationnel. La peine ne pourrait être rationnelle, écrivait Paul Ricoeur, que si sa logique était ramenée dans une sphère de validité limitée qui, selon Hegel, est celle du « droit abstrait » ; « Le concept de la peine résulte de la négativité même du crime. Le concept de la peine n'est autre chose que cette liaison nécessaire qui fait que le crime, comme volonté en soi négative, implique sa négation même qui apparaît comme peine. C'est l'identité intérieure qui, dans l'existence extérieure, se réfléchit pour l'entendement comme égalité¹²⁷. »

Une identité qui se réfléchit en effet comme égalité à défaut d'être réelle. « Si l'idée de rétribution suppose ainsi le respect d'une certaine forme d'équivalence entre deux maux (l'infraction et la peine), il faut évidemment admettre, à peine d'absurdité, que cette équivalence se situe à un niveau essentiellement symbolique¹²⁸ ». Elle se situe dans l'expression par la peine de la « réprobation publique »¹²⁹. Une telle approche a toutefois le mérite de refléter les valeurs communes d'une société à défaut de pouvoir effectivement réparer le mal causé.

¹²⁴ CEDH, *Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, n^{os} 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 juin 1971, Série A n^o 12, et Série B, plaidoiries.

¹²⁵ A propos des fonctions de la peine, voir entre, M. CUSSON, *Pourquoi punir ?*, Dalloz, 1987 ; A. TSITSOURA (dir.), *Les objectifs de la sanction pénale*, Bruxelles, Bruylant, 1989.

¹²⁶ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980.

¹²⁷ P. RICOEUR, *Le mythe de la peine*, Actes du colloque tenu à Rome le 7-12 janvier 1967, Ed. Montaigne, Rome, p. 30.

¹²⁸ F. TULKENS, Van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, éd. Story Scientia, 1991, p.315.

¹²⁹ *Ibid.*

Pour cela, il fallait donc revenir vers la théorie retributive corrigée par les exigences actuelles des droits de l'homme. Aussi, fallait-il que la peine devienne un concept juridique à l'instar de celui de l'infraction telle que préconisée par Feuerbach : « Une infraction n'est pas un fait mais un concept juridique. L'essence d'une infraction n'est rien d'autre qu'une transgression d'un droit¹³⁰ ». La peine (sanction) ne devrait donc être que la privation d'un droit et la souffrance de la peine devrait se limiter à celle découlant de cette privation. Seule une telle conception de la peine serait susceptible de poser des limites précises au pouvoir de punir et au pouvoir en général exercé lors de l'exécution de la peine. De fait, cette limitation serait devenue une exigence juridique et non simplement humaniste : « Pour que l'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » disait Montesquieu¹³¹. Dans nos sociétés hautement judiciairisées et démocratiques, il n'y a que le droit qui puisse jouer ce rôle dialectique entre le pouvoir et l'individu¹³². C'est à cette condition que le droit pourrait entrer dans la prison pour jouer son véritable rôle et assurer en même temps la « fonction instauratrice du sujet par le droit¹³³ ». Une telle conception de la peine avait été défendue, en Italie, dès 1840, par Gaetano Filangieri : « Le crime est la violation d'un pacte, et la peine est la perte d'un droit¹³⁴. »

C'est la coïncidence entre le déclin de l'objectif du traitement des détenus¹³⁵, la montée du courant de la *criminologie critique* dénonçant la notion de « dangerosité » comme étant dangereuse elle-même (le but de traitement ayant comme finalité l'aliénation de l'homme par la recherche de son conditionnement conformiste¹³⁶) et l'apparition du courant judiciaire, qui a contribué à ce changement. Ce dernier, inspiré par les droits de l'homme, est apparu à partir des années 1970¹³⁷. Si les tenants du traitement ont pu voir dans les droits de l'homme non pas sa mise en cause mais l'assise même du droit des détenus au traitement¹³⁸, les tenants du courant judiciaire y ont vu le

¹³⁰ Cité par John VERVAËLE, « Les grandes théories de la peine aux XVIII^e et XIX^e siècles », in « La peine », *Recueil de la société Jean BODIN pour l'Histoire comparative des institutions*, Bruxelles, De Boeck Université, 1989, p. 19.

¹³¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Flammarion, 1979, p. 293.

¹³² H. MIKA and J. THOMAS, «The dialectics of prisoner litigation : reformist idealism or Social praxis ?», in *Social Justice*, vol. 15, n° 1, 1988, p. 63.

¹³³ D. SALAS, « Etat et droit pénal », in *Droits*, 1992.15, PUF, p. 90.

¹³⁴ *Oeuvres de Gaetano Filangieri*, traduits de l'italien, Paris J.P. Aillaud, 1840, 3 vol. t. 3, pp. 6-7.

¹³⁵ Des recherches évaluatives, entreprises au cours de la décennie soixante-dix, sont arrivées à la fameuse conclusion de nothing works, (John Eryl Hall) WILLIAMS, « Le changement de concept de la prison », in *La criminologie ; bilan et perspectives, Mélanges offerts à Jean PINATEL*, Paris, Pedone, 1980, p. 162 ; *Les objectifs de la sanction pénale*, (dir. A. Tsitsoura), préc., 1989, pp. 23-28.

¹³⁶ J.-H SYR, *Punir et réhabiliter*, préc., p. 53.

¹³⁷ Notamment en Scandinavie, en Angleterre, aux USA et au Canada, (Hall John Eryl WILLIAMS, *Le changement de concept de la prison*, préc., p. 162, 169.

¹³⁸ J.-H SYR, *Punir et réhabiliter*, préc., p. 105. L'auteur fait référence à LANREVILLE P., « Les détenus et les droits de l'homme », *Criminologie*, 1976, vol. IX, p. 107 ; à PALMER J.W., *Constitutionnal rights of prisoners*, Cincinnati, Anderson, 2e d. 1980, p. 81 ; et à A. REYNAUD., *Les droits de l'homme dans la prison*, Conseil de l'Europe, 1986. Voir aussi J. VERIN, « La recherche conduirait-elle à abandonner la politique criminelle de réinsertion sociale ? », in *Mélanges offerts à Jean PINATEL*, préc., pp. 61-72.

contraire : un moyen de protéger les détenus contre l'ingérence des scientifiques du comportement¹³⁹. Mais cela demandait de recentrer la question de la *punition autour de la liberté individuelle* et du *rapport entre l'Etat et l'individu*¹⁴⁰. Cela impliquait la limitation du fondement de punir dans la loi¹⁴¹, la reconnaissance de la responsabilité pénale sur le seul constat de la transgression d'une loi¹⁴² et la limitation du but de la peine dans le sanctionnement de la transgression : le fondement de punir étant limité à la loi, *la peine* ne pourrait avoir d'autres *buts* que celui de *sanctionner le manquement au respect de la loi*. Le retour au droit est nécessaire, disait Foucault, mais il suppose que nos sociétés admettent qu'elles punissent¹⁴³. En effet, pour ceux qui prônent le retour du droit dans la peine et le retour de celle-ci dans la rationalité juridique, la limitation du but de la peine à la punition est nécessaire. Seule la punition, au sens de sanction, est affaire de droit pénal, pas la guérison ; en essayant d'aller au-delà, on met en péril les valeurs fondamentales d'un pays démocratique¹⁴⁴. Françoise Tulkens, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, fixe le principe de ce que devrait être la nouvelle rationalité du pouvoir de punir : « Le droit de punir est le pouvoir de punir de l'Etat limité par le droit¹⁴⁵. » Un principe auquel on doit ajouter que le droit positif doit lui-même être limité par les droits de l'homme dont l'application « marque d'abord les limites du pouvoir de punir des Etats¹⁴⁶ ».

Certes comme le fait remarquer Pierrette Poncela, on ne peut pas aujourd'hui prétendre qu'un des discours sur la « rationalité de la peine » soit plus vraie que les autres. Ils sont tous en partie seulement vrais ou faux et toutes les thèses sur la rationalité de la peine sont imbriquées. Toutefois, après avoir distingué les thèses de la « rationalité prospective de la peine¹⁴⁷ » et celles de sa « rationalité restitutive¹⁴⁸ » l'auteur nous met en garde contre les risques de la première qui tend actuellement à s'imposer. « La rationalité prospective porte en elle l'instrumentalisation du droit par

¹³⁹ P. LEJINS, « Programmes non correctionnels pour condamnés criminels », in *Mélanges PINATEL*, préc., p. 40.

¹⁴⁰ N. MORRIS et G. HAWKINGS, *Letter to the president on crime control*, University of Chicago press, 1977, p. 68.

¹⁴¹ « La valeur de la peine réside dans l'affirmation de la valeur défendue par la loi pénale, ainsi que la réaffirmation de la légalité et le respect de la loi », H. SUTHERLAD ET D. R. CRESSEY, *Principes de criminologie*, Paris, Cujas, 1966, p. 307.

¹⁴² « Pour le juriste, les concepts de culpabilité et de faute n'impliquent rien d'autre, de la part de l'agent, qu'une connaissance ou conscience d'accomplir un acte interdit », Ch. DEPUYST, *Les concepts criminologiques de la culpabilité*, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, t. XXIV, 1976, p. 153.

¹⁴³ « Qu'appelle-t-on punir ? », entretien de M. Foucault par Foulek Ringelheim, in *Punir mon beau souci*, 1984, pp. 35-46.

¹⁴⁴ N. MORRIS et G. HAWKINGS, *Letter to the president on crime control*, University of Chicago press, 1977., p. 68.

¹⁴⁵ F. TULKENS, « Des peines sans droit », In *Journal des tribunaux*, 22 octobre 1988, p. 583.

¹⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, *Le Flou du droit*, préc., p. 315.

¹⁴⁷ Elle est fondée sur la notion de dissuasion par l'intimidation ou la correction, l'exemple ou l'éducation, ou encore l'élimination temporaire, P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, PUF, Themis, 2001, pp. 59-64.

¹⁴⁸ Elle est fondée sur les idées d'expiation, de rétribution et de réparation, *Ibid.*, pp. 65-73.

le pouvoir politique quel qu'il soit » et « les limites au pouvoir de punir, dans son étendue comme dans ses modalités, sont difficilement formulables »¹⁴⁹.

En tout cas, tel est le but recherché par l'application des droits de l'homme dans la prison. La *jurisprudence de la Cour européenne* s'inscrit clairement dans le courant judiciaire. La Cour limite le fondement de punir dans la loi. La condamnation est une « déclaration de culpabilité, consécutive à l'établissement légal d'une infraction »¹⁵⁰. Quant à la peine, elle doit être déterminée par la gravité de l'infraction et être proportionnelle à celle-ci. Pour les juges européens, seul le critère de gravité est un critère légal. La dangerosité est un critère opportuniste, étranger aux objectifs des droits de l'homme¹⁵¹. Même si, nous verrons dans le cadre du droit à la liberté, le critère de dangerosité est partie intégrante de leur raisonnement concernant les mesures d'individualisation de la peine.

Mais le retour à la théorie classique de la peine et le recentrage sur la liberté individuelle, pour avoir été des conditions indispensables à la maîtrise du sens de la peine par le droit et non à la limitation du pouvoir de l'Etat, ne peuvent pas être suffisantes. Encore faut-il déterminer le sens de la liberté visée par la peine privative de liberté. Or, la liberté est une notion large qui demande elle-même à être définie afin de pouvoir poser des limites claires. Des lors, le recentrage du sens de la peine autour de la liberté pose à son tour de nouvelles questions sur les limites à respecter : la notion de privation de liberté est-elle définie, ou du moins délimitée ?

« Une peine privative du droit à la liberté » au sein de la jurisprudence européenne

La jurisprudence européenne n'a pas, non plus, encore permis de définir la peine privative de liberté conformément au principe de légalité des peines. Elle a toutefois contribué à délimiter le champ de cette peine en termes de privation des droits et libertés. D'une part, elle a délimité son champ par rapport à la liberté au sens large. Au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, cette peine ne vise que la liberté au sens de l'article 5¹⁵² : « Il est bien établi que les détenus ne perdent pas leurs droits au regard de la Convention à la suite de leur condamnation, et qu'ils continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté¹⁵³ ». D'autre part, elle a apporté une précision du sens de la liberté au

¹⁴⁹ « Aujourd'hui encore, la plupart des controverses relatives à la peine portent sur sa plus ou moins utilité ou efficacité à assurer la préservation de l'ordre social devenu 'la sécurité des personnes et des biens', et sur l'opportunité de telle ou telle peine en particulier », *Ibid.*, p. 64. Van de Kerchove et Françoise Tulkens ne disent pas autre chose lorsqu'ils écrivent : « au droit pénal gardien des libertés se substitue le droit pénal de l'ordre », F. TULKENS, V. de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, éd. Story Scientia, 1991, p. 294.

¹⁵⁰ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, 6 nov. 1980, Série A n° 39, § 100.

¹⁵¹ CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, n° 7906/77, 24 juin 1982, Série A n° 50, § 46.

¹⁵² « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : a. s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ».

¹⁵³ CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], n° 74025/01, § 69, CEDH 2005-IX ; *Sotiropoulou c. Grèce*, n° 40225/02, CEDH 2007-I (décision) ; CEDH, *Ploski c. Pologne*, préc.

sein de cet article : « En proclamant le droit à la liberté, le premier paragraphe de l'article 5 vise la liberté individuelle dans son acception classique, c'est-à-dire la liberté physique de la personne¹⁵⁴.

Il importe également de souligner que la Cour a tenté de donner une définition substantielle du sens de la privation de liberté physique à travers la notion d'*état privatif de liberté* à l'aide d'un nombre de critères dégagés au fil de sa jurisprudence. Il s'agit notamment de critères comme l'étendue de l'espace de vie, la limitation et/ou la surveillance des communications, les autorisations de déplacements. Cependant, si ces critères permettent de qualifier un état comme étant privatif de liberté, ils ne permettent pas de préciser le contenu de ce que devrait être un tel état. La notion d'état privatif de liberté permet certes d'appliquer les garanties du droit à la sûreté contre les décisions privatives de liberté, mais pas de limiter les effets de la privation de liberté. D'ailleurs, certains des critères retenus, comme la surveillance ou la limitation des contacts, sont inspirés de la prison ou d'autres états de détention. Ils renvoient donc à des situations dépassant la privation de liberté physique en s'étendant dans la sphère de la vie privée et, donc, de la liberté individuelle.

Malgré cette limite, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme notamment à partir du début des années 1970, est précieuse pour deux raisons. La première réside dans le fait que la Cour a jeté de nouvelles bases qui ont signé la mutation de la peine vers sa conception comme la privation d'un droit. C'est cette mutation qui a rendu possible l'application effective et non illusoire des droits de l'homme dans la prison permettant, sinon de définir, au moins de délimiter le sens privatif de liberté. Dès les premiers arrêts rendus en la matière, cette instance a posé trois nouvelles bases. D'abord, comme nous l'avons souligné, elle a précisé que cette peine doit être entendue au sens de la liberté consacrée par l'article 5 de la Convention, c'est-à-dire au sens du droit à la liberté physique, et doit être limitée à ce sens. Ensuite, elle a mis fin à la confusion entre le lieu de la prison et la notion de peine privative de liberté en reconnaissant à ce lieu une légitimité dans les restrictions des droits de l'homme indépendante de la notion de peine privative de liberté. Enfin, elle a suivi, dans l'examen de l'application des droits de l'homme dans la prison, le même raisonnement qu'à l'extérieur.

C'est dans l'arrêt *Vagabondage* (1971¹⁵⁵), qui ne concerne pas la privation de la liberté à des fins pénales mais l'internement des vagabonds, que la Cour a dissocié la question de la légalité du titre de privation de liberté et celle de la justification des restrictions des autres droits garantis par cette Convention. Dans cette affaire, la question posée était de savoir si les immixtions dans la

¹⁵⁴ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n^{os} 5100/71, 5101/71, 5102/71, 8 juin 1976, Série A n^o 22§ 58. « L'article 5 (art. 5), en proclamant dans son paragraphe 1 (art. 5-1) le "droit à la liberté", vise la liberté physique de la personne ; il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire », CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., § 92. Voir CEDH, *Amuur c. France*, n^o 9776/92, 25 juin 1996, Recueil 1996-III, § 42 ; CEDH, *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, § 23 ; CEDH, *Filip c. Roumanie*, n^o 41124/02, CEDH 2006-XII, § 70.

¹⁵⁵ CEDH, *Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc.

correspondance des personnes privées de leur liberté au motif de vagabondage étaient légales, légitimes et nécessaires dans une société démocratique alors que le titre de détention était illégal. La Commission, conformément à sa jurisprudence constante qui consistait à fonder la légitimité de toutes les restrictions des droits de l'homme sur la légalité de la décision privative de liberté, avait estimé que les immixtions en question étaient illégales et illégitimes. Mais la Cour a conclu dans le sens contraire. La violation de la Convention à cause de l'illégalité du titre de détention doit se limiter au seul droit visé par cette mesure à savoir le droit à la liberté tel qu'il est consacré par l'article 5 de la Convention. La prison peut légitimer la restriction de l'exercice d'autres droits de l'homme pour des raisons liées à son organisation et à son fonctionnement en tant que lieu de vie collective. Par ce raisonnement, la Cour a opéré la double rupture : elle a rompu avec le sens large de la privation de liberté et avec la confusion de celle-ci avec le lieu de la prison. Si la prison *peut* justifier les restrictions des droits de l'homme indépendamment de la légalité de la décision de privation de liberté, cela signifie aussi qu'elle *doit* le faire de manière indépendante. La peine privative de liberté ne doit plus fournir ni base légale, ni légitimité ni nécessité démocratique aux restrictions des droits de l'homme à part au droit à la liberté au sens de l'article 5. Les restrictions des autres doivent être appréciées au regard des conditions requises pour chacun d'eux au sein de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'arrêt *Golder* (1975)¹⁵⁶, le premier concernant les détenus condamnés, est venu confirmer ce revirement. La Cour a expressément mis fin à la théorie des « limitations implicites », consolidant ainsi la limitation du sens de la liberté au champ de l'article 5 et sa distinction du lieu de la prison. Elle a exigé de justifier les restrictions dénoncées (en l'occurrence dans la correspondance) conformément à l'article 8 de la Convention, qui garantit le droit au respect de la correspondance, dans les circonstances du cas d'espèce et non par la notion de privation de liberté ni, de manière générale, par le lieu de la prison ou l'appartenance du requérant à la catégorie de détenus. L'arrêt *Silver et autres* (1983)¹⁵⁷ et l'arrêt *Campbell et Fell* (1984)¹⁵⁸, ont consolidé ces nouvelles bases du raisonnement. C'est dans le dernier, qui posait la question de l'applicabilité du droit à un procès équitable à l'intérieur de la prison lors des procès disciplinaires, que la Cour a formulé la phrase, devenue depuis symbolique : « La justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons¹⁵⁹ ». Phrase qui peut également être formulée de manière générale : *les droits de l'homme ne sauraient s'arrêter aux portes de la prison*. Les restrictions des droits de l'homme doivent obéir aux mêmes impératifs qu'à l'extérieur ; elles doivent être légales, légitimes et nécessaires dans une société démocratique.

¹⁵⁶ CEDH, *Golder c. R.U.*, n° 4451/70, 21 fév. 1975, Série A n° 18.

¹⁵⁷ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 mars 1983, Série A n°61.

¹⁵⁸ CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc.

¹⁵⁹ *Ibid.*, § 69.

La *légalité*¹⁶⁰ signifie que les restrictions des droits de l'homme doivent être prévues par un texte normatif. Ce texte peut ne pas être une loi au sens formel du terme. En effet la Cour entend le terme « loi » dans un sens européen autonome par rapport aux droits nationaux. Un sens qui privilégie l'approche matérielle et non formelle¹⁶¹. Ce qui importe, c'est que le texte provienne d'une autorité publique, qu'il soit clair et précis, c'est-à-dire qu'il énonce les règles en termes « précis » et « non vagues »¹⁶², qu'il soit « suffisamment accessible » aux destinataires¹⁶³. Ainsi la Cour a jugé que les décrets constituent une base légale. Elle a, en revanche nié une telle qualité, aux circulaires et instructions : ces deux derniers types de documents n'ont pas de force contraignante et généralement ne sont pas publiés pour répondre à l'exigence de l'accessibilité de la loi¹⁶⁴.

La *légitimité* signifie que les restrictions doivent poursuivre exclusivement un ou plusieurs buts prévus par la Convention et ses protocoles. Cela exclut alors aussi bien des motifs propres à la prison que des motifs liés aux fonctions de la peine. La détermination de ces dernières, ainsi que leur accomplissement, doivent être compatibles avec la Convention et limités par les exigences de celle-ci.

La *nécessité démocratique* signifie que les restrictions doivent être nécessaires dans une société démocratique. Cela n'est synonyme ni d'« indispensable » ou d'« absolument nécessaire », ni de « raisonnable » ou « opportun »¹⁶⁵. La nécessité démocratique se situe entre ces deux types de notions. Elle implique que les restrictions soient proportionnelles aux buts recherchés. C'est seulement dans cette dernière étape du raisonnement que la Cour reconnaît que la prison peut être prise en compte en tant que contexte spécial pouvant justifier des restrictions dans l'exercice des droits de l'homme « plus amples » qu'à l'extérieur¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Nous examinons ce critère de manière plus détaillée lors de l'étude du droit au respect de la vie privée, qui sera le premier droit de protection relative à être présenté (Infra, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1).

¹⁶¹ CEDH, *Niebdala c. Pologne*, n° 7915/95, CEDH 2000-VII, § 79. Aussi : « La Cour rappelle que les mots 'prévue par la loi' signifient en premier lieu que la mesure incriminée doit avoir une base en droit interne, qu'elle entend le terme 'loi' dans son acception matérielle plutôt que formelle, et qu'elle y a inclus des textes de rang 'interlégislatif' édictés par les autorités compétentes en vertu d'un pouvoir normatif délégué », CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 57.

¹⁶² « Une norme doit être énoncée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant de conseils éclairés, et de prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences d'un acte déterminé », CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 88.

¹⁶³ Leur destinataire « doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné », *Ibid.*, § 87.

¹⁶⁴ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 86, § 87 : Les circulaires ne sont rien de plus que des instructions de service adressées, en vertu de son pouvoir hiérarchique, par une autorité administrative supérieure à des agents subordonnés, a souligné la Cour dans l'arrêt *Poltoratski c. Ukraine*, préc., §§ 158-162 ; « Selon la Cour, on ne saurait voir dans un texte de cette nature, édicté en dehors de l'exercice d'un pouvoir normatif, la 'loi' à laquelle renvoie l'article 8 de la Convention notamment », CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 59.

¹⁶⁵ CEDH, *Handside c. R.U.*, 7 déc. 1976, Série A n°24, § 287.

¹⁶⁶ CEDH, *Golder, c. R.U.*, préc., §45.

Quant à la notion de *société démocratique*, il convient de noter, d'une part qu'elle est entendue dans le sens précisé au fil de la jurisprudence européenne. Elle est entendue dans une *approche non seulement formelle*, en se référant à la garantie des élections libres, mais aussi dans une *approche substantielle* en se référant aux éléments suivants. *Un élément politique* : la société démocratique est régie par une conception des rapports entre l'individu et l'Etat et entre les individus guidée par l'épanouissement maximal de chaque individu (dans la mesure de l'équilibre à respecter entre l'intérêt individuel et l'intérêt général) et nécessitant aussi bien l'abstention que l'intervention de l'Etat. *Un élément sociétal* : la société démocratique est caractérisée par un esprit d'ouverture, de pluralisme et de tolérance. Et un *élément juridique* : la prééminence du droit. L'organisation de l'Etat, de ses rapports avec les individus et des rapports entre les individus doit être régie par un système de droit dont l'objectif primordial est la garantie des droits de l'homme. Le droit doit notamment répondre aux exigences suivantes : accessibilité, clarté et prévisibilité de la loi ; impartialité et équité du système judiciaire ; contenu de la loi conforme aux exigences des droits fondamentaux tels qu'ils sont conçus et appliqués au sein du Conseil de l'Europe. Il convient d'autre part, de relever qu'au sein de la jurisprudence européenne, la *société démocratique* sert d'un idéal de référence¹⁶⁷ qui transcende le raisonnement sur l'interprétation et l'application des droits de l'homme¹⁶⁸. C'est elle qui guide l'« interprétation fondatrice » de la Convention selon l'expression de François Ost¹⁶⁹, en opposition à l'« interprétation effectivante ». La première est guidée par « le projet interprétatif fondamental »¹⁷⁰ que les droits de l'homme se fixent, à savoir « le souci d'assurer la protection la plus large et la plus effective aux droits des individus »¹⁷¹, alors que la seconde se contente de s'approcher de ce but par une approche matérielle permettant de tenir compte des circonstances concrètes dans lesquelles les droits de l'homme doivent se faire respecter¹⁷².

Toutefois, ces précisions quant au sens de la peine privative de liberté par rapport à la liberté au sens large et à la prison, ne permettent ni d'obtenir un sens précis de la privation de liberté physique ni de limiter le statut juridique du condamné à la seule privation de la liberté de mouvement physique. D'abord, parce que les droits de l'homme ne couvrent pas tous les aspects de la vie. Ces

¹⁶⁷ « Il faut recevoir cette formule (la démocratie) dans sa globalité comme expression d'une aspiration, d'un mythe, comme représentation idéale de la démocratie dans l'imaginaire social », G. SOULIER, *L'Europe*, Paris, A. Collin, 1994, notamment pp. 146-147.

¹⁶⁸ Ph. VEGLERIS, Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme, *R.D.H.*, 1968.

¹⁶⁹ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Raisonner la raison d'Etat*, préc., p. 460.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 460.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 445-446.

¹⁷² *Ibid.*

droits ne permettent donc pas, à l'exception du droit garanti par l'article 5, de limiter la peine privative de liberté à la seule privation de la liberté physique : ces droits ne couvrent que les droits et les libertés *fondamentaux*. De surcroît, seules les violations les plus graves « tombent dans le filet » selon Robert Roth.¹⁷³ Ensuite, parce que la prison demeure largement déterminante pour le sens de la privation de liberté. Quasiment l'ensemble des droits de l'homme subit dans la prison de nombreuses restrictions « plus amples qu'à l'extérieur » qui, si elles ne peuvent plus être justifiées par la notion de peine, le sont par le fonctionnement de la prison en tant que situation matérielle. Enfin, dans le cadre de l'article 5 de la Convention, l'équivalence demeure entre contenu matériel de la peine privative de liberté et lieu de la prison. Nous verrons que ce droit demeure inopérant dans le contrôle de la légalité substantielle, matérielle, de cette peine.

Quelle est alors la contribution concrète de la Convention européenne des droits de l'homme à la définition du sens de la peine privative de liberté et à son respect lors de son exécution dans la prison ?

La jurisprudence de la Cour, si elle ne définit pas la peine privative de liberté ni ne limite les effets de la prison à la privation de la liberté d'aller et venir, elle est la seule à offrir la méthode et le moyen qui permettent de mesurer le sens de cette peine et de le faire évoluer vers cet idéal : sa limitation à la privation du droit à la liberté au sens de l'article 5 de la Convention. La jurisprudence de la Cour y parvient dans la mesure où la Convention est composée de droits communs aux détenus et aux personnes libres dont la somme constitue la liberté au sens large. Elle permet alors de poser ce postulat : si le principe qui régit le sens de la peine privative de liberté est sa limitation à la liberté physique au sens de l'article 5, l'idéal consiste alors à garantir une application des droits de l'homme dans la prison identique à celle à l'extérieur. Leur application à l'extérieur peut être considérée comme la référence de l'idéal (de son interprétation fondatrice) qui doit guider leur application dans la prison (son interprétation effectuant). Le contenu juridique de la peine privative de liberté peut alors être défini comme : *la somme des restrictions dans l'exercice de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux dans la prison supplémentaires par rapport à l'extérieur et légitimées par le droit.*

Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est alors le seul instrument qui puisse servir pour mesurer, et donc délimiter, ce contenu, y compris au sein du Conseil de l'Europe. Premièrement, parce que, comme nous venons de le souligner, il est le seul droit commun aux personnes détenues et aux personnes libres concernant, le respect de la liberté au sens large. Les autres instruments du Conseil de l'Europe applicables en prison, outre le fait qu'ils ne couvrent pas l'ensemble des droits composant la liberté au sens large, sont élaborés spécifiquement pour la prison

¹⁷³ R. ROTH, *Pratiques pénitentiaires et théorie sociale: l'exemple de la prison de Genève (1825-1862)*, Paris, Droz, 1981.

ou pour tous les lieux fermés privatifs de liberté. Il en est ainsi des *Règles pénitentiaires européennes* adoptées par le Comité des Ministres et d'autres règles, adoptées sous forme de Recommandations ou de Résolutions par ce Comité¹⁷⁴ ou par l'Assemblée parlementaire, relatives aux prisons. Il en est de même de la *Convention européenne pour la prévention de la torture* (1987) ou encore du projet de la *Charte pénitentiaire européenne*¹⁷⁵.

A cela il faut ajouter que la Convention européenne des droits de l'homme est la seule à disposer de la force juridique suffisante pour imposer cette limitation à la prison et, plus généralement, aux droits internes et les faire évoluer vers ce sens. A l'exception de la Constitution pénitentiaire, (toujours en projet), les autres textes mentionnés constituent des règles éthiques et déontologiques. Leur rôle consiste à améliorer les conditions de vie carcérales et à rapprocher la politique pénitentiaire au niveau européen par une action préventive. Ces instruments seront toutefois pris ponctuellement en compte dans la mesure où ils permettent de compléter la jurisprudence de la Cour. La Convention pour la prévention de la torture sera tout particulièrement prise en compte pour une raison supplémentaire : la Cour se réfère de plus en plus aux rapports du CPT¹⁷⁶, lorsqu'elle a à juger des questions concernant des prisons ayant fait l'objet de visites de la part de cet organe. Celui-ci exerce un contrôle préventif fondé sur des visites régulières ou *ad hoc* dans tout lieu privatif de liberté, suivies de la rédaction d'un rapport. Ces rapports ont, aux yeux de la Cour, de plus en plus une valeur de quasi-preuve des conditions matérielles et de l'organisation et du fonctionnement des prisons concernées.

Contrairement à ces instruments du Conseil de l'Europe, la Convention pose des règles obligatoires (art. 45). Leur respect est assuré par un contrôle juridictionnel. Outre le droit de recours national (art. 13) exercé devant les instances nationales, un recours européen (art. 34) peut être exercé directement devant la Cour (depuis la suppression de la Commission, le 31 octobre 1999). Ce système de protection présente en effet une originalité qui le rend unique au niveau du droit international. Ainsi que le souligne Jean-François Renucci, « la protection des droits de l'homme en Europe a donné lieu à la mise en place de systèmes particulièrement développés¹⁷⁷ ». Ce qui a amené Charles Zorgbibe à dire que « l'originalité de la Convention réside moins dans les droits garantis que dans la garantie des droits ».

¹⁷⁴ En 2007, l'ensemble des instruments juridiques élaborés par le Comité des Ministres relatifs aux questions pénitentiaires (Règles pénitentiaires, recommandations ou résolutions), ont été consolidés dans une seule édition, intitulée *Compendium des conventions, recommandations et résolutions relatives aux questions pénitentiaires*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007.

¹⁷⁵ Préparée par la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Parlement européen et présentée devant cette Assemblée le 19 février 2004 par le Rapporteur Michel HUNAULT, Voir le texte sur le site : <http://assembly.coe.int/>

¹⁷⁶ Organe pluridisciplinaire, composé de juristes, de médecins, de psychologues et de personnes appartenant à d'autres disciplines auquel est confiée l'application de cette Convention.

¹⁷⁷ J. F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p. 9.

Outre les recours étatiques et collectifs, cette instance européenne peut être saisie directement par toute personne qui s'estime lésée par la violation de ses droits fondamentaux de la part de tout Etat signataire de cette Convention. Peu importe l'identité et le lieu de sa résidence. La victime d'une telle violation doit cependant donner auparavant l'occasion à l'Etat accusé de la réparer. La protection de la Convention de la part de la Cour est subsidiaire. Il revient en premier lieu aux autorités nationales de la faire respecter. L'instance de Strasbourg ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, dans les six mois après la dernière décision définitive (art. 35). Des exemptions sont pourtant prévues à la condition d'épuisement des voies de recours internes, en cas d'inexistence de tels recours ou d'incertitude quant à leur existence et leur accessibilité. Les recours doivent être suffisamment *certain*¹⁷⁸, *accessibles* aux intéressés et *efficaces tant en théorie qu'en pratique*¹⁷⁹. Un recours n'est pas certain ni accessible lorsque, par exemple, bien qu'il existe en théorie, une catégorie de personnes est exclue de son exercice par la loi ou par une pratique jurisprudentielle le déclarant systématiquement irrecevable¹⁸⁰.

Quant aux sanctions, la Cour peut, en vertu de l'article 46, prononcer une satisfaction équitable¹⁸¹ si le droit interne ne permet pas de redresser efficacement la violation constatée. Ses sanctions sont obligatoires mais ne sont pas assorties de moyens d'exécution forcée. Leur exécution est confiée au Comité des Ministres¹⁸², qui dispose d'un pouvoir politique. Ce Comité s'appuie sur l'engagement mutuel pris par chaque Etat de respecter la Convention européenne des droits de l'homme et les arrêts de la Cour. Son arme ultime est l'exclusion d'un Etat mais elle n'est pratiquement jamais utilisée¹⁸³.

Malgré l'absence des moyens d'exécution forcée des sanctions prononcées par la Cour, nous constatons que les Etats respectent les arrêts de cette instance. Ils vont même jusqu'à dépasser les

¹⁷⁸ « Pour que puisse naître l'obligation d'exercer un recours, l'existence de ce dernier doit être suffisamment certaine », CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 61 ; voir aussi CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp, c. Belgique*, préc., § 62 ; CEDH, *Van Oosterwijk c. Belgique*, n° 7654/76, 16 nov. 1980, Série A n° 40, § 54 ; CEDH, *Deweer c. Belgique*, n° 6903/75, 27 févr. 1980, Série A n° 35, § 32 ; CEDH, *Leander c. Suède*, n° 9248/81, 26 mars 1987, Série A n° 116.

¹⁷⁹ Voir entre autres, *Ergi c. R.U.*, n° 23818/94, 28 juill. 1998, Recueil 1998-IV, § 105 ; CEDH, *Demirtepe c. France*, n° 34821/97, 21 déc. 1999, CEDH 1999-XII, § 22.

¹⁸⁰ Par exemple, dans l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp*, la Cour notait à propos d'une ordonnance d'internement prise par le juge de paix, qu'elle avait « constaté - sans qu'il soit même besoin d'examiner à cet endroit si un recours au Conseil d'Etat eût été de nature à parer aux griefs - que suivant l'opinion commune existant en Belgique jusqu'en 1967, un recours au Conseil d'Etat contre les ordonnances du juge de paix passait pour irrecevable », CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp, c. Belgique*, préc., § 62. Il en est de même lorsqu'un recours ne peut pas être exercé contre une catégorie de personnes, avis de la Commission joint à l'arrêt *Leander c. Suède*, précité.

¹⁸¹ C'est-à-dire condamner l'Etat à verser à la victime une somme d'argent pour le préjudice consécutif de la violation de la Convention.

¹⁸² Le Comité des ministres (composé des Ministres des affaires étrangères des Etats membres du Conseil de l'Europe) est l'un des deux organes du Conseil de l'Europe (l'autre est l'Assemblée parlementaire). Le Comité adopte une résolution finale pour clore chaque affaire.

¹⁸³ Dans la seule affaire où cette sanction avait été envisagée, l'affaire « Grecque » (suite au Rapport de la Commission, 1970), à l'époque des colonels, elle n'a pas pu s'appliquer, le gouvernement de l'époque s'étant retiré du Conseil de l'Europe (la Grèce l'a de nouveau rejoint en 1974, avec le retour de la démocratie).

effets d'un arrêt au-delà des parties concernées. Ainsi que le révèle le document du Conseil de l'Europe *Effets des arrêts de la Cour*, publié régulièrement sur le site du Conseil de l'Europe¹⁸⁴, nombre d'Etats ont déjà effectué des réformes législatives pour se conformer aux exigences de la Convention telles qu'elles sont précisées par la Cour dans l'ensemble de son œuvre jurisprudentielle. D'autres Etats, comme la France, ont également institué une procédure de réexamen d'une décision pénale sanctionnée par la Cour (art. 626-1 CPP), si la satisfaction équitable est insuffisante pour mettre un terme aux conséquences dommageables de la violation de la Convention (art. 626-1 CPP)¹⁸⁵.

Eléments de droit comparé

Pour ces raisons, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme constitue indéniablement un moyen efficace pour limiter les effets de la prison à la liberté physique et préciser le sens juridique de la peine privative de liberté¹⁸⁶. Cette évolution peut ou non aboutir à une harmonisation européenne. « A supposer que l'harmonisation soit faisable, est-elle opportune, est-elle légitime ? », s'interroge Catherine Giudicelli-Delage, en introduisant la réflexion sur « L'harmonisation des sanctions pénales en Europe ». Car la diversité qui caractérise les systèmes répressifs européens tiennent « d'une vision plus ou moins culturelle¹⁸⁷ ». L'auteur prône, avec Mireille Delmas-Marty, de se contenter d'adopter des principes directeurs déterminés par des critères ou indicateurs communs qui servira le rapprochement des droits nationaux autour des valeurs communes tout en réservant une certaine place à leur diversité¹⁸⁸.

Notons toutefois que le droit pénitentiaire est la matière du droit, y compris du droit pénal, qui a donné lieu à l'élaboration des normes et règles européennes communes la plus complète. Elle a commencé en 1962 par l'adoption de la part du Comité des Ministres de la Résolution relative sur la

¹⁸⁴ www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Execution/01_Introduction/01_Introduction.asp#TopOfPage. Voir aussi F. LAZAUD, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, t.1, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006 ; Emm., DECAUX., P.-H. IMPERT, L.-E. PETTITI, *La Convention européenne des droits de l'homme* (dir.), Paris, Economica, 1995.

¹⁸⁵ Instituée par la loi sur la présomption d'innocence n° 2000-516 du 15 juin 2000.

¹⁸⁶ Voir sur la politique pénale européenne en matière de sanctions alternatives à l'emprisonnement, P. PONCELA et R. ROTH, *La fabrication du droit des sanctions au Conseil de l'Europe*, La documentation française, 2006.

¹⁸⁷ A propos d'une recherche inscrite dans le cadre plus large de l'harmonisation des incriminations, procédures et sanctions au sein de l'Union européenne, entamée par la protection des intérêts financiers communautaires (Présentée dans le Rapport *Corpus juris*, 2001), et qui devrait s'étendre à des infractions les plus graves (telles que le terrorisme, la lutte contre le trafic de drogues, la cybercriminalité, la traite des êtres humains, la criminalité environnementale etc.), M. DELMAS-MARTY, C. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, Sté Législation Comparée, 2003, pp. 7-12.

¹⁸⁸ Ce que répond Mireille Delmas-Marty en conclusion de cette recherche : A vouloir imposer un cadre uniforme et rigide, on risque de saper plutôt l'état de droit que de le défendre. Il faut explorer la « marge nationale » qui peut servir de rempart contre des risques d'une harmonisation mondiale de type sécuritaire, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », *Ibid.*, pp. 583-590.

Charte des droits électoraux, civils et sociaux du détenu. En 1973, ce même Comité a adopté les Règles pénitentiaires qui contiennent des recommandations sur l'ensemble des aspects de la vie en détention. Celle-ci a été révisée à deux reprises, en 1987 et 2006. Entre temps, un nombre de recommandations et résolutions ont été adoptées visant l'organisation des questions précises de la vie en détention, telles que la santé (1998), l'éducation (1989) le travail (1975), la surpopulation carcérale (1999) la gestion des détenus de longue peine (1976 et 2003), des détenus dangereux (1982). L'Assemblée parlementaire a également produit de tels textes, notamment la Recommandation sur les mères et bébés en prison (2000) et sur les conditions de détention (1995). Enfin, en 1987, le Conseil de l'Europe a adopté la Convection européenne pour la prévention de la torture assortie d'un organe de contrôle pour assurer son application effective. Cet organe, le CPT, a, au fil de ses rapports de visite des lieux privés de liberté, dégagé un nombre de normes concernant la prévention des mauvais traitements mises à jour périodiquement dans un rapport intitulé *Les normes du CPT*. Si, initialement, c'était une harmonisation *à minima* qui a été recherchée, comme le montre le titre de la Recommandation de 1973, « Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus », le besoin a progressivement été ressenti de préciser les normes supranationales concernant cette matière de droit¹⁸⁹. Celui-ci est régi par le principe selon lequel « tout ce qui n'est pas expressément autorisé, est interdit » et, dans certains droits nationaux, comme le droit français, il est encore aujourd'hui laissé au pouvoir exécutif. D'où la volonté au niveau du Conseil de l'Europe, d'élaborer des règles plus ou moins précises suivant les aspects de la vie en détention.

La Cour réserve toutefois une *marge nationale* en matière d'application des droits de l'homme, y compris dans la prison. Ainsi que nous le verrons, en dehors des valeurs à caractère absolument « in-dérogeable » telle que l'interdiction des mauvais traitements, de la peine de mort, de l'esclavage ou des travaux forcés, cette instance laisse dans l'aménagement des droits à valeur relative « dérogeables », une place à la « marge nationale ». Celle-ci n'est toutefois pas illimitée. Elle est soumise au contrôle européen. Les Etats sont tenus de respecter un certain nombre de critères européens communs qui, eux, sont prévus dans le texte de la Convention : la légalité, la légitimité des buts, la proportionnalité et la nécessité démocratique des restrictions. Le seul critère absolu établi par la Cour est la garantie, en toutes circonstances, de la substance, du « noyau dur », de chacun des droits consacrés par la Convention¹⁹⁰. La Cour fait en effet place à des facteurs économiques concernant les droits à caractère social tels que l'éducation, mais aussi à des facteurs historiques, culturels ou encore religieux. Il en est ainsi dans l'exercice par exemple des droits politiques, des

¹⁸⁹ Sur la contribution des Règles pénitentiaires et des autres normes européennes de « soft law » dans l'harmonisation du droit pénitentiaire européen, voir les articles : P. PONCELA, « L'harmonisation des normes pénitentiaires européennes », *RSC*, 2007-1, pp. 126-133 ; M. EUDES, « La révision des règles pénitentiaires européennes, les limites d'un droit commun des conditions de détention », *Droits Fondamentaux*, n° 6, 2006, in www.droits-fondamentaux.org.

¹⁹⁰ Pour une étude globale et approfondie du mode de l'exercice du contrôle européen, voir J. F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, préc., pp. 738-751. Voir aussi, entre autres travaux de Florence MASSIAS, sa thèse de doctorat : *Restrictions nécessaires dans une société démocratique et politique criminelle : le contrôle des deux Cours européennes*, Université Paris XI, 1991.

droits relatifs à la vie privée et notamment concernant la sexualité, ou encore de la question de l'euthanasie.

Dans la consécration ou pas d'une nouvelle norme européenne commune, la Cour se sert du droit comparé comme critère d'interprétation de la Convention. Elle prend précisément compte l'existence ou pas d'un « dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats membres » concernant l'état de garantie de certains droits¹⁹¹. Si bien que le droit européen et le droit national évoluent par une interaction permanente. D'où l'intérêt du choix fait ici d'intégrer dans la présente étude une dimension comparative avec les droits nationaux. A cet effet, deux droits positifs sont retenus : le droit grec et le droit français.

Le choix du *droit français* nous a paru s'imposer pour des raisons historiques : la naissance concomitante des droits de l'homme et de la prison pénale. Elle nous permet de voir l'impact des premiers sur l'évolution de cette institution et, donc, sur la formation du sens de la peine privative de liberté. Nous avons vu que quelque temps après la naissance de cette peine, soit au début du XIX^e un certain nombre d'auteurs avaient plaidé pour l'extension de la protection des droits de l'homme jusque dans les prisons et même pour la limitation des conséquences de ces lieux à la seule privation de la liberté physique. Qu'en est-il aujourd'hui ?

Ce qui marque d'abord le droit pénitentiaire français est que, à part en matière d'individualisation de la peine, il demeure hors de portée du législateur. Ensuite, alors que la France a reconnu, depuis 1991, le recours individuel devant la Cour, ce droit national n'a toujours pas expressément reconnu des droits aux détenus, y compris le droit de recours contre les atteintes aux droits de l'homme. Cette reconnaissance est laissée à la jurisprudence. De manière générale, la Convention n'a pas provoqué de réformes globales du droit pénitentiaire français, en dépit d'une tentative en 2002. Cette tentative est actuellement renouvelée. Annoncée depuis l'automne 2007 et repoussée à plusieurs reprises, la Garde de Sceaux a affirmé, le 19 mai 2008, que le projet de loi pénitentiaire sera présenté pour un examen lors de la session parlementaire en cours¹⁹². Le droit français n'est pas pour autant resté hermétique. Outre la juridictionnalisation des décisions d'individualisation de la peine¹⁹³, nous devons noter la suppression du travail obligatoire des détenus (en 1987) ou encore la mise en place à titre expérimental des visites intimes permettant aux détenus d'entretenir une vie sexuelle avec leurs partenaires. Quant à la jurisprudence française, elle est marquée par le revirement historique du Conseil d'Etat en matière de recours des détenus contre les décisions disciplinaires. Alors que la porte des juridictions administratives leur était totalement

¹⁹¹ J. F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, préc., p. 750

¹⁹² <http://www.hemicycle.info/?p=1744>.

¹⁹³ Commencée par la loi sur la présomption d'innocence, n° 200-516 du 15 juin 2000, elle est achevée par les lois n° 2004-204 du 9 mars 2004 et n° 2007-1198 du 10 août 2007.

fermée au motif que ces décisions constituaient des « mesures d'ordre intérieur¹⁹⁴ », le 17 février 1995, le Conseil d'Etat a changé sa jurisprudence dans l'arrêt *Marie*. Il est même allé plus loin que ne l'a demandé la Cour dans l'arrêt *Campbell et Fell* où elle avait reconnu cette possibilité aux détenus. Le Conseil d'Etat en a fait la règle contre toutes les décisions disciplinaires de mise en cellule (mitard), alors que la Cour les apprécie au cas par cas. Le droit français va, par ailleurs, plus loin en matière de droits à caractère social tels que l'accès à l'éducation, l'information, la protection sociale, les soins, les accidents du travail. Alain Sériaux écrivait, en 1979, que « si l'on veut découvrir de véritables droits au profit des détenus, c'est vers la législation sociale qu'il faut se tourner¹⁹⁵ ». En effet, ce droit national a devancé le droit conventionnel dans ce domaine. Cela est valable en matière de politique sociale mais aussi en matière d'éducation et de formation professionnelle et, incontestablement, en matière de soins depuis la réforme de 1994 ayant rattaché le système de soins des détenus au système de santé public.

Le droit grec, peu connu du reste de l'Europe¹⁹⁶, ne manque pourtant pas d'intérêt. Il partage avec le droit pénitentiaire espagnol¹⁹⁷, la spécificité d'être un droit qui a connu des développements importants après l'expérience d'une dictature. Ce facteur a joué un rôle déterminant tant pour l'ampleur que par la qualité des réformes législatives marquées par la réception en droit interne des normes internationales dans le domaine des droits de l'homme. Ainsi, le droit pénitentiaire grec a connu deux réformes globales depuis la chute de la dictature (1967-1974¹⁹⁸). Une première a eu lieu en 1989¹⁹⁹ par l'adoption d'un Code intitulé *Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus*, succédant à la loi pénitentiaire de 1967. Une seconde réforme a eu lieu en 1999,²⁰⁰ par l'adoption du code actuel intitulé *Code pénitentiaire*. Ces deux réformes ont été guidées par l'adaptation du droit en matière d'exécution et d'application des peines aux évolutions des normes internationales et européennes²⁰¹. Leur principal apport est, d'une part, l'abandon du traitement comme objectif de la peine au profit de celui de limitation de l'effet punitif à la privation de liberté : celle-ci est une peine en soi et non un moyen d'infliger des punitions supplémentaires ou de modifier

¹⁹⁴ Voir entre autres, DE LA FRETTE Alain, LARROPMET Christian, « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale », *Re. Fr. Dr. Adm.* 0 (0) mai-juin 1984.

¹⁹⁵ A. SERIAUX, « Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus », *RPDP*, 1979, pp. 453-476.

¹⁹⁶ Il mérite alors d'être signalé qu'il a actuellement trouvé place dans l'enseignement du droit pénitentiaire comparé dispensé en France dans le cadre du Master « Droit de l'exécution des peines et droits de l'homme », à l'Université de Pau et Montesquieu-Bordeaux.

¹⁹⁷ E. RUBI-CAVAGNA, *Le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu*, Thèse, Université Montpellier I, 1995.

¹⁹⁸ G. BECHLIVANOU, « Les ruses de la raison d'Etat : la Grèce », in *Raisonner la raison d'Etat*, (DELMAS-MARTY M., dir.), Paris, PUF, 1989.

¹⁹⁹ Loi n°1850 de 1989.

²⁰⁰ Loi n° 2776 de 1999.

²⁰¹ Pour une vision globale du système des peines en Grèce tant du point de vue historique que contemporain, voir N. KOURAKIS, *Répression pénale*, 4^e éd., Athènes, Sakkoulas, 2005.

le comportement²⁰². Le deuxième apport est l'extension de la reconnaissance des droits aux détenus et l'institution de droits de recours contre leurs violations, précisément contre un acte illégal ou un ordre illégal, devant le tribunal d'application des peines. Un autre mécanisme original de protection des détenus constitue la mise en place dans chaque prison d'un comité pluridisciplinaire comportant des personnes extérieures (entre autres, des psychologues et des professeurs de droit) veillant à l'individualisation et à l'exécution de la peine conformément aux lois grecques et au droit international. Ce droit national, outre une juridictionnalisation des mesures d'individualisation des peines, plus précoce que le droit français (certaines remontent en 1952²⁰³), garantit le respect du secret de la correspondance, le droit à un médecin de son choix, limite la sanction disciplinaire du mitard à 10 jours, ou encore prévoit la suspension de l'emprisonnement pour des motifs de santé ou d'intégrité plus larges que le droit français. En général, le droit grec paraît être en avance en matière de droits et de libertés individuelles classiques, par rapport au droit français qui, lui, l'est en matière de droits sociaux.

Leur comparaison avec le droit européen révélera que le droit de la Convention est plus protecteur concernant l'intégrité physique, le droit à la vie et l'interdiction des mauvais traitements, autrement dit en matière de droits à marge nationale réduite voire nulle. Les droits nationaux présentent quant à eux des avancées plus importantes concernant des droits à caractère social et des droits relatifs à la vie privée. Si bien que droits nationaux et droit de la Convention européenne des droits de l'homme se trouvent dans un rapport d'interaction permanente. Une interaction qui est à la fois source d'harmonisation et d'évolution permanente du droit.

Délimitation de l'objet de l'étude

Notre travail portera donc sur ces deux droits nationaux et sur la jurisprudence de la Cour relative à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme à la fois dans la prison et à l'extérieur. C'est notamment à travers cette comparaison, où la mesure devient sens, que nous délimiterons le sens effectif de la peine privative de liberté exécutée dans la prison.

Nous tenterons précisément de saisir son sens à travers l'application des *droits substantiels*, c'est-à-dire ceux dont les détenus sont privés, en opposition avec les droits relatifs à la justice. Parmi ces derniers, seuls seront étudiés les droits au titre des articles 2, 3 et 5 de la Convention, car ils sont constitutifs de la violation de droits substantiels garantis par ces articles. Nous ne retiendrons pas non

²⁰² Ce but, évoqué dans le rapport introductif au Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus (1989), a clairement été affirmé dans le Code pénitentiaire actuel (art. 4 § 1, C. pénit.). Le terme traitement n'ayant pas été explicité dans le corps du précédent Code, il a donné lieu à un nombre de critiques, Voir PAPTAEODOROU Th., « Le système pénitentiaire grec », *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, J.-P. CERE, C. -E., JAPIASSU, (dir.), Paris, Dalloz, 2007. 203-222.

²⁰³ Voir *infra*, Chapitre sur le droit à la liberté.

plus les droits qui ne contribuent pas à la détermination du champ privatif de liberté, comme le droit à l'égalité entre époux ou l'interdiction des expulsions collectives.

Concrètement, nous tâcherons de saisir le sens de la peine privative de liberté par l'étude de l'application des droits et libertés garantis par les articles 2 à 12 de la Convention (à l'exception de l'article 6) et par ses Protocoles, soit, par l'étude des droits et libertés suivants : le droit à la vie (art. 2), l'interdiction de la torture (art. 3), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 3), le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8), le droit au respect de la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9), la liberté d'expression (art. 10), la liberté de réunion et d'association (art. 11), le droit au mariage (art. 12) ; le droit à la protection de la propriété, le droit à l'instruction et le droit à des élections libres garantis respectivement par les articles 1, 2 et 3 du Protocole additionnel.

L'interdiction des discriminations (art. 14 et protocole n°12) et la légalité de la peine (art. 7) ne feront pas l'objet d'une étude distincte. Ces articles trouvent une application transversale à l'ensemble des droits de l'homme. Le premier commande une application des droits de l'homme sans discrimination. Quant au respect de la légalité, telle que nous l'avons précisé dans le cadre de la peine privative de liberté, il est l'objet même du présent travail. Il sera abordé de manière précise dans le cadre de l'article 5. L'abolition de la peine de mort (Protocole n° 6) sera abordée en même temps que le droit à la vie (art. 2) ; et la liberté de circulation (art. 2, Protocole n° 4) sera traité en même temps que le droit à la liberté (art. 5), étant considérée par la Cour comme un droit couvert par le premier.

L'étude de l'application concrète de ces droits de l'homme dans la prison et à l'extérieur permettra de cerner le sens de la peine privative de liberté à défaut de pouvoir le définir de manière précise. Limiter cette peine à la privation du seul droit à la liberté physique au sens de l'article 5 de la Convention nous servira de référence de l'idéal dans l'appréciation de l'application des droits de l'homme dans la prison. Cette limitation implique de garantir les droits et libertés à l'égard des personnes condamnées à cette peine de manière identique que pour les personnes libres. Elle implique alors l'application du droit commun à l'égard des détenus. Tout écart doit être interprété comme constitutif d'une privation de liberté supplémentaire à celle de la liberté au sens de l'article 5.

La peine étant censée n'avoir qu'une seule conséquence physique, la privation de la liberté, nous tenterons, dans une première partie, de saisir si cette conséquence est limitée à la privation de cette liberté ou si elle s'étend à d'autres dimensions de la vie physique de l'homme. Nous tâcherons à travers l'étude de l'application dans la prison des dispositions de la Convention relatives à la liberté de mouvement, au droit à la vie et à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements dégradants ou inhumains. Lieu de privation de liberté d'aller et venir, la prison ne désigne-t-elle pas

également le seul lieu légal de vie pour les détenus dès lors que l'article 2 de la Convention autorise en cas de tentative d'évasion le recours à l'usage de la force, y compris mortelle ?

La prison ne fait-elle pas courir d'autres risques physiques en raison de la promiscuité, qui est en soi source de tensions et de comportements violents, qui se trouvent forcément exaspérés par la nature contraignante de ce milieu clos ? La Cour ne reconnaît-elle pas que la prison entraîne inévitablement des conséquences sur l'intégrité physique de la personne²⁰⁴ ? Et cette interrogation de Pierrette Poncela : « Privative de libertés, dit-on. Même avec un pluriel est exact ? De fait, cette peine est d'abord prise sur le corps²⁰⁵ ». Il convient alors de saisir l'étendue de la dimension physique de cette peine et les limites que le respect des droits de l'homme cités devraient y apporter (**Première Partie**).

En élargissant l'étude à l'ensemble des droits et libertés, nous constaterons que le sens de la peine privative de liberté dépasse la dimension physique. Cette peine s'étend à tous les aspects de la vie de la personne et donc à la liberté au sens large. D'une part, elle s'étend à tous les droits impliquant la présence et la mobilité physique de la personne, comme le travail, la vie familiale, la vie associative, et en général, à tous les droits et libertés impliquant union, réunion et intimité. D'autre part, elle s'étend à l'exercice de l'ensemble des droits et libertés y compris à ceux sans rapport avec la condition physique de la personne. L'étude de la vie professionnelle et de la gestion des biens montrera que cette peine atteint la personne en tant qu'acteur économique. Celle des droits politiques et civiques fera apparaître qu'elle l'atteint également en tant que citoyen. Tandis que celle de sa vie privée montrera que le contrôle de la personne s'étend à son mode de vie, aux relations avec autrui, y compris intime²⁰⁶. Ce sens « globalisant » du sens de la peine privative de liberté vers un sens restrictif de la liberté au sens large, est ouvertement reconnu par la Cour mais mis sur le compte de la prison : elle se justifie des « ingérences plus amples à l'égard d'un détenu que d'une personne en liberté »²⁰⁷ en raison « des exigences normales et raisonnables de la détention ».

Par ailleurs, l'étude des droits grec et français permettra de voir que le droit pénal, mais aussi d'autres branches du droit, prévoient des restrictions attachées à cette peine sans lien avec sa dimension physique. Le droit pénal prévoit des restrictions des droits civils, civiques et professionnelles attachées à certaines condamnations automatiquement ou par décision du tribunal de condamnation. D'autres branches du droit élargissent les restrictions de telle nature en les attachant à

²⁰⁴ « L'article 3 impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier soit détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention », CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 59450/00, CEDH 2005-I, § 99.

²⁰⁵ P. PONCELA, *Droit de la peine*, préc., p. 88.

²⁰⁶ « La privation de liberté consiste dans un confinement de l'individu incarcéré, sans possibilité d'organiser sa vie, séparé des siens, de son milieu professionnel, etc. », G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 21^e éd., Dalloz, Paris, 2007, p. 464.

²⁰⁷ CEDH, *Golder, c. R.U.*, préc., § 45.

toute condamnation pénale. Le droit civil prévoit, par exemple, des conséquences dans l'exercice de l'autorité parentale et dans le divorce, le droit électoral dans l'exercice des droits électoraux²⁰⁸, le droit commercial dans l'exercice de la profession de commerçant, le statut de fonctionnaire et de nombreux statuts de plusieurs professions, dans les conditions d'accès aux professions concernées²⁰⁹. Ces restrictions sont des « restes » de la mort civile. L'étude de l'application des droits et libertés de nature socio-économico-politique nous permettra alors de saisir le sens global de cette peine en termes de privation de liberté (**Deuxième Partie**).

Cette étude montrera que le statut juridique de la personne condamnée à une peine privative de liberté est modelé par trois sources : la condamnation à la peine privative de liberté, la prison et les différentes branches de droit nationaux. Si bien que son statut est plus large que le statut pénitentiaire, celui-ci est plus large que le statut pénal et ce dernier est plus large que la privation de la liberté physique.

Mais s'il convient de noter que les restrictions des droits de l'homme résident dans ces trois sources, il sera surtout question ici du rôle de la prison dans la fabrication du sens de cette peine. C'est essentiellement le droit pénitentiaire qui modèle la peine privative de liberté. La prison est la modalité de sa mise à exécution la plus extrême entraînant la privation de liberté la plus large allant jusqu'à aliéner sa nature en générant des conséquences corporelles. L'application des droits de l'homme dans la prison montrera que l'organisation et le fonctionnement de cette institution n'a pas été guidée par l'objectif de limiter le contenu de la privation de liberté. C'est la Cour européenne qui a clairement posé cet impératif en exigeant d'y respecter les droits de l'homme de manière « efficace » et « non théorique ou illusoire ». Cela signifie d'une part que, malgré les spécificités de la prison, seules des limitations à l'exercice des droits de l'homme conformes à la société démocratique sont admises. Cela signifie d'autre part que, à cause de la spécificité de ce lieu, les autorités pénitentiaires ont l'obligation de mettre en place des mesures et moyens nécessaires pour y assurer un exercice effectif des droits de l'homme.

La question posée par cet objectif est alors de savoir si, malgré ces limites et ces obligations imposées par la Cour, et aussi longtemps que cette peine sera exécutée dans la prison, il est possible de parvenir à cette adéquation entre contenu théorique et contenu concret de la peine requise par le principe de légalité des peines. A défaut, les limitations apportées aux droits de l'homme dans la prison respectent-elles au moins les limites compatibles avec la société démocratique ? En effet, celle-ci fixe une limite impérative dans les restrictions des droits de l'homme : la *sauvegarde de la substance des droits de l'homme*, c'est-à-dire que la nécessité démocratique ne peut jamais, y

²⁰⁸ La loi électorale générale mais aussi les lois relatives aux élections aux conseils de prud'hommes, ou les lois des finances (par ex, en droit français, loi du 19 janvier 1995).

²⁰⁹ G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, 2000, pp. 46-47.

compris devant la menace terroriste ou l'état de guerre, l'emporter totalement sur le respect minimum des droits de l'homme.

D'où un intérêt parallèle du présent travail pour l'identité même de la société démocratique. Si les restrictions et dérogations justifiées par l'application des droits de l'homme dans la prison, sont non seulement plus amples mais aussi les plus extrêmes que l'on puisse justifier dans une société démocratique, cette institution représente alors un risque de mise à l'épreuve, en plus du principe de légalité de la peine privative de liberté, de la société démocratique entière. Aussi, la prison pose-t-elle la question de sa compatibilité avec la société démocratique elle-même : est-ce une peine qui risque de « saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre »²¹⁰ ? Si l'on tient compte des propos du président de la Cour européenne des droits de l'homme, en 1992, selon lesquels, « la qualité de notre société démocratique se mesure notamment -c'est là un lieu commun- à la manière dont elle traite les personnes internées ou détenues »²¹¹, la prison constitue alors la frontière entre la société démocratique et les sociétés non démocratiques. L'étude de l'application des droits de l'homme dans la prison présente alors une importance dépassant le seul droit pénal et même le domaine juridique : elle contribue à déterminer l'identité de la société démocratique en dessinant ses frontières les plus ultimes.

Une peine à dimension physique dépassant la privation de la liberté d'aller et venir (1^{ère} Partie)

Une peine à dimension multiple restrictive de la liberté au sens large (2^{ème} Partie)

²¹⁰ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, 6 sept. 1978, Série A n°28, § 49 (à propos du respect du secret de la correspondance dans le cadre de la lutte contre le terrorisme).

²¹¹ Allocution de Rolv RYSSDAL, conférence à la Faculté de droit de l'Université de Potsdam, 3-5 juin 1992, sur la protection des droits de l'homme en Europe, Conseil de l'Europe, *Doc. Cour (92)173*, p. 11.

PREMIERE PARTIE
UNE PEINE A DIMENSION PHYSIQUE DEPASSANT LA PRIVATION
DE LA LIBERTE D'ALLER ET VENIR

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU

LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...

Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

Si en principe l'objet de la peine privative de liberté est la privation de la liberté physique au sens d'aller et venir, nous démontrerons au sein de cette première partie que jusqu'à un degré et indépendamment de la prison, c'est la notion même de privation de liberté qui implique l'extension des conséquences physiques vers le sens de contrôle physique total de la personne dans l'espace. La privation de liberté, étant entendue comme la contrainte de vivre dans un espace précis d'où la personne ne peut pas sortir sans autorisation préalable, elle implique la privation non seulement du droit à la liberté d'aller et venir mais aussi du droit de vivre, sans autorisation, ailleurs que dans ce lieu. La tentative de la personne de s'en échapper et celle des forces de l'ordre de l'y ramener peuvent autoriser des atteintes dans les droits de l'homme allant jusqu'à celle à la vie.

Ces atteintes ne sont pas *a priori* contraires à la Convention. Le droit à la vie et le droit à la liberté ne sont pas absolus. Ils font partie de droits jouissant d'une garantie seulement renforcée. Ils peuvent être soumis à certaines dérogations exhaustivement énumérées dans la Convention.

En effet, la condamnation pénale fait partie des motifs de dérogation explicite de la garantie des droits à la liberté et à la vie. L'article 5 § 1 al. a autorise la privation de liberté : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : a. s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ». L'article 2 prévoit que « la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans le cas où elle résulte soit d'un recours à la force rendu absolument nécessaire... b. pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ».

Cependant aussi bien l'article 2 que l'article 5 comportent à côté des dérogations citées, des garanties applicables aux personnes détenues y compris condamnées. Il importe alors de déterminer l'étendue du contrôle physique et les limites posées tant par le droit à la liberté que par le droit à la vie (**Titre 1**).

Dans un second temps, il sera question de la dimension physique de cette peine au regard des conséquences de la qualité des conditions de vie sur l'intégrité et la santé. En principe, contrairement aux deux premiers aspects de la vie physique, ces éléments de la vie de la personne jouissent d'une protection absolue au regard de l'article 3 de la Convention. Cette disposition interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants en toutes circonstances et à l'égard de toute personne. La Cour réitère l'obligation des Etats d'assurer des conditions de détention *compatibles avec le respect de la dignité humaine*. Pourtant, cette instance a, devant l'évidence, dû admettre que la peine privative

de liberté exécutée en prison affecte le bien-être de la personne : elle comporte des conséquences nuisibles pour l'intégrité physique et la santé. Mais ces conséquences seraient, jusqu'à un certain degré, compatibles avec cette interdiction, parce qu'inévitables en raison de la détention, et en général, en raison de la condamnation au pénal de la personne²¹².

Aussi, malgré son caractère absolu, lors de l'étude de l'application de cette interdiction dans la prison, il sera également question des limites des atteintes que la peine privative de liberté peut apporter à l'intégrité et la santé de la personne. D'autant plus que la définition des notions contenues dans l'article 3 est elle-même l'objet d'appréciation d'un seuil de gravité de certains types d'atteinte à la personne au regard des circonstances dans chaque cas d'espèce (**Titre 2**).

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

²¹² Voir CEDH, *Tyrer c. R.U.*, 25 avril 1978, Série A n° 26 ; CEDH, *Costello- Roberts c. R.U.*, 25 mars 1993, Série A n°247-c.

TITRE I

LE SENS DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE DETERMINE AU REGARD DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA LIBERTE ET L'INTEGRITE PHYSIQUE SOUMIS A DES DEROGATIONS

Au sein de ce premier titre, il sera question des limitations du contenu de la peine privative de liberté, d'un côté, par l'application du droit à la liberté, la sûreté et la circulation, et d'un autre côté, par l'application du droit à la vie.

L'étude du premier droit peut paraître surprenante dans la délimitation du contenu de la peine, puisque c'est le seul droit dont la personne est « privé ». Pourtant l'étude de la jurisprudence européenne permettra de voir que, lui aussi, contribue à la détermination du sens de cette peine

Au fil de la jurisprudence européenne, est apparue la nécessité de contrôler, d'une part, *la légalité de la durée de la détention*. Cette nécessité est apparue par la mise en évidence du caractère évolutif de certaines condamnations appliquées dans certains droits nationaux. Ce caractère a alors fait apparaître que privation de liberté physique ne signifie pas privation de son corollaire, du droit à la sûreté. Dans le cas des détenus, celui-ci implique des garanties procédurales visant à s'assurer que la personne n'est pas, après un certain temps passé en détention, arbitrairement maintenue ou rappelée en détention. Car le caractère évolutif de cette peine fait naître la garantie que la personne détenue ne soit pas maintenue en prison plus longtemps que ne le justifie la condamnation initiale ni à être réincarcérée sans nouvel examen de la justification fondée sur sa condamnation.

D'autre part, l'application de l'article 5 est liée à l'émergence au sein de la jurisprudence européenne d'une certaine *approche matérielle de la légalité de la détention*. Celle-ci est entendue au sens de la conformité du lieu et du régime de détention avec la nature et l'objectif de chaque type de détention. Par exemple, la détention des mineurs, des personnes souffrant de problèmes mentaux, des personnes handicapées, des toxicomanes et autres, peut demander la détention dans des établissements offrant un régime approprié au regard de leurs besoins et buts spécifiques (**Chapitre 1**).

L'étude du droit à la vie permettra, quant à lui, d'établir que, si l'article 2 prévoit explicitement une dérogation à sa protection à cause de la condamnation pénale, au cas où la personne tendrait à se soustraire à sa condition physique, l'apport de la Cour dans la limitation des atteintes à la vie est considérable. Il consiste, d'une part, à la limitation du champ de la légitimité de ce motif en requérant des conditions supplémentaires. Ni la tentative d'évasion, ni les besoins de maintenir l'ordre et la sécurité, ne peuvent limiter un recours à la force en écart significatif par rapport à l'extérieur,

même si dans la prison les exigences de ces besoins sont plus élevées. Il consiste, d'une part, à la mise à la charge des autorités carcérales des obligations positives supplémentaires par rapport à l'extérieur pour assurer la sécurité des détenus contre la violence, mais aussi contre des conditions matérielles de la détention, y compris des accidents. Sa protection est par ailleurs assortie de garanties procédurales accrues par rapport à la majorité de droits et libertés consacrés par la Convention (**Chapitre 2**).

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

CHAPITRE 1. LE SENS DETERMINE PAR L'EXERCICE DU DROIT A LA LIBERTE

« Le but de l'article 5 de la Convention, qui consacre le *droit à la liberté et à la sûreté*, est de garantir que personne ne soit arbitrairement privé de sa liberté²¹³. » Ce but est assuré, en premier lieu, par la précision des cas autorisés de recours à la privation de liberté (5 § 1)²¹⁴ et en second lieu, par les garanties qui doivent entourer la décision d'y recourir. Ces garanties sont les suivantes : Une telle décision doit avoir lieu “ selon les voies légales ” (art. 5 § 1) ; Toute personne arrêtée a droit à être informée, dans le plus court délai, des raisons de son arrestation (art. 5 § 2) ; Toute personne arrêtée ou détenue, au titre de l'article 5 § 1 al.c., a droit à être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat (art. 5 § 3) ; Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a droit d'introduire un recours devant un tribunal pour contrôler la légalité de la détention (5 § 4) ; Enfin, toute personne victime d'une arrestation ou détention contraire aux dispositions de l'article 5 a droit à la réparation.

La question du respect de ces garanties, dans le cas de la privation de liberté « après condamnation par un tribunal compétent » prévue par l'article 5 § 1 al. a, ne devrait pas *a priori* être posée. Cette privation est considérée comme légale et régulière, au sens de l'article 5 § 1 al. a, dès lors que tous les recours ont été épuisés. Quant aux garanties prévues par les paragraphes 2 et 3 de l'article 5, elles ne concernent pas non plus ce cas de privation de liberté. Celles-ci visent expressément l'arrestation et la détention avant le jugement. Reste la garantie prévue par l'article 5 § 4, dont dépend également celle de l'article 5 § 5.

A priori, la question du respect de la garantie exigée par l'article 5 § 4, à savoir le droit de recours devant un tribunal ne devrait pas non plus être posée. La privation de liberté après

²¹³ CEDH, *Fito c. Roumanie*, préc., § 10 ; CEDH, *Léger c. France*, n° 19324/02, CEDH 2006-IV, § 64 ; CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, n° 59272/99, CEDH 2003-II, § 51 ; CEDH, *Amuur c. France*, n° 9776/92, 25 juin 1996, Recueil 1996-III, § 50 ; CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, 21 février 1990, Série A n° 170-A, § 22 ; CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, Série A, n° 33, § 39, § 45 ; *Bozano c. France*, 18 déc. 1986, Série A n° 111, § 54 ; CEDH, *Bouamar c. Belgique*, 29 fév. 1988, Série A n° 129, § 47 ; CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 58.

²¹⁴ Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans le cas suivant et selon les voies légales :

- a. s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b. s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulière pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c. s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;
- d. s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- e. s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f. s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

condamnation est l'exemple type de privation qui a lieu conformément à cette disposition. Elle est décidée par un « tribunal » qui a statué sur tous les points de légalité. C'est d'ailleurs ce qu'a affirmé la Cour dans son arrêt dit de « vagabondage » où elle a élaboré la théorie de *contrôle de légalité de la décision incorporé à la décision initiale*. De prime abord, le libellé de l'article 5 § 4 pourrait donner à penser qu'il reconnaît au détenu « le droit de faire toujours contrôler par un tribunal la légalité d'une décision antérieure qui l'a privé de sa liberté » ; mais « rien n'indique qu'il en aille ainsi quand une décision est rendue par un tribunal statuant à l'issue d'une procédure judiciaire. Dans cette dernière hypothèse, le contrôle voulu par l'article 5 § 4 se trouve incorporé à la décision²¹⁵ ». Mais en affinant, au fil de sa jurisprudence, l'interprétation de la disposition en question, cette instance fut amenée à limiter le champ de validité de la théorie de *contrôle de légalité incorporé*.

Le fait que la décision initiale de privation de liberté soit prise par un tribunal, n'exclut pas la nécessité d'un contrôle ultérieur de sa légalité. C'est dans ce sens que cette instance a statué dans l'affaire *Van Droogenbroeck* à propos de la légalité de la révocation d'une libération conditionnelle dans le cadre de l'exécution d'une mesure de défense sociale. Cette révocation ayant été décidée par le ministre de la Justice conformément au droit belge, le requérant estimait qu'elle équivalait à une décision privative de liberté, et que, de ce fait, elle devait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel au sens de l'article 5 § 4. Le gouvernement défendeur y ayant opposé la thèse du *contrôle de légalité incorporé* appliquée dans l'arrêt de « vagabondage », la Cour y a apporté une précision qui fut déterminante pour l'application du droit à la liberté à l'égard des personnes privées légalement de leur liberté. Lors du contrôle de légalité incorporé, il faut faire la distinction entre *décision initiale* et *détention ultérieure*. « Ce contrôle concerne uniquement la décision initiale privative de liberté, et non la détention ultérieure, dans la mesure où des questions nouvelles de légalité la concernant surgiraient après coup²¹⁶ ». Et d'ajouter : « On méconnaîtrait le but et l'objet de l'article 5, si l'on interprétait le paragraphe 4 comme exemptant la détention de tout contrôle ultérieur de légalité pour peu qu'un tribunal ait pris la *décision initiale*²¹⁷ ».

C'est cette double condition qui a rendu possible la mise en cause de la légalité de la détention suite à une condamnation. D'une part, la distinction entre décision initiale et détention ultérieure, et d'autre part, la précision que la nature et le but d'une détention doivent être susceptibles de soulever dans le temps de nouvelles questions de légalité, non incorporées à la décision initiale²¹⁸, autrement dit, il doit s'agir d'une détention évolutive. Pour apprécier le caractère évolutif ou pas d'une détention, la Cour passe outre la classification de l'article 5 de la Convention, et privilégie les objectifs visés par la peine : « Ce qui compte ici est *la nature et la finalité de la détention en cause*,

²¹⁵ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 71, § 76.

²¹⁶ Voir entre autres, CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U.*, 25 oct. 1990, Série A, n°190, § 68.

²¹⁷ CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 45 ; CEDH, *X. c. R.U.*, 5 nov. 1981, Série A n° 46, § 52.

²¹⁸ Voir entre autres : CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 45 ; CEDH, *Weeks c. R.U.*, 2 mars 1987, Série A, n° 114, § 56.

considérées à la lumière des objectifs du juge pénal, et non la classe à laquelle elle se rattache dans le système du § 1 de l'article 5²¹⁹ ». Seule une telle approche, pragmatique et non formelle, est plus à même de répondre à l'objectif fixé par la Cour : assurer la garantie réelle et efficace et non théorique et illusoire de l'ensemble des droits et libertés consacrés par la Convention. Cet objectif doit à plus forte raison guider l'application du droit à la liberté qui « revêt une trop grande importance dans une société démocratique au sens de la Convention²²⁰ ».

C'est effectivement l'adoption d'une telle approche qui a conduit la Cour à déclarer solennellement que « l'article 5 vaut pour toute personne ; tout individu, en liberté ou détenu, a droit à sa protection²²¹ » et à confirmer l'applicabilité de l'article 5 § 4 à l'ensemble de cas de privation de liberté énumérés par l'article 5 § 1.

Ainsi, de même que les autres droits consacrés par la Convention, le droit à la liberté reste actif durant l'exécution de la peine privative de liberté. Ce qui n'est pas sans impliquer la reconsidération du statut pénal du détenu, et par voie de conséquence celle de la définition de la peine privative de liberté et de la légalité de la détention. Cette peine ne serait pas entendue dans le sens de privation totale du droit à la liberté. Il se peut que les détenus, fussent-ils des condamnés, aient le droit d'invoquer le « droit au recours devant un tribunal tel qu'il est garanti par l'article 5 § 4 » pour contrôler la « légalité de la détention ».

Il importe donc de déterminer le champ d'applicabilité du droit à la liberté des condamnés et les garanties requises par la jurisprudence européenne (**Section 1**) avant d'établir dans quelle mesure les droits grec et français répondent à ces exigences européennes (**Section 2**).

SECTION 1. LE CONTROLE EUROPEEN DE LA « LEGALITE DE LA DETENTION ULTERIEURE »

L'applicabilité du droit au contrôle de la légalité de la détention dans le cadre d'une privation de liberté après condamnation, est le fruit d'un raisonnement qui repose sur une définition européenne autonome de la notion de privation de liberté et de la légalité de la détention. La présentation préalable de leur définition (§ 1), nous permettra de cerner le champ d'applicabilité de l'article 5 § 4 dans le cadre d'une détention après condamnation (§ 2), avant de procéder à l'examen des garanties procédurales requises par le droit au « *recours devant un tribunal* » (§ 3).

²¹⁹ CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U.*, préc., § 69 ; CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 22 ; CEDH, *Grava c. Italie*, n°43522/98, CEDH 2003-VII, § 42.

²²⁰ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 65 ; CEDH, *H.L. c. R.U.*, n°45508/99, CEDH, 2004-X, § 90.

²²¹ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 40.

§ 1. La reconnaissance du droit au contrôle de la légalité de la détention après condamnation

Pour que le droit à la liberté soit applicable lors de l'exécution d'une condamnation privative de liberté, il faut d'abord pouvoir établir que la notion d'ingérence dans l'exercice de ce droit demeure concevable.

Or, c'est ce que les gouvernements mis en cause devant la Cour ont contesté à propos de la révocation de la libération conditionnelle : quel que soit le régime dans lequel s'exécute une décision privative de liberté, y compris en milieu libre, il doit être considéré comme relevant des modalités de son exécution ; par conséquent, on ne peut pas qualifier le refus d'octroyer la libération conditionnelle, ou sa révocation, comme des immixtions dans l'exercice du droit à la liberté. Une personne qui bénéficie d'une telle mesure ne recouvre pas sa liberté pour que ces décisions soient analysées comme étant déterminantes pour sa liberté. Or, la Cour a écarté ce raisonnement, considérant ne pas être liée, ni pour la définition nationale de la notion de privation de liberté, ni pour celle de la légalité de la détention.

Le droit à la liberté occupe une place trop importante dans une société démocratique pour écarter sa protection d'autres situations qui seraient en réalité privatives de liberté ou qui mettraient en jeu le passage d'un état privatif de liberté vers un état contraire et *vice-versa*²²².

Aussi la Cour a-t-elle estimé important de reconsidérer ces notions au sein de l'article 5 de la Convention. Ce qui a conduit à l'adoption d'un sens européen autonome aussi bien de la notion de « détention », qui ne serait pas limitée aux lieux fermés et aux durées de vie qualifiés de privatifs de liberté au sein des droits internes (A), que de la notion de « légalité de la détention » (B).

A. Un droit fondé sur la notion européenne d'« état privatif de liberté »

La Cour précise que « l'article 5, en proclamant dans son premier paragraphe, le "droit à la liberté", vise la liberté physique de la personne », cela s'est avéré insuffisant²²³. Cette instance a dû apporter une première précision en distinguant la liberté visée par l'article 5 de la Convention, de celle visée par l'article 2 du Protocole n° 4, à savoir la liberté de circuler²²⁴ : « entre privation et

²²² CEDH, *Kurt c. Turquie*, préc., § 123 ; CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 70.

²²³ « L'article 5 (art. 5), en proclamant dans son paragraphe 1 (art. 5-1) le "droit à la liberté", vise la liberté physique de la personne ; il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire », CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, Série A n° 39, § 92. Voir CEDH, *Amuur c. France*, préc., § 42 ; CEDH, *Kurt c. Turquie*, préc., § 123 ; CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 70.

²²⁴ « L'article 5... ne concerne pas en principe les simples restrictions à la liberté de circuler qui, elles, obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4 », CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., § 92. Voir CEDH, *Amuur c. France*, préc., § 42.

restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence²²⁵. La privation de la liberté physique serait donc entendue au sens d'une atteinte à la liberté de mouvement d'un degré dépassant celui d'atteinte à la liberté de circuler. Ce qui ne nous renseigne guère sur le contenu précis que la privation de liberté au sens de l'article 5 peut atteindre. Quant aux droits internes, ils se contentent de désigner cette notion en se référant aux situations de l'homme menotté, emprisonné et, en général, détenu dans des lieux fermés²²⁶.

Or, comme nous l'avons souligné dans l'introduction générale de notre travail, cet état de définition de la privation de liberté pose un problème au regard du principe de légalité des peines dans la mesure où on l'entend dans un sens impliquant une définition en termes clairs et exhaustifs du contenu des sanctions pénales. S'y ajoute un autre, au regard du but de l'article 5 de la Convention : la protection efficace des personnes contre toute forme de détention arbitraire. On limiterait de ce fait la portée de ce but si l'on cantonnait sa protection aux situations « classiques » de privation de liberté visées par les détentions dans les droits internes.

Pour atteindre ce but, la Cour a estimé qu'il faut partir de la situation concrète de la personne ; et pour savoir si une personne se trouve en état privatif de liberté, il faut tenir compte d'un certain nombre de critères inspirés de la situation des personnes placées dans des lieux fermés mais non limités à eux. En effet, en examinant la jurisprudence de la Cour, notamment l'arrêt *Engel et autres* et l'arrêt *Guzzardi*, nous constatons que la Cour préfère utiliser la notion d'état privatif de liberté qu'elle définit par une méthode d'approche qui lui est propre **(1)** et qui a rendu concevable la mise en jeu du droit à la liberté y compris dans la détention après condamnation **(2)**.

1. La définition européenne de l'état privatif de liberté

C'est en adoptant une approche matérielle **(a)** et évolutive **(b)** et en ayant recours à un certain nombre de critères que la Cour détermine la présence ou pas d'un état privatif de liberté.

a. Une approche matérielle

« Pour déterminer si un individu se trouve 'privé de liberté' au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme *le genre, la*

²²⁵ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., § 92 ; CEDH, *Amuur c. France*, préc., § 42 ; CEDH, *H.L. c. R.U.*, préc., § 89.

²²⁶ Voir sur l'importance et l'étendue de cet apport, notre contribution "Symbole et verbe au sein du droit. A propos des lieux fermés et de la notion de privation de liberté dans la jurisprudence européenne", in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1607-1625.

*durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée*²²⁷ ». Ce dernier critère s'apprécie à son tour, par des sous-critères : *l'étendue de l'espace vital, le degré d'intensité de surveillance, la possibilité de nouer des contacts sociaux, la menace des sanctions en cas d'inobservation des règles imposées et la durée*. C'est l'application isolée ou combinée de ces critères, car un seul peut suffire pour qualifier un état comme privatif de liberté, qui permet d'apprécier le degré de restriction de la liberté, qualificatif d'état privatif de liberté. Celui-ci, rappelons-le, doit atteindre un degré, qui soit distinctif des simples restrictions de liberté qui relèvent, elles, de la liberté de circuler au sens de l'article 2 du Protocole n° 4 de la Convention²²⁸.

b. Une approche évolutive

C'est encore dans l'arrêt *Guzzardi*, que la Cour, a de surcroît affirmé, qu'en dehors des formes classiques, « il existe maintes autres formes de privation de liberté ; l'évolution des normes juridiques et des idées tend à accroître la diversité » ; et que la Convention s'interprète à la lumière de conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques²²⁹ ».

c. Un champ d'application de l'état privatif de liberté dépassant les lieux « classiques » d'enfermement

L'adoption de cette méthode a déjà conduit à étendre le champ d'application du droit à la liberté. Outre la *mesure d'assignation à résidence surveillée*, la Cour a qualifié d'état privatif de liberté, une *mesure d'éloignement sur une nuit accompagnée des restrictions propres aux lieux privés de liberté* en tenant compte : de l'étendue d'espace de vie limitée ; de la surveillance constante ; des contacts avec le monde extérieur soumis aux mêmes modalités que ceux des détenus en prison ; de la répression de infractions disciplinaires par la mise aux arrêts ; et de la durée de seize mois²³⁰. Il conviendrait à cet égard, de noter que la Commission, en 1969, avait bien avant la Cour, retenu cette qualification à propos de mesures similaires dans l'affaire « Grecque²³¹ ». Elle y avait qualifié de privation de liberté, l'assignation à résidence surveillée, mais aussi les mesures d'éloignement avec interdiction de parler aux habitants, et obligation de se rendre deux fois par jour au commissariat pour signer un registre de présence.

²²⁷ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., § 92. Voir CEDH, *Ashingdane c. R.U.*, 28 mai 1985, Série A n° 93, § 41 ; CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 59 ; CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 40 ; CEDH, *Amuur c. France*, préc., § 42 ; CEDH, *H.L. c. R.U.*, préc., § 89.

²²⁸ « L'article 5 en proclamant dans son paragraphe 1 le "droit à la liberté", vise la liberté physique de la personne ; il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire. En revanche, il ne concerne pas en principe les simples restrictions à la liberté de circuler qui, elles, obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4 », CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., § 92. Voir CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 59 ; *Ashingdane c. R.U.*, préc., § 41 ; CEDH, *Amuur c. France*, préc., § 42 ; CEDH, *H.L. c. R.U.*, préc., § 89.

²²⁹ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., § 95 ; CEDH, *Kurt c. Turquie*, préc., § 123 ; *Filip*, préc., § 70.

²³⁰ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., § 95.

²³¹ Reqs n°s 3321, 3322, 3323 et 3344/1967 (Danemark, Suède, Norvège et Pays-Bas/Grèce), Rapport rendu par la Commission, le 5 novembre 1969.

La Cour a également été amenée à qualifier d'état privatif de liberté : *des sanctions disciplinaires infligées à des militaires* telle la mise aux arrêts au sein d'une caserne²³², mais aussi la mise aux arrêts à domicile infligée à un garde civil par son supérieur²³³ ; *des mesures administratives appliquées aux étrangers*, tel le maintien prolongé dans une zone internationale d'un aéroport²³⁴ ; ou encore *le séjour dans un hôpital psychiatrique, y compris ouvert*, dès lors qu'il est de fait de nature contraignante. Tel peut être le cas lorsque, par exemple, la personne est obligée d'y rester, de limiter ses contacts avec l'extérieur et de se soumettre à un traitement sous la menace de recourir à un internement d'office²³⁵.

La méthode de la Cour, matérielle et évolutive, a également conduit à étendre le sens de la notion inverse : celle d'*état non privatif de liberté*. Elle a permis de qualifier d'état non privatif de liberté *la vie ordinaire en caserne*²³⁶, mais aussi la vie *sous le régime de la libération conditionnelle* d'une personne condamnée. C'est cette dernière qualification qui nous importe ici. Elle signifie que la distinction entre état privatif de liberté et non privatif de liberté, demeure opérationnelle au cours de l'exécution d'une peine privative de liberté. Ce qui constitue la première condition de l'applicabilité de l'article 5 § 4 dans le cadre d'une détention après condamnation.

2. Le rôle de la notion d'état privatif de liberté dans le cadre d'une détention après condamnation

Pour pouvoir invoquer la protection de l'article 5 § 4 de la Convention dans le cadre de l'exécution d'une peine privative de liberté, il faut que le passage d'un état de liberté vers un état privatif de liberté, et *vice-versa*, soit en jeu. A cet égard, c'est l'arrêt *Weeks* (1987) qui est le plus marquant de la jurisprudence européenne. C'est le premier arrêt dans lequel la Cour a clairement affirmé qu'elle ne s'arrêtait pas à la qualification formelle de la libération conditionnelle en droit interne, mais qu'elle entendait adopter une approche matérielle. Certes, tout élargissement avant le terme légal de la peine, s'analyse en un « acte de clémence » et revêt un « caractère conditionnel » acquiesca-t-elle²³⁷. Toutefois la question de savoir si l'intéressé avait retrouvé sa « liberté au sens de l'article 5 de la Convention, lors de sa libération conditionnelle, est une question de fait ; la réponse dépend des réalités du régime auquel on la soumet » ; or « les restrictions imposées à M. Weeks par

²³² CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc.

²³³ « En l'espèce, la Cour constate que le requérant a purgé la mise aux arrêts de six jours à son domicile et a, par conséquent, été privé de sa liberté au sens de l'article 5 de la Convention », CEDH, *Dacosta Silva c. Espagne*, n° 69966/01, CEDH 2006-XI.

²³⁴ Si une telle mesure peut être justifiée, car « inévitable en vue de l'organisation matérielle du rapatriement de l'étranger ou, si celui-ci a sollicité l'asile, pendant l'examen de la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile », elle risque de se transformer, lorsqu'elle se prolonge de manière excessive, de « simple restriction à la liberté » en « privation de liberté », même si ce maintien a lieu dans un hôtel et la personne est simplement interdite d'entrée sur le sol d'un pays mais pas de sortie, CEDH, *Amuur c. France*, préc., § 43.

²³⁵ « Concrètement, le requérant se trouvait *sous une surveillance et un contrôle constants et n'était pas libre de partir* », CEDH, *H.L. c. R.U.*, préc., § 91. Dès lors, il n'est pas décisif de savoir si le service était fermé à clé ou susceptible de l'être, *Ibid.*

²³⁶ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 57, § 59.

²³⁷ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 50.

la loi, en dehors de la prison ne suffisent pas à empêcher de qualifier sa situation de "liberté" aux fins de l'article 5 ». Pour conclure que « bien que juridiquement la libération conditionnelle constitue un privilège et non un droit », sa révocation s'analyse comme une décision de « passage d'un état de liberté véritable à un état de détention²³⁸ ».

Dans l'arrêt *Droogenbroeck* (1982) qui a précédé l'arrêt *Weeks* (1987), et portait également sur la conformité de la révocation de la libération conditionnelle à l'article 5 de la Convention, la Cour ne s'était pas attardée à démontrer que la libération conditionnelle s'analysait comme un état de liberté. Mais il est à noter que le gouvernement n'avait pas contesté la qualification de sa révocation comme une décision de privation de liberté. Ce qu'il contestait, c'était sa qualification comme une décision nécessitant un nouveau contrôle de légalité. D'après ce gouvernement, la libération conditionnelle constitue une simple modalité d'exécution de la mesure privative de liberté à laquelle le requérant dans cette affaire était condamné. De ce fait, la révocation ne saurait être de nature à donner lieu à un nouveau contrôle de légalité : ce contrôle était incorporé à la décision initiale de privation de liberté²³⁹.

Ce dernier arrêt permet donc de voir (ainsi qu'il a été confirmé par les arrêts postérieurs), que la qualification du passage d'un lieu de détention au régime de la libération conditionnelle, comme un passage d'un état privatif de liberté vers un état de liberté, bien qu'elle soit la condition indispensable pour l'application de l'article 5 § 4, elle n'est cependant pas suffisante. Si l'approche matérielle oblige à analyser une libération conditionnelle comme un état de liberté, quel que soit le type de condamnation (mesure ou peine) dans lequel elle a été accordée, en revanche, toute décision relative à son refus et à sa révocation n'oblige pas les États à assurer un contrôle juridictionnel. Pour cela, il faut de surcroît, estimer que de telles décisions soulèvent de nouvelles questions de légalité de la détention, des questions non incorporées à la décision initiale. Et cela ne pourrait pas être le cas sans rélaboration également d'un sens européen autonome de la notion de *légalité de la détention*.

B. Un droit fondé sur un sens européen de " légalité de la détention "

Précisons d'abord que, si l'expression « légalité de la détention » est utilisée seulement dans l'article 5 § 4, elle est entendue dans un sens dégagé par la prise en compte également des garanties exigées au premier paragraphe de l'article 5 : le terme *lawful* ne change pas de sens en passant du

²³⁸ Dès lors, « en le faisant réincarcérer en 1997, le ministre de l'Intérieur ordonna qu'il passât d'un état de liberté véritable, bien que constituant juridiquement un privilège et non un droit à un état de détention », CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 40. Il faut donc rechercher si « la nouvelle privation de liberté » cadrerait avec l'article 5, CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 50.

²³⁹ La Cour avait estimé que le ministre en révoquant la libération conditionnelle « a bien ordonné d'interner » ; et d'ajouter : « Au demeurant au-delà les apparences et le vocabulaire employé, il faut s'attacher à cerner la réalité », CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 37.

premier au quatrième paragraphe de l'article 5, déclara la Cour à plusieurs reprises²⁴⁰. Toutefois, l'article 5 § 4 ne contenant pas d'éléments propres pour son appréciation, son sens est en fait déterminé par les expressions *privation de liberté selon les « voies légales »* et *« détention régulière »* contenues dans l'article 5 § 1. Ainsi que l'a affirmé cette instance à propos du recours prévu par l'article 5 § 4, « le recours interne disponible doit permettre de contrôler le respect des conditions à remplir pour qu'il y ait, au regard du premier paragraphe, "détention régulière"²⁴¹ ».

En effet, c'est l'interprétation des expressions « voies légales » et « détention régulière », (auxquelles la jurisprudence européenne renvoie conjointement²⁴²) qui a donné lieu à un sens européen autonome de la notion de *légalité de la détention* dont la Cour se réserve le pouvoir de contrôler le respect²⁴³ (1) et qui rend possible une *conception évolutive de la détention* (2). Elle comporte, d'une part, la *garantie du respect du droit interne de forme et de fond* : l'expression « voies légales » est interprétée par la Cour comme renvoyant directement au respect du droit interne de fond et de forme. « Ce terme impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne²⁴⁴ ». Sa méconnaissance, dont la Cour se réserve le pouvoir de contrôle²⁴⁵, peut entraîner la violation de la Convention.

²⁴⁰ La Cour a affirmé à propos de l'interprétation du terme "régularité", contenu dans l'article 5 § 1, que la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation de respecter les normes de fond et de procédure ; mais elle exige, de surcroît, d'apprécier la conformité de toute privation de liberté au regard du but visé par l'article 5, la protection de l'individu contre l'arbitraire, *Van Der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 22 ; CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 39, § 45 ; *Ashingdane c. R.U.*, préc., § 52 ; *Bozano c. France*, préc., § 54 ; CEDH, *Brogan et autres c. R.U.*, nos 11209/84, 11234/84, 11266/84, 29 nov.1988, Série A 145-B , § 65 ; CEDH, *Bouamar c. Belgique*, préc., § 47 ; *M c. R.U.*, préc., § 57 ; CEDH, *E c. Norvège* (Eriksen n°1), 29 août 1990, Série A n° 131, § 49.

²⁴¹ CEDH, *Aerts c. Belgique* du 30 juillet 1993, Recueil 1993-V, § 54 ; CEDH, *Ashingdane c. R.U.*, préc., § 52.

²⁴² Initialement, la Cour faisait la distinction entre les expressions voies légales et régularité. Elle estimait que la première renvoie pour l'essentiel au droit interne : une privation de liberté doit être décidée et exécutée conformément aux normes de fond et de forme du droit interne. L'expression *détention régulière*, elle, dépasse la conformité au droit interne : « il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris les principes généraux énoncés ou impliqués par elle... », CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 45 (réf. à l'arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 68).

On peut toutefois observer une évolution vers une fusion du sens de ces deux expressions : les deux participent à former le sens de *légalité de la privation de liberté* au sens de l'article 5. D'ailleurs, dès l'arrêt *Winterwerp*, la Cour avait souligné à propos de l'expression régulière, qu'« un certain chevauchement existe entre lui et l'exigence générale énoncée au début de l'article 5 § 1, a.e : le respect des "voies légales" », CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 39. De surcroît, elle avait réservé l'examen de certaines allégations soulevées au regard de la régularité à un examen conjoint au regard du "problème, très voisin, de respect des voies légales", CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 40.

²⁴³ « La Cour a compétence pour rechercher si la procédure prescrite par le droit interne a été observée », dès lors que dans « les matières où la Convention renvoie directement au droit interne, la méconnaissance de ce droit entraîne celle de la Convention », CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 46 ; « Il incombe à la Cour de rechercher s'il existe un lien suffisant, aux fins de l'article 5, entre ladite décision et la privation de liberté en cause », CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 39.

²⁴⁴ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 46 ; CEDH, *Bizzotto c. Grèce*, 15 nov. 1996, Recueil 1996-V, § 31 ; CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 46 ; CEDH, *Amuur c. France*, préc., § 50 ; CEDH, *Stafford c. R.U.*, n° 46295/99, CEDH 2002-IV, § 63 ; CEDH, *Hutchison Rei c. R. U*, préc., § 46 ; CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, n°48865/99, CEDH 2004-V, § 63 ; CEDH, *Léger c. France*, préc., § 64.

²⁴⁵ Il incombe au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne. Toutefois, dès lors qu'au regard de l'article 5 § 1 l'inobservation du droit interne emporte violation de la Convention, la Cour peut et doit exercer un certain contrôle pour rechercher si le droit interne a bien été respecté, *Filip*, préc., § 55. Voir *Pantea c. Roumanie*, n° 33343/96, § 220, CEDH 2003-VI.

1. Un sens européen autonome

D'après la jurisprudence européenne, pour qu'une détention soit légale et régulière, il faut qu'elle respecte un certain nombre de conditions. Elle comporte, d'autre part, la *garantie par le droit interne d'une protection de l'individu contre l'arbitraire conforme à l'article 5 de la Convention*. La Cour se réserve le droit de contrôler également la qualité des droits internes. Ils doivent offrir les garanties requises par la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention, ainsi que par le but de l'article 5 : la protection de l'individu contre l'arbitraire²⁴⁶ : Une « détention arbitraire ne peut jamais passer pour régulière au regard du paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention, indépendamment de sa compatibilité avec le droit interne²⁴⁷ ».

Cette dernière garantie implique les garanties suivantes. Elle implique la *limitation du recours à la privation de liberté uniquement dans les cas autorisés par le premier paragraphe de l'article 5*²⁴⁸ et leur *interprétation étroite*. Seule une telle interprétation cadre avec le but d'assurer que nul ne soit arbitrairement privé de sa liberté²⁴⁹. Elle implique aussi le *respect des garanties procédurales* : « A la base de la phrase précitée se trouve la notion de procédure équitable et adéquate²⁵⁰ ». *Le contrôle dans un bref délai de la légalité de la décision initiale de privation de liberté*. Lorsque le contrôle n'est pas incorporé dans la décision initiale, une personne arrêtée doit pouvoir faire contrôler la légalité dans un bref délai. Par exemple, un délai de cinq semaines peut entacher une détention d'irrégularité²⁵¹. La protection européenne contre l'arbitraire implique enfin la garantie de l'*existence d'un lien suffisant de causalité entre condamnation et détention*. « Le mot "après" n'implique pas un simple ordre chronologique de succession entre "condamnation" et

²⁴⁶ « Ce terme ('voies légales') impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi ; il la veut compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention. De surcroît, toute privation de liberté doit être conforme au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire », CEDH, *Léger c. France*, préc., § 64. Voir aussi CEDH, *Amour c. France*, préc., § 50.

²⁴⁷ CEDH, *X. c. R.U.*, préc., § 43. Ou encore : « Telle que l'entend l'article 5, la non rupture du lien de légalité d'une détention avec l'article 5 § 4, la légalité d'une arrestation ou détention s'apprécie pourtant sous l'angle non du seul droit interne, mais aussi du texte de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise l'article 5 § 1 », CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 48. Voir CEDH, *Stafford c. R.U.*, préc., §§ 63-64 ; CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 39, § 45 ; *Bizzotto c. Grèce*, préc., § 31 ; CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 46 ; *Hutchiso Rei c. R.U.*, 50272/99, 20 février 2003, § 47 ; *Morsink c. Pays-Bas*, préc., § 64.

²⁴⁸ Mais la privation de liberté peut avoir lieu pour un ou plusieurs motifs énumérés dans l'article 5 de la Convention : « La Cour réaffirme que l'article 5 § 1 de la Convention renferme une liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté. Le fait qu'un motif soit applicable n'empêche toutefois pas nécessairement qu'un autre le soit aussi ; une détention peut, selon les circonstances, se justifier sous l'angle de plus d'un alinéa », *Morsink c. Pays-Bas*, préc., § 61. Voir CEDH, *Eriksen c. Norvège* (n°2), 27 mai 1997, Recueil 1997-III, § 76.

²⁴⁹ Voir notamment : CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 22 ; *Wassink c. Pays-Bas*, 27 sept. 1990, Série A n° 185-A, § 24 ; CEDH, *Quinn c. France*, n° 18580/91, 22 mars 1995, Série A n° 311, § 42 ; CEDH, *Giulia Manzoni c. Italie*, 1^{er} juillet 1997, Recueil 1997-III, § 25 ; CEDH, *Grava c. Italie*, préc., § 42.

²⁵⁰ A savoir, l'idée que « toute mesure privative de liberté doit émaner d'une autorité qualifiée, être exécutée par une telle autorité et ne pas revêtir un caractère arbitraire », CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 45.

²⁵¹ CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 63.

“ détention ” : la seconde doit résulter de la première, se produire “ à la suite et par suite ” ou “ en vertu ” “ de celle-ci ”. En bref, il doit exister entre elles un lien de causalité suffisant²⁵².

Ce sont surtout les précisions apportées à propos de ce lien de causalité qui a donné lieu à une définition européenne de la légalité ayant rendu concevable le contrôle ultérieur de la légalité de la détention, malgré le fait que la décision initiale soit conforme à la Convention. Le respect de ce lien doit être assuré tout au long de l'exécution d'une décision privative de liberté²⁵³ au regard des motifs et des buts d'une détention. Pour que ce lien soit respecté, encore faut-il s'assurer du respect des conditions suivantes. Il faut s'assurer du *lien entre les motifs et buts d'une condamnation et le lieu et régime de détention*²⁵⁴. C'est à propos de certains types de détention, que la Cour exige qu'elles doivent avoir lieu dans des établissements de régime approprié. Ainsi, la détention à but thérapeutique, comme celle des personnes souffrant des troubles mentaux, doit avoir lieu dans un « hôpital », une « clinique » ou un autre « établissement approprié »²⁵⁵. Celle des mineurs, visant également un but éducatif, doit avoir lieu dans des institutions, qui en même temps qu'elles assurent la sécurité, disposent des ressources suffisantes pour assurer l'éducation²⁵⁶. Cela dit, l'article 5 n'exige pas d'assurer immédiatement le transfert vers un établissement thérapeutique ou éducatif²⁵⁷. Une phase transitoire de détention dans un établissement non approprié peut être justifiée²⁵⁸. A condition qu'elle soit courte, à tout le moins qu'elle ne soit pas d'une durée telle qu'elle compromette les chances de traitement et/ou implique le risque de prolonger le maintien en détention. La détention transitoire peut être justifiée aussi bien par la condamnation initiale, si ses motifs sont en lien étroit avec ceux de la décision initiale, que par sa considération comme une détention préventive au sens de l'article 5§1 al.c. Dans ce dernier cas elle est justifiée en tant que détention visant à empêcher qu'une personne ne commette de nouvelles infractions en attendant de la traduire devant un tribunal²⁵⁹.

²⁵² CEDH, *Stafford c. R.U.*, préc., § 64. Voir CEDH, *Bozano c. France*, préc., § 53 ; CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 35, § 39 ; CEDH, *Léger c. France*, préc., § 71.

²⁵³ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 39 ; CEDH, *Ashingdane c. R.U.*, préc., § 44.

²⁵⁴ CEDH, *Bizzotto c. Grèce*, préc., § 31 ; CEDH, *Ashingdane c. R.U.*, préc., § 44 ; CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 46.

²⁵⁵ CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 46 ; CEDH, *Ashingdane c. R.U.*, préc., § 44.

²⁵⁶ CEDH, *Bouamar c. Belgique*, préc., § 5 ; CEDH, *D. G. c. Irlande*, n°39474/98, CEDH 2002-V, § 9.

²⁵⁷ « Ce serait manquer de réalisme et adopter une attitude trop rigide que d'escompter que les autorités veillent à ce qu'une place soit immédiatement disponible dans l'établissement TBS choisi », *Morsink c. Pays-Bas*, préc., § 67.

²⁵⁸ Voir CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 48 ; CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, préc., § 65.

²⁵⁹ La Cour a estimé que tel a, par exemple, été le cas dans l'affaire *Eriksen c. Norvège* (n° 2). Le prononcé de la mesure de sûreté (qualifiée de mesure sécuritaire en droit norvégien), était fondé sur “ la propension établie et prévisible du requérant à la violence ” (le requérant avait fait l'objet de plusieurs condamnations et des mesures de sûreté pour des actes commis chaque fois qu'il avait été libéré) et sur les difficultés prouvées par les autorités de le libérer sous surveillance (vu son comportement agressif et son refus de se soumettre à des moyens de surveillance), arrêt *Eriksen c. Norvège* (n°2), précité, § 86. Il en était de même dans l'affaire *Morsink*, précitée.

A propos des problèmes matériels pour l'accueil dans un tel établissement, la Cour met à la charge des Etats l'obligation de les identifier et les traiter à temps pour que la personne puisse y être admise le moment prévu²⁶⁰. Seule la confrontation à une situation exceptionnelle et imprévue, peut justifier de retards importants²⁶¹. D'autre part, le lien de causalité implique la sauvegarde du *lien entre les motifs de la décision initiale et la détention ultérieure*. Il faut s'assurer, tout au long de l'exécution d'une décision privative de liberté, qu'elle continue à être fondée sur les mêmes motifs que la décision initiale, et que sa poursuite soit nécessaire pour atteindre les buts fixés par cette décision²⁶².

C'est notamment ce dernier élément de légalité de la détention qui a conduit à la justification d'un contrôle ultérieur de la légalité de la détention, quel que soit le motif de la détention. Certains buts et motifs, changeants dans le temps, peuvent rendre une détention évolutive.

2. Un sens européen évolutif

Le respect de la légalité implique la nécessité de prendre en compte la dimension temporelle de l'exécution d'une décision privative de liberté. De nouvelles questions de légalité peuvent naître, faisant encourir le risque d'une *rupture du lien de légalité au fil du temps* entre la décision initiale de la privation de liberté et la poursuite de son exécution. Le raisonnement de la Cour est le suivant. Il se peut que « le lien entre les décisions de non-élargissement ou de re-internement et le jugement, ou arrêt initial se distende peu à peu avec l'écoulement du temps²⁶³ » ; si bien qu' « une privation de liberté régulière à l'origine se mue en une privation de liberté arbitraire et, dès lors, incompatible avec l'article 5²⁶⁴ », lorsqu'un contrôle ultérieur de légalité n'est pas exercé²⁶⁵.

Le caractère évolutif de la détention était apparu à la Cour comme une évidence, dans un premier temps, à propos de l'internement des malades mentaux délinquants. Cette instance a estimé que le fait que la maladie mentale soit prise en compte par le tribunal qui ordonne l'internement, range cette privation de liberté dans une catégorie à part. Elle poursuit un but répressif mais aussi

²⁶⁰ CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, préc., § 68.

²⁶¹ A défaut, des retards, tels que celui de quinze mois dans l'admission d'une personne dans un centre fermé de défense sociale après l'expiration de la période punitive de condamnation ne peut passer pour acceptable, *Morsink c. Pays-Bas*, préc., § 69.

²⁶² « Telle que l'entend l'article 5, la non rupture du lien de légalité d'une détention avec l'article 5 § 4, la légalité d'une arrestation ou détention s'apprécie pourtant sous l'angle non du seul droit interne, mais aussi du texte de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise l'article 5 § 1 », CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 48.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*, § 40 ; Voir CEDH, *X c. R.U.*, n° 7215/75, 5 nov. 1981, Série A n° 46, § 43.

²⁶⁵ Il se peut que des décisions ultérieures d'élargissement ou de ré-internement « se fondent sur des motifs étrangers aux objectifs du législateur et du juge ou sur une appréciation déraisonnable au regard de ces objectifs », CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 40. Voir CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 43 ; *Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U.*, préc., § 68.

thérapeutique²⁶⁶. C'est après avoir précisé les *motifs* qui doivent fonder une telle mesure (aliénation²⁶⁷ établie de manière probante et objective²⁶⁸, présentant un caractère ou une ampleur légitimant l'internement²⁶⁹ et la persistance d'un tel trouble²⁷⁰), les *buts* qu'elle doit poursuivre (traiter et protéger l'aliéné contre lui-même mais aussi la société) et, après avoir relevé que la *durée est, de droit ou de fait, indéterminée*²⁷¹, que la Cour a estimé que ce type de détention est par nature de caractère évolutif exigeant alors un contrôle à des intervalles raisonnables²⁷². Elle fait donc, inévitablement, naître de nouvelles questions de légalité, non incorporées à la décision initiale.

Ainsi, à propos de l'internement des personnes souffrant de troubles mentaux, la Cour exige d'établir le concours cumulatif des trois conditions : l'aliénation de manière probante et objective ; l'ampleur des troubles légitimant l'internement ; et la persistance des troubles pour la prolongation de l'internement.

Si les Etats mis en cause devant la Cour n'ont pas opposé une forte résistance à l'applicabilité de l'article 5 § 4 dans ce type de privation de liberté, en revanche, tel fut le cas à propos de l'extension de son application dans la privation de liberté exclusivement répressive. C'est justement à propos de ce type de détention que cette instance a affirmé qu'elle ne s'arrêterait pas à la

²⁶⁶ « Le simple fait que cette personne ait, avant sa détention, bénéficié d'un procès équitable ne doit pas la priver de ses garanties ultérieures », CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 52.

²⁶⁷ A propos de la notion d'*aliéné*, la Cour a déclaré : « La Convention ne précise pas ce qu'il faut entendre par aliéné. Ce terme ne se prête pas à une interprétation définitive ; ...son sens ne cesse d'évoluer avec le progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d'attitude de la Communauté envers les maladies mentales, notamment dans la mesure où se répand une plus grande compréhension des problèmes des patients », CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 37 ; CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 51.

²⁶⁸ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 39 ; CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 41.

²⁶⁹ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 39.

²⁷⁰ « La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle un individu ne peut passer pour « aliéné » et subir une privation de liberté que si les trois conditions suivantes au moins se trouvent réunies : premièrement, son aliénation doit avoir été établie de manière probante au moyen d'une expertise médicale objective, que le patient souffre d'un trouble mental réel ; deuxièmement, le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement ; troisièmement, l'internement ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble », CEDH, *Elip c. Roumanie*, préc., § 56. Voir CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 39 ; CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 41 ; CEDH, *Johnson c. R.U.*, 24 oct. 1997, *Recueil* 1997-VII, § 60 ; CEDH, *Varbanov c. Bulgarie*, n° 31365/96, CEDH, 2000-X, § 45 ; CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 48 ; *Kolanis c. R.U.*, n° 517/02, CEDH 2005-VI, § 67.

²⁷¹ « En vertu de l'article 5 § 4, un aliéné détenu dans un établissement psychiatrique pour une durée illimitée ou prolongée a donc en principe le droit, au moins en l'absence de contrôle judiciaire périodique et automatique, d'introduire à des intervalles raisonnables... », CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 52.

²⁷² « Par nature la privation de liberté dont il s'agit paraît appeler la possibilité de semblable contrôle à exercer à des intervalles raisonnables », avait souligné la Commission dans l'affaire *Winterwerp*. La Cour y a entièrement souscrit dans l'arrêt rendu dans cette affaire, CEDH, *Winterwerp*, préc., § 55. Dans un autre arrêt, cette dernière instance avait réaffirmé que « les éléments notamment médicaux sont de nature à changer avec le temps » ; dès lors, « la détention d'un aliéné forme une catégorie spécifique et soulève des problèmes propres ; en particulier, les motifs la justifiant à l'origine, peuvent cesser d'exister », CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 52. Un contrôle doit alors être exercé périodiquement pour s'assurer que les conditions de légalité de la détention demeurent remplies tout au long de la détention litigieuse, *Ibid.*, § 49.

classification des types de détention au sein de l'article 5²⁷³. Pour la Cour, quel que soit le type de privation de liberté, trois groupes de critères doivent déterminer si une privation de liberté même " après condamnation par un tribunal compétent " peut présenter un caractère évolutif exigeant alors un contrôle de légalité ultérieur : les *motifs de la détention* (gravité de l'infraction et/ou dangerosité du délinquant) ; les *buts de la détention* (punition et/ou protection de la société eu égard à la dangerosité du délinquant) ; et le *calcul de la durée de la détention* (proportionnalité à la gravité de l'infraction et/ou proportionnalité à l'appréciation de l'évolution du délinquant au regard de son caractère dangereux et du risque pour la société).

Soulignons cependant, que la combinaison de ces critères n'a pour l'instant donné lieu qu'à une application extrêmement limitée du droit au contrôle de la légalité de la détention aux détenus condamnés à une peine privative de liberté.

§ 2. Un champ limité d'applicabilité du contrôle de la légalité de la détention

L'étude de la jurisprudence européenne permet d'établir que l'objectif de la Cour n'est pas d'ériger en règle l'application de l'article 5 § 4 dans le cadre de l'exécution d'une condamnation à la privation de liberté. Son application paraît comme une dérogation justifiée par les particularités que présentent certains types de condamnations visées par l'article 5 § 1 alinéa a. Ce contrôle est limité à la légalité temporelle (A). De surcroît, la Cour n'a expressément reconnu un caractère évolutif qu'à très peu de types de condamnations qui se distinguent de la condamnation type visée par l'article 5 § 1. Ce contrôle de la légalité matérielle, à savoir les conditions matérielles dans lesquelles une détention se déroule, est encore plus limité. Ces conditions ne sont prises en compte que partiellement, et uniquement dans les détentions à but thérapeutique (art. 5 § 1, al.e) ou éducatif (art. 5 § 1, al.d (B)).

A. Applicabilité du contrôle de la légalité temporelle limitée aux détentions évolutives

C'est seulement dans le cadre des détentions qualifiées par la Cour comme évolutives (1), que les décisions concernant certaines modalités d'exécution d'une condamnation (2) rendent applicable le droit de contrôle de la légalité ultérieure de la détention.

1. Application déterminée par la nature évolutive de la détention concernée

La Cour n'applique le droit à la liberté, lors de l'exécution d'une condamnation à la privation de liberté, que lorsqu'il s'agit de condamnations de type évolutif. Expressément reconnu dans les

²⁷³ CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U.*, préc., § 69 ; CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 46.

mesures privatives de liberté **(a)** et dans certaines peines particulières appliquées en droit britannique **(b)**, ce caractère pourrait être reconnu à tout type de détention **(c)**.

a. Applicabilité reconnue dans l'exécution des mesures de sûreté

C'est à propos de la mesure de *mise à la disposition du gouvernement des récidivistes ou des délinquants*, qui est une mesure de défense sociale en droit belge, que la Cour a pour la première fois appliqué l'article 5 § 4 dans une détention après condamnation. Ce fut le cas dans l'arrêt *Droogenbroeck*²⁷⁴. Tenant compte des motifs sur lesquels le tribunal s'était appuyé pour prendre une telle mesure, des buts qu'elle poursuivait et de sa durée, elle avait conclu au caractère évolutif de cette mesure. A propos des *motifs*, cette instance a relevé que dans le prononcé des mesures de défense sociale, sont pris en compte, outre la *gravité de l'infraction*, la *dangerosité sociale* du condamné et sa *tendance persistante à la délinquance*. Or ces motifs sont “ contingents par essence, amenant à suivre le condamné dans l'évolution de sa personnalité comme de son comportement, afin d'adapter son statut à un changement, favorable ou défavorable²⁷⁵ ”. De surcroît, en tenant compte de ces motifs, le but d'une telle mesure n'est pas uniquement répressif ; il est également préventif visant à protéger la société et à traiter les délinquants²⁷⁶. Quant à la *durée*, la Cour a observé que bien qu'une durée maximale soit fixée, cette mesure est en réalité indéterminée²⁷⁷.

C'est en tenant compte de l'ensemble de ces critères que cette instance a conclu au caractère évolutif de la mesure de mise à disposition du gouvernement. « Au moment où il statue, le juge ne saurait, par la force des choses, prévoir l'évolution future de l'intéressé²⁷⁸ » ; celle-ci dépend de « circonstances diverses et changeantes par nature²⁷⁹ ». Ce type de détention comporte alors le risque qu'au fil de son exécution, il y ait une *rupture de lien de légalité avec la décision initiale*²⁸⁰. Dès lors, conclut la Cour, l'exercice « d'un contrôle judiciaire ultérieur, et à des intervalles raisonnables, de la justification de la privation de liberté » s'impose car « considérer cette justification comme acquise,

²⁷⁴ CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 46.

²⁷⁵ *Ibid.*, § 47.

²⁷⁶ « Il importe de ne pas perdre de vue les finalités de la loi de 1964 (de défense sociale en droit belge), protéger la société contre le danger que constituent les récidivistes et les délinquants d'habitude, mais aussi donner la possibilité de tenter leur amendement », *Ibid.*, § 40. La Cour avait précisément retenu que « l'internement que peut entraîner la mise à la disposition du gouvernement se produit uniquement s'il y a lieu et lorsque la protection de la société l'exige » et qu'il « vise en même temps qu'à protéger la société, à fournir à l'exécutif l'occasion d'essayer d'amender les intéressés », *Ibid.*, § 47.

²⁷⁷ « En pratique, elle ouvre au Ministre de la Justice un crédit de privation de liberté... dont la durée effective, de zéro jour à dix ans, frappe par son indétermination relative et varie en principe selon les besoins du traitement et les impératifs de la défense sociale », *Ibid.*

²⁷⁸ *Ibid.*, § 40.

²⁷⁹ Le ministre de la Justice, auquel l'exécution de ces mesures est confiée, doit s'interroger “ sur la nécessité de priver ou de continuer à priver l'intéressé de sa liberté ou sur l'absence ou disparition de pareille nécessité en se fondant sur les notions évolutives telles que la tendance persistante à la délinquance et la dangerosité sociale ”, *Ibid.*, § 47.

²⁸⁰ *Ibid.*

une fois pour toutes, au moment de la condamnation équivaldrait en quelque sorte à présumer que la détention n'apportera aucun résultat utile²⁸¹ ».

C'est en suivant le même raisonnement dans l'arrêt *Eriksen* (n° 2)²⁸², que la Cour a consolidé l'applicabilité du droit au contrôle de la légalité de la détention lors de l'exécution d'une mesure de sûreté. Il s'agissait en l'occurrence d'un internement sécuritaire prévu en droit norvégien pour des condamnés dangereux souffrant d'insuffisance mentale mais qui demeurent pénalement responsables²⁸³.

b. Applicabilité reconnue dans l'exécution des peines de type particulier en droit britannique

Alors que dans l'arrêt *Van Droogenbroeck*, la Cour avait exclu l'hypothèse d'applicabilité de l'article 5 § 4 dans le cadre d'une condamnation par un tribunal à une « peine d'emprisonnement jugée par lui appropriée²⁸⁴ », elle est ultérieurement revenue sur cette position. Le but d'assurer aux droits de l'homme une protection efficace et non illusoire, l'a amenée à abandonner tout critère formel de classification des types de privation de liberté et à examiner, si parmi les peines, il y en a qui nécessitent un contrôle ultérieur de légalité. Elle a ainsi été amenée à appliquer l'article 5 § 4 dans trois types de peine. Il s'agit de trois peines perpétuelles, toutes connues seulement du droit britannique : les *peines discrétionnaires perpétuelles*, les *peines pour la durée qui plaira à sa majesté* « during at Her Majesty's pleasure »²⁸⁵ et les *peines perpétuelles obligatoires*.

L'élément commun de ces trois peines est la composition de leur durée de deux périodes : une période dite *tariff*, qui correspond à l'élément de répression et de dissuasion de la peine, et une période de sécurité qui correspond à l'élément préventif de la peine. A l'issue de l'exécution de la première période, le maintien en détention doit être motivé par des motifs de dangerosité de la personne et de protection du public. Cela dit, la Cour a mis quinze ans pour reconnaître à toutes les trois un caractère évolutif. Ce fut d'abord le cas des peines perpétuelles discrétionnaires (arrêt *Weeks* 1987), puis des peines pour la durée qui plaira à sa majesté (arrêt *Hussain*, 1996), et enfin, des peines perpétuelles obligatoires (arrêt *Stafford*, 2002).

Les peines perpétuelles discrétionnaires

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² CEDH, *Eriksen c. Norvège* (n°2), préc.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ « Un tel système diffère fondamentalement de celui sur lequel la Cour n'a pas à se prononcer en l'occurrence la libération conditionnelle d'une personne condamnée par un tribunal à une peine d'emprisonnement jugée par lui appropriée », CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 47.

²⁸⁵ *Curley c. R.U.*, n° 32340/96, CEDH 2000-III, § 32.

En tenant compte des motifs, des buts et de leur durée, la Cour a estimé que ces peines « se rangent dans une catégorie particulière²⁸⁶ ». Premièrement, la Cour a relevé que, plus que la gravité de l'infraction, ce qui motive le prononcé de ces peines c'est la dangerosité de son auteur²⁸⁷. Cela a été flagrant dans l'affaire *Weeks*. Le requérant, alors qu'il était âgé de dix-sept ans, avait pénétré dans un magasin d'animaux familiers, armé d'un pistolet de starter chargé à blanc, et volé 35 pences, pour rembourser à sa mère 3 £ ; il avait appelé lui-même la police pour se constituer prisonnier. Il a été condamné à une peine de durée indéterminée accompagnée seulement de la fixation de la durée minimum du maintien en détention. Cette peine avait paru aux juges être la plus appropriée compte tenu du but recherché : soumettre le détenu à une « mesure durable de sûreté destinée à protéger le public » vu son jeune âge et l'instabilité de son caractère²⁸⁸. Or, pour la Cour, ces sanctions présentent plusieurs particularités.

Outre la répression, ces peines visent également la protection de la société et le traitement du condamné²⁸⁹. Leur *durée* est bien singulière. Elle est composée de deux périodes : une période fixe, dite « tarifée », correspondant à la gravité de l'infraction²⁹⁰, et une période indéterminée, ayant comme objectif d'assurer que la personne puisse continuer à demeurer en détention après l'exécution de la période tarifée, et ce jusqu'à la fin de sa vie, à moins qu'elle soit élargie par la mesure de libération conditionnelle. La décision de cette mesure dépend de l'évolution du caractère du condamné. Celui-ci ne doit plus présenter de danger pour la société. La Cour a confirmé cette jurisprudence dans l'affaire *Thynne, Wilson et Gunnell* : « En sus de la nécessité d'une *répression*, les juridictions relevèrent donc, pour condamner les trois requérants à l'emprisonnement à vie, qu'ils souffraient de troubles mentaux ou de la personnalité, étaient *dangereux* et avaient *besoin d'un traitement* »²⁹¹

²⁸⁶ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 36.

²⁸⁷ En effet, la Cour a relevé qu'un des juges anglais avait motivé sa décision de la manière suivante : « Les circonstances de l'infraction et les témoignages relatifs à sa personnalité et au caractère de l'accusé me convainquent qu'il s'agit d'un jeune homme très dangereux. Une sanction de durée indéterminée me paraît adéquate pour quelqu'un de cet âge, de cette personnalité et de ce caractère, enclin à un tel comportement. Il appartiendra donc au Ministre de le libérer si les personnes chargées d'observer et d'examiner l'intéressé estiment que le temps l'a rendu raisonnable. Cela peut aller vite, ou au contraire ne pas se produire avant longtemps... le Ministre pourra intervenir dans le cas et au moment où il jugera prudent de le faire », CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 41.

²⁸⁸ « Les magistrats qui statuèrent se reconnurent incapables de prévoir combien de temps persisteraient son instabilité et ses troubles de personnalité. En substance, on plaça M. Weeks à la disposition du gouvernement parce qu'il avait besoin d'une surveillance continue en prison pour une durée imprévisible et, par voie de conséquence, d'un réexamen périodique servant à rechercher le traitement le plus adapté à son cas », arrêt *Weeks c. R.U.*, préc., § 46.

²⁸⁹ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 46. De même, dans l'arrêt *Thynne, Wilson et Gunnell*, cette instance avait retenu : « En sus de la nécessité d'une *répression*, les juridictions relevèrent donc, pour condamner les trois requérants à l'emprisonnement à vie, qu'ils *souffraient de troubles mentaux ou de la personnalité*, étaient *dangereux* et avaient *besoin d'un traitement* », CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U.*, préc., § 72.

²⁹⁰ « La jurisprudence anglaise le confirme ; elle définit le tarif comme la période d'incarcération estimée nécessaire pour répondre aux impératifs de la rétribution et de la dissuasion », CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U.*, préc., § 73.

²⁹¹ Le caractère évolutif d'une peine a été reconnu, jusqu'à présent, uniquement à propos des peines prévues par le droit anglais. La Cour l'a reconnu dans l'affaire *Weeks* et dans l'affaire *Thynne, Wilson et Gunnell* (bien que

Le gouvernement anglais a contesté cette analyse des peines perpétuelles discrétionnaires en arguant qu'« il est impossible de démêler ses composantes répressives et sécuritaires ». Tout en reconnaissant pareille difficulté, la Cour a estimé que du moment où il est confié au Ministre le soin de déterminer quand l'intérêt public permet de relâcher le prisonnier²⁹², ces peines comprennent un élément répressif et un élément de sécurité²⁹³. Elles sont donc de type particulier²⁹⁴ : au fond, elles se rapprochent des mesures de sûreté²⁹⁵. De même que ces dernières, ces peines sont de caractère évolutif. Le motif dominant de leur prononcé est la dangerosité sociale de l'accusé et le risque de récidive. Estimant qu'il est impossible de dire quand ce risque s'éloignera, la peine indéterminée paraît la plus appropriée parce qu'elle permet de suivre l'évolution du détenu afin qu'il ne reste privé de sa liberté plus longtemps qu'il est nécessaire pour la sécurité publique et que, inversement, il ne soit pas libéré tant qu'il présente un danger social²⁹⁶. Dès lors, ces peines étant évolutives, elles impliquent le risque qu'au fil de leur exécution, le lien de causalité entre la décision initiale et le maintien en détention ou la réincarcération du condamné soit rompu rendant alors la détention irrégulière aux fins de l'article 5 § 1 al.a²⁹⁷.

La Cour a, par la suite, rangé dans les peines de type particulier également les peines de détention pour la durée qu'il plaira à sa majesté « at during her majesty's pleasure ».

Les peines pour la durée qu'il plaira à sa majesté « at during her majesty's pleasure »

dans cette affaire à la différence de l'affaire Weeks, la gravité des infractions commises ait été certaine). Les requérants étaient reconnus coupables de viol, tentative de viol, attentat à la pudeur sur des mineurs.

²⁹² *Ibid.*, § 73.

²⁹³ En effet, les juges anglais résument ainsi l'utilité de ce type de peines : « A n'en pas douter la raison d'être d'une peine perpétuelle discrétionnaire consiste en ceci : dans des cas exceptionnels, les intérêts de la sécurité publique ne sauraient se trouver suffisamment sauvegardés par le prononcé d'une peine à durée déterminée, même la plus longue possible - c'est-à-dire la peine, tarifée méritée à titre de châtiment et augmentée dans la mesure limitée où la jurisprudence autorise à le faire pour protéger le public ; il faut au contraire parer au danger actuellement perçu de voir le détenu, après avoir purgé toute peine légale à durée fixe, rester une grave menace pour la société s'il recouvre la liberté. On y parvient au moyen d'une peine perpétuelle permettant de protéger le public en réévaluant le danger une fois expirée la période tarifée », *Ibid.*, § 53.

²⁹⁴ « Elles rangent la peine dans une catégorie spéciale et par conséquent la condamnation de l'intéressé diffère par là d'une peine perpétuelle infligée en raison de la gravité de l'infraction », CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., §46.

²⁹⁵ Dans l'arrêt *Weeks*, elle avait déclaré : « La décision prise contre M. Weeks se compare à la mesure incriminée dans l'affaire Van Droogenbroeck - la mise d'un récidiviste ou d'un délinquant d'habitude à la disposition du gouvernement belge - à ceci près qu'elle vaut pour la vie entière et non pour une période limitée. Le but légitime poursuivi - protection de la société et réinsertion des délinquants - et les effets sur les condamnés sont essentiellement les mêmes dans les deux cas », *Ibid.*, § 47.

²⁹⁶ Dans l'arrêt *Weeks*, la Cour avait noté que les « éléments que les juridictions anglaises invoquent expressément pour prescrire cette forme de privation de liberté peuvent, par leur nature même, évoluer à la longue, tandis que la mesure restera en vigueur toute la vie de M. Weeks », CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., §§ 44- 46.

²⁹⁷ « Si les décisions de non-élargissement ou de réintégration se fondaient sur les motifs inconciliables avec les objectifs du tribunal ayant prononcé la sentence, la détention du requérant perdrait son caractère régulier aux fins de l'article 5§1 al.a », CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 58.

Ces peines sont prononcées uniquement à l'encontre des mineurs de moins de dix-huit ans convaincus de meurtre. Bien que, contrairement aux peines précédentes, le prononcé d'une peine HMP soit obligatoire, la Cour a estimé qu'elle présente des caractéristiques similaires²⁹⁸. Elle a, à cette fin, tenu compte de la controverse en droit interne, à propos de son analyse, comme peine de durée fixe ou de durée indéterminée. A l'appui de cette dernière, elle a invoqué les arguments suivants. L'intitulé de cette peine : " pour la durée qu'il plaira à sa majesté " ; Le but préventif visé par la loi qui l'a instaurée²⁹⁹ : la raison de l'institution de cette peine en droit anglais est d'éviter de prononcer une peine à perpétuité à des mineurs auteurs des crimes, tout en permettant de les maintenir en détention à vie, si les intérêts de la sécurité publique l'exigent, au vu de l'évaluation de l'évolution de leur personnalité ; Et les motifs qui enferment un élément sécuritaire puisque cette peine est également fondée sur la dangerosité de l'auteur et vise donc la protection de la société³⁰⁰. Or, la dangerosité sociale, élément évolutif en soi dans le temps, parce que fondée sur la personnalité de la personne, l'est encore plus s'agissant des jeunes auteurs d'infractions. Le passage de l'âge jeune à l'âge adulte implique en soi l'évolution de la personnalité vers la maturité : « Ne pas tenir compte des modifications, qui interviennent inévitablement avec la maturité signifierait que les jeunes détenus seraient considérés comme privés de leur liberté pour le reste de leur existence ; ce qui, nota encore la Cour, pourrait poser des problèmes également au regard de l'article 3 de la Convention³⁰¹ ». Elle en a conclu que ce type de peines peut soulever des questions de légalité nouvelles³⁰².

Les peines perpétuelles obligatoires

La peine perpétuelle obligatoire est appliquée en fonction uniquement de la gravité de l'infraction : elle s'applique à tous les types d'homicide volontaire. Elle est instaurée par la loi de 1965 pour remplacer la peine de mort supprimée par cette même loi -*Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965*—.

La Cour a longtemps refusé de reconnaître à ce type de peine un caractère évolutif. Depuis l'arrêt *Weeks (1987)*, elle n'avait pas cessé de comparer les peines perpétuelles discrétionnaires et les peines HMP avec les peines perpétuelles obligatoires, pour ranger les deux premières dans la

²⁹⁸ *Hussain c. R.U.*, n°21928/93, 21 février 1996, Recueil 1996-I.

²⁹⁹ *Ibid.*, §§ 23-24.

³⁰⁰ Dans son rapport (R 21928/93, *Abed Hussain/RU*) 11.10.1994, §§ 50-54), la Commission avait mis l'accent sur les objectifs à la fois répressifs (rétribution imposée à cause de la gravité inhérente à l'infraction) et préventifs (à cause du risque et de la dangerosité).

³⁰¹ *Hussain c. R.U.*, préc., préc., § 53.

³⁰² « Le motif décisif pour le maintien en détention était, et continue d'être, sa dangerosité pour la société, élément susceptible d'évoluer avec le temps ; des questions nouvelles de légalité peuvent surgir au cours de l'emprisonnement ; le requérant est alors en droit, en vertu de l'article 5 § 4, de saisir un tribunal compétent pour statuer, à des intervalles raisonnables sur la légalité de sa détention », *Ibid.*, § 53. La Cour a consolidé cette jurisprudence dans les arrêts suivants : *Curley c. R.U.*, n° 32340/96, 28 mars 2000, §§32-35 ; CEDH, *Oldham c. R.U.*, n° 36273/97, CEDH 2000-IX ; *Hirst c. R.U.*, n° 40787/9, 24 juillet 2001 ; CEDH, *Benjamin et Wilson c. R.U.*, n°28212/95, CEDH 2002-IX.

catégorie des peines de type particulier. Dans l'arrêt *Wynne* (1994), elle avait expressément exclu les peines perpétuelles obligatoires du champ d'application de l'article 5 § 4. Les raisons invoquées, pour justifier cette exclusion étaient, que ces peines étaient *motivées* uniquement par la gravité de l'infraction³⁰³, que le *but* poursuivi était essentiellement répressif³⁰⁴ et que la *durée* était déterminée par la gravité de l'infraction et proportionnelle à celle-ci³⁰⁵.

Mais dans l'arrêt suivant qu'elle a rendu en la matière, l'arrêt *Stafford* (2002), elle a marqué un revirement, en invoquant une application dynamique et évolutive de la Convention visant à assurer la protection des droits pratiques et effectifs et non théoriques ou illusoire ainsi qu'à améliorer leur protection³⁰⁶, et tenant compte de l'évolution intervenue en matière de ces peines dans la législation et jurisprudence britanniques. Des réformes intervenues en Ecosse³⁰⁷ et en l'Irlande du Nord³⁰⁸ ont aligné la situation juridique des condamnés à une peine perpétuelle obligatoire aux condamnés à l'une des deux autres peines perpétuelles. Le rôle joué par le Ministre de l'Intérieur dans la fixation de la période punitive de ces peines est analysé comme l'équivalent du prononcé de la sentence, c'est-à-dire dans le même sens que dans les peines discrétionnaires³⁰⁹.

Dès lors, plus rien ne distingue les peines perpétuelles obligatoires des deux types de peines précédents³¹⁰, estima la Cour. Comme les deux autres, les peines perpétuelles obligatoires sont composées de deux périodes : l'une punitive et l'autre préventive³¹¹. A l'issue de la première, le maintien en détention doit être motivé par des critères liés à la personnalité du condamné, à savoir la dangerosité et le risque qu'il présente pour le public³¹². Ces peines sont alors évolutives comme les

³⁰³ *Wynne c.R.U.*, n° 15434/89 (3 juillet 1994, Série A294-A, § 35.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*, § 51.

³⁰⁶ *Ibid.*, § 68.

³⁰⁷ En Ecosse, la loi de 2001 sur le respect des droits consacrés par la Convention (*Convention Rights, Scotland Act 2001*) dispose au présent que pour les peines perpétuelles obligatoires, le juge dont émane la sentence fixe la "partie punitive" de la sentence, au terme de laquelle la Commission de libération conditionnelle décide d'un éventuel élargissement sous condition. Le critère retenu pour déterminer si un détenu, peut ou non, être libéré, est identique à celui qui est appliqué aux personnes frappées d'une peine perpétuelle discrétionnaire en Angleterre et au Pays de Galles, à savoir la conviction de la Commission de libération conditionnelle que le détenu ne présente plus un risque important de commettre des délits impliquant un danger pour la vie ou l'intégrité physique d'autrui, ou de graves infractions à caractère sexuel.

³⁰⁸ En Irlande du Nord, l'ordonnance applicable aux peines perpétuelles (*Life Sentences, Northern Ireland, Order SI No. 2564*) dispose que le juge du fond décide du *tariff* à appliquer aux détenus condamnés à une peine perpétuelle obligatoire, et que la libération au terme de la période punitive est décidée par les commissaires au contrôle des peines perpétuelles (*Life Sentence Review Commissioners*) qui ont un statut et des fonctions très similaires à ceux de la Commission de libération conditionnelle opérant en Angleterre et au Pays de Galles. Le critère appliqué par les commissaires est celui de la protection du public contre tout "grave préjudice", c'est-à-dire tout dommage susceptible de découler de délits à caractère violent ou sexuel.

³⁰⁹ CEDH, *Stafford c.R.U.*, préc., § 77.

³¹⁰ *Ibid.*, § 79.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*, § 80.

peines discrétionnaires et les peines HMP. Elles doivent par conséquent faire l'objet d'un contrôle de légalité de la détention à l'issue de la période punitive³¹³.

Toutefois, le revirement de la jurisprudence de la Cour en matière de peines perpétuelles obligatoires en droit britannique dans l'arrêt *Stafford* ne permet pas de déduire l'extension de l'application de l'article 5 § 4 dans l'ensemble des peines privatives de liberté. A moins de voir dans l'arrêt *Léger* une ouverture vers une telle reconnaissance, à tout le moins dans le cas de longues peines.

c. Vers la reconnaissance de l'applicabilité à tout type de détention

Jusqu'à l'arrêt *Léger* (2006), il était clair que les détenus condamnés en Europe à une peine privative de liberté, hormis les peines discrétionnaires et certaines peines perpétuelles au Royaume-Uni, n'avaient pas droit au contrôle juridictionnel de la légalité de leur détention dans le temps. La Cour l'avait clairement affirmé dans l'affaire *Wynne* : « La peine obligatoire se range dans une autre catégorie que la peine discrétionnaire en ce sens qu'elle est infligée automatiquement pour sanctionner l'infraction d'assassinat, indépendamment de toute considération tenant à la dangerosité du délinquant³¹⁴ ». Ces peines reposent exclusivement sur le motif de la gravité de l'infraction ; la personnalité de l'auteur n'entre pas en ligne de compte³¹⁵. Quant à leur but, si la Cour avait relativisé l'exclusivité de ce but, en reconnaissant que l'on peut aussi voir dans les peines normales un élément à la fois punitif et préventif, elle avait estimé que cela ne suffisait pas pour les rapprocher des peines perpétuelles de durée indéterminée³¹⁶. Leur but est essentiellement répressif³¹⁷. Enfin, contrairement à la durée des peines perpétuelles discrétionnaires et des peines, qui est indéterminée (le terme de ces peines dépend de la cessation de la dangerosité que représente le condamné pour la société), la durée des peines ordinaires est fixe et proportionnelle à la gravité de l'infraction : « Le principe le plus important pour arrêter la longueur des peines perpétuelles de type normal est qu'elle doit refléter la gravité de l'infraction³¹⁸ ».

Ce raisonnement n'avait pas été mis en cause dans l'arrêt *Stafford*. Le raisonnement suivi dans ce dernier, visait à ranger les peines obligatoires dans les peines de type particulier et non à

³¹³ *Ibid.*, § 87.

³¹⁴ CEDH, *Wynne c. R.U.*, préc., § 35.

³¹⁵ « La peine obligatoire se range dans une autre catégorie que la peine discrétionnaire en ce sens qu'elle est infligée automatiquement pour sanctionner l'infraction d'assassinat, indépendamment de toute considération tenant à la dangerosité du délinquant », *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ « Les objectifs analysés plus haut de la peine perpétuelle discrétionnaire se distinguent des buts punitifs de la peine perpétuelle obligatoire », CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U.*, préc., § 74.

³¹⁸ *Ibid.*, § 51.

étendre le droit à un contrôle de légalité à tous les condamnés à une peine privative de liberté. En effet, à côté des arguments en faveur du rapprochement de ces peines aux peines évolutives, la Cour a souligné certaines différences avec les autres peines perpétuelles. D'abord, elle a estimé que les peines perpétuelles obligatoires ne sont pas de vraies peines à perpétuité. Dans la réalité elles n'imposent pas de sanctionner une personne par un emprisonnement à perpétuité, dès lors qu'à l'issue d'une certaine période, la personne concernée peut demander une mise en liberté³¹⁹.

Toutefois, l'arrêt *Léger* (2006) laisse entrevoir une possible évolution de la jurisprudence corrélative vers la reconnaissance du caractère évolutif à toute condamnation, à tout le moins aux condamnations de longue durée. Dans l'arrêt *Léger*, la Cour a, d'une part, rapproché les *peines assorties des périodes de sûreté* appliquées en droit français des peines particulières susmentionnées. Les périodes de sûreté signifient que pendant leur durée, exécutée en première partie de la peine, tout élargissement est exclu. Ce qui, déclara-t-elle, est l'équivalent de la période tarifée des peines en droit britannique : « Bien que la peine du requérant ne fût assortie d'aucune période de sûreté, comparable au « tarif » anglais correspondant à l'élément punitif de la sentence, la Cour observe que d'autres éléments liés au 'risque' et à la 'dangerosité' ont justifié le maintien en détention du requérant³²⁰ ». Elle a, d'autre part, reconnu un caractère évolutif à la peine perpétuelle en cause dans cette affaire, alors qu'elle n'était pas accompagnée d'une telle période de sûreté. Cette instance a relevé qu'à l'issue d'un délai d'exécution de la peine en milieu fermé, la personne a droit de demander une libération conditionnelle et que l'octroi de celle-ci est fondé sur l'appréciation de la dangerosité et du risque de récidive de l'intéressé. Or « l'élément de dangerosité peut, par sa nature, évoluer à la longue³²¹ », a-t-elle fait remarquer.

Ainsi, alors que l'arrêt *Wynne*, la Cour avait estimé que le fait que des droits internes offrent diverses possibilités permettant à la personne de ne pas passer le reste de sa vie en prison, n'altère pas la distinction entre les peines particulières et les peines ordinaires³²², l'arrêt *Léger* permet de voir une

³¹⁹ En effet la Cour est revenue sur l'analyse faite de ces peines dans l'arrêt *Wynne*. La conclusion à laquelle elle était parvenue dans l'affaire *Wynne*, à savoir que la peine perpétuelle obligatoire constituait une sanction à perpétuité, ne peut plus passer pour refléter la situation réelle du détenu frappé de cette peine dans le système national de justice pénale. CEDH, *Wynne c.R.U.*, préc.

³²⁰ CEDH, *Léger c. France*, préc., § 74.

³²¹ La Cour a, dans l'arrêt *Léger*, jugé que tel a été le cas (en examinant le respect de la légalité au sens de l'article 5 § 1 a), d'une personne maintenue en détention pendant quarante et un ans, tout en reconnaissant qu'il s'agissait d'une durée jugée exceptionnellement longue, CEDH, *Léger c. France*, préc., § 76. « Précisément, en l'espèce, l'octroi de la libération conditionnelle au requérant accordé en 2005 est fondé sur le fait que son comportement n'est plus un obstacle à sa libération et que le risque de récidive est devenu quasiment inexistant » ; « S'il est vrai que ces motivations accordent de la place à l'amendement du requérant, plus qu'à sa resocialisation, fondement de l'esprit de l'article 729 du CPP tel qu'issu de la loi du 15 juin 2000, la Cour observe qu'elles ne sont pas dénuées de lien avec la dangerosité du requérant que les juridictions se devaient d'apprécier », CEDH, *Léger c. France*, préc., § 75.

³²² « Il n'en demeure pas moins que la peine obligatoire se range dans une autre catégorie que la peine discrétionnaire en ce sens qu'elle est infligée automatiquement pour sanctionner l'infraction d'assassinat, indépendamment de toute considération tenant à la dangerosité du délinquant », CEDH, *Wynne c.R.U.*, préc., § 35.

évolution. Il en découle que du moment où les droits nationaux prévoient l'octroi d'une mesure d'élargissement après un certain temps d'exécution de la peine privative de liberté fondé sur l'évaluation de la personnalité et le risque de récidive, l'article 5 peut être applicable.

En tout cas, une telle évolution serait conforme à l'esprit des systèmes pénaux européens qui, quasiment tous, prévoient une durée à partir de laquelle un condamné à une peine privative de liberté peut demander à bénéficier d'une libération conditionnelle³²³. D'ailleurs, le droit français, mais aussi le droit grec, en font partie. Les deux prévoient l'octroi de cette mesure fondé, essentiellement sur l'évaluation de la personnalité de l'intéressé (de ses possibilités à se réinsérer et de sa dangerosité pour la société).

Mais pour l'instant, le champ d'applicabilité du droit au contrôle de la légalité de la détention demeure encore limité. Ce qui confirme également l'examen des aspects précis de l'exécution de la détention susceptibles d'être soumis à un tel contrôle.

2. Application déterminée par la nature de la décision concernée

L'exercice du contrôle de légalité vise à garantir que le lien de causalité entre, d'une part, les motifs et les buts d'une décision privative de liberté et, d'autre part, la détention subsiste tout au long de la détention. Une personne ne doit pas se trouver privée de sa liberté pour des motifs autres que ceux sur lesquels est fondée la décision initiale de la privation de liberté, ni d'en rester privée plus longtemps qu'il n'est nécessaire au regard des buts poursuivis³²⁴.

Aussi, des mesures doivent-elles être prévues, permettant l'élargissement anticipé d'un condamné. Les décisions tant d'octroi, de refus, que de révocation de ces mesures doivent être entourées des garanties du contrôle requis par l'article 5 § 4. De ce fait, des mesures d'aménagement de peine, considérées jusqu'à un stade de la jurisprudence européenne comme des modalités d'exécution de peine, et exclus alors du champ d'application de la Convention³²⁵, peuvent y entrer par leur considération comme des mesures déterminantes pour la liberté de la personne.

Jusqu'à présent, un tel droit n'a toutefois été clairement reconnu qu'à la libération conditionnelle et cela dans le cadre des peines considérées comme évolutives **(a)**. En revanche, les

³²³ SENAT, *La libération conditionnelle*, Étude de législation comparée n° 152, Service des études juridiques, novembre 2005.

³²⁴ « L'existence des garanties revêt la plus grande importance pour que le report de la libération soit conforme au but de l'article 5 § 1 et en particulier qu'il n'ait pas une durée excessive », CEDH, *Johnson c. R.U.*, 24 oct. 1997, § 63.

³²⁵ Ainsi la Commission estimait que « dans la Convention ne figure ni le droit à la libération conditionnelle ni le droit à la remise d'une peine », D 4165/69 (X/RFA), D.R., 34. Considération qu'elle avait réitéré à propos du refus d'accorder la libération conditionnelle à un détenu souffrant du sida, D 22564/93 (Grice/R.U), D.R.77-B, 14.4.94, p. 90.

décisions relatives aux réductions de peine, qui pourtant contribuent indirectement à moduler la durée de la détention, ne sont pas encore expressément reconnues comme déterminantes pour la légalité de la détention **(b)**. Enfin, il convient de souligner qu'un contrôle européen peut être indirectement exercé sur ces deux mesures, à savoir la libération conditionnelle et la réduction de peine. Il peut l'être par l'applicabilité de l'article 7 de la Convention dans le contrôle de non rétroactivité des lois pénales ayant un impact sur l'application de ces mesures, ainsi que par le respect du procès équitable (art. 6) lors du prononcé de certaines sanctions disciplinaires qui peuvent avoir un impact sur les réductions de peine et/ou sur la libération conditionnelle **(c)**.

a. Contrôle de légalité requis du maintien en détention et de la réincarcération dans le cadre des peines évolutives

Dès lors qu'une peine est de caractère évolutif, l'article 5 impose l'exercice d'un contrôle de légalité pour s'assurer que le lien entre, d'une part, les motifs et les buts de la décision initiale et, d'autre part, la continuité de la détention ou la révocation des mesures de mise en liberté, n'a pas été rompu avec le temps. La déclaration de la Cour à ce propos, dans l'arrêt *Weeks*, est parmi les plus illustratives : « Le rapport juridique formel entre la condamnation de M. Weeks en 1966, et sa réincarcération dix ans plus tard, ne suffit pas à justifier la détention contestée au regard de l'article 5 § 1, al.a. Le lien de causalité qu'exige cet alinéa, risquerait de se rompre à la longue, si une décision de non-élargissement ou de réintégration n'arrivait à se fonder sur des motifs inconciliables avec les objectifs du tribunal dont émanait la sentence. En pareil cas, l'emprisonnement régulier à l'origine se muerait en une privation de liberté arbitraire et, dès lors, incompatible avec l'article 5³²⁶ ».

Il importe alors de déterminer sur quels aspects et à quel moment un contrôle juridictionnel doit être exercé.

Les aspects contrôlés

Ce qui a été clairement établi c'est que le *maintien en détention au bout d'un certain temps*, d'une personne condamnée à une sanction évolutive, et la *révocation d'une mesure d'élargissement*, telle que la libération conditionnelle, doivent faire l'objet d'un contrôle de légalité de la détention au sens de l'article 5 § 1, § 4. Car les décisions corrélatives mettent en jeu le passage d'un état de liberté vers un état privatif de liberté, et *vice-versa*.

Le droit au contrôle juridictionnel de la réincarcération. Il a été le premier aspect à propos duquel, la cour a reconnu l'applicabilité de l'article 5 § 4 dans le cadre de l'exécution d'une détention après condamnation. Cette reconnaissance a eu lieu, d'abord dans le cadre de l'exécution

³²⁶ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 48.

des mesures de défense sociale³²⁷ et, ensuite, dans les peines discrétionnaires en droit britannique³²⁸. La révocation de la libération conditionnelle équivaut à une « nouvelle détention », avait-elle déclaré dans l'arrêt *Weeks*, un des plus marquants de sa jurisprudence en la matière. Hormis le fait d'être le premier à avoir donné lieu à l'applicabilité de ce droit également dans le cadre d'exécution d'une peine privative de liberté, il est également le seul, rappelons-le, qui ait, jusqu'à présent, donné lieu à la qualification expresse de la vie sous régime de libération conditionnelle comme un état de liberté³²⁹.

Le droit à un contrôle juridictionnel du maintien en détention. Ce contrôle, automatique ou sur demande, de la justification du maintien en détention au bout d'un certain temps d'une personne condamnée à une sanction évolutive, a été, pour la première fois appliqué dans l'arrêt *Thynne, Wilson et Gunnell*³³⁰. La Cour avait déclaré que l'intéressé « doit pouvoir saisir un tribunal compétent pour statuer sur l'existence ou l'absence d'un manquement à la légalité ; il doit en avoir la faculté pendant sa détention, à savoir un certain temps après le début de celle-ci, puis à des intervalles raisonnables, ainsi qu'au moment d'un ré-internement éventuel s'il se trouvait en liberté...³³¹ ».

Concernant l'étendue du contrôle européen, cela dépend du modèle de la libération conditionnelle. S'il est discrétionnaire, les autorités nationales disposent d'une grande marge d'appréciation, y compris l'application des critères flous, sur lesquels la Cour n'entend pas exercer un contrôle³³². En effet, dans l'arrêt *Léger*, la Cour a rejeté les griefs de l'illégalité du refus d'accorder une libération conditionnelle, estimant que cette décision relève de la marge d'appréciation des juridictions internes saisies de cette demande, puisque la France applique le modèle discrétionnaire de la libération conditionnelle.

Les moments de l'exercice du contrôle

Bien que la Cour ait précisé qu'un contrôle de légalité doit être exercé, « ...un certain temps après le début de la détention, puis à des intervalles raisonnables, ainsi qu'au moment du ré-

³²⁷ CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc.

³²⁸ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc.

³²⁹ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 40.

³³⁰ La Cour a réitéré le principe que « les requérants avaient droit, en vertu de l'article 5 § 4, à saisir un tribunal compétent pour statuer sur la légalité tant de leur maintien en détention, à des intervalles raisonnables, que d'une réincarcération éventuelle », CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U.*, préc., § 76.

³³¹ CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 48 ; CEDH, *Kurt c. Turquie*, préc., § 123 ; CEDH, *Varbanov c. Bulgarie*, préc., § 58 », *Kolanis c. R.U.*, préc., § 80.

³³² A propos du critère d'absence de reconnaissance ou amendement : « A cet égard, la Cour observe d'emblée qu'il n'y a pas un système unique de libération conditionnelle dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. En France, la procédure de libération conditionnelle est dite discrétionnaire car elle exclut tout automatisme de la libération, elle comporte de ce fait le risque de se voir appliquer des critères d'octroi à une libération conditionnelle un peu flous », CEDH, *Léger c. France*, préc., § 70.

internement...³³³ », la détermination du moment de son exercice et de la périodicité ne manquent pas de demander à être précisées.

Le moment variable du premier contrôle de la légalité du maintien en détention. Ce moment n'est pas déterminé. A la lumière de la jurisprudence de la Cour, elle dépend du type de condamnation. Dans le cas des peines perpétuelles discrétionnaires et celles de détention *HMP*, le premier contrôle doit être exercé, au plus tard, au moment de l'achèvement de la période punitive³³⁴. En revanche, tel peut ne pas être le cas, s'agissant de mesures de sûreté. S'agissant des condamnations assorties de telles mesures, comme c'est le cas des délinquants mentaux, une *détention transitoire* peut être justifiée entre la fin de la période répressive et le transfert dans un lieu approprié pour l'exécution de la mesure de sûreté. Les autorités nationales ne sont pas obligées, ni de statuer immédiatement après l'expiration de la phase répressive³³⁵, ni d'exécuter immédiatement un tel transfert. Cela dit, la phase transitoire doit être courte et ne pas compromettre les chances de traitement, ni impliquer le risque de voir prolonger le maintien en détention. Toutefois, le délai du premier contrôle dans les peines à perpétuité peut être très long. La Cour a justifié dans l'arrêt *Léger*, la durée de détention la plus longue qu'elle ait connue : quarante et un an. Tout en la qualifiant d'« exceptionnellement longue », elle a jugé qu'elle n'a pas constitué une violation de l'article 5 § 1 al.a de la Convention³³⁶.

Le « bref délai » après la réincarcération. La détermination de ce moment ne semble pas poser de difficultés. Ce contrôle, s'il n'a pas été exercé avant la réincarcération, doit l'être, conformément à l'article 5 § 4, dans un « bref délai » après celle-ci. Selon la jurisprudence de la Cour, ne peuvent passer pour un délai bref au sens de l'article 5 § 4, ni un délai de cinq mois³³⁷, ni de deux mois³³⁸.

Les « intervalles raisonnables » du contrôle du maintien en détention. Cette exigence est également fondée sur le « bref délai » prévu par l'article 5 § 4 de la Convention. Selon la Cour, ladite

³³³ *Ibid.*, § 58. Voir CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 48 ; CEDH, *Kurt c. Turquie*, préc., § 123, CEDH, *Varbanov c. Bulgarie*, préc., § 58 ; CEDH, *Kolanis c. R.U.*, préc., § 80.

³³⁴ CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U.*, préc., § 76.

³³⁵ Le requérant s'était plaint d'illégalité de sa détention après l'expiration de la période de cinq ans fixée au moment de sa condamnation (fondée à la fois sur les infractions commises et le risque de récidive). Mais conformément au droit norvégien, le tribunal d'arrondissement avait, sur demande du Procureur, ordonné la prolongation de sa détention à trois reprises, pour quelques semaines chaque fois. Son maintien en détention fut ainsi prolongé pendant plus de deux mois et demi (entre le 25 février 1990 et le 15 mai 1990). Or, la Cour a estimé que le moment de rupture de légalité ne se situe pas forcément au moment de l'expiration de la période fixée par la décision initiale de condamnation. Une période peut s'écouler entre la fin de celle-ci et le contrôle de la légalité de la poursuite de la détention, CEDH, *Eriksen c. Norvège* (n°2), préc., § 86.

³³⁶ Cette instance a jugé qu'au regard de la marge d'appréciation que la Convention leur reconnaît..., les motivations antérieures des experts n'avaient pas été « déraisonnables » dès lors qu'ils « n'excluaient pas avec certitude une dangerosité du requérant compte tenu de ses traits de caractère et de sa personnalité », CEDH, *Léger c. France*, préc., § 76.

³³⁷ CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 36.

³³⁸ CEDH, *E c. Norvège* (n°1), préc., §§ 65-67.

expression implique non seulement que le tribunal compétent rende sa décision rapidement, mais aussi qu'un nouveau contrôle ait lieu à des "intervalles raisonnables"³³⁹. Cela dit, il est impossible à la Cour de fixer une durée maximale. Celle-ci dépend du type de détention et des circonstances de chaque cas d'espèce³⁴⁰. Notons que la périodicité des détentions relevant uniquement de l'article 5 § 1 al.a, peut être plus espacée que celles relevant à la fois de l'article 5 § 1 al.a et al.e, à savoir celles des condamnés souffrant de troubles mentaux. Ainsi, s'agissant de détentions uniquement répressives, la Cour a considéré comme non raisonnables des durées aussi bien de vingt et un mois³⁴¹ que de deux ans³⁴². En revanche, dans le cas des détentions poursuivant un but également thérapeutique, la jurisprudence de la Cour, permet de déduire que cette durée doit être inférieure à un an. Le traitement thérapeutique accentue l'effet du temps sur l'évolution de la personnalité du condamné. Ainsi, alors qu'elle a jugé conformes à l'article 5 § 1 les intervalles de six mois avec la possibilité de l'intéressé d'en faire la demande à tout moment (arrêt *Silva Rocha*³⁴³), elle a condamné les intervalles d'un examen annuel obligatoire sans donner la possibilité à l'intéressé de faire la demande d'un contrôle juridictionnel entre temps (*Johnson*³⁴⁴).

A part la libération conditionnelle, qui permet l'examen de maintien ou pas d'une personne en détention, l'applicabilité de l'article 5 § 4 dans les autres mesures d'aménagement de peine, pourtant modulant la durée de la détention, n'est pas encore expressément requise.

b. Contrôle non expressément requis dans les mesures modulant indirectement la durée de la détention

En examinant plus loin, le droit grec et le droit français, nous observerons qu'un nombre de mesures d'aménagement de peines, autres que la libération conditionnelle, sont également déterminantes pour la durée de la détention. Elles le sont en modulant soit la durée de la condamnation, soit celle de l'accès à la libération conditionnelle. Tel est clairement le cas de la mesure de réduction de peine. Or, en l'état actuel de la jurisprudence européenne relative, par exemple, à la mesure des réductions de peine, il n'est pas encore certain que ces mesures doivent être soumises au contrôle juridictionnel de la légalité de la détention.

³³⁹ CEDH, *Hirst c. R.U.*, préc., §§ 36-37 ; CEDH, *Oldham c. R.U.*, préc., §§ 28-30 ; CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 sept. 1992, Série A n°242-B, § 75.

³⁴⁰ CEDH, *Hirst c. R.U.*, préc., § 38. Voir CEDH, *Oldham c. R.U.*, préc., § 31 ; CEDH, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, 21 octobre 1986, Série A n° 107, § 55.

³⁴¹ CEDH, *Hirst c. R.U.*, préc., § 44 .

³⁴² CEDH, *Oldham c. R.U.*, préc., § 37.

³⁴³ Cet aspect fut examiné uniquement au regard de l'article 5 § 1. La Cour, ayant conclu à l'absence de violation de ce paragraphe, n'a pas jugé utile de l'examiner également sous l'angle de l'article 5 § 4, CEDH, *Silva Rocha c. Portugal*, n° 18165/91, 15 nov. 1996, Recueil 1996-V, §§ 26-32.

³⁴⁴ CEDH, *Johnson c. R.U.*, préc., § 66.

Cette mesure est, jusqu'à présent, analysée comme un privilège³⁴⁵. En comparant, à ce propos, la situation du détenu condamné à celle d'un soldat, la Commission avait déclaré : «La perte de remise de peine ne constitue pas une privation de liberté ; un détenu, contrairement à quelqu'un effectuant son service militaire, est privé de sa liberté pour toute la durée de sa peine ; toute remise de peine pour bonne conduite est un simple privilège et la perte de celle-ci ne modifie en rien la justification initiale de la détention³⁴⁶ ».

Il convient pourtant de noter que la jurisprudence *Grava* (2003), qui reste à confirmer, permet de nuancer cette analyse. L'approche de la réduction de peine pourrait dépendre du caractère discrétionnaire ou pas de l'octroi de ces mesures. En l'absence de marge d'appréciation, le refus des autorités compétentes d'accorder ces mesures ou de les prendre en compte dans le calcul de la durée de la peine exécutée, serait considérée comme soulevant un problème de légalité de la peine au sens de l'article 5. En revanche, si l'octroi de ces mesures relève d'une décision des autorités basée sur une appréciation discrétionnaire de la personne intéressée, le refus d'accorder ces mesures ne soulèverait pas des questions de légalité. Ce refus relèverait de la marge du pouvoir d'appréciation des autorités nationales. En effet, dans l'affaire *Grava*, relative aux remises de peine dont le bénéfice est automatique et ne dépend pas d'une appréciation des autorités compétentes, la Cour a jugé à propos de la privation qui a résulté d'un mauvais calcul des juridictions compétentes, qu'elle posait un problème de légalité au sens de l'article 5 § 1, al.a de la Convention³⁴⁷.

Toutefois, indépendamment du contrôle de légalité requis par l'article 5 § 4 de la Convention, la libération conditionnelle et la réduction de peine peuvent se trouver sous le contrôle européen par le biais des articles 6 et 7.

c. Contrôle européen de certaines mesures d'aménagement de peine par l'applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention

La libération conditionnelle peut tomber sous le contrôle européen par la protection de la légalité des peines consacrée par l'article 7 de la Convention, et la réduction des peines par la garantie du procès équitable au sein de l'article 6 applicable à certaines sanctions disciplinaires qui peuvent porter atteinte au bénéfice de cette mesure.

³⁴⁵ Selon la Commission, « la perte de remise de peine ne saurait être considérée comme une privation de liberté puisque la remise est considérée comme un privilège », D 8317/78 (McFeeley, Nugent, Hunter/Ru), D.R. 20, p. 45 et s. ; D 6224/73 (Kiss/RU), 16.12.1976, D.R. 7, p. 71.

³⁴⁶ D 6224/73, (Kiss/RU), préc., p. 71.

³⁴⁷ En l'occurrence, cette privation résultait d'un mauvais calcul des juridictions compétentes : ce calcul dépendait, en l'espèce, de la solution de questions juridiques complexes, concernant notamment la possibilité d'additionner une condamnation à d'autres précédemment infligées au requérant, CEDH, *Grava c. Italie*, préc., §§ 43-46.

Le bénéfice des réductions de peine des garanties du procès équitable par leur applicabilité dans le procès disciplinaire pénitentiaire

Les réductions de peine peuvent bénéficier des garanties du procès équitable indirectement. Tel peut être le cas, si elles font l'objet d'une sanction directe ou indirecte pour des infractions disciplinaires commises par les détenus. Si tel est le cas, la Cour reconnaît que ces sanctions prolongent la détention au-delà de la date espérée pour la mise en liberté. Elles peuvent alors être assimilées à des sanctions privatives de liberté. Si bien qu'elles font tomber le procès disciplinaire dans le domaine d'application du procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention.

Ce qu'a jugé la Cour dans l'arrêt *Campbell et Fell* (1984³⁴⁸) et confirmé dans l'arrêt *Ezeh et Connors* (2002). Pour parvenir à cette qualification, elle avait adopté une approche pragmatique et non formelle. C'est-à-dire qu'elle ne s'est pas arrêtée à la « distinction entre un droit et un privilège », en affirmant qu'elle « ne lui est pas d'un grand secours », et que « la pratique observée en cette matière importe davantage³⁴⁹ ». Dans la pratique, cette mesure a un impact réel sur la durée de la peine privative de liberté. Tout détenu a droit à en bénéficier. Si bien qu'à moins de perdre des jours de réduction de peine en raison de son comportement en détention, il sera élargi à la date qu'on lui indique au début de l'incarcération, suscitant ainsi en lui « l'expectative légitime de trouver sa liberté avant la fin de la période d'emprisonnement à purger ». Dès lors, déclara la Cour, si la « peine initiale d'emprisonnement reste la base légale de la détention et que rien n'est venu s'y ajouter, il n'empêche qu'en réalité la perte de remise aboutit à prolonger la détention³⁵⁰ ». Cette conséquence étant lourde pour la durée de la détention, en tout cas, tel a jugé cette instance, avoir été le cas dans ces deux affaires, elle a conclu qu'elle doit être considérée comme pénale aux fins de la Convention. Car « en prolongeant la détention bien au-delà de ce qui eût été le cas sans elle, la sanction s'est apparentée à une privation de liberté même si juridiquement elle n'en constituait pas une³⁵¹ ».

En revanche, les décisions relatives à la libération conditionnelle sont, quant à elles, exclues, de l'applicabilité de l'article 6. Elles sont analysées comme « des décisions s'inscrivant dans la procédure d'exécution de la décision initiale de condamnation du requérant » qui n'est pas couverte par cet article³⁵². Elles peuvent néanmoins tomber dans le champ d'application de l'article 7.

Le bénéfice possible de la libération conditionnelle de l'applicabilité de la légalité des peines au sens de l'article 7 de la Convention

³⁴⁸ CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, 28 juin 1984, Série A, n° 80.

³⁴⁹ *Ibid.*, préc., § 72 ; CEDH, *Ezeh et Connors c. R.U.*, n°s 39665/98 et 40086/98, CEDH 2002-VII, § 93.

³⁵⁰ CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 72 ; CEDH, *Ezeh et Connors c. R.U.*, préc., § 88.

³⁵¹ CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 72 ; CEDH, *Ezeh et Connors c. R.U.*, préc., § 99.

³⁵² « L'article 6 de la Convention ne couvre pas la procédure d'exécution d'une peine infligée par un tribunal compétent », D 27019/95 (Slimane KAID/France), 15.5.1996.

L'application de l'article 7, qui consacre le principe de *non-rétroactivité* en matière pénale, continue à être écartée par la jurisprudence européenne en matière d'aménagement des peines. Ce principe a été invoqué par un détenu condamné à perpétuité devant la Commission pour la perte de « chances raisonnables d'être admis au bénéfice de la liberté conditionnelle dans le délai escompté », suite à une réforme de la politique en matière de la libération conditionnelle³⁵³. Une nouvelle loi venait de rallonger la durée minimale de la peine exécutée avant qu'une demande de mise en liberté ne soit examinée. Cela a eu comme conséquence le report considérable de la libération conditionnelle du requérant et son nouveau transfert dans une maison centrale alors qu'il était incarcéré dans un établissement de type ouvert, pour préparer sa sortie. Il reprochait alors à cette nouvelle législation d'avoir eu des effets rétroactifs sur sa condition pénale dès lors qu' « elle a augmenté sa peine par rapport à celle qui lui était applicable au moment de la commission de son infraction³⁵⁴ ». La Commission avait rejeté cette analyse en estimant que « le changement de la politique en matière de libérations conditionnelles ne modifie en rien le fondement juridique de sa détention qui demeure sa condamnation à la réclusion à vie³⁵⁵ ». Ces mesures ne concernent que les modalités d'exécution d'une peine.

L'affaire *Kafkaris*, qui soulevait une question similaire, ayant été déclarée recevable par la Cour en 2006, avait laissé prévoir une évolution de la jurisprudence européenne en la matière³⁵⁶. Mais l'arrêt de la Grande Chambre ne permet pas encore d'entrevoir une évolution dans ce sens³⁵⁷.

En conclusion sur le contrôle de la légalité des mesures d'aménagement des peines, nous pouvons défendre l'idée que le raisonnement de la Cour développé à propos de l'examen de la réduction de peine au regard de l'article 6, nous semble pouvoir être utile à propos de l'examen de cette mesure ainsi que de celle de la libération conditionnelle au regard également de l'article 5. Dans le raisonnement au sein de l'article 6 § 1, la Cour a passé outre la qualification formelle de la réduction de peine dans les droits internes optant pour une analyse pragmatique afin d'assurer au droit au procès équitable une protection réelle et efficace et non théorique et illusoire. On aurait alors pu s'attendre à ce qu'elle en fasse autant à propos de la protection du droit à la liberté. Ce qui lui aurait permis de considérer que les décisions relatives à l'octroi, au refus, au retrait ou à la révocation de ces mesures relèvent du champ de protection de ce dernier droit. Dans la pratique, leur

³⁵³ D 11653/85 (Peter Hogben/RU), préc., p. 231.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ Condamné à perpétuité, ce requérant a vu sa peine devenir à durée indéterminée, alors que le règlement pénitentiaire, à l'époque de sa condamnation, prévoyait que les peines à perpétuité étaient entendues comme des peines de vingt ans maximum. C'est cette durée qui lui avait été notifiée au moment de son incarcération suite à sa condamnation. Mais entre temps, ce règlement avait été modifié, et cette limitation du temps d'exécution des peines à perpétuité a été supprimée. De surcroît, cette suppression n'a pas été accompagnée des dispositions garantissant la possibilité de demander une libération conditionnelle. Seule la mesure de grâce présidentielle demeure possible, CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, (déc.), préc.

³⁵⁷ CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, [GC], préc.

réglementation est claire : tout détenu doit en bénéficier. Si bien que tout détenu est légitimement fondé à espérer qu'il sera mis en liberté avant le terme légal de sa peine par le biais de ces mesures.

D'autant que si l'on se réfère au critère qui détermine l'application de l'article 5 § 4 dans le cadre de l'exécution d'une peine privative de liberté, celui d'évolutivité de la détention, force est de constater que les critères sur lesquels sont fondées les décisions relatives au bénéfice d'une réduction de peine ou d'une libération conditionnelle sont de nature à accorder un caractère évolutif à toute détention. L'observation de la personnalité du condamné est au centre de ces décisions tout comme dans le cadre d'exécution des peines et mesures auxquelles la Cour a reconnu un caractère évolutif. Ces décisions sont essentiellement fondées sur l'observation du comportement du détenu et sur l'évaluation du risque de récidive et de son aptitude à mener une vie normale. Si la Cour refuse de reconnaître que les décisions relatives à la réduction de peine et surtout à la libération conditionnelle sont déterminantes pour le respect du droit à la liberté dans l'ensemble des peines, non seulement elle déroge à l'un des principes qu'elle a adoptés dans l'interprétation de la Convention, à savoir l'adoption d'une approche pragmatique, mais encore, elle feint d'ignorer que le traitement de l'ensemble des détenus condamnés est un objectif qui demeure largement valable dans la politique pénitentiaire européenne. C'est donc ne pas accorder d'importance ou très peu, à ses effets, en y attachant aucun intérêt juridiquement protégé. Enfin, indépendamment de la politique de traitement des détenus, ne pas tenir compte du temps dans l'exécution de l'ensemble des peines, c'est nier ce qui est propre à la vie : l'évolution.

Pour l'instant, la déclaration de la Cour dans l'arrêt *Weeks*, à savoir qu'une personne condamnée à la privation de liberté ne perd pas la protection du droit à la liberté, demeure limitée. D'autant qu'il s'y ajoute l'application quasi-totale d'un contrôle juridictionnel des conditions matérielles d'exécution des peines.

B. Application quasi-exclue dans le contrôle de la légalité matérielle de la détention

Si l'élaboration d'un sens européen autonome des notions *d'état privatif de liberté* et de *légalité de détention* a permis au droit à la liberté de marquer une brèche dans le cadre de l'exécution d'une mesure ou peine privative de liberté, son application s'arrête devant les conditions matérielles de la détention. Ce contrôle ne porte pour l'instant que sur le lien entre, d'une part, les motifs et les buts de la décision privative de liberté, et d'autre part, le lieu et le régime de détention, et est limité à deux types de détention : à la détention à but éducatif (art. 5 § 1, al.d) et à la détention à but thérapeutique (art. 5§1, al. e). Les conditions matérielles de détention répressive, soit la majorité écrasante, n'entrent pas en ligne de compte pour apprécier le caractère arbitraire de la privation de liberté, et donc la légalité de la détention (1). Or, nous estimons que cette limitation du champ

d'application du droit à la liberté n'est pas sans susciter de forts doutes sur le caractère renforcé de sa protection par rapport à la majorité des droits consacrés par la Convention (2).

1. L'approche non-matérielle de la légalité de la détention

En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 5 dans le contrôle de l'organisation de la vie dans les trois institutions fermées, la caserne, l'hôpital psychiatrique et la prison, la seule à propos de laquelle la Cour n'a pas émis de doutes, est la caserne.

Partant du constat qu'à la différence de l'internement psychiatrique et de l'incarcération, « le service militaire ne constitue point par lui-même une privation de liberté au regard de la Convention³⁵⁸ », elle a estimé que, si la vie en caserne « entraîne en raison de ses impératifs spécifiques, d'assez amples limitations à la liberté de mouvement des membres des forces armées », « des limitations ne pouvant être imposées aux civils »³⁵⁹, elles ne constituent cependant que des restrictions à la liberté de circulation au sens de l'article 2 du Protocole n° 4³⁶⁰. Les conditions de vie dans cette institution n'étant pas en elles-mêmes constitutives d'un état privé de liberté, la distinction entre privation de liberté et non-privation de liberté reste donc opérationnelle. Afin d'établir cette distinction, la Cour se réfère à la notion de *normalité des conditions de vie en caserne*. « Les restrictions normales dont la vie en caserne s'accompagne ne tombent pas... sous le coup de l'article 5³⁶¹ ». En revanche, les restrictions en « net écart » des conditions normales peuvent, quant à elles, être constitutives d'un état privé de liberté. Tel peut, par exemple, être le cas de certaines mesures ou sanctions dont peuvent être frappés les militaires et soldats. Pour le savoir, la Cour tient compte des critères suivants : la *nature*, la *durée*, les *effets* et les *modalités d'exécution de la sanction ou mesure considérée*³⁶². Elle a ainsi jugé dans l'arrêt *Engel et autres* qu'« une sanction ou mesure disciplinaire qui s'analyserait sans conteste comme une privation de liberté, si on l'appliquait à un civil peut ne pas avoir un tel caractère si on l'inflige à un militaire ; elle n'échappe cependant pas à l'article 5 quand elle se traduit par des restrictions s'écartant nettement des conditions normales de la vie au sein des forces armées des Etats contractants³⁶³ ».

La question de l'application de l'article 5 dans les hôpitaux psychiatriques et les prisons se pose en des termes bien différents. Ces deux institutions considérées comme étant des lieux de

³⁵⁸ La Cour y a accordé une importance déterminante dans l'arrêt *Engel et autres* puisqu'elle a tenu compte que la caserne ne figure pas parmi les cas de privation de liberté autorisés par l'article 5 : « quand ils ont élaboré, puis, conclu la Convention, les Etats contractants possédaient dans leur très grande majorité des forces de défense », CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 57, § 59.

³⁵⁹ *Ibid.*, § 57, § 59.

³⁶⁰ *Ibid.*, § 58.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² « Pour savoir s'il en est ainsi, il y a lieu de tenir compte d'un ensemble d'éléments tels que la *nature*, la *durée*, les *effets* et les *modalités d'exécution de la sanction ou mesure considérée* », *Ibid.*, § 59.

³⁶³ *Ibid.*

privation de liberté, il n'y a pas de place pour la distinction entre état privatif de liberté et état de liberté dans leur enceinte. La Commission fut catégorique en s'exprimant à ce propos sur la prison : « Les conditions normales de la vie pénitentiaire représentent, contrairement aux conditions normales de la vie militaire, une privation de liberté, quelle que soit la liberté dont le prisonnier peut bénéficier dans le cadre de la prison³⁶⁴ ». Or, si l'on ne peut qu'acquiescer à l'exclusion d'un tel motif dans l'application du droit à la liberté au sein d'une prison donnée, on peut se demander si le respect de ce droit n'est pas pour autant mis en jeu à propos de décisions quant au choix de la prison et du régime de la détention. Nous estimons que tel devrait être le cas dès lors que la notion de légalité de la détention au sens européen comporte des critères permettant d'élargir le champ de protection du droit à la liberté : de la protection contre la décision de priver quelqu'un de sa liberté jusqu'à la protection contre certaines conditions matérielles de son exécution. Il s'agit en particulier du critère de respect du lien entre, d'une part, les motifs et les buts de la privation de liberté et, d'autre part, le lieu et le régime de détention. Or, ce critère a donné lieu à un certain contrôle de la légalité matérielle de la détention, seulement dans des détentions à but mixte, à savoir à la fois pénal et éducatif ou thérapeutique **(a)** distinctes donc de la détention uniquement pénale **(b)**.

a. Approche matérielle partielle de la légalité de la détention à but éducatif ou thérapeutique

Ce n'est que dans la détention à but éducatif (détention des mineurs), et la détention à but thérapeutique (détention de malades mentaux), que la Cour estime que la légalité implique le respect du lien entre ces motifs et buts de la détention et le lieu et régime de détention. Les personnes concernées peuvent alors faire prévaloir le droit à la liberté pour faire respecter cet aspect de légalité de leur détention.

S'agissant de la *détention à but éducatif* (art. 5 § 1 d.), la Cour, après avoir réaffirmé que « la régularité implique aussi la conformité de la privation de liberté au but des restrictions que permet l'article 5 § 1 », a déclaré que ce type de détention doit avoir lieu dans « un *milieu spécialisé* (ouvert ou fermé) qui dispose de ressources suffisantes, correspondant à sa finalité³⁶⁵ ». Ainsi, dans l'arrêt *Bouamar*, elle avait conclu que « le placement d'un jeune homme dans une maison d'arrêt en régime d'isolement et sans assistance d'un personnel qualifié, ne saurait être considéré comme tendant à un but éducatif quelconque³⁶⁶ ». De même, dans l'arrêt *D. G.*, de préciser que la détention des mineurs à but éducatif doit avoir lieu dans des « institutions appropriées répondant aux exigences de sécurité et d'éducation »³⁶⁷ : Si « éducation surveillée » n'est pas synonyme d'enseignement de type scolaire,

³⁶⁴ D 7754/77 (X/Suisse), 9 mai 1977, D.R. 11, p. 219.

³⁶⁵ CEDH, *Bouamar c. Belgique*, préc., § 50.

³⁶⁶ *Ibid.*, § 52. (*Bouamar c. Belgique*, préc.)

³⁶⁷ CEDH, *D.G. c. Irlande*, n° 39474/98, CEDH 2002-III, § 79.

elle n'est pas non plus synonyme de placement dans une institution pénale, qui offre seulement la possibilité d'une éducation (facultative), et où la personne est soumise à la discipline générale³⁶⁸.

Quant à la *détention à but thérapeutique*, alors qu'initialement la Cour avait catégoriquement écarté l'application de l'article 5 pour contrôler le traitement estimant que « le droit d'un patient à un traitement adapté à son état ne saurait se déduire en tant que tel de l'article 5 § 1 al.e)³⁶⁹ », elle a, par la suite, affirmé que le respect de la légalité implique que l'internement doit avoir lieu dans un établissement approprié du point de vue thérapeutique : « En principe, la "détention" d'une personne en tant que malade mentale ne sera "régulière", au regard de l'alinéa e du §1, que si elle se déroule dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié³⁷⁰ ». Cela dit, eu égard à sa jurisprudence en la matière, force est de constater que, pour que la légalité de la détention soit mise en cause pour ce motif, il faut que les conditions matérielles soient telles qu'elles ne se distinguent guère des conditions de vie dans un simple lieu de détention. Ce que la Cour a rarement jugé avoir été le cas. La première fois fut, en 1998, dans l'arrêt *Aerts*. Le requérant a été détenu dans l'annexe psychiatrique d'une prison où les conditions de vie, y compris les soins médicaux, ne se distinguaient guère de ceux assurés à l'ensemble de la population carcérale de cette prison. La Cour avait estimé que les preuves apportées à ce propos « montrent à suffisance que l'annexe psychiatrique de la prison en question ne pouvait pas être considérée comme un établissement approprié à la détention d'aliénés : ces derniers n'y bénéficient ni d'un *suivi médical* ni d'un *environnement thérapeutique*³⁷¹ ». Si bien que « il y a eu rupture du lien entre le but de la détention et les conditions dans lesquelles celle-ci s'est déroulée³⁷² ». En 2002, cette instance confirmait cette jurisprudence s'agissant de maintien en détention ordinaire d'une personne qui devant à l'expiration de la durée répressive de sa sanction, être transférée dans un établissement approprié³⁷³.

Ces arrêts ont, par ailleurs, établi que le droit au recours juridictionnel au sens de l'article 5 § 4 doit être assuré non seulement lorsque le requérant réclame sa mise en liberté mais aussi lorsqu'il réclame son transfert dans un autre établissement, un établissement approprié³⁷⁴. Toutefois, la garantie de ce droit est limitée dans la demande d'un transfert dans un « lieu de détention approprié » ; elle n'implique pas la demande vers un « lieu de détention plus approprié ». Si, dans l'arrêt *Aerts*, le retard du transfert d'un établissement de détention ordinaire vers un hôpital

³⁶⁸ *Ibid.*, § 81.

³⁶⁹ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 51.

³⁷⁰ Car il doit exister un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention », CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 46. Voir *Ashingdane c. R.U.*, préc., § 44.

³⁷¹ CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 49.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, préc.

³⁷⁴ « Le litige devant les juridictions belges ne se limitait pas à la question du transfert du requérant, mais portait en substance sur la légalité de la privation de liberté », CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 59. Voir CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, préc.

psychiatrique, donc vers un établissement « approprié », a été considéré par la Cour comme une détention arbitraire, tel n'a pas été le cas, dans l'arrêt *Ashingdane*. Dans ce dernier, le requérant mettait en cause le refus de son transfert d'un hôpital psychiatrique vers un autre plus approprié.

En outre, s'agissant des détentions qui doivent avoir lieu dans un établissement approprié, le simple constat qu'elles aient lieu dans un établissement inapproprié ne suffit pas pour les entacher d'arbitraire. Il faut de surcroît, tenir compte de leur durée. La détention dans un lieu inapproprié peut, comme pour la détention transitoire susmentionnée, être justifiée si elle a lieu à titre provisoire et qu'elle est de courte durée. En effet, c'est en tenant compte non seulement des conditions de détention, mais également de la durée de celle-ci (neuf mois) que la Cour a conclu dans l'arrêt *Aerts* qu'« il y a eu rupture du lien entre le but de la détention et les conditions dans lesquelles celle-ci s'est déroulée³⁷⁵ ».

Si une certaine évolution vers la prise en compte des conditions matérielles, dans la détermination de la légalité de la détention est ainsi marquée dans la privation de liberté à but thérapeutique et à but éducatif, tel n'est guère le cas dans la privation de liberté à but répressif ou sécuritaire.

b. Absence totale d'une approche matérielle de la légalité de la détention pénale

Le critère de lien entre, d'une part, les motifs et les buts de privation de liberté et, d'autre part, le lieu, le régime mais aussi les conditions matérielles de la détention, n'entre pas en ligne de compte dans le contrôle de la légalité. Quelles que soient les conditions matérielles dans lesquelles la détention se déroule et les différences de régime entre deux établissements ou à l'intérieur d'un établissement, elles sont qualifiées de simples *modalités d'exécution de la privation de liberté*.

Absence de contrôle du choix du type d'établissement

Cela fut confirmé par la Cour dans l'arrêt *Bizzotto*. Le requérant se plaignait de la violation de l'article 5 § 1 de la Convention du fait qu'il a été incarcéré, dans une prison ordinaire, alors qu'en tant que toxicomane, il devrait, conformément à la législation grecque, être incarcéré dans une prison spécialisée, où il pourrait recevoir un traitement adéquat à son état de santé³⁷⁶. En effet, le tribunal avait, en application de la loi n°1729/1987, ordonné son « placement dans un établissement pénitentiaire approprié ou autre établissement hospitalier public pour qu'il soit soumis à une cure de désintoxication ». Or, alors que le raisonnement de la Commission avait laissé entrevoir une évolution

³⁷⁵ CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 49. Voir aussi, CEDH, *Bouamar c. Belgique*, préc., § 50 ; CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, précité, dans lequel il s'agissait d'une détention durant quinze mois dans un centre de détention ordinaire malgré un ordre de confinement dans une clinique surveillée.

³⁷⁶ D 22126/93, (*Bizzotto/Grèce*), 2.12.94.

vers la mise en cause de la légalité de ce type de détention au motif du caractère inapproprié de l'établissement dans lequel elle a lieu³⁷⁷, la Cour a coupé court à une telle expectative. Elle a analysé la loi en question comme ayant un « caractère humanitaire », en tout état de cause, comme ayant trait aux « modalités d'application des peines » qui n'entrent pas en ligne de compte pour déterminer la légalité de la détention au regard de l'article 5³⁷⁸.

Absence de contrôle des régimes d'exécution renforcés d'une détention pénale

Dans la prison, quel que soit le régime d'exécution (ordinaire ou renforcé), ou le type de sanction disciplinaire (y compris le mitard), ne s'analysent pas comme des situations mettant en jeu la légalité de la détention. Il n'y aurait pas un régime de détention « ordinaire » qui, même si elle constitue un état privatif de liberté, serait le seul à correspondre à la légalité de la détention pénale ; si bien que les régimes spéciaux ou les sanctions militaires mettraient en cause la légalité de la détention.

Ainsi, en ce qui concerne la question de l'isolement carcéral et des sanctions disciplinaires, la jurisprudence européenne est constante. Alors que, selon les allégations des détenus, il s'agirait des « peines supplémentaires et illégales parce que non prononcées par un tribunal³⁷⁹ », pour la jurisprudence européenne, il s'agit d'une simple modification apportée aux conditions d'une détention légitime, au pire une aggravation³⁸⁰. Elles ne peuvent donc relever que du champ de protection de l'article 3³⁸¹ ou de l'article 8 de la Convention³⁸². Toutefois, dans l'arrêt *Bollan* (2000), la Cour tout en confirmant cette jurisprudence a laissé entendre qu'une évolution n'est pas exclue : « La Cour n'exclut pas que des mesures adoptées dans une prison puissent dans des circonstances exceptionnelles s'analyser en une atteinte au droit à la liberté³⁸³ ».

C'est seulement par le biais de la notion d'accusation en matière pénale que le prononcé de cette sanction peut être entouré de garanties juridictionnelles de même valeur que celle dans l'article 5 § 4. Il s'agit de garanties du procès équitable (art. 6 § 1). Cela est possible, non en raison de sa

³⁷⁷ R (Bizzotto/Grèce), 4 juillet 1995.

³⁷⁸ Elle a précisément déclaré qu'elle « énonce de simples modalités d'application de la peine : or de telles modalités, si elles peuvent parfois tomber sous le coup de la Convention, notamment lorsqu'elles sont incompatibles avec l'article 3 de celle-ci, ne sauraient, en principe, influencer sur la "régularité" d'une privation de liberté », CEDH, *Bizzotto c. Grèce*, préc., § 34.

³⁷⁹ D 1392/62 (X/RFA), 14.7.1965, D.R. 17, p. 1 ; D 11691/85 (René Pelle/France), 10.10.86, D.R. 50, p. 264 ; D 20978/92 (J.U./France), 21.10.1993.

³⁸⁰ « En conséquence, les mesures disciplinaires infligées au requérant qui purgeait une peine, ne sauraient être considérées comme constituant une privation de liberté, ces mesures ne représentent que des modifications apportées aux conditions d'une détention légitime », D 7754/77 (X/Suisse), préc., p. 219.

³⁸¹ D 11691/85, (René PELLE/France), préc. ; D 20978/92 (J.U./France), préc.

³⁸² « La Commission estime que cet élément du concept de vie privée s'étend au domaine de la détention et que l'interdiction faite aux requérants d'entretenir des contacts avec d'autres, constitue donc, à cet égard, une ingérence dans l'exercice de leur droit à la vie privée », D 8317/78, (McFeeley/RU), 1980, D.R. 20, p. 45.

³⁸³ CEDH, *Bollan c. RU*, n° 42117/98, CEDH 2000-VI.

nature et de son régime, mais en raison de son impact, sur la détermination de la durée de la peine par le biais de son incidence sur la mesure des réductions de peine ou sur celle de la libération conditionnelle. Cette incidence peut être soit systématique soit discrétionnaire. Rappelons que tel a estimé la Cour avoir été le cas dans l'arrêt *Campbell et Fell* à propos d'une telle sanction qui avait été prise en compte défavorablement dans l'évaluation de la personnalité de l'intéressé. Accusé de mutinerie, il a été sanctionné, entre autres, par la perte de cinq-cent soixante-dix jours de remise de peine³⁸⁴.

Or, pour la Cour, la date de mise en liberté espérée a été prolongée de manière si considérable que cette « sanction s'est apparentée à une privation de liberté, même si juridiquement elle n'en constituait pas une³⁸⁵ ». Elle doit alors passer pour pénale aux fins de la Convention.

Absence de contrôle des conditions de vie en général dans une prison

Les conditions de vie matérielles de détention demeurent hors de la protection du droit à la liberté. Tant pour la Commission que pour la Cour, « les conditions de détention peuvent tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention, mais elles ne sont pas régies par les termes de l'article 5 § 1³⁸⁶ ». A ce propos, fait figure d'exception dans la jurisprudence européenne, la décision rendue par la Commission dans une affaire relative à la détention en vue d'extradition. Le détenu demandait sa mise en liberté provisoire arguant l'incompatibilité de son état de santé avec la détention. Cette instance avait estimé que le requérant était en droit de demander « le contrôle de la légalité de la détention au sens de l'article 5 § 4 de la Convention³⁸⁷ ». Mais sa jurisprudence antérieure et postérieure est marquée par le refus constant d'examiner sous l'angle de l'article 5 des griefs relatifs aussi bien à la santé³⁸⁸, qu'aux conditions sanitaires en général³⁸⁹ ou au surpeuplement carcéral³⁹⁰. La question des conditions matérielles comme celle de l'isolement sont examinées uniquement sous l'article 3 de la Convention.

Nous estimons cependant que l'inapplication totale du droit à la liberté pour contrôler les conditions de vie en prison ne manque pas de susciter certaines interrogations.

2. Les interrogations

³⁸⁴ CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 72.

³⁸⁵ *Ibid.*, §§ 71-72.

³⁸⁶ D 7754/77 (X/Suisse), préc., p. 219 ; CEDH, *Bizzotto c. Grèce*, préc., § 34.

³⁸⁷ D 9862/82 (Sanchez-Reisse/Suisse) 18.11.1983, D.R.34, p. 191.

³⁸⁸ Dès lors qu'un médecin déclare le détenu apte à la détention, D D 4165/69 (X c/RFA) 25.5.1969, Rec. 34, p. 11 ; D 4280/69 (X c/Autriche), 13.7.1970, Rec. 35, p.161.

³⁸⁹ R 6870/75, (Y/RU), 14.5.1977, DR 10, p. 37, § 178, § 181.

³⁹⁰ *Ibid.* § 177.

Le fait que les conditions matérielles de l'exécution d'une décision ne fassent pas partie de la notion de légalité de la détention, suscite une première interrogation : le but de l'article 5, qui est d'assurer une protection renforcée au droit à la liberté, ne commande-t-il pas l'adoption d'une légalité dans un sens également matériel ? **(a)**. La deuxième interrogation concerne la légalité du sens de l'article 7 : dans quelle mesure cette limitation de la protection de l'article 5 n'affecterait-elle pas l'efficacité de la protection du principe de légalité des peines consacré par l'article 7 de la Convention dès lors qu'en dépend la détermination du contenu de la peine privative de liberté **(b)**.

a. Au regard de la légalité de la détention au sens de l'article 5 de la Convention

Alors que l'article 5 vise à assurer au droit à la liberté une protection renforcée par rapport à la majorité des droits et libertés consacrés par la Convention, les limites constatées dans son application nous permettent d'en douter. Pour que l'article 5 assure effectivement une protection renforcée, il devrait pouvoir permettre de contrôler non seulement la décision de priver quelqu'un de sa liberté ou de le mettre en liberté, mais aussi de contrôler le contenu que cette ingérence puisse revêtir matériellement. Or, la protection assurée par cet article repose uniquement sur la limitation des motifs et des buts pour lesquels la privation de la liberté peut être autorisée, ainsi qu'à l'application des garanties de procédure adaptées. Elle n'inclut pas la limitation de l'ampleur que l'ingérence dans l'exercice de ce droit puisse revêtir. Elle présente en cela une différence notable par rapport aux droits et libertés qui ne bénéficient que d'une protection relative.

Concernant les ingérences dans l'exercice de ces derniers, nous allons voir qu'une limite absolue est posée : la sauvegarde de leur substance. Elle signifie que, quels que soient les motifs et les buts invoqués, une ingérence ne peut pas atteindre une ampleur telle que serait l'équivalent d'une privation de leur exercice. Or, cette clé de sauvegarde est absente dans les ingérences à l'exercice du droit à la liberté. Seul le critère de durée permet de contrôler le degré de ces ingérences et cela uniquement lorsqu'il s'agit d'une détention évolutive. Certes, le terme "privation" de liberté prête à une interprétation qui signifie que c'est la privation, et non, seulement, la restriction de la liberté qui est autorisée. D'ailleurs, la Cour utilise cette distinction pour différencier le droit à la liberté du droit à la liberté de circulation, en précisant que les simples restrictions ne constituent que des ingérences dans l'exercice de cette dernière. Cependant, nous estimons que cela n'empêche pas d'utiliser le degré comme référence également dans l'appréciation des atteintes dans l'exercice du droit à la liberté. Avec cette différence que ce degré ne serait pas qualificatif de l'état privatif de liberté mais de l'illégalité matérielle de la détention.

Il pourrait en être ainsi, si l'on appliquait à l'ensemble des détentions le critère de *régime de détention approprié* et si l'on érigeait en référence de la légalité également la notion de *conditions normales de vie en détention*. D'autant que, d'une part, les droits nationaux offrent cette possibilité :

ils font la distinction entre détention en régime commun et détention en régimes spéciaux ou régimes de sécurité renforcée ; et ils tiennent compte lors du choix de l'établissement d'affectation des détenus, de critères comme le sexe, l'âge, l'état de santé, ou la longueur de la peine. D'autre part, certains juges européens ont suggéré l'évolution de la jurisprudence européenne vers l'adoption d'une *légalité matérielle*. Ce fut explicitement le cas à propos du traitement médical des malades mentaux. Du fait que le seuil minimum exigé pour qu'un agissement ou situation tombe sous le coup de l'article 3 de la Convention est assez élevé, le juge Kierman avait proposé une approche matérielle de la notion de légalité. Celle-ci permettrait d'examiner la question du traitement, également au regard de l'article 5 : « Indépendamment du recours à l'article 3 de la Convention, dont la mise en oeuvre exige jusqu'à présent la réunion d'éléments d'une particulière gravité, le traitement médical subi ou non par un interné doit relever également, et en premier lieu, de l'article 5³⁹¹ ». Or, si comme nous venons de le voir, un certain progrès est amorcé dans ce sens, dans le cadre de l'internement des malades mentaux, ce n'est point le cas dans le cadre de la détention pénale.

Rappelons cependant à ce propos, l'interrogation du juge Pettiti lors de son avis dissident émis dans l'affaire *Ashingdane* : « En droit commun pénitentiaire pourrait-on considérer qu'une détention décidée judiciairement reste régulière si un détenu, au lieu d'être placé dans un établissement pénitentiaire correspondant, suivant la loi interne, à la sanction prononcée, se trouve placé dans un lieu de réclusion affecté aux peines de réclusion perpétuelle ou placé à l'intérieur de la prison et de façon permanente dans une cellule de punition ou de privation sensorielle ? ».

Pourtant tel est encore le cas. Les conditions matérielles d'exécution de la peine privative de liberté n'affectent pas la légalité de la détention. Il faut attendre qu'elles aient atteint des effets assez nuisibles pour la santé ou l'intégrité physique, pour qu'elles tombent dans le champ de protection de l'article 3 de la Convention. Or, l'application de l'article 5, non seulement permettrait de prévenir de tels effets, mais aussi et certainement, de mieux garantir aux détenus le sentiment de justice. La forme que l'exécution d'une peine privative de liberté peut prendre va du régime de semi-liberté à l'isolement carcéral, en passant par la détention en prison de type ouvert ou de type fermé, et par la détention en régime commun, en régimes spéciaux ou en régimes de sécurité renforcée. On ne peut donc pas nier que les décisions relatives au choix de ces régimes contribuent à déterminer le sens de la détention. Elles devraient alors être analysées comme déterminantes pour la légalité de la détention afin qu'elles puissent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Cette extension du contrôle juridictionnel devrait être d'autant plus facilement intégrée dans les droits internes que, tout en contribuant au renforcement de la protection des détenus contre l'arbitraire, elle ne limite pas véritablement le pouvoir des Etats de recourir à la privation de liberté. En effet, le but de cette extension étant de contrôler l'aménagement des conditions d'exécution de la

³⁹¹ *Ibid.*

peine privative de liberté, son impact sur la légalité de la détention pourrait être limité. Elle entraînerait, ainsi que l'avaient souligné certains membres de la Commission dans l'affaire *Ashingdane*, une illégalité partielle de la détention : « Il s'agirait du moins d'un cas d'illégalité partielle d'un degré tel qu'il contreviendrait à la notion de légalité figurant à l'article 5 § 4 de la Convention³⁹² ». Si bien que le moyen d'y remédier ne sera pas nécessairement la mise en liberté de la personne mais simplement le réaménagement des conditions d'exécution de la peine, et l'extension du droit de réparation pour détention illégale fondé sur l'article 5 § 5 de la Convention³⁹³. L'arrêt *Aerts* a ouvert la voie au droit à la réparation pour illégalité matérielle de la détention au motif qu'elle a eu lieu dans un établissement inapproprié, mais en application de l'article 6 § 1. Le requérant s'était également plaint de la violation du droit d'accès à un tribunal garanti par ce dernier article en raison du refus d'aide juridictionnelle pour exercer un pourvoi contre la décision de rejet de sa demande de transfert vers un établissement approprié et d'indemnisation pour détention illégale. La Cour a estimé que le litige était de caractère civil dès lors qu'il portait sur la légalité de la privation de liberté et avait comme objet l'obtention d'une indemnité pour détention illégale³⁹⁴.

L'approche matérielle de la légalité de la détention nous paraît d'autant plus impérieuse que, s'agissant de la privation de liberté à titre de peine, dépendent d'une telle approche outre l'efficacité de la garantie du droit à la liberté, également le respect du principe fondamental du droit pénal : le principe de légalité des peines.

b. Au regard du principe de légalité des peines au sens de l'article 7 de la Convention

L'objectif de ce principe étant de prémunir les individus contre l'arbitraire, au sens de n'encourir que des peines prévues au moment de la commission d'une infraction, la question que suscite la peine privative de liberté est la suivante : ce principe se contente-t-il de nommer une peine ou exige-t-il également la précision de son contenu ? Il nous semble évident que ce principe n'a de sens que lorsqu'on l'interprète comme exigeant également la définition substantielle des peines ; c'est-à-dire lorsque l'intitulé d'une peine correspond à un contenu précis, voire très précis. Car la protection contre l'arbitraire ne peut être atteinte que lorsqu'on peut également dénoncer les dépassements du contenu de la peine lors de son exécution. A ce propos, il est intéressant de citer cette observation de la Commission européenne des droits de l'homme. Elle avait jugé pertinent de rappeler qu'au cours des débats de la rédaction de l'article 9 du Pacte relatif aux droits civils et

³⁹² Opinions dissidentes de Sampaio, Melchior et Weitzel, dans le rapport de la Commission sur l'affaire *Ashingdane c. R.U.*, précitée.

³⁹³ Sur l'organisation de ce droit en droit français, voir entre autres, A. GIUDICELLI, « L'indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées », *La surpopulation carcérale*, (Dir. Ph. Mary et Th. Papatheodorou), Bruylant, 1999, pp. 87-98.

³⁹⁴ CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., §§ 57-60. L'applicabilité de l'article 6 § 1 dans les procédures de demande de réparation pour détention illégale fut confirmée dans l'arrêt *Rushiti c. Autriche*, (n° 28389/95, CEDH 2002-III).

politiques, qui correspond à l'article 5 de la Convention, certains pays avaient remarqué que les mots « prévus par la loi » ne suffisaient pas à assurer la garantie contre les abus car “ n'importe quel dictateur serait disposé à accepter un article ainsi conçu³⁹⁵ ”. Nous considérons que cette observation est, à plus forte raison, pertinente dans la détermination du principe de légalité des peines.

Or, pour l'instant, cette peine ne reçoit qu'une délimitation indirecte de son contenu : celle entraînée par la protection des autres droits protégés par la Convention. Mais il convient d'observer qu'il ne peut s'agir que d'une limitation négative par rapport à la liberté au sens large, et aucunement d'une définition qui réponde au but du principe de légalité des peines. De surcroît, les autres droits ne concernent qu'une partie de la liberté au sens large. Dès lors, dans le cas des personnes privées de liberté, on ne peut pas prétendre que tout ce qui n'est pas interdit par le jeu de protection de ces droits est légal au regard du droit à la liberté. Les autres droits et libertés protégés ne couvrent qu'une partie infime des aspects composant la vie carcérale. Enfin, ainsi que la doctrine l'a souligné, et nous le constaterons tout au long de l'examen du respect des autres droits et libertés, l'application de la Convention ne protège les détenus que contre de graves violations des droits et libertés qu'elle consacre. Cela a comme conséquence que « le point névralgique de la protection des droits des détenus se déplace : il émane moins des atteintes “ lourdes ” aux libertés que des atteintes légères³⁹⁶ ».

L'approche matérielle de la légalité de la détention ne peut certes pas remédier à cette défaillance intrinsèque de la notion même de liberté, notion par essence indéfinissable³⁹⁷. Pour le moins, elle contribuerait à limiter la part d'arbitraire.

Toutefois, le fait que, malgré l'application extrêmement limitée du droit à la liberté à l'égard des détenus condamnés, ce droit demeure actif, et qu'une évolution vers son applicabilité dans les cas des peines privatives de liberté obligatoires n'est pas exclue, commande d'examiner les garanties procédurales de recours au sens de l'article 5 § 4 de la Convention.

³⁹⁵ R 6870/75,(Y/RU), préc., § 229 (réf: *Procès verbaux des Nations-Unies*, ECOSOC, Rapport de la 5^{ème} session de la Commission des Droits de l'Homme, supplément n° 10, *Lake success*, mai-juin 1949, Doc. E/1371, pp. 31-33 (b)).

³⁹⁶ R. ROTH, « La judiciarisation de l'exécution des peines », in *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Helbing et Lichtenhahn, Faculté de Genève, 1991, pp. 301-322. Et R. RYSSDAL, Allocution prononcée au cours de la conférence organisée par la Faculté de droit de l'Université de Potsdam, 3-5 juin 1992, portant sur la protection des Droits de l'Homme en Europe, *Conseil de l'Europe, Doc. Cour(92) 173, p. 11.*

³⁹⁷ Voir à ce propos notre étude “ Symbole et verbe au sein du droit. A propos des lieux de détention et des lieux fermés et de la notion de privation de liberté dans la jurisprudence européenne ”, préc., pp. 1607-1625.

§ 3 Les garanties procédurales du contrôle de la légalité de la détention

La Cour réitère dans sa jurisprudence que quiconque est privé de liberté a droit à un contrôle de la légalité de sa détention par un tribunal. Cette garantie est fondamentale pour atteindre l'objectif qui sous-tend l'article 5 de la Convention : la protection contre l'arbitraire³⁹⁸.

Ce droit au recours consacré par l'article 5 § 4 présente cette particularité, par rapport aux deux autres recours prévus par la Convention, à savoir le droit au procès équitable (art. 6 § 1) et le droit de recours devant une instance nationale (art. 13) : il est spécialement prévu pour la protection du droit à la liberté³⁹⁹ ; son objectif est d'assurer la protection de ce droit par l'application des garanties de procédure adaptées⁴⁰⁰ ; et il fait partie intégrante des conditions de sa protection. Cela signifie que la violation de ces garanties procédurales constitue une violation du droit à la liberté. Si bien que, contrairement aux deux autres recours, son application ne dépend pas de la condition préalable de "la défendabilité du grief de la violation" alléguée : "Le bénéfice de la procédure voulue par l'article 5 § 4 ne dépend pas de l'existence de bonnes et sérieuses raisons de nier la légalité d'une détention. Il s'agit précisément du problème au lequel doit statuer la juridiction interne"⁴⁰¹ .

Avant de déterminer les garanties requises pour le respect de ce droit, notons d'abord, que les instances européennes partent du principe que la Convention n'impose pas aux Etats un système précis de contrôle de la légalité de la détention : "Il n'enure pas dans les attributions de la Cour de rechercher en quoi consisterait en la matière, le système de contrôle judiciaire le meilleur ou le plus adéquat, car différents moyens de s'acquitter de leurs engagements s'offrent au choix des Etats contractants"⁴⁰² . Elle n'en exige pas moins que le système adopté offre des garanties adaptées et efficaces. Des garanties qu'il n'est pas nécessaire, a encore précisé la Cour, d'observer à tous les stades d'une procédure. C'est par l'examen des garanties offertes dans l'ensemble de la procédure que le respect de l'article 5 § 4 est apprécié : "Dans des affaires antérieures, la Cour a reconnu la nécessité d'une vue globale du système en jeu devant elle car les lacunes d'une certaine procédure peuvent être comblées par les garanties offertes par d'autres"⁴⁰³ .

³⁹⁸ CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 64 ; CEDH, *Kurt c. Turquie*, préc., § 123 ; *Filip*, préc., § 70.

³⁹⁹ « Il est clair que l'article 5 § 4 a pour objet d'assurer aux individus arrêtés ou détenus le droit à une vérification juridictionnelle de la légalité à la fois formelle et matérielle de la détention », CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 55.

⁴⁰⁰ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 78.

⁴⁰¹ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 66.

⁴⁰² CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 53.

⁴⁰³ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 69.

Ces garanties imposent deux observations. Premièrement, elles peuvent être plus souples que celles exigées par l'article 6⁴⁰⁴ (à l'exception de celles concernant les délais⁴⁰⁵), mais elles sont plus strictes que celles exigées par l'article 13⁴⁰⁶. Deuxièmement, il n'est pas nécessaire qu'elles soient identiques dans chaque type de privation de liberté⁴⁰⁷. Elles dépendent, d'une part, de la nature de la privation de liberté - “ ses modalités peuvent varier d'un domaine à l'autre⁴⁰⁸ ”, et d'autre part, de la nature particulière des circonstances dans lesquelles elle se déroule⁴⁰⁹. Elles diffèrent, par exemple, selon qu'il s'agit d'une privation de liberté à titre pénal ou non⁴¹⁰; de sa durée fixe ou indéterminée⁴¹¹, de la gravité de l'enjeu (comme l'implication des conséquences déshonorantes⁴¹²) ou de sa durée⁴¹³. L'important est que la procédure appliquée revête un caractère judiciaire et donne à l'individu des garanties adaptées à la nature de la privation dont il est question⁴¹⁴.

Plus précisément, les garanties que le recours de contrôle de légalité prévu par l'article 5 § 4 doit assurer dans son ensemble ont trait, d'une part, à l'accès à un tribunal (**A**), et d'autre part, à la procédure suivie devant le tribunal (**B**).

A. L' « accès effectif » devant un « tribunal »

La première garantie exigée par l'article 5 § 4 est l'accès devant une instance, « ...sans quoi, une personne ne jouira pas des garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté⁴¹⁵ ». Cette garantie est d'autant plus requise que, à la différence de l'article 6 § 1,

⁴⁰⁴ « Les instances judiciaires relevant de l'article 5 § 4 peuvent ne pas être toujours accompagnées de garanties identiques à celles que l'article 6 § 1 présente pour les litiges civils et pénaux », CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 60 ; CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 68.

⁴⁰⁵ « Les exigences de l'article 5 § 4 apparaissent à certains égards plus strictes que celles de l'article 6 § 1, notamment en matière de délai », CEDH, *Golder c. R.U.*, préc., § 33.

⁴⁰⁶ « La Cour a jugé que les requérants n'ont pas bénéficié d'un traitement conforme aux exigences de l'article 5 § 4 : dans cette mesure elle ne croit pas devoir rechercher s'il y a eu violation de l'article 13 », CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 95.

⁴⁰⁷ « L'étendue des obligations que l'article 5 § 4 impose aux Etats contractants n'est pas forcément identique en toutes circonstances, ni pour chaque type de privation de liberté », CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 52 ; CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 78 ; CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 61 ; CEDH, *Bouamar c. Belgique*, préc., § 60.

⁴⁰⁸ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 53 ; CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 61.

⁴⁰⁹ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 76 ; CEDH, *Bouamar c. Belgique*, préc., § 57 ; CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 57 ; CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 47.

⁴¹⁰ La Cour, après avoir constaté que “ la nature de la privation de liberté ici ressemble à celle infligée par une juridiction pénale ”, a conclu que “ la procédure applicable ne devait pas fournir de garanties sensiblement inférieures à celles qui existent en matière pénale dans les Etats membres du Conseil de l'Europe ”, CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 79.

⁴¹¹ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 58, Voir aussi : D n° 4898/71 (X/Autriche), 2.4.1973, Rec. 43.

⁴¹² Dans l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, il a été souligné que la mesure d'internement présentait la gravité de l'enjeu d'une longue peine privative de liberté, assortie des conséquences déshonorantes, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 79.

⁴¹³ Ainsi dans l'arrêt *Van Droogenbroeck*, la Cour a accordé une importance à part au fait que l'intéressé risquait de subir une privation de liberté allant d'un jour à dix ans, CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 48.

⁴¹⁴ CEDH, *Lanz c. Autriche*, n°24430/94, CEDH 2002-I, § 42.

⁴¹⁵ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 60.

à propos duquel la Cour a dû se livrer à un long syllogisme juridique pour déduire qu'il consacre implicitement l'accès au tribunal, dans l'article 5 § 4 cela est explicite : « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

Il ne suffit cependant pas que les droits internes prévoient un tel recours. Il faut que son exercice donne effectivement accès devant une instance **(1)**, précisément devant un tribunal au sens de l'article 5 § 4 **(2)**.

1. L'accès « effectif »

Eu égard à la jurisprudence européenne, pour que l'accès devant un tribunal soit effectif, il faut que l'existence d'un recours soit suffisamment certaine **(a)**, qu'il puisse être exercé à des intervalles raisonnables **(b)**, rapidement **(c)** et qu'il puisse être fondé sur chacun des éléments déterminants pour la légalité de la détention au sens européen **(d)**.

a. Accès suffisamment certain

Il ne suffit pas que la législation d'un pays prévoit le droit de recours devant un tribunal national ; il faut de surcroît que son exercice soit *suffisamment certain* : « Une voie de recours, au sens de l'article 5 § 4 de la Convention doit exister avec un degré suffisant de certitude pour fournir à l'individu concerné une protection appropriée contre une privation arbitraire de liberté⁴¹⁶ ». Quant à la possibilité de l'intéressé de saisir lui-même un tribunal, elle est appréciée positivement par la Cour⁴¹⁷. Mais elle n'est pas obligatoire. Dans l'arrêt *Weeks*, la Cour a jugé que, bien qu'en droit anglais la Commission de libération conditionnelle ne puisse être saisie que par le ministre de l'Intérieur, le fait qu'il y soit obligé si l'intéressé dépose des observations écrites, rend l'accès devant cette instance suffisamment certain⁴¹⁸.

b. Accès à des intervalles raisonnables

Dans les détentions de caractère évolutif, le droit au contrôle ultérieur de la légalité du maintien en détention doit pouvoir être exercé dès que de « nouvelles questions de légalité sont

⁴¹⁶ CEDH, *E. c. Norvège*, 29 août 1990, Série A n° 181-A, § 60.

⁴¹⁷ CEDH, *Silva Rocha c. Portugal*, préc., § 30. Alors que tel ne fut pas le cas dans, par exemple, l'arrêt *Johnson*, où la Cour a constaté que l'intéressé était privé de toute possibilité de faire examiner la légalité de sa détention en dehors des examens annuels obligatoires, CEDH, *Johnson c. R.U.*, préc., § 66.

⁴¹⁸ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 65.

susceptibles de se poser »⁴¹⁹, et, par la suite, à des « intervalles raisonnables »⁴²⁰. En cas de révocation d'une libération conditionnelle, il doit avoir lieu dès le retour en prison⁴²¹.

c. Accès rapide

L'accès rapide est prévu à trois reprises par l'article 5 de la Convention. La personne arrêtée doit être informée des raisons de son arrestation dans " le plus court délai " (art. 5 § 2) ; être " aussitôt " traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité (art. 5 § 3) ; et le tribunal saisi doit statuer sur la légalité de la détention dans un " bref délai " (article 5 § 4). La rapidité d'accès devant le tribunal n'est pas expressément prévue par ce dernier paragraphe. Mais elle l'est implicitement. L'exigence que le tribunal statue dans un bref délai perdrait de son utilité si l'accès rapide n'était pas également garanti⁴²².

d. Accès ouvrant un contrôle de l'ensemble des points de légalité au sens européen

Il va de soi que, dès lors que le but de ce recours est qu'un tribunal puisse contrôler la légalité de la détention au sens européen, son exercice doit pouvoir être fondé sur chacun des éléments qui déterminent ce sens. De cela dépendent non seulement l'accès effectif devant un tribunal, mais aussi l'étendue des pouvoirs dont celui-ci doit disposer.

2. Le « tribunal »

En interprétant le terme " tribunal " prévu par l'article 5 § 4, la Cour a réitéré l'affirmation faite à propos de ce même terme employé dans l'article 6. Par " tribunal " la Convention n'entend pas " nécessairement une juridiction de type classique intégrée aux structures judiciaires du pays " ⁴²³. En revanche, l'autorité de recours doit avoir un caractère judiciaire. Ce caractère s'apprécie au regard des pouvoirs et garanties de procédure qu'elle présente⁴²⁴ : " La Convention se sert du mot tribunal dans

⁴¹⁹ CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 66.

⁴²⁰ CEDH, *Weeks c. R.U.*, § 58 ; CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 66, Voir : CEDH, *Kurt c. Turquie*, préc., § 123 ; CEDH, *Varbanov c. Bulgarie*, préc., § 58.

⁴²¹ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 58.

⁴²² « Le Délai Reasonnable en droit grec » (au sens des articles 5-3° et 6-1° de la Convention européenne des droits de l'homme), *Rev. trim. DH*, Bruxelles, éd. Némésis, 1991.

⁴²³ CEDH, *Benjamin et Wilson c. R.U.*, préc., § 34. Ce terme sert à désigner des « organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties (...), mais encore les garanties », « adaptées à la privation de liberté dont il s'agit », soit : « d'une procédure judiciaire » dont les modalités peuvent varier d'un domaine à l'autre mais qui doivent inclure la compétence de « statuer » sur la « légalité » de la détention et d'ordonner la libération en cas de détention illégale, CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 71. Voir CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 64 ; CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 61.

⁴²⁴ Voir entre autres arrêts déjà cités, pour l'interprétation de l'article 5 § 4 les arrêts CEDH, *X c. R.U.* précité et *Weeks c. R.U.* précité, pour celle de l'article 6 § 1, l'es arrêts *Campbell et Fell*, précité, *Engel et autres* précité, et pour celle de l'article 13, l'arrêt *Silver et autres*, précité.

plusieurs de ses dispositions (art. 5 § 1, al.a, al.b, 5 § 4, 6 § 1) pour désigner l'un des éléments constitutifs des garanties accordées par les dispositions en cause. Il s'agit des divers organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs au premier rang desquels se place l'indépendance contre l'exécutif et aux parties, mais aussi les garanties d'une procédure judiciaire⁴²⁵ ”.

Différentes instances peuvent alors passer pour un tribunal si elles présentent de telles garanties. La Cour a, par exemple, affirmé à propos des commissions de contrôle psychiatrique (dans le cas de l'internement des malades mentaux) et des commissions de libération conditionnelle (dans le cas des détenus condamnés), que “ rien n'empêche de considérer pareils organes spécialisés comme des tribunaux au sens de l'article 5 § 4 s'ils jouissent de l'indépendance voulue et si leur procédure s'entoure des garanties suffisantes, adaptées à la nature de la liberté en question⁴²⁶ ”.

En somme, les éléments déterminant le tribunal au sens de l'article 5 § 4 de la Convention sont l'indépendance et l'impartialité **(a)**, l'étendue de la compétence **(b)** et le pouvoir contraignant **(c)**.

a. Les critères d'indépendance et d'impartialité

Pour qu'une instance soit considérée comme un tribunal au sens de la Convention, il faut qu'elle jouisse des garanties d'impartialité et d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif et aux parties en cause⁴²⁷. Pour les apprécier, la Cour a recours à des critères organiques mais aussi psychologiques. Notons que si la Cour exige la garantie à la fois d'impartialité et d'indépendance, elle ne s'est pas livrée à une interprétation séparée de ces deux termes.

Critères organiques

Ni un militaire qui exerce son autorité au sein d'une hiérarchie et relève d'autres autorités supérieures⁴²⁸, ni un ministre⁴²⁹ ne peuvent passer pour un tribunal indépendant. Mais, il peut aussi ne pas passer pour indépendant, un tribunal composé de juges. Pour cela, il doit jouir des garanties

⁴²⁵ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 78 ; CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 57 ; CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 47 ; CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 61 ; CEDH, *Bouamar c. Belgique*, préc., § 57, CEDH, *Benjamin et Wilson c. R.U.*, préc., § 34 ; CEDH, *Dacosta Silva c. Espagne*, préc., § 44.

⁴²⁶ CEDH, *X. c. R.U.*, préc., § 61 ; CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 61.

⁴²⁷ CEDH, *Neumeister c. Autriche*, n° 1936/63, 27 juin 1968, Série A n°6, § 24.

⁴²⁸ Le supérieur hiérarchique exerce son autorité dans la hiérarchie de la garde civile, relève d'autres autorités supérieures et ne jouit donc pas d'indépendance par rapport à elles. Par ailleurs, la procédure disciplinaire se déroulant devant le supérieur hiérarchique, elle ne fournit pas non plus les garanties judiciaires requises par l'article 5 § 1 a). En conséquence, la mise aux arrêts subie par le requérant ne revêtait pas le caractère d'une détention régulière « après condamnation par un tribunal compétent », CEDH, *Dacosta Silva c. Espagne*, préc., § 44.

⁴²⁹ CEDH, *Benjamin et Wilson c. R.U.*, préc., § 37 ; CEDH, *Stafford c. R.U.*, préc., § 90.

d'indépendance dans toutes les fonctions qu'il est susceptible d'exercer. Par exemple, s'il jouit expressément d'une telle garantie uniquement dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, son indépendance peut être mise en doute s'il est amené à exercer des fonctions administratives⁴³⁰. En effet, la Cour a estimé à propos du juge de paix belge, exerçant aussi bien des fonctions juridictionnelles que des fonctions administratives, qu'il ne peut passer pour un tribunal : il ne jouit expressément des garanties constitutionnelles d'indépendance qu'en tant que juge judiciaire⁴³¹.

En revanche, la Cour considère qu'il n'est pas indispensable que tous les membres d'un tribunal jouissent des garanties d'indépendance. A propos du *mode de désignation*, elle a, dans l'arrêt *Weeks*, estimé que le fait que la Commission de libération conditionnelle comprend un psychiatre, "ne prouve pas un défaut d'indépendance"⁴³². Elle a jugé dans le même sens à propos de l'*inamovibilité*. Dans l'arrêt *Engel et autres*, elle n'a pas mis en cause l'indépendance de la Cour militaire bien que deux de ses membres ne soient pas inamovibles⁴³³.

Critères psychologiques

Le tribunal doit non seulement être impartial et indépendant mais aussi donner le sentiment aux justiciables qu'il l'est⁴³⁴. L'*apparence d'indépendance* est considérée comme étant à cet égard d'une importance déterminante⁴³⁵. Aussi le tribunal ne doit pas accomplir des fonctions qui l'amènent à entrer en contact avec une des parties en cause : "Il échoit de noter sur ce point, avec le gouvernement, que les tâches de la Commission ne la mettent pas en contact avec des fonctionnaires des prisons ni avec le ministre de l'Intérieur de telle sorte qu'on puisse l'identifier avec ce dernier ou avec l'administration pénitentiaire", déclarait-elle dans l'arrêt *Weeks*⁴³⁶.

Toujours est-il que bien qu'une instance réponde aux critères ci-dessus, son caractère de tribunal au sens de l'article 5 § 4 n'est pas pour autant acquis. Pour cela, il faut également tenir compte de l'étendue de sa compétence et du pouvoir décisionnel dont elle dispose.

b. Critère d'étendue de compétence

⁴³⁰ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 77.

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 62.

⁴³³ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 68.

⁴³⁴ Voir entre autres arrêts : *Delcourt c. France*, 17 janv. 1970, Série A n°11, § 31 ; *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, Série A, n°239, § 51.

⁴³⁵ « Reste à savoir si la Commission a aussi l'apparence d'indépendance, notamment pour les personnes dont elle examine la liberté », CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 62.

⁴³⁶ *Ibid.*

Pour que le recours organisé par les droits nationaux réponde à l'objectif de l'article 5 de la Convention, " protéger l'individu contre l'arbitraire⁴³⁷ ", il faut que l'instance de recours soit habilitée à *contrôler tous les points jugés indispensables pour la légalité et la régularité de la détention*⁴³⁸ sans aller jusqu'à substituer, sur l'ensemble des aspects de l'affaire, y compris des considérations d'opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision⁴³⁹.

En ce qui concerne la détermination des points jugés indispensables pour le contrôle de la légalité, la première précision apportée par la Cour est que le tribunal doit disposer de la compétence pour contrôler aussi bien des *points de fait* que des *points de droit*. Par exemple, la Cour a jugé à propos du Conseil d'Etat belge (devant lequel avait été exercé un recours contre une décision administrative d'internement d'un malade mental prise par un juge de paix), qu'il ne pouvait pas passer pour un tribunal aux fins de l'article 5 § 4. Sa compétence étant limitée au contrôle des questions de droit, il ne pouvait pas se substituer au juge de paix dans l'appréciation des faits⁴⁴⁰. Elle a statué dans le même sens à propos du recours d'*habeas corpus* prévu en droit anglais. Ce recours ne pouvant être exercé que pour des questions de " conformité d'exercice du pouvoir discrétionnaire avec la loi " à savoir, pour abus de pouvoir, mauvaise foi ou but illégitime⁴⁴¹, la Cour a estimé qu'il ne permet pas à l'instance de recours de " discuter les motifs ou le bien-fondé d'une décision⁴⁴² ". L'absence de pouvoir d'examiner le bien-fondé d'une décision privative de liberté porte atteinte au droit de recours au sens de l'article 5 § 4⁴⁴³.

La deuxième précision apportée concerne le pouvoir de contrôle de *l'ensemble des points de fait et de droit jugés indispensables au regard de la légalité au sens européen*. Le sens de la légalité ayant été déterminé dans la section précédente, rappelons seulement que la Cour l'a interprété dans un sens qui dépasse le respect du droit interne⁴⁴⁴ : il englobe le respect des principes fondamentaux de la Convention. Citons à titre d'exemple que, dans l'arrêt *Weeks*, elle a jugé qu'il est indispensable que l'instance de recours puisse exercer un contrôle suffisant sur la légalité du maintien du requérant en détention (condamné à une peine discrétionnaire à vie), ainsi que la révocation de sa

⁴³⁷ CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 22.

⁴³⁸ « Sans doute l'article 5 § 4, ne consacre-t-il pas le droit à un examen judiciaire d'une portée telle qu'il habiliterait le tribunal à substituer pour tous les aspects de la cause y compris les considérations d'opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Elle n'en veut pas moins un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables selon la Convention à la régularité et à la légalité de la détention d'un individu », CEDH, *X. c. R.U.*, préc. § 58. Voir CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 59 ; *Hussain c. R.U.*, préc., § 57 ; CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 65 ; CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 73.

⁴³⁹ CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 65 ; CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 73.

⁴⁴⁰ Affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, Série B-10.

⁴⁴¹ *X. c. R.U.*, préc., §§ 56-58.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 69, § 75.

⁴⁴⁴ « Telle que l'entend l'article 5 § 4, la légalité d'une arrestation ou détention s'apprécie pourtant sous l'angle non du seul droit interne, mais aussi du texte de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise l'article 5 § 1 », CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 57. Voir CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 45 ; CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 48.

libération conditionnelle⁴⁴⁵. Dans l'arrêt *Van Droongenbroek*, elle a estimé qu'un tribunal devrait pouvoir contrôler si la décision du Ministre de la Justice de révoquer la libération conditionnelle (accordée dans le cadre de l'application d'une mesure de défense sociale conformément au droit belge), répondait au but et à l'objet de la législation sur la défense sociale⁴⁴⁶.

c. Critère de pouvoir décisionnel

C'est le propre d'un tribunal de disposer, dans le domaine de sa compétence, d'un pouvoir décisionnel contraignant. L'exigence d'un tel pouvoir est d'autant plus évidente au sein de l'article 5 § 4, qu'il est expressément prévu dans la dernière phrase de son texte : « Toute personne privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». Ainsi, la Cour avait jugé à propos de la Commission de libération conditionnelle, telle qu'elle fonctionnait en droit britannique jusqu'en 1997, et fonctionne encore dans le cadre des peines perpétuelles obligatoires, qu'elle ne pouvait pas passer pour un tribunal, faute de disposer de pouvoir contraignant⁴⁴⁷. Elle ne dispose, remarquait-elle dans l'arrêt *Weeks* et l'arrêt *Curley* que de pouvoir consultatif auprès du Ministre de l'Intérieur⁴⁴⁸. Dans l'arrêt X⁴⁴⁹, c'est le constat d'absence de pouvoir décisionnel contraignant d'une autre instance, la commission de contrôle psychiatrique, qui l'a amené à ne pas procéder à l'examen du respect des garanties procédurales : « Néanmoins, et à supposer que la Commission de contrôle psychiatrique remplisse ces conditions (les garanties procédurales), il lui manque la compétence de statuer sur la légalité de la détention et d'ordonner l'élargissement si cette dernière apparaît illégale ; elle ne possède que des attributions consultatives⁴⁵⁰ ».

⁴⁴⁵ Dans l'arrêt *Weeks*, il a été précisé que : *l'illégalité* s'entend de l'appréciation inexacte du droit qui régit le pouvoir de décision et non en particulier d'un manquement aux normes législatives pertinentes ; *l'irrationalité* vise une décision défiant à tel point la logique ou les principes moraux communément admis que nulle personne censée n'aurait pu le prendre après avoir réfléchi au problème ; *l'irrégularité procédurale* consiste dans l'inobservation des règles expressément de procédure, un déni de la justice naturelle où un défaut d'équité procédurale, CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 69.

⁴⁴⁶ CEDH, *Ashingdane c. R.U.*, préc., § 52 ; CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 59 ; *Van Droongenbroek*, préc., § 49.

⁴⁴⁷ Dans l'arrêt *Weeks*, la Commission de libération conditionnelle n'était pas considérée comme un tribunal au sens de l'article 5 § 4 à cause de l'absence de pouvoir décisionnel contraignant. Ses décisions revêtaient la forme de recommandations au ministre. Vu de tous les éléments recueillis, ce dernier peut ne pas suivre pareille recommandation, CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 64. Voir CEDH, *Stafford c. R.U.*, préc., § 100.

⁴⁴⁸ Dans l'arrêt *Weeks* précité (peine perpétuelle discrétionnaire) et l'arrêt *Curley* précité (peine HMP). Soulignons que depuis le *Criminal Justice Act* de 1991, le droit anglais a opéré une réforme en accordant un pouvoir décisionnel contraignant aux commissions de libération conditionnelle. Cette Commission est habilitée à ordonner l'élargissement du détenu et le Ministre est alors tenu de mettre le détenu en liberté conditionnelle, R 15484/89 (Edward Wynne/R.U.), 4 mai 1993, § 39. Cependant, le fait que la Cour ait, dans l'arrêt *Hussain*, réitéré la même appréciation à propos de cette Commission, nous laisse déduire que celle-ci continue à ne pas remplir toutes les garanties requises par la Convention, *Hussain c. R.U.*, préc., § 58.

⁴⁴⁹ CEDH, X. c. R.U., préc., § 61.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, § 61. De même dans l'arrêt *Benjamin et Wilson c. R.U.*, préc., §§ 35-36.

De même, lorsqu'une instance dispose le pouvoir d'examiner le bien-fondé d'une décision privative de liberté, mais refuse de le faire, le recours prive la personne du droit de faire contrôler la légalité d'une détention⁴⁵¹.

Outre les garanties relatives à l'indépendance, l'impartialité, l'étendue de la compétence et le pouvoir décisionnel, un tribunal, pour être considéré comme tel au sens de l'article 5 § 4, doit également respecter certaines garanties de procédure considérées comme fondamentales.

B. Les garanties fondamentales du procès équitable

Alors que dans un premier temps, la Cour n'avait pas estimé que le terme « tribunal » devrait être interprété dans un sens comportant également le respect des garanties de procédure⁴⁵², elle a, ultérieurement, affirmé que « pour en constituer un, il doit offrir des garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté⁴⁵³ ». Des garanties qui « peuvent varier d'un domaine à l'autre⁴⁵⁴ » ; l'essentiel est que la procédure suivie, revête un caractère judiciaire et donne à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature particulière des circonstances dans une affaire donnée⁴⁵⁵ ».

C'est ainsi que, hormis les garanties expressément prévues par l'article 5, à savoir l'information de la personne des raisons de son arrestation (1) et la célérité du recours (2), la Cour a inclut les garanties élémentaires du « procès équitable » au sens de l'article 6 § 1⁴⁵⁶, à savoir celles visant à assurer la participation adéquate des parties à la procédure⁴⁵⁷ (3).

1. Droit à être informé des raisons de la privation de liberté

Initialement, la Cour fondait cette garantie sur l'article 5 § 4 estimant qu'elle serait impliquée dans la notion de droit au recours qu'il consacre : « La nécessité d'aviser l'intéressé des raisons de son arrestation découle forcément du paragraphe 4 de l'article 5 : quiconque a le droit d'introduire un recours en vue d'une décision rapide sur la légalité de sa détention, ne saurait s'en prévaloir efficacement si on ne lui révèle pas dans le plus court délai, et à un degré suffisant, les faits

⁴⁵¹ CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 77.

⁴⁵² « Ce terme implique seulement que l'autorité appelée à statuer doit avoir un caractère judiciaire, c'est-à-dire être indépendante du pouvoir exécutif comme des parties en cause ; il ne se rapporte aucunement à la procédure à suivre », CEDH, *Neumeister c. Autriche*, préc., § 24.

⁴⁵³ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 76.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, § 76, § 78. Voir aussi arrêt *X. c. R.U.*, préc., § 53.

⁴⁵⁵ CEDH, *X. c. R.U.*, préc., § 53.

⁴⁵⁶ Sans exiger que « les instances judiciaires relevant de l'article 5 § 4 s'accompagnent toujours des garanties identiques à celles que l'article 6 § 1 prescrit pour les litiges civils et pénaux », elle a affirmé que « certains éléments de la notion de procès équitable y trouvent application », CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 60, § 45. Voir aussi D 4898/77 (X/Autriche), préc., p. 23.

⁴⁵⁷ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 66.

et les règles juridiques invoqués pour le priver de sa liberté⁴⁵⁸ ». Elle a, par la suite, estimé que le respect de cette garantie s'impose par l'applicabilité du deuxième paragraphe de l'article 5 (qui prévoit expressément le droit pour toute personne arrêtée, à " être informée des raisons de son arrestation, dans une langue qu'elle comprend et dans un court délai ") dans tous les cas de privation de liberté. Selon cette instance, ce paragraphe doit recevoir une interprétation autonome au sein de la Convention. Vu " le lien étroit existant entre les paragraphes 2 et 4 de l'article 5 " ainsi que " l'objet et le but de l'article 5 à savoir la protection de toute personne contre les privations arbitraires de liberté ", ladite garantie dépasserait le seul cadre pénal⁴⁵⁹ : la violation de l'article 5 § 2 porterait violation également de l'article 5 § 4⁴⁶⁰.

2. Droit à la célérité du recours

La célérité du recours est indiscutable. L'article 5 § 4 prévoit expressément que le but du recours est qu'un tribunal " statue à bref délai sur la légalité de la détention⁴⁶¹ ».

La notion même de " bref délai " couvre une durée plus longue que la notion d' " aussitôt " contenue dans l'article 5 § 1 al.c⁴⁶², mais plus courte que la notion de " délai raisonnable " qui figure dans l'article 6 § 1⁴⁶³. *Quant aux points de départ et de fin* de cette durée, ils se situent entre la saisine d'un tribunal et la décision rendue⁴⁶⁴ ; mais ils peuvent également inclure la durée entre la décision prise et son exécution⁴⁶⁵.

⁴⁵⁸ CEDH, *X c. R.U.*, préc., § 66.

⁴⁵⁹ Thèse soumise en réponse à celle du gouvernement des Pays-Bas selon lequel l'application de l'article 5 § 2 était limitée dans le cadre des arrestations pour accusation : le terme *toute accusation* contenu dans le texte dudit paragraphe « ne formule pas une condition de son applicabilité mais désigne une éventualité », CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 27, § 28.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, § 33.

⁴⁶¹ « Le souci dominant que traduit cette disposition est bien celui d'une certaine célérité », CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 79. Voir aussi, CEDH, *E. c. Norvège*, 29 août 1990, Série A n° 181-A, pp. 27-28, § 64, et CEDH, *Delbec c. France*, n° 43125/98, CEDH 2002-VI, § 33. « Dans le cadre de la procédure de contrôle, les tribunaux compétents doivent statuer 'à bref délai' » ; Quant à « la question de savoir si cette exigence est respectée doit – comme pour le « délai raisonnable » des articles 5 § 3 et 6 § 1 – s'apprécier à la lumière des circonstances de chaque affaire », CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 66. Voir aussi *Sanchez-Reisse c. Suisse*, préc., § 55 ; CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 35 ; CEDH, *Musial c. Pologne* [GC], n° 24557/94, CEDH 1999-II, § 43 ; CEDH, *Laidin c. France*, n° 43191/98, CEDH 2002-XI, § 28.

⁴⁶² CEDH, *E. c. Norvège* (Eriksen n°1), préc., § 64.

⁴⁶³ « Les exigences de l'article 5 § 4 apparaissent à certains égards plus strictes que celles de l'article 6 § 1, notamment en matière de délai », CEDH, *Golder c. R.U.*, préc., § 33.

⁴⁶⁴ CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., §§ 80-83. Par exemple, ont été jugées longues, les durées de huit semaines (*E. c. Norvège*, précité, §§ 63-67), mais aussi de cinq semaines (*Laidin c. France*, préc., §§ 27-30). Au sein de ce dernier, la requérante avait allégué une violation de l'article 5 § 4 de la Convention en raison du délai qui s'est écoulé entre la saisine du tribunal de sa demande de sortie immédiate et la date de sa première audience.

⁴⁶⁵ A propos de non exécution d'une décision de mise en liberté d'une personne, pendant douze mois, parce qu'aucun psychiatre n'a accepté de suivre l'intéressée en dehors d'un lieu hospitalier, alors qu'il n'y avait pas de place, la Cour a déclaré : « La question à trancher est celle de savoir si... le maintien en détention de l'intéressée après qu'elle eut rendu une décision de libération sous conditions, était conforme à la règle posée par l'article 5 § 4 de la Convention », *Kolanis c. R.U.*, préc., § 79.

Dans tous les cas, l'appréciation de cette durée peut dépendre des circonstances de chaque affaire⁴⁶⁶. Et pour l'apprécier, cette instance applique les mêmes critères que pour l'appréciation du « délai raisonnable » au sens des articles 5 § 3 et 6 § 1 de la Convention⁴⁶⁷, et notamment les suivants.

*Les circonstances particulières de l'affaire*⁴⁶⁸. Par circonstances particulières, il faut entendre la complexité de chaque affaire, mais aussi le type de détention. La Cour a, par exemple, estimé à propos de l'internement psychiatrique, que « les problèmes à résoudre par un tribunal... dépassent souvent en complexité ceux qu'il connaît, dans le cas d'une personne détenue conformément au paragraphe 1, al. c de l'article 5⁴⁶⁹ ».

L'organisation des tribunaux. Saisie du retard d'une procédure dû, entre autres raisons, aux vacances des juges, la Cour a déclaré : « Il incombe aux autorités judiciaires d'adopter les arrangements pratiques voulus même pendant les vacances, pour assurer un traitement diligent des questions urgentes », tout en soulignant que « cela vaut en particulier lorsqu'il y va de la liberté d'un individu⁴⁷⁰ ».

La durée de la rédaction de la décision. Le respect du droit à la liberté exige également la rédaction rapide de la décision. Ainsi une durée de trois semaines ne répond pas à l'exigence de la rapidité⁴⁷¹. En application de ces critères ont, par exemple, été considérés comme ne correspondant pas à un bref délai, des recours qui ont duré cinq mois⁴⁷² mais aussi deux mois⁴⁷³.

La durée entre la décision et son exécution. Une durée de douze mois entre la décision de libérer une personne internée et son exécution en raison d'absence de lieu d'accueil approprié, a entaché d'arbitraire le maintien en détention pendant cette durée⁴⁷⁴.

3. Droit à une participation adéquate à la procédure

La participation adéquate de l'intéressé à la décision de sa privation de liberté ou de sa mise en liberté est « l'une des principales protections inhérentes à une instance de caractère judiciaire au

⁴⁶⁶ CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc.

⁴⁶⁷ CEDH, *Hutchison Rei c. R. U.*, préc., § 66.

⁴⁶⁸ CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 36 ; *E c. Norvège (Eriksen n°1)*, préc., § 64 ; CEDH, *Filip c. Roumanie*, préc., § 79.

⁴⁶⁹ CEDH, *E c. Norvège (Eriksen n°1)*, préc., § 64.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, § 66.

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 36.

⁴⁷³ CEDH, *E c. Norvège (Eriksen n°1)*, préc., § 67.

⁴⁷⁴ CEDH, *Kolanis c. R.U.*, préc., § 79.

regard de la Convention”, déclara la Cour⁴⁷⁵. Dès lors, l’instance décisionnelle doit respecter certaines garanties sans lesquelles elle ne peut être considérée comme un tribunal. Il s’agit notamment des garanties relatives au respect du contradictoire **(a)** et de l’égalité des armes **(b)**.

a. Respect du contradictoire

Le respect du contradictoire, “le noyau irréductible d’une procédure” selon la jurisprudence européenne, implique les garanties suivantes : le droit de présenter ses moyens et de contredire ceux de la partie adverse ; le droit de participer personnellement devant l’instance et/ou de se faire représenter ; et le droit de connaître l’ensemble des éléments présentés en sa défaveur.

Droit de présenter ses moyens de défense et de contredire ceux présentés en sa défaveur.
Dans l’arrêt *Winterwerp*, la Cour a qualifié de « noyau irréductible d’une procédure » au sens de l’article 5§4 le droit pour l’intéressé de présenter ses moyens et de contredire ceux invoqués en faveur de sa détention⁴⁷⁶. Dans l’arrêt *Hussain*, elle a complété que le respect du contradictoire implique la “ possibilité de citer et d’interroger des témoins⁴⁷⁷ ”.

Droit de participer personnellement devant une instance et/ou de se faire représenter.
Selon la Cour, “ il faut que l’intéressé ait accès à un tribunal et l’occasion d’être entendu lui-même ou, au besoin, par une certaine forme de représentation, sans quoi il ne jouira pas des garanties de procédure appliquées en matière de privation de liberté⁴⁷⁸ ”. Le non respect de l’une ou de l’autre de ces deux formes de participation de l’intéressé viole son droit de recours devant un tribunal⁴⁷⁹. Toutefois, il se peut que la participation personnelle de l’intéressé soit indispensable auquel cas la représentation par un avocat n’est alors pas suffisante. C’est dans ce sens que s’était prononcée la Commission, en appliquant le raisonnement suivi par la Cour à propos de l’article 6 § 1 et 6 § 3, al.c. de la Convention. Elle avait estimé qu’il peut en être ainsi lorsque « des traits de caractère et des attitudes de la personne peuvent être déterminants » pour la décision⁴⁸⁰, ainsi que, lorsque des “ points de fait qui vont être discutés ” exigent l’examen de témoins et une *cross-examination*⁴⁸¹. La Cour a entériné ce raisonnement. Dans l’arrêt *Hussain*, elle a estimé que le “ caractère équitable de la

⁴⁷⁵ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 66.

⁴⁷⁶ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 57 et §§ 60-61.

⁴⁷⁷ CEDH, *Hussain c. R.U.*, préc., § 60.

⁴⁷⁸ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 60.

⁴⁷⁹ « En l’occurrence, le requérant ne fut jamais associé, en personne ou par le truchement d’un représentant, aux procédures qui conduisirent aux diverses autorisations d’internement décernés contre lui. On ne le renseigna pas sur le déroulement ni sur les résultats ; les tribunaux ne l’entendirent pas et il n’eut pas l’occasion de plaider sa cause. Malgré quelques aspects judiciaires, la procédure suivie par le juge de paix et le tribunal d’arrondissement ne lui ont pas assurés le droit d’introduire un recours devant un tribunal au sens du texte », CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 61.

⁴⁸⁰ R (Abed Hussain/RU), 11.10.1994, § 58 (réf : arrêt *Kremzow*, 21 sept. 1993, Série A n° 268-B, § 67).

⁴⁸¹ R (Abed Hussain/RU), préc.

procédure peut valoir que l'intéressé assiste aux débats⁴⁸² ; et que tel est le cas lorsqu'elle implique l' " appréciation de la personnalité ", comme la " dangerosité " d'un détenu candidat à la libération conditionnelle⁴⁸³.

Droit de connaître l'ensemble des éléments présentés en sa défaveur. Garantir la participation adéquate requiert, de surcroît, le droit pour l'intéressé de connaître l'ensemble des éléments présentés en sa défaveur. Dans l'arrêt *Weeks*, la Cour a conclu que la procédure suivie par la Commission de libération conditionnelle n'assure pas " l'une des principales protections inhérentes à une instance de caractère judiciaire au regard de la Convention : la participation adéquate de l'individu frappé par la décision litigieuse " du fait que cette Commission " n'est pas astreinte à révéler tous les éléments défavorables en sa possession⁴⁸⁴ ".

b. Respect de l'égalité des armes

L'égalité des armes n'est pas une garantie exigée dans toutes les procédures et pour tous les types de privation de liberté. Effectivement, si, dans l'arrêt *Neumeister*, la Cour avait déclaré que " l'application du principe d'égalité des armes aux recours dirigés contre les détentions préventives... n'est pas justifiée⁴⁸⁵ ", elle a ultérieurement précisé, dans l'arrêt dit de *vagabondage*, qu'il pourrait " ne pas en aller de même dans un contexte différent et dans une autre hypothèse régie, elle aussi, par l'article 5 § 4⁴⁸⁶ ". Ainsi, dans l'arrêt *Grauzinis*⁴⁸⁷ et *Lanz*⁴⁸⁸, cette instance a affirmé que l'égalité des armes (en l'occurrence entre le procureur de la République et la personne détenue) fait partie des garanties d'une procédure judiciaire.

L'article 5 est donc armé pour protéger efficacement le droit à la liberté, y compris dans le cas des détenus condamnés. Mais dans la réalité, son application à leur égard demeurera exceptionnelle tant que la Cour ne reconnaîtra pas un caractère évolutif à toute peine privative de liberté. Cette reconnaissance permettrait d'étendre le contrôle juridictionnel à toutes les décisions qui directement ou indirectement déterminent la durée de la détention ainsi que son contenu matériel.

Ce faisant, il pourra renforcer le mouvement de la judiciarisation de l'exécution de la peine privative de liberté déjà entamée dans les droits internes européens, à tout le moins au sein du droit français et du droit grec concernant les modalités d'application des peines. Il est alors intéressant de

⁴⁸² CEDH, *Hussain c. R.U.*, préc., § 59.

⁴⁸³ *Ibid.*, §§ 59-60.

⁴⁸⁴ CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 66.

⁴⁸⁵ CEDH, *Neumeister c. Autriche*, préc., § 24.

⁴⁸⁶ CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 76.

⁴⁸⁷ CEDH, *Grauzinis c. Lituanie*, n° 37975/97, CEDH 2000-X, § 33.

⁴⁸⁸ CEDH, *Lanz c. Autriche*, préc., §§ 40-45.

voir rapidement quelles sont les mesures qui au sein de ces droits nationaux peuvent être déterminantes pour la durée de la détention et apprécier leur conformité aux exigences européennes.

SECTION 2. LE CONTROLE NATIONAL INDIRECT DE LA LEGALITE TEMPORELLE DE LA DETENTION

C'est de manière implicite que les droits grec et français reconnaissent le caractère évolutif des peines privatives de liberté. Cela découle par le droit de recours prévu devant une instance juridictionnelle entouré des garanties élémentaires du procès équitable contre certaines mesures d'individualisation des peines déterminantes pour la durée de la peine.

Cette reconnaissance remonte même, dans les années '50, avant l'avènement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière. « L'idée selon laquelle il serait souhaitable de donner au pouvoir judiciaire un rôle au stade de l'exécution de la peine » avait été soutenue par l'école positiviste italienne⁴⁸⁹ ; et a commencé à être mise en œuvre seulement après la Deuxième Guerre mondiale, dans la seconde moitié du XX^e siècle⁴⁹⁰ ; cette période fut une période marquée par l'humanisation du système répressif, et le souci de protéger les droits de l'homme⁴⁹¹ (§ 1). A la juridictionnalisation de ces mesures d'individualisation des peines, il faut ajouter l'apparition des garanties judiciaires dans un autre domaine d'activité pénitentiaire qui peut également déterminer la durée et la sévérité de la détention : l'activité disciplinaire. Cette apparition, tardive, seulement à la fin de XXe siècle, elle demeure insuffisante au regard des garanties du procès équitable (§ 2).

§ 1. Un contrôle résultant de la juridictionnalisation de certaines mesures d'aménagement des peines

Le droit grec a longtemps devancé le droit français dans le contrôle judiciaire des mesures d'individualisation de la peine, précisément dans la suspension de la peine et dans la libération conditionnelle. La juridictionnalisation précisément de cette dernière remonte en 1957⁴⁹². Cette mesure est analysée comme étant de nature à modifier la nature et la durée de la peine. Elle relève donc, suivant le critère de partage de compétence entre le juge administratif et le juge judiciaire, de la compétence de ce dernier. Selon l'article 565 du code de procédure pénale, il appartient au tribunal correctionnel du lieu de détention de connaître « tout doute ou différent relatif au caractère exécutoire de la décision de condamnation, la nature et la durée de la peine ».

⁴⁸⁹ J. SACOTTE, « Le Contrôle juridictionnel de l'exécution des peines en droit positif comparé », *APC* n° 8, p. 108.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² Loi n°3681/1957, *JO*, A, 65/24.4.1957.

Le droit français, bien qu'ayant institué le juge de l'application des peines (JAP) dès 1958⁴⁹³, il n'a véritablement juridictionnalisé cette mesure qu'en 2000, par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. La loi du 9 mars 2004 est venue compléter la juridictionnalisation des décisions du JAP et dépasser le droit grec. Elle a élargi ce processus à toutes les mesures d'aménagement de peine, qui visent l'individualisation de l'application de la peine, en prévoyant des garanties procédurales aussi bien devant le JAP que devant le tribunal de l'application des peines (TAP) créé par cette dernière loi. Le JAP et le TAP sont considérés comme des juridictions de première instance en matière de mesures d'application des peines⁴⁹⁴.

Il convient alors de voir quelles mesures sont déterminantes pour la durée et/ou pour le contenu de la peine et si leur réglementation est conforme au contrôle européen de légalité de la détention, d'abord, en droit grec **(A)**, et ensuite, en droit français **(B)**.

A. L'état de juridictionnalisation au sein du droit grec

Ce droit national accorde à la peine privative de liberté un caractère évolutif. Il l'accorde de manière explicite aux sanctions de durée indéterminée. Il s'agit de sanctions applicables aux récidivistes d'habitude et aux délinquants d'habitude ou par profession.

Les récidivistes d'habitude ou par profession, ce sont des personnes condamnées trois fois pour délits ou crimes intentionnels dont une fois à perpétuité. En cas de nouvelle condamnation sanctionnée d'une peine de perpétuité à temps, si le tribunal juge l'auteur dangereux pour l'ordre public, il peut lui infliger la « réclusion de durée indéterminée ». Cette sanction est proche de celles à durée indéterminée qui existent en droit britannique. Elle signifie que seule la durée minimum de détention est fixée. Son expiration est suivie d'une détention de sûreté. En l'occurrence, la période fixe ne peut pas être inférieure aux deux tiers de la peine légale prévue (art. 90 §1 C. pén.). Des sanctions de durée indéterminée sont également prévues pour les délinquants d'habitude ou par profession sans être en récidive légale s'ils ont commis des infractions punies d'une réclusion à temps et présentent des risques pour la sécurité publique. Dans ces cas, l'article 92 du Code pénal fixe la durée minimale de la peine à infliger : elle doit être la moitié de la peine maximale encourue (art. 92 C. pén.).

⁴⁹³ J. SACOTTE, « Le Contrôle juridictionnel de l'exécution des peines en droit positif comparé », *préc.*

⁴⁹⁴ Depuis la juridictionnalisation des mesures du JAP, on a assisté à la naissance d'un véritable droit de l'application des peines, que certains auteurs distinguent du droit de l'exécution des peines, du droit pénitentiaire et du droit de la peine. Selon les précisions données par Martine HERZOG-EVANS, « l'application des peines est une subdivision du droit pénal, qui comprend le régime juridique de fond et de procédure de l'individualisation des sanctions répressives après que leur mise à exécution ait été réalisée », *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz, 2007-2008. Selon cet auteur, le *droit de l'exécution des peines* serait un droit mixte qui « englobe à la fois le droit pénitentiaire, le droit de l'application des peines, le droit de la mise à exécution des sentences pénales et le droit du service public pénitentiaire », *ibid.*

Dans les deux cas, à l'expiration de cette durée, le tribunal correctionnel du lieu de détention examine la possibilité de libérer la personne au regard de sa dangerosité pour la sûreté publique. En cas de refus, ce tribunal réexamine cette possibilité tous les trois ans d'office ou sur demande de l'intéressé (art. 91 § 1 C. Pén.). Toutefois, à la différence du droit britannique, la période indéterminée n'est pas à vie : la sanction prend fin au plus tard entre 15 et 20 ans⁴⁹⁵ après l'exécution de la partie fixe de la détention (art. 91 § 2 C. pén.).

En dehors de ces cas, le droit grec accorde de manière implicite un caractère évolutif à toute sanction privative de liberté. Un nombre de mesures d'aménagement de l'exécution de cette peine⁴⁹⁶ contribue à raccourcir le temps de la détention en se fondant sur l'évaluation de l'évolution de la personnalité du condamné **(1)** dont il convient d'examiner les garanties de la procédure suivie pour leur application **(2)**.

1. Les mesures susceptibles de déterminer la légalité de la détention

Outre la libération conditionnelle, contribuent à la modulation de la durée de la détention, le calcul bénéfique **(b)**, la semi-liberté **(c)** et les transferts **(d)**. Mais seule la libération conditionnelle est juridictionnalisée **(a)**.

a. La libération conditionnelle

Dans le droit grec, il existe deux types de libération conditionnelle : la libération conditionnelle ordinaire et la libération conditionnelle médicale.

La libération conditionnelle *ordinaire* est ouverte à tous les détenus. Son octroi est conditionné, d'abord, par l'exécution d'un délai de détention. Aux condamnés à la peine d'emprisonnement (peine d'une durée de 10 jours à 5 ans), elle peut être accordée après l'exécution des deux cinquièmes de la peine ; aux condamnés à la réclusion à temps (peine de 5 à 20 ans), après l'exécution des trois cinquièmes et aux condamnés à perpétuité, après l'exécution de vingt ans (art. 105 § 1 C. pén.). S'agissant des condamnés âgés de plus de soixante-dix ans, les deux dernières durées sont respectivement réduites aux deux cinquièmes et à seize ans (art. 105 § 2 C. pén.). Enfin, les détenus condamnés à perpétuité plus d'une fois, peuvent en bénéficier après l'exécution de vingt-cinq ans de détention (art. 105 § 3 C. pén.). En cas de bénéfice du calcul bénéfique des jours de détention, mesure que nous abordons ci-dessous, des seuils minima de détention effective sont fixés.

⁴⁹⁵ Elle prend fin après quinze ans lorsque l'infraction commise est punie d'une peine privative de 10 ans maximum, et après vingt ans pour les infractions punies plus lourdement (art. 92 § 2 C. pén.).

⁴⁹⁶ Pour les mesures de Semi-liberté, du TIG et de la libération conditionnelle, voir aussi Th., PAPTAEODOROU, *Le système pénitentiaire grec*, préc.

Les condamnés à des peines de réclusion à temps, doivent avoir exécuté le tiers de leur peine en détention et les condamnés à la réclusion à perpétuité doivent avoir exécuté seize ans (art. 105 § 6 C. pén.).

Mais ce qui caractérise la libération conditionnelle en droit grec ce sont les facilités accordées afin de faire de son octroi la règle et du refus l'exception. Des réformes ont eu lieu en 1994 et 1996 (loi n° 2207/94 et loi n°2408/1996) visant à alléger les conditions d'octroi de cette mesure et à garantir le *principe de l'issue favorable* de la demande. La « libération conditionnelle doit être accordée », sauf si le tribunal estime que la poursuite de la détention est « absolument nécessaire pour éviter la commission de nouvelles infractions » (art. 106 § 1, C. pén.). Le refus donc ne peut être motivé que par le risque de récidive. Et l'appréciation de ce risque ne peut être fondée que sur un critère exclusif : le *comportement du détenu lors de l'exécution de sa peine*. Aussi la marge d'appréciation des tribunaux est limitée à la détermination du contenu de ce critère qui doit être strictement et objectivement interprété. La jurisprudence a, par exemple, précisé que la commission des infractions disciplinaires de faible gravité n'est pas indicative d'un caractère dangereux du détenu ou d'un criminel par habitude⁴⁹⁷.

La libération conditionnelle médicale a été introduite en droit grec, en 1993. Il s'agit d'une libération conditionnelle quasi d'office, fondée uniquement sur le motif de la maladie du VIH (Loi 2172/93). Elle est donc indépendante de la durée de la condamnation et de la partie exécutée ainsi que de l'appréciation de la personnalité et du comportement des intéressés. Réglementée par l'article 105A du Code pénal, elle est accordée sur fondement d'un certificat médical, ordonné par le tribunal sur demande de l'intéressé, attestant que la personne est atteinte de cette maladie et non seulement contaminée. Cette mesure n'est accordée qu'une seule fois. En cas donc de récidive, la personne n'y a plus droit.

b. Le calcul bénéfique du temps de détention

A part la libération conditionnelle, les détenus en Grèce peuvent réduire leur temps de détention s'ils travaillent et, depuis le décret n°75/2005, s'ils suivent des programmes éducatifs, des formations professionnelles ou s'ils sont inscrits aux écoles de « deuxième chance » en vue d'un diplôme. Un jour de travail ou d'une autre activité, peut être compté pour un jour et demi ou deux jours de détention. Les personnes âgées de plus de soixante-cinq ans bénéficient automatiquement d'un tel calcul : un jour de détention est compté pour deux jours (art. 105 § 2, C. pén.).

⁴⁹⁷ Cour d'appel de Patras, siégeant en chambre du conseil, ordonnance n°239/95, *Armenopoulos*, 1996, 1, pp. 88-90 ; Cour d'appel de Patras, siégeant en chambre du conseil, ordonnance n° 102/1996, *Armenopoulos*, 1996, 9, p.1158 et s.

c. La semi-liberté

Même si elle ne raccourcit pas explicitement la durée de la peine et ne met pas en jeu le passage d'un état de liberté vers un état privatif de liberté et *vice versa*, c'est une mesure qui, d'une part, change considérablement la nature de la peine. Elle permet aux bénéficiaires de séjourner hors la prison le temps du travail ou de la formation sans surveillance continue (art. 59-62 C. pénit.). De surcroît, le séjour en prison se fait dans un établissement ou une partie de la prison caractérisé d'un régime moins strict que la détention ordinaire. D'autre part, c'est une mesure qui détermine la durée de la détention ; directement, par le calcul bénéfique du temps de détention, et indirectement, par l'influence positive dans la décision de l'octroi de la libération conditionnelle.

Il est prévu dans le Code pénitentiaire grec que cette mesure peut être accordée aux condamnés à une peine d'emprisonnement (peine d'une durée de 10 jours à 5 ans), après l'exécution du 1/5 de la peine, aux condamnés à perpétuité à temps, après l'exécution de 2/5 avec un minimum de deux mois de détention, et aux condamnés à perpétuité à vie, deux ans avant le délai d'accès à la libération conditionnelle (art. 60 §2 . C. pénit.).

La semi-liberté est accordée sur appréciation, notamment, de la personnalité de l'intéressé fondée essentiellement sur son comportement pendant la détention (60 § 3 C. pénit.). Dès lors, comme la libération conditionnelle, cette mesure s'appuie sur une conception évolutive du temps pénal au regard des objectifs visés par la peine : la punition mais aussi la protection de la société et la prévention de la récidive. Seulement cette mesure n'est pas encore effectivement appliquée par manque d'infrastructures. Des centres de semi-liberté n'ont pas encore été créés et des parties des établissements pénitentiaires n'ont pas été aménagés à cet effet.

A part ces mesures, une autre peut être déterminante pour la légalité matérielle de la détention mais aussi indirectement pour la légalité temporelle : les transferts des détenus.

d. Les transferts

Le choix de l'établissement de détention peut être déterminant à la fois pour le contenu de la peine et pour la durée en raison des éléments suivants : *la qualité de la vie quotidienne de chaque prison* ; *la position géographique du lieu de détention*, puisqu'elle conditionne la possibilité d'entretenir les liens familiaux et affectifs avec l'extérieur (à cause de la distance et du coût des visites) ; *le type et le régime de l'établissement*, dès lors qu'en dépendent les possibilités de travail, d'éducation et de formation, et donc, indirectement, la durée de la détention. Ces activités constituent le critère déterminant dans l'octroi des mesures permettant de raccourcir le temps en détention. Cela est, comme nous venons le voir, incontestable dans le calcul bénéfique du temps de détention. Enfin,

l'existence des soins appropriés ou des programmes de désintoxication peut également influencer la durée de la détention. Tel est le cas, lorsque les soins ou la désintoxication constituent des conditions préalables pour la sortie de la prison par le bénéfice d'une libération conditionnelle ou d'une suspension de l'exécution de la peine.

Malgré cette importance pour la liberté, l'application de ces mesures, à l'exception de la libération conditionnelle, n'est pas entourée de garanties suffisantes.

2. Les garanties procédurales

Seule la procédure de la libération conditionnelle est aménagée de manière qui puisse être considérée comme conformes aux garanties du contrôle juridictionnel au sens de l'article 5 § 4 (a). Le calcul bénéfique du temps de détention (b), les transferts (c) et la semi-liberté (d) et relèvent de la compétence des autorités non juridictionnelles.

a. La libération conditionnelle

L'octroi de cette mesure et son retrait relèvent du tribunal correctionnel du lieu de détention statuant en conseil et suivant une procédure respectant les garanties élémentaires du procès équitable⁴⁹⁸.

Ce tribunal doit être saisi un mois avant la date libérable, de la part de la direction de l'établissement de détention. Celle-ci peut émettre un avis défavorable soumis auprès du tribunal par le Procureur (art. 110 § 2, C. pén.).

Le détenu doit être obligatoirement convoqué dix jours avant l'audience (art. 110 § 1 C. pén.). Il doit pouvoir comparaître personnellement ou être représenté par un avocat (art 110 § 1 C. pén.). La comparution personnelle est jugée utile afin que le tribunal puisse former sa propre opinion sur la personnalité du détenu.

La décision du refus doit, comme nous l'avons évoqué, être « spécialement motivée », de manière circonstanciée et uniquement pour un seul motif : le risque de récidive.

La révocation de la libération conditionnelle appartient au même tribunal (art. 110 § 3 C. pén.). C'est en cas d'urgence, que le procureur de la République peut ordonner l'arrestation provisoire du détenu. Cette décision est immédiatement soumise devant le tribunal compétent. Quant

⁴⁹⁸ Notamment : délais pour préparer la défense, présence au tribunal, tribunal impartial, recours en appel et pourvoi en cassation (art. 110 C. pén.).

aux motifs de la révocation, celle-ci ne peut avoir lieu que par commission d'une nouvelle infraction intentionnelle ayant entraîné une condamnation à une peine privative de liberté supérieure à six mois. Enfin, le délai de probation peut durer jusqu'à trois ans et, s'agissant de condamnations à perpétuité, jusqu'à dix ans.

b. Le calcul bénéfique

Ce calcul est effectué par une commission spéciale : la « Commission du calcul bénéfique des jours de travail des détenus⁴⁹⁹ ». C'est cette même Commission qui peut procéder à son retrait en partie ou en totalité, si le détenu est ultérieurement sanctionné pour certaines infractions intentionnelles et graves. Les décisions de cette commission sont irrévocables alors que rien n'est prévu pour les droits de la défense des intéressés et aucun recours juridictionnel n'est ouvert. Le tribunal correctionnel, statuant en conseil, qui est compétent en matière d'octroi et de révocation des libérations conditionnelles, a décliné sa compétence pour connaître les recours contre les décisions de la commission précitée. Il estime qu'il s'agit d'un litige ne relevant pas de ceux pour lesquels l'article 565 du code de procédure pénale⁵⁰⁰ donne compétence au tribunal correctionnel : « Ces litiges sont dirigés contre des actes d'un organe administratif relatifs au service interne des prisons⁵⁰¹ ».

c. Les transferts

Ils relèvent de la compétence exclusive de la *commission centrale des transferts* (art. 9 C. pénit.). Cette commission, prévue par un décret présidentiel de 1991⁵⁰², a été créée en 2000, au sein du Ministère de la Justice⁵⁰³. Elle est constituée du secrétaire général du Ministère de la Justice, en tant que président, d'un substitut près la Cour d'appel et du président du conseil scientifique central des prisons. Aucune autre précision n'est donnée quant à la procédure et aux droits de la défense, alors qu'elle statue de manière irrévocable. Il est seulement prévu que les détenus ont la possibilité d'en faire la demande pour des raisons, entre autres, personnelles, familiales, de travail ou d'éducation (art. 73, al.1 C. pénit.).

⁴⁹⁹ Voir *infra*, Chapitre sur le droit au travail.

⁵⁰⁰ Selon lequel il appartient au tribunal correctionnel du lieu de détention de connaître « tout doute ou différent relatif au caractère exécutoire de la décision de condamnation, la nature et la durée de la peine ».

⁵⁰¹ Trib. Correctionnel d'Athènes, 11 juill. 1983, n° 11724, *Poinika Chronika*, 1983, p. 651.

⁵⁰² N° 141/1991 de 30.4.1991, *JO*, A' 58/12.4.1991.

⁵⁰³ Suite à deux lois, la loi n° 2298/95 et la loi 2408/96, et deux décisions ministérielles, n° 31224 du 7.3.2000 et n° 57582 du 12.5.2000.

d. La semi-liberté

Elle est accordée par la Commission de discipline avec droit de recours devant le TAP, dans les dix jours (art. 60 § 3 C. pénit.). Cette commission est composée du Procureur chargé de l'inspection de l'établissement, du directeur de l'établissement et de l'assistant social avec la plus grande ancienneté (art. 70 § 1 C. pénit.). Or, alors que cette instance ne peut passer pour indépendante, rien n'est précisé concernant la procédure devant le TAP.

B. L'état de juridictionnalisation au sein du droit français

La considération du temps pénal comme évolutif est également implicitement reconnu en droit français. D'une part, en raison des périodes de sûreté, dont peuvent être assorties certaines peines. Ces périodes signifient que pendant leur durée aucune mesure d'aménagement ne peut être accordée. Cela assimile alors ces peines à celles du droit anglais qualifiées par la Cour comme évolutives dès lors qu'elles comportent une période fixe, punitive, suivie d'une période imprécise, évolutive. D'autre part, l'ensemble des peines en droit français peuvent être considérées comme évolutives eu égard à la réglementation des mesures d'aménagement des peines. Celle-ci est expressément justifiée dans le Code de procédure pénale par l'évolution de la personnalité et de la situation du condamné : « A cette fin, les peines peuvent être aménagées en cours d'exécution pour tenir compte de l'évolution de la personnalité et de la situation du condamné. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire » (art. 707 CPP).

La Cour a, dans l'arrêt *Léger*, confirmé un tel caractère des peines en droit français, et donc toutes les peines, sont évolutives : « Bien que la peine du requérant ne fût assortie d'aucune période de sûreté, comparable au « tariff » anglais correspondant à l'élément punitif de la sentence, la Cour observe que d'autres éléments liés au 'risque' et à la 'dangerosité' ont justifié le maintien en détention du requérant⁵⁰⁴ ». Après un certain délai d'application, et surtout dans les longues peines, un contrôle juridictionnel doit avoir lieu pour établir la pertinence de ces critères : « L'élément de dangerosité peut, par sa nature, évoluer à la longue⁵⁰⁵ ». Et tel, a jugé la Cour, avoir été le cas dans cette affaire : « En l'espèce, l'octroi de la libération conditionnelle au requérant accordé en 2005 est fondé sur le fait que son comportement n'est plus un obstacle à sa libération et que le risque de récidive est devenu quasiment inexistant⁵⁰⁶ ».

⁵⁰⁴ CEDH, *Léger c. France*, préc., § 74.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, § 75. Voir CEDH, *Weeks c. R.U.*, préc., § 16.

⁵⁰⁶ CEDH, *Léger c. France*, préc., § 75.

En effet, plusieurs mesures permettent de réduire la durée de la détention et déterminer le contenu de cette peine. Il convient alors d'examiner leurs conditions de fond (1) et de forme (2).

1. Les mesures susceptibles de déterminer la légalité de la détention

Peuvent être déterminantes pour la légalité de la détention en droit français : les réductions de peine (a), la libération conditionnelle (b), le placement sous surveillance électronique (c), la semi-liberté (d), et les transferts (e).

a. Les réductions de peine

A la place du calcul bénéfique, connu du droit grec, ce sont les réductions de peine qui, en droit français, permettent de raccourcir définitivement le temps de détention. L'importance de cette mesure a encore été accentuée depuis l'instauration d'un deuxième type de réductions de peine qui double le nombre de jours dont peut bénéficier un détenu par une telle mesure. Aux réductions de peine discrétionnaires, la loi du 9 mars 2004⁵⁰⁷ a ajouté les réductions de peine automatiques⁵⁰⁸. Au regard du régime de ces dernières (art. 721 à 721-3 CPP), il est certain que cette mesure est déterminante pour la durée de la peine privative de liberté. Aucune condition n'est émise pour en bénéficier. Les réductions automatiques sont calculées dès le début de la détention d'une personne : le greffe de la prison doit informer le détenu de la date prévisible de sa libération compte tenu des réductions de peine dont il peut bénéficier⁵⁰⁹. Le principe est que tout détenu en bénéficie trois mois la première année, deux mois les années suivantes, et en cas d'une détention inférieure à un an, sept jours par mois (art. 721 CPP).

Les réductions de peine supplémentaires du même nombre de jours, sont accordées sur l'appréciation du JAP fondée sur le critère de manifestation des efforts sérieux de réadaptation sociale. Ce critère est notamment apprécié par les sous-critères suivants : le passage avec succès un examen scolaire, universitaire ou professionnel traduisant l'acquisition de connaissances nouvelles ; la justification de progrès réels dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation ; le suivi d'une

⁵⁰⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005.

⁵⁰⁸ Un crédit de réduction de peine est accordé de trois mois maximum pendant la première année et deux mois au cours des années suivantes ou 7 jours par semaine pour les peines inférieures à un an (art. 721 CPP). Ces durées peuvent être augmentées par le bénéfice d'une réduction de peine supplémentaire du même nombre de jours que la précédente en faveur des condamnés qui manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale (art 721-1 CPP). Ces crédits de réduction des peines ne sont définitivement acquis que si le juge de l'application des peines ne les a pas retirés en cas de mauvaise conduite (art. 721 CPP).

⁵⁰⁹ « Lors de sa mise sous écrou, le condamné est informé par le greffe de la date prévisible de libération compte tenu de la réduction de peine prévue par le premier alinéa, des possibilités de retrait, en cas de mauvaise conduite ou de commission d'une nouvelle infraction après sa libération, de tout ou partie de cette réduction. Cette information lui est à nouveau communiquée au moment de sa libération » (art. 721 al. 6 CPP).

thérapie destinée à limiter les risques de récidive ou, encore, l'effort d'indemniser les victimes⁵¹⁰ (art. 721-1 CPP)

En revanche, deux types de réductions de peine peuvent être retirés, en jours, par le JAP⁵¹¹. Cette décision, ainsi que celle d'octroi de réductions de peine discrétionnaires devraient alors être entourées des garanties requises par le contrôle de légalité de la détention puisqu'elles peuvent empêcher une personne de réduire le temps de la détention. Par ailleurs, la décision du retrait peut, depuis la loi de mars 2004, avoir lieu après la mise en liberté de l'intéressé entraînant ainsi l'incarcération pour purger les jours de peine restant au moment de la mise en liberté. Cela est possible en cas de nouvelle condamnation à une peine privative de liberté pour un crime ou un délit commis par le condamné après sa libération pendant une période égale à la durée des réductions de peine automatiques⁵¹². Cette conséquence diminue alors la différence de cette mesure avec celle de la libération conditionnelle quant au caractère définitif de la mise en liberté après la sortie de la prison.

b. La libération conditionnelle

En droit français, un seul type de libération conditionnelle est prévu (art. 729 CPP). Il est fondé sur les mêmes critères que les réductions de peine discrétionnaires : les efforts sérieux de réadaptation⁵¹³. Mais son octroi est soumis à des délais d'exécution de la peine. Pour en bénéficier, il faut avoir exécuté la moitié de la peine (art. 729 CPP). Les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité peuvent prétendre à une libération conditionnelle au terme de quinze années de détention (art. 729 CPP). Des exceptions sont pour autant prévues par le rallongement de ces durées. D'une part, les récidivistes ne peuvent en faire la demande qu'après l'exécution de deux tiers (art. 729 CPP), et, s'ils sont condamnés à perpétuité, au terme de vingt années de détention. D'autre part, comme nous l'avons mentionné, les personnes condamnées à une peine assortie d'une période de sûreté, en sont exclues durant cette période⁵¹⁴.

⁵¹⁰ *Loi n° 2004-204* du 9 mars 2004, *Loi n° 2005-1549* du 12 décembre 2005 et *Loi n° 2007-1198* du 10 août 2007.

⁵¹¹ « En cas de mauvaise conduite du condamné en détention, le juge de l'application des peines peut être saisi par le chef d'établissement ou sur réquisitions du procureur de la République aux fins de retrait, à hauteur de trois mois maximum par an et de sept jours par mois, de cette réduction de peine. Sa décision est prise dans les conditions prévues à l'article 712-5 » (art. 721, al. 3 CPP).

⁵¹² C'est la juridiction de jugement qui peut ordonner le retrait de tout ou partie de cette réduction de peine et la mise à exécution de l'emprisonnement correspondant, qui n'est pas confondu avec celui résultant de la nouvelle condamnation, introduite, (art. 721, al. 5 CPP).

⁵¹³ « La libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive. Les condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale, notamment lorsqu'ils justifient soit de l'exercice d'une activité professionnelle, soit de l'assiduité à un enseignement ou à une formation professionnelle ou encore d'un stage ou d'un emploi temporaire en vue de leur insertion sociale, soit de leur participation essentielle à la vie de famille, soit de la nécessité de subir un traitement, soit de leurs efforts en vue d'indemniser leurs victimes », (art. 729, al. 1 CPP).

⁵¹⁴ « En cas de condamnation à une peine privative de liberté, non assortie du sursis, dont la durée est égale ou supérieure à dix ans, prononcée pour les infractions spécialement prévues par la loi, le condamné ne peut

La libération conditionnelle, qui est une forme de liberté sous probation, peut être révoquée en cas d'inobservation des conditions fixées lors de son octroi, en cas de nouvelle condamnation, et même pour inculpation notoire (art. 733 CPP) qui est un critère imprécis n'assurant pas une garantie efficace pour la liberté ainsi retrouvée de la personne.

Quant au *temps d'épreuve*, seules des limites maximales sont fixées. Ce temps peut durer un an de plus que le temps restant de la condamnation. En revanche, comme en droit grec, il ne peut dépasser, même pour les condamnés à perpétuité, plus de dix ans (art. 732).

c. Le placement sous surveillance électronique (723-7 à 723-14)

Nous pouvons dire que c'est une forme aggravée de la libération conditionnelle. Alors que dans le cadre de cette dernière c'est le statut d'homme libre qui domine, sauf quelques restrictions dans la liberté de circulation d'une région à l'autre et vers l'étranger, ainsi que l'obligation de se présenter régulièrement aux convocations du juge de l'application des peines par l'intermédiaire des SPIP, dans celui de surveillance électronique c'est la privation de liberté qui domine. La personne n'a pas le droit de circuler, sauf autorisation expresse du juge de l'application des peines ; de surcroît, elle est soumise à une surveillance permanente. Cette mesure est en effet plus proche de l'assignation à résidence.

En effet, le placement sous surveillance électronique consiste en la surveillance à distance de la présence ou de l'absence de la personne dans un lieu de vie désigné, à l'extérieur de la prison, au moyen d'un émetteur fixe ou mobile (le bracelet électronique) (art. 723-8 CPP). Le placé sous surveillance électronique est interdit de s'absenter de ce lieu sauf pour se rendre dans des endroits autorisés par le JAP et pour les périodes fixées, notamment pour se rendre au travail, au lieu d'enseignement ou d'une formation ou stage suivis par l'intéressé, pour participer à la vie de famille ou pour des besoins de soins médicaux (art. 132-26-2 c. pénal). Cette mesure peut également comporter pour le condamné l'obligation de répondre aux convocations du juge de l'application des

bénéficiaire, pendant une période de sûreté, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle », (art. 132-23, al.1, C.pén.). « La durée de la période de sûreté est de la moitié de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, de dix-huit ans », (art. 132-23, al.2, C. pén.). La période de sûreté peut aussi être prononcée par le tribunal dans tous les cas de condamnation à une peine supérieure à cinq ans. Dans ces cas, la durée de cette période de sûreté ne peut excéder les deux tiers de la peine prononcée ou vingt-deux ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, (art. 132-23, al.3, C. pén.). Enfin, la Cour d'assises peut porter la période de sûreté à trente ans pour certaines infractions (art. 221-3, 221-4 C.pén.).

peines (art. 132-26-2 C. pén.). Toutefois, les personnes chargées de cette surveillance⁵¹⁵ ne peuvent pénétrer au domicile de la personne à des fins de contrôle sans l'accord de celle-ci (723-9 CPP).

Cette mesure est applicable seulement à des détentions de durée *inférieure à un an* : à savoir aux personnes condamnées à une peine inférieure à un an et aux personnes dont le reliquat de la peine à exécuter est inférieur à un an (723-7 CPP).

Elle peut être *retirée*, pour inobservation des interdictions ou obligations prévues, pour nouvelle condamnation mais aussi pour conduite notoire, ainsi qu'à la demande du condamné (art. 733 CPP).

d. La semi-liberté et le placement à l'extérieur

La semi-liberté consiste, en alternance entre vie en détention et vie hors de la détention. La personne séjourne à l'extérieur le temps nécessaire pour travailler suivre un stage, participer à la vie de famille ou un traitement ; elle regagne la prison en soirée et/ou enfin de la semaine (art. 132-26 al.1, C. pén.). *Le placement à l'extérieur* permet au condamné d'être employé au dehors d'un établissement pénitentiaire à des travaux contrôlés par l'administration pénitentiaire (132-26 al.2, C. pén. et art 723 CPP).

Ces régimes peuvent être accordés soit par la juridiction du jugement (132-25 al.1 C. pénal)⁵¹⁶, soit par le JAP (723-1 CPP)⁵¹⁷. Dans les deux cas, comme la mesure de placement sous surveillance, elle concerne des détentions d'un an maximum. Cette durée peut être celle de la condamnation (132-25 al.1 C. pén.) ou celle de la peine restant à exécuter (723-1 CPP). Notons que, depuis le décret du 16 novembre 2007, le JAP peut demander une « synthèse socio-éducative » du condamné détenu, établie par le service pénitentiaire d'insertion et de probation, ainsi qu'une « expertise psychiatrique ou psychologique » de l'intéressé, pour évaluer sa dangerosité, notamment si celui-ci a été condamné pour crime (art. D49-24 CPP⁵¹⁸).

⁵¹⁵ Cette surveillance se fait par des fonctionnaires de l'administration pénitentiaire ou une personne de droit privé habilitée (art. 723-9 CPP).

⁵¹⁶ « Lorsque la juridiction de jugement prononce une peine égale ou inférieure à un an d'emprisonnement, elle peut décider à l'égard du condamné qui justifie, soit de l'exercice d'une activité professionnelle, soit de son assiduité à un enseignement ou une formation professionnelle ou encore d'un stage ou d'un emploi temporaire en vue de son insertion sociale, soit de sa participation essentielle à la vie de sa famille, soit de la nécessité de subir un traitement médical, que la peine d'emprisonnement sera exécutée sous le régime de la semi-liberté ».

⁵¹⁷ « Le juge de l'application des peines peut prévoir que la peine s'exécutera sous le régime de la semi-liberté soit lorsqu'il reste à subir par le condamné une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas un an, soit lorsque le condamné a été admis au bénéfice de la libération conditionnelle, sous la condition d'avoir été soumis à titre probatoire au régime de la semi-liberté », (art. 723-1 CPP).

⁵¹⁸ Décret n° 2007-1627 du 16 novembre 2007.

Ces deux mesures sont alors importantes aussi bien pour la légalité matérielle de la détention en raison des conditions de détention, que pour la légalité temporelle, par leur influence sur la durée de la détention.

L'influence sur la nature de la peine est incontestable. Leur octroi donne droit à la vie en alternance entre détention et milieu libre et à l'affectation de la personne dans des lieux de détention (les centres de semi-liberté ou quartiers de semi-liberté) qui comportent un régime moins strict que la détention ordinaire. Leur régime est essentiellement orienté vers la réinsertion sociale et à la préparation à la sortie des condamnés (art. D72-1. CPP)⁵¹⁹. Les personnes peuvent bénéficier de permission de sortir les samedis, dimanches et jours fériés ou chômés (art. D143-1 CPP). Elles sont dispensées de la constitution du pécule de libération (article D121-1 CPP) ; et elles sont autorisées à détenir une somme d'argent leur permettant d'effectuer en dehors de l'établissement les dépenses nécessaires et, notamment, de payer les repas pris à l'extérieur, d'utiliser des moyens de transport et de faire face à des frais médicaux éventuels (art. D 112 CPP).

L'influence de la semi-liberté, comme de celle de placement à l'extérieur ou sous surveillance électronique, sur la durée de la détention, bien qu'indirecte, est également incontestable. Le bénéfice et le succès de ces mesures peut être une condition préalable pour obtenir une libération conditionnelle (art. 723-1 CPP, et D535-1 CPP). Le bénéfice de la semi-liberté est une condition obligatoire pour l'obtention d'une libération conditionnelle s'agissant des condamnés à des peines assorties d'une période de sûreté supérieures à quinze ans : la personne doit avoir été placée entre un et trois ans sous le régime de la semi-liberté⁵²⁰.

Ces mesures peuvent être *suspendues* pour inobservation des obligations imposées à l'intéressé (art. 712-18 CPP)⁵²¹ ou *retirées* pour cette même raison ainsi que pour mauvaise conduite (art. 723-2 CPP).

⁵¹⁹ « Les centres de semi-liberté et quartiers de semi-liberté ainsi que les centres pour peines aménagées et les quartiers pour peines aménagées comportent un régime essentiellement orienté vers la réinsertion sociale et à la préparation à la sortie des condamnés », (art. D72-1 CPP).

⁵²⁰ « En cas de condamnation assortie d'une période de sûreté d'une durée supérieure à quinze ans, aucune libération conditionnelle ne pourra être accordée avant que le condamné ait été placé pendant une période d'un an à trois ans sous le régime de la semi-liberté. La semi-liberté est alors ordonnée par le tribunal de l'application des peines dans les conditions prévues par l'article 712-7, sauf si la peine restant à subir par le condamné est inférieure à trois ans », (art. 720-5 CPP).

⁵²¹ Le juge de l'application des peines peut, après avis du procureur de la République, ordonner la suspension de la mesure (art. 712-18 CPP). Il peut également le faire après l'expiration de la mesure s'il a été saisi à cette fin au plus tard dans un délai d'un mois après l'expiration de la mesure pour des faits commis pendant la durée de la mesure (art. 712-20 CPP).

e. Les transferts

Les décisions d'affectation et de changement d'affectation sont prises par le ministre de la Justice ou par le directeur interrégional des services pénitentiaires (art. D80 à D82-4 CPP⁵²²). Le juge de l'application des peines est seulement consulté.

Le ministre de la Justice dispose d'une compétence d'affectation générale des condamnés, dans toutes les catégories d'établissements, et exclusive dans les cas suivants : les affectations dans les maisons centrales, l'affectation des condamnés à des peines supérieures à dix ans ou dont la durée de l'incarcération restant à subir est supérieure à cinq ans ; l'affectation des condamnés pour des actes de terrorisme ainsi que des condamnés inscrits au répertoire des détenus particulièrement signalés (art. D80 CPP). Le directeur interrégional des services pénitentiaires est compétent pour décider toutes les autres affectations. Il peut déléguer une partie de sa compétence aux directeurs des établissements pénitentiaires (art. D80 CPP).

Les décisions de changement d'affectation appartiennent à ces deux autorités suivant les mêmes critères à l'exception de celle du ministre de la Justice, déterminée par la durée restant d'exécution d'une peine : il est compétent lorsque cette durée est de trois ans maximum.

Les changements d'affectation peuvent être demandés par le condamné, mais aussi par le chef de l'établissement dans lequel il exécute sa peine (D82 CPP), sans autre forme de procédure prévue dans le Code de procédure pénale que la motivation des demandes et la consultation préalable des JAP. Aucun texte ne prévoit les motifs pour lesquels le détenu est fondé de demander ce changement ni de préciser les motifs de refus, ni de prévoir des moyens de défense pour l'examen d'une telle demande. Alors que le lieu d'affectation influence aussi bien la nature de la peine que la durée de la détention notamment pour les raisons suivantes. La *distance géographique*, puisqu'en dépend le maintien des relations affectives et familiales. La différence de *régime* de chaque établissement, notamment entre les maisons d'arrêt et les autres établissements, en particulier, les centres de détention et les centres pour peines aménagées. Le régime de ces deux derniers types d'établissement est également orienté vers la réinsertion. Ils comportent, contrairement aux maisons d'arrêt, un régime en commun pendant le jour et non d'encellulement individuel en continu ; l'organisation systématique d'activités préparant activement la réinsertion ; un accès à des permissions de sortir plus favorable tant pour les délais d'accès que par leur durée. Par exemple, les condamnés incarcérés dans les centres de détention peuvent bénéficier des permissions de sortir après le tiers d'exécution de leur peine dont la durée peut être portée à cinq jours, et une fois par an, à dix jours (art. D146 CPP). Les condamnés dans les « centres pour peines aménagées » peuvent en bénéficier sans condition de délai (art. D 146-1 CPP). Or, le JAP ne peut pas accorder ce type de

⁵²² Dernières mises à jour par le *Décret n° 2007-749* du 9 mai 2007 et le *Décret n° 2007-931* du 15 mai 2007.

permission à des condamnés détenus dans les maisons d'arrêt sans encourir le risque de leur annulation de la part de la Cour de cassation⁵²³.

Pourtant ces décisions, jusqu'au 14 décembre 2007, n'étaient susceptibles d'aucun recours. C'est seulement à cette date que le Conseil d'Etat français a reconnu qu'elles peuvent avoir une importance suffisante pour la nature de la peine en raison des différences *substantielles qui puissent exister entre deux régimes de détention* pour accepter qu'un contrôle juridictionnel soit exercé devant les juridictions administratives⁵²⁴. Tel, a-t-il jugé être le cas, entre le régime d'un établissement pour peines et une maison d'arrêt. Dès lors qu'il s'agit d'une décision de transfert du premier vers le second, cette décision « entraîne incontestablement un durcissement des conditions de détention » ; elle doit, par conséquent, être soumise au contrôle du juge administratif. En revanche, tel n'est pas le cas, d'un transfert dans le sens inverse ni entre deux établissements de même nature sauf s'il met en cause des libertés et des droits fondamentaux⁵²⁵.

2. Les garanties procédurales

Depuis la juridictionnalisation des décisions du JAP, un pas significatif est marqué vers le respect des exigences européennes. Les décisions relatives aux mesures d'aménagement de peine sont prises par une juridiction indépendante suivant une procédure qui est contradictoire et respectueuse des droits de la défense.

La première phase de juridictionnalisation a eu lieu par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Elle concernait toutes les décisions relevant de la compétence du JAP sauf les mesures de permissions de sortir, d'autorisation de sortie sous escorte et des réductions de peine.

Auparavant le statut du JAP était hybride. Magistrat du point de vue organique⁵²⁶, le statut d'autorité juridictionnelle ne lui était pour autant pas reconnu sans équivoque du fait qu'il était chargé des fonctions à la fois judiciaires et administratives, et ses décisions étaient qualifiées de

⁵²³ Crim. 8 mars 1990, *Bull. crim.* n°112 ; et Crim. 1er avril 1998, *Bull. crim.*, n°126, notes sous l'article D 146 du Code de procédure pénale de 2000.

⁵²⁴ Faisant application de ces critères, l'Assemblée du contentieux a, dans une première affaire (*Garde des sceaux, ministre de la Justice c/ M. Boussovar*, n° 290730), estimé qu'une décision de changement d'affectation d'un détenu, d'un établissement pour peines à une maison d'arrêt, constituait bien un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, compte tenu des différences substantielles qui distinguent ces deux régimes de détention. Par conséquent, un changement d'affectation d'un établissement pour peines à une maison d'arrêt entraîne incontestablement un durcissement des conditions de détention. Cette décision doit alors pouvoir être soumise au contrôle du juge administratif, http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0741.shtml.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ Conformément à l'article D115 CPP du Code de procédure pénale, il s'agit d'un magistrat du TGI chargé du contrôle de l'application des peines dans les établissements pénitentiaires situés dans le ressort de ce tribunal.

« mesures d'administration judiciaire » (selon l'ancien article 733-1 du CPP). Le Conseil constitutionnel avait approuvé ce statut : « Aucun principe non plus qu'aucune valeur constitutionnelle n'exclut que les modalités d'exécution des peines privatives de liberté soient décidées par des autorités autres que des juridictions⁵²⁷ ».

Or, ainsi que l'avait fait observer Pierre Couvrat, cela constituait une situation paradoxale⁵²⁸ ayant eu comme résultat l'incertitude et, en fait, le déni du contrôle juridictionnel des décisions du JAP. A propos d'un même type de décisions de ce magistrat, certains tribunaux administratifs s'estimaient compétents⁵²⁹, en appliquant les critères dégagés par le tribunal des conflits dans l'affaire *Fargeaud d'Epied*⁵³⁰, d'autres, la majorité, pas. Les juridictions administratives refusaient de connaître les recours contre des mesures en matière d'aménagement de la peine, qu'elles soient décidées par le JAP ou par le ministre de la Justice. Il en était ainsi en matière de *libération conditionnelle*⁵³¹, de *réduction de peine*⁵³², de *semi-liberté*⁵³³ ou de *permissions de sortir*⁵³⁴. Elles estimaient que ce type de mesures modifiait la nature et les limites de la peine. Elles relèveraient alors plutôt de l'article 710 du Code de procédure pénale qui prévoit le recours pour des griefs corrélatifs devant la chambre d'accusation. Mais le juge judiciaire faisait de cet article un usage exceptionnel en matière d'individualisation des peines⁵³⁵.

⁵²⁷ CC, Décision n° n° 86-214 DC, 3 sept. 1986, sur la loi relative à l'application des peines qui portait sur la loi modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale, en matière d'exécution des peines privatives de liberté.

⁵²⁸ P. COUVRAT, « Les Recours contre les décisions du JAP », *RSC*, 1985, p. 140.

⁵²⁹ TA Montpellier 10 juil. 1981, à propos du recours pour excès de pouvoir d'une décision du JAP accordant une libération conditionnelle.

⁵³⁰ C'est dans cet arrêt *Fargeaud d'Epied*, du 22 février 1960, que les critères de partage de la compétence entre ces deux ordres furent précisés : le juge administratif serait compétent pour les questions intéressant « le fonctionnement administratif du service pénitentiaire » ; celles intéressant la « détermination de la nature et des limites de la peine » relèveraient de la compétence du juge judiciaire.

⁵³¹ TA Bordeaux, 13 juil. 1982, *Delavault*. Il fut suivi par le Conseil d'Etat qui avait confirmé le refus de sa compétence tant pour l'octroi que pour la révocation de la libération conditionnelle qu'elle soit décidée par le JAP ou par le ministre de la Justice : « La décision par laquelle le JAP ou le ministre de la Justice accorde à un condamné une libération conditionnelle ou la révoque, totalement ou partiellement, ne se rattache pas au fonctionnement administratif du service pénitentiaire, mais constitue une mesure qui modifie les limites de la peine », CE sect, 4 nov. 1994, Korber, *JCP*, 1995.II.22421-22422.

⁵³² « La décision par laquelle le JAP accorde la réduction d'une peine privative de liberté n'est pas une simple modalité du traitement pénitentiaire, mais constitue une mesure modifiant les limites de la peine », CE, 9 nov. 1990, Théron, *D* 1191, 390, note Plouvin. Jurisprudence consolidée dans l'affaire *Druelle*, CE 18 mars 1998, citée par J.-P. CERE, « Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines », *RSC* (4) oct.-déc., 1999, p. 874 et s. (note n°74). Voir aussi, TA Nantes, 10 août 1984, *Jay* ; TA Bordeaux, 18 juill. 1996, *Beltran* ; TA Strasbourg, 20 févr. 1998, *Rizzuti II* ; CA Nancy, 25 juin 1998, *Mouillard*, citées par Martine Herzog-Evans et Jean- Paul Céré, « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *D* 1999, n°44, p. 515.

⁵³³ TA Besançon, 7 fév. 1970. Ce tribunal s'était déclaré incompétent pour connaître un grief portant sur le retrait d'un régime de semi-liberté.

⁵³⁴ TA Limoges, 17 déc. 1998, *Lanne*, (cité par J.-P. CERE, Prospective sur la répartition ..., *préc.*, note n°74).

⁵³⁵ Voir à propos de l'ensemble des recours juridictionnels des détenus, l'article de Jean- Paul CERE, « Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines », *préc.*

C'est en s'inspirant de cette dernière jurisprudence administrative que la loi du 15 juin 2000 est venue clarifier les règles de répartition de compétence entre les deux ordres juridictionnels. La loi du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005), a parachevé le processus. Elle a juridictionnalisé l'ensemble des décisions relatives aux modalités de l'application des peines, complété les droits de la défense, systématisé le recours en appel et consacré les JAP, mais aussi les TAP, comme des juridictions de première instance⁵³⁶. Les TAP ont une compétence en trois matières : la libération conditionnelle pour des condamnations à des peines supérieures à dix ans ou dont la durée restant à subir est supérieure à trois ans (art. 730 CPP)⁵³⁷ ; la suspension de peine qui ne relève pas de la compétence du juge de l'application des peines et le relèvement de la période de sûreté (art. 712-7 CPP).

Depuis lors, l'octroi ou le refus, l'ajournement, la modification, le retrait ou la révocation, de ce type de mesures décidés par le JAP ou le TAP, sont régis par un ensemble de règles procédurales communes régies par les articles 707 à 712-20 du Code de procédure pénale.

Ces instances sont *saisies* soit d'office, soit sur la demande du condamné soit sur réquisitions du procureur de la République (art. 712-4 al. 1 et 712-7 al. 1 CPP).

Quant à la *procédure*, la plupart de ces mesures⁵³⁸ sont rendues, après avis du représentant de l'administration pénitentiaire, dans le respect des droits de la défense. Elles sont rendues après un débat contradictoire (sauf si l'intéressé donne son accord pour s'en passer), tenu en chambre du conseil, au cours duquel le juge de l'application des peines entend les réquisitions du ministère public et les observations du condamné ainsi que, le cas échéant, celles de son avocat. Ces règles sont prévues aussi bien pour les décisions du JAP (art. 712-6 al. 2) que pour celles du TAP (art. 712-7 al. 2 CPP).

Ce débat peut être précédé d'une *instruction*. Les juridictions de l'application des peines peuvent diligenter des auditions, enquêtes, expertises, réquisitions, ou autres mesures utiles. Les enquêtes peuvent porter, le cas échéant, sur les conséquences des mesures d'individualisation de la peine au regard de la situation de la victime (art. 712-16 CPP).

⁵³⁶ « Le juge de l'application des peines et le tribunal de l'application des peines constituent les juridictions de l'application des peines du premier degré qui sont chargées, dans les conditions prévues par la loi, de fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application », (art. 712-1 CPP).

⁵³⁷ « Lorsque la peine privative de liberté prononcée est d'une durée inférieure ou égale à dix ans, ou que, quelle que soit la peine initialement prononcée, la durée de détention restant à subir est inférieure ou égale à trois ans, la libération conditionnelle est accordée par le juge de l'application des peines selon les modalités prévues par l'article 712-6.

Dans les autres cas, la libération conditionnelle est accordée par le tribunal de l'application des peines selon les modalités prévues par l'article 712-7 », (art. 730 CPP).

⁵³⁸ Les jugements concernant les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle.

Les décisions, ordonnances ou jugements, du JAP (712-4 al. 1 CPP) et du TAP (art. 712-7 al. 1 CPP) sont motivées.

Leurs décisions peuvent être attaquées par la *voie de l'appel* soit de la part du condamné soit de la part du procureur de la République (art. 712-11 CPP). L'appel est exercé, suivant le type de mesure concernée, devant la chambre de l'application des peines de la cour d'appel⁵³⁹, soit devant le président de cette chambre⁵⁴⁰. La chambre de l'application des peines de la cour d'appel est composée d'un président de chambre et de deux conseillers⁵⁴¹.

Enfin, il existe une troisième voie de recours : les décisions en appel peuvent faire l'objet d'un *pouvoir en cassation* (art. 712-15 CPP).

En ce qui concerne spécialement les *réductions de peine*, entrées dans le champ de décisions susceptibles d'un recours juridictionnel, par la loi du 9 mars 2005, les instances de recours pour contester le calcul différent suivant la nature des réductions de peine. Le recours contre le calcul des réductions automatiques s'exerce devant le tribunal correctionnel ou la chambre de l'instruction qui a prononcé la condamnation, (art. 710 CPP)⁵⁴². Le recours contre le calcul des réductions de peine discrétionnaires s'exerce devant la chambre de l'application des peines de la Cour d'appel (art. 1.2 de la circulaire de 7 avril 2005).

En revanche, les décisions de retrait, étant toutes prises par le JAP, quel que soit le type des *réductions de peine*, suivent les règles de recours communes. Elles peuvent être attaquées par la voie de l'appel devant la chambre de l'application des peines de la Cour d'appel (art. 3.2.4. de la circulaire 7 avril 2005).

⁵³⁹ Il s'agit de l'appel concernant les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle ainsi que les mesures concernant le relèvement de la période de sûreté, la libération conditionnelle ou la suspension de peine qui ne relèvent pas de la compétence du juge de l'application des peines (art. 712-13 CPP).

⁵⁴⁰ Sont portées devant le président, les ordonnances du JAP concernant les réductions de peine, les autorisations de sortir sous escortes et les permissions de sortir ainsi que les décisions modifiant ou refusant de modifier les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle (art. 712-12 CPP).

⁵⁴¹ Pour les jugements visés par l'article 712-7 (à savoir les mesures concernant le relèvement de la période de sûreté, la libération conditionnelle ou la suspension de peine qui ne relèvent pas de la compétence du juge de l'application des peines), la chambre comporte dans sa composition également d'un responsable d'une association de réinsertion des condamnés et d'un responsable d'une association d'aide aux victimes (art. 712-13, al. 2 CPP).

⁵⁴² Voir aussi P. PONCELA, « Chronique de l'exécution des peines », *RSC*, 2007-2, p. 350-363.

Quant à l'intervalle pour un nouvel examen des demandes à bénéficier des mesures d'individualisation de la peine, il est d'un an⁵⁴³. Toutefois, *les intervalles* peuvent être très longs. La chambre de recours, si elle rend une décision négative (pour une des mesures mentionnées aux articles 712-6 ou 712-7) peut fixer un délai pendant lequel toute nouvelle demande tendant à l'octroi de la même mesure sera irrecevable. Les seules limites émises sont que ce délai ne peut excéder ni *le tiers* du temps de détention restant à subir ni *trois années* (712-13, al. 3 CPP).

En revanche, le *délai bref de contrôle de légalité* est respecté dans le cadre d'un éventuel *retrait* d'une mesure de semi-liberté, de placement extérieur ou de placement sous surveillance électronique (art. 712-18 CPP), ainsi que dans *la révocation* de la libération conditionnelle (art. 712-19 CPP). Ces décisions peuvent avoir lieu même après l'expiration de ces mesures, si le JAP ou le TAP en ont été saisi dans un délai d'un mois après leur expiration pour des conduites qui ont eu lieu pendant la durée de ces mesures⁵⁴⁴. Le contrôle de légalité doit avoir lieu dans un délai de quinze jours suivant l'incarcération du condamné qui résulte d'une suspension provisoire prise par le juge de l'application des peines (art. 712-19⁵⁴⁵ et 712-11 CPP). Enfin, si le JAP rend une décision favorable au condamné, le délai de jugement peut être rallongé de deux mois par l'exercice éventuel d'un recours de la part du procureur.

Ces garanties sont-elles pour autant conformes à la Convention ?

Si les règles de procédure sont en théorie conformes à l'article 5 §1 et §4 de la Convention⁵⁴⁶, la conformité des règles de fond reste à prouver. Outre le caractère flou de certains critères, comme l'inconduite notoire, des critères supplémentaires sont ajoutés par la jurisprudence rendant l'accès à ces mesures plus incertain et difficile. Ainsi, le critère de reconnaissance des fautes est pris en compte dans l'appréciation des « efforts sérieux de réadaptation sociale », alors qu'il n'est prévu nulle part dans les lois et les Décrets. Pourtant, il empêche la personne qui n'a pas avoué

⁵⁴³ Pour la libération conditionnelle : « Pour l'application du présent article, la situation de chaque condamné est examinée au moins une fois par an, lorsque les conditions de délai prévues à l'article 729 sont remplies », (art. 730 CPP). Pour l'octroi d'une permission de sortir, d'une autorisation de sortir sous escorte ou d'une réduction de peine supplémentaire, c'est le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel qui peut, par une décision motivée, décider que le condamné n'est pas recevable à déposer une demande similaire pendant un délai d'un an (art. D49-41-2 CPP).

⁵⁴⁴ « La violation par le condamné des obligations auxquelles il est astreint, commise pendant la durée d'exécution d'une des mesures, y compris de sursis avec mise à l'épreuve ou obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, mentionnées aux articles 712-6 et 712-7 peut donner lieu à la révocation ou au retrait de la mesure après la date d'expiration de celle-ci lorsque le juge ou la juridiction de l'application des peines compétent a été saisi ou s'est saisi à cette fin au plus tard dans un délai d'un mois après cette date » (art. 712-20 CPP).

⁵⁴⁵ « A défaut de la tenue du débat contradictoire prévu par l'article 712-6 dans un délai de quinze jours suivant l'incarcération du condamné, celui-ci est remis en liberté s'il n'est pas détenu pour une autre cause. Ce délai est porté à un mois lorsque le débat contradictoire doit se faire devant le tribunal de l'application des peines en application des dispositions de l'article 712-7 » (art. 712-9 CPP).

⁵⁴⁶ La procédure dans libération conditionnelle a été jugé par la Cour comme offrant des « garanties judiciaires adéquates » conformes aux textes européens, CEDH, *Léger c. France*, préc., §§ 64-77.

l'infraction, ou qui réclame son innocence, de bénéficier des mesures citées. Tel a été le cas, dans l'affaire *Léger*. Or la Cour a justifié ce critère⁵⁴⁷, comme elle a justifié l'ensemble de sous-critères cités dans l'appréciation d'« efforts sérieux de réadaptation sociale » au titre de la marge nationale, tout en jugeant que certains peuvent être flous⁵⁴⁸.

Pour obtenir une libération conditionnelle, il faut de surcroît, apporter la preuve de l'existence d'un logement ainsi que d'une promesse d'un contrat de travail. Ces critères auraient du être assouplis au regard de la recommandation du Conseil de l'Europe concernant la libération conditionnelle (2003)⁵⁴⁹ qui tient compte de problèmes de logement et de chômage que connaît actuellement l'Europe : « L'absence de possibilité d'emploi au moment de la libération ne devrait pas constituer un motif de refus ou de report de la libération conditionnelle. Des efforts devraient être déployés pour trouver d'autres formes d'activité. Le fait de ne pas disposer d'un logement permanent ne devrait pas non plus constituer un motif de refus ou de report de la libération conditionnelle. Il conviendrait plutôt de trouver une solution provisoire d'hébergement. (règle n° 19).

Par ailleurs, nous pouvons nous interroger sur l'efficacité de la juridictionnalisation de ces mesures en faveur des intéressés. Les garanties procédurales n'ont pas entraîné une augmentation du nombre accordé de ces mesures. Ainsi, le taux d'octroi de la libération conditionnelle, non seulement ne s'est pas amélioré (seulement 5% de libérations conditionnelles ont été accordées en 2006), mais il a décliné constamment depuis sa juridictionnalisation : en 2001, le taux était de 12%⁵⁵⁰. Concernant les autres mesures, au 1^{er} novembre 2007, selon le ministère de la Justice, 4 831 personnes écrouées bénéficiaient d'un aménagement de peine. Précisément, 800 personnes bénéficiaient d'une mesure de placement à l'extérieur, 1 724 d'une mesure de semi-liberté et 2 307 d'un placement sous bracelet électronique⁵⁵¹.

La juridictionnalisation ne constitue pas non plus une garantie contre des longues durées de détention. Ce qu'a montré l'affaire *Léger*, concernant un détenu en France ayant passée quarante et un ans en prison avant de pouvoir bénéficier d'une libération conditionnelle.

⁵⁴⁷ « L'absence d'amendement de sa part, à cause de non reconnaissance des actes, peut entrer dans l'examen des 'efforts sérieux de réadaptation sociale' tel que prévu par l'article 729 précité. Dès lors, il n'est pas sans lien avec l'évolution de la personnalité du requérant et relève de l'interprétation qu'ont fait les autorités nationales de cette disposition », CEDH, *Léger c. France*, préc., § 69.

⁵⁴⁸ « En France, la procédure de libération conditionnelle est dite discrétionnaire car elle exclut tout automatisme de la libération, elle comporte de ce fait le risque de se voir appliquer des critères d'octroi à une libération conditionnelle un peu flous », CEDH, *Léger c. France*, préc., § 70.

⁵⁴⁹ *Rec(2003)22* du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la libération conditionnelle.

⁵⁵⁰ 12 %, en 2001 ; 9 %, en 2002 ; 8 %, en 2003 ; 8%, en 2004 ; et 6%, en 2005, et 5% en 2006, Chiffres cités dans le rapport du Sénat sur le *Projet de loi de finances pour 2008 : Justice-Administration pénitentiaire*, www.senat.fr/rap/a07-096-4/a07-096-45.html. Voir aussi, Statistiques trimestrielles de la population prise en charge en milieu fermé, *Direction de l'administration pénitentiaire, Bureau des études, de la prospective et des méthodes*.

⁵⁵¹ www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10095&ssrubrique=10234&article=13726.

Mais outre, les mesures d'aménagement de peine, les sanctions disciplinaires peuvent également influencer le contenu mais aussi la durée de la détention. Il reste encore à examiner sa réglementation au sein des droits nationaux ici comparés.

§ 2. Un contrôle par ricochet résultant de l'application du procès équitable dans la justice disciplinaire pénitentiaire

C'est par ricochet que la justice disciplinaire pénitentiaire peut influencer le droit à la liberté d'une personne détenue. Rappelons que, eu égard à la jurisprudence européenne dans l'arrêt *Campbell et Fell* et dans l'arrêt *Ezeh et Connors*. Certaines sanctions disciplinaires peuvent être assimilées à des sanctions privatives de liberté. Cela est possible par leurs effets défavorables sur la possibilité de bénéficier de mesures permettant de mettre fin à la détention, soit définitivement (par le système de réduction de peine), soit en exécutant la dernière partie de la peine en milieu libre (par exemple sous le régime de libération conditionnelle). Il peut alors être exigé, pour observer la protection contre l'arbitraire, que ces sanctions soient prononcées à l'issue d'une procédure respectant les règles élémentaires du procès équitable. Il en est ainsi, notamment, de la sanction de mise en cellule. C'est la sanction la plus lourde tant par sa nature, puisqu'il s'agit d'une sorte d'isolement disciplinaire, que par ses effets négatifs dans l'application des mesures modulant la durée de la détention. Aussi, convient-il de présenter rapidement les garanties élémentaires exigées par le procès équitable (A) avant de se pencher sur le champ de leur applicabilité dans les droits grec et français et sur la conformité de ceux-ci aux garanties européennes (B).

A. La reconnaissance européenne de l'application du procès équitable

C'est grâce au sens européen autonome de la notion de « matière pénale » que la Cour a pu faire entrer les sanctions disciplinaires pénitentiaires dans le champ d'application du *droit au procès équitable*. La notion d'accusation pénale revêt un *sens autonome* ne coïncidant pas avec les catégories juridiques des droits internes⁵⁵². Cette autonomie du sens repose sur l'adoption d'une approche matérielle et non formelle de l'interprétation de certaines notions juridiques. Cette méthode est jugée la plus apte à servir le but de la Convention européenne des droits de l'homme : la garantie effective et non théorique des droits de l'homme. Cela l'oblige, estime la Cour, à regarder au-delà des apparences et des qualifications juridiques dans les droits internes⁵⁵³.

⁵⁵² « La notion d'accusation en matière pénale revêt cependant un caractère autonome ; elle doit s'entendre au sens de la Convention », *Deweert*, préc., § 42. Voir aussi, entre autres arrêts : *König*, c. RFA, 28 juin 1978, Série A, n°27, § 88 ; CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 81 ; CEDH, *E.L., R.L. et J.O.-L., c. Suisse*, 29 août 1997, Recueil 1997-V, § 44.

⁵⁵³ Voir le travail du Groupe de recherche, *Droits de l'homme et Logiques juridiques* : « La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *RSC*, 1987, n° 4, pp. 819-862.

C'est cet objectif et cette approche qui ont permis à la Cour de qualifier certaines accusations, disciplinaires selon les droits pénitentiaires, d'accusations en matière pénale au sens de la Convention. Cela a eu lieu pour la première fois dans l'arrêt *Campbell et Fell* (1984). Tout en tenant compte des particularités de l'espace carcéral, cette instance, après avoir affirmé « n'ignorer ni le régime disciplinaire carcéral spécial, ni la nécessité de réprimer la mauvaise conduite des détenus avec toute la *promptitude possible* et la nécessité de *sanctions sur mesure*, ni le désir des autorités pénitentiaires de garder la haute main sur la discipline dans leurs établissements⁵⁵⁴ », elle a déclaré : « La garantie d'un procès équitable, but de l'article 6, figure parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention. Comme le montre l'arrêt *Golder*, la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons et rien, dans les cas appropriés, ne permet de priver les détenus de la protection de l'article 6⁵⁵⁵ ». Cette jurisprudence fut consolidée dans l'arrêt *Ezeh et Connors* (2002).

Un détenu a donc droit de faire valoir la garantie d'un procès équitable lorsqu'il est accusé d'infractions à la discipline pénitentiaire, si ces accusations peuvent passer pour « pénales » au regard de la Convention. Aussi, convient-il de présenter les garanties requises par le procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention.

Le procès équitable requiert, entre autres, le respect des garanties suivantes. *L'indépendance et l'impartialité du tribunal*⁵⁵⁶ : elles sont appréciées au regard de l'indépendance à l'égard, aussi bien du pouvoir exécutif, que des parties ; du mode et de la durée de désignation de ses membres ainsi que de l'inamovibilité des juges⁵⁵⁷. *La présomption d'innocence. La notification rapide de l'acte d'accusation. Et nécessaire, traduite. Les facilités nécessaires pour la préparation de la défense.* Celles-ci comprennent notamment : le droit de disposer d'un délai suffisant pour la préparation de la défense⁵⁵⁸ ; le droit de se défendre personnellement et/ou par un avocat librement choisi ; la confidentialité des échanges avec l'avocat et sa consultation préalable au procès et en temps utile⁵⁵⁹ ; ou encore la possibilité d'obtenir l'aide juridictionnelle en cas d'insuffisance des

⁵⁵⁴ « Elle n'ignore pas que dans le contexte carcéral des raisons pratiques et politiques militent pour un régime disciplinaire spécial, par exemple des considérations de sécurité, l'intérêt de l'ordre, la nécessité de réprimer la mauvaise conduite des détenus avec toute la promptitude possible, l'existence de sanctions sur mesure dont les juridictions de droit commun peuvent ne pas disposer et le désir des autorités pénitentiaires de garder la haute main sur la discipline dans leurs établissements », *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., préc., § 69.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Dont l'interprétation est dominée par le principe de la confiance que les juridictions doivent inspirer aux justiciables dans une société démocratique, *Piersack c. Belgique*, 1 oct. 1982, Série A n° 53, § 30 ; CEDH, *Sander c. R.U.*, n°34129/96, CEDH 2000-V, § 22.

⁵⁵⁷ Voir entre autres arrêts : CEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, Série A n°13 § 97 ; CEDH, *Stramek c. Autriche* du 22 oct. 1984, Série A, n°84, § 42 ; CEDH, *Findlay c. R.U.*, 25 février 1997, Recueil 1997-I, §§ 73-78 ; CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., préc., § 81.

⁵⁵⁸ La veille de l'audience, peut passer pour suffisant (arrêt *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., §§ 97-98), mais pas une heure avant la séance (CEDH, *Twalib c. Grèce*, n° 24294/94, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV).

⁵⁵⁹ « Un avocat ne saurait guère assister son client au sens de l'art. 6 § 3 al.c sans consultation préalable », *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., §§ 97-98.

ressources pour rémunérer un avocat⁵⁶⁰. *L'égalité des armes*⁵⁶¹. Un véritable débat contradictoire⁵⁶². Celui-ci requiert : la comparution personnelle et/ou la représentation par un avocat⁵⁶³ ; la communication de tous les moyens présentés au juge et la possibilité de les discuter et de les contredire de manière concrète et effective⁵⁶⁴, y compris d'interroger les témoins, au moins, au stade de l'instruction⁵⁶⁵ et de recourir à des expertises⁵⁶⁶. *La publication du procès*. C'est la garantie qui contribue le plus directement à assurer la confiance des justiciables en la justice⁵⁶⁷, en permettant de contrôler la manière dont elle est exercée⁵⁶⁸. Il peut suffire que le contenu du jugement soit accessible au public⁵⁶⁹. En revanche, un manquement devant les juridictions de fond ne peut pas être comblé par la publicité du procès devant une instance qui connaît uniquement des questions de droit⁵⁷⁰. *La motivation de la décision*. Son étendue peut varier selon la nature de la décision et les circonstances de chaque espèce⁵⁷¹. *La rapidité de la procédure*. Cette garantie, qui s'étend jusqu'à l'exécution d'une décision⁵⁷², est consacrée par la Convention en termes de « délai raisonnable » et vise « à empêcher que le justiciable ne soit en proie à l'inévitable angoisse qui résulte des retards dans le jugement de sa cause »⁵⁷³.

⁵⁶⁰ *Twalib c. Grèce*, préc., § 63.

⁵⁶¹ Cette garantie implique « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire », CEDH, *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 oct. 1993, Série A n°274, § 33 ; CEDH, *Nideröst-Huber c. Suisse*, n°18990/91, Recueil 1997-I, § 23 ; CEDH, *Foucher c. France*, n°22209/93, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, § 34.

⁵⁶² « L'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 § 1 est le caractère contradictoire de celle-ci », CEDH, *Mantovanelli c. France*, n°21491/93, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, § 33.

⁵⁶³ *Feldbrugge c. Pays-Bas*, 29 mai 1986, Série A n°99, 30 août 1990, §§ 42-44.

⁵⁶⁴ CEDH, *Mantovanelli c. France*, § 33. Voir aussi, CEDH, *Vermeulen c. Belgique*, n°19075/91, 20 févr. 1996, Recueil 1996-I, § 35 ; R 23043/93 (*Slimane Kaïd/France*), préc., § 121 ; CEDH, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 23 juin 1993, Série A n°262, § 63 ; CEDH, *Brandstetter*, 28 août 1991, Série A n°211, § 67 ; CEDH, *Slimane-Kaïd c. France*, n°22507/95, CEDH 2000-I.

⁵⁶⁵ « Les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou d'une façon déterminante sur des dispositions d'un témoin que l'accusé n'a eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats », CEDH, *Saidi c. France*, 29 sept. 1993, Série A n°261-C, § 44. Voir aussi l'arrêt *A. M. c. Italie*, n°37019/97, 14 déc. 1999.

⁵⁶⁶ CEDH, *Mantovanelli c. France*, préc., § 34 ; CEDH, *Pélissier et Sassi c. France*, n°25444/94, 25 mars 1999, Recueil 1999-II, § 4.

⁵⁶⁷ CEDH, *Axen c. R.F.A.*, 8 déc. 1983, Série A n°72, § 25 ; CEDH, *Sutter c. Suisse*, n°8209/78, Série A, n°74, § 26 ; CEDH, *Pretto c. Italie*, 8 déc. 1983, Série A n°71, § 21 ; CEDH, *Gautrin et autres*, préc., § 42.

⁵⁶⁸ Le but de cette garantie est de « permettre le contrôle du pouvoir judiciaire par le public afin d'assurer le droit à un procès équitable », CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 91 ; arrêt *Gautrin et autres*, préc., § 42.

⁵⁶⁹ CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 91. Il peut, par exemple, suffire le dépôt du jugement au greffe du tribunal et accessible au public (CEDH, *Pretto c. Italie*, 8 déc. 1983, Série A, n°71) ou sa publication dans un recueil officiel peut satisfaire aux exigences de la publicité (CEDH, *Axen c. R.F.A.*, 8 déc. 1983, Série A, n°72).

⁵⁷⁰ « La haute juridiction ne connaît pas le fond des affaires de sorte que de nombreux aspects des contestations relatives aux droits et obligations de caractère civil échappent à son contrôle. Pour de tels aspects, qui exigeaient en l'espèce, il n'y a eu ni débats publics ni décision rendue en public comme le veut l'art. 6 § 1 », CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, Série A n°43, § 60.

⁵⁷¹ CEDH, *Higgins et autres c. France*, n°20124/92, 19 févr. 1998, Recueil 1998-I, § 42.

⁵⁷² La phase de l'exécution est considérée comme partie intégrante du procès : si bien que la durée de son exécution est prise en compte dans l'appréciation du délai raisonnable : CEDH, *Dewicka c. Pologne*, n°38670/97, 4 févr. 2000 ; CEDH, *Comingersoli S.A. c. Portugal*, n°35382/97, CEDH 2000-IV.

⁵⁷³ R. ERGEC ET J. VELU, « La notion du délai raisonnable dans les articles 5 et 6 de la CEDH », *Rev. Tr. DH*, n° spécial janv. 1991, p. 159.

Soulignons à propos de l'application de ces garanties du procès équitable dans la prison ceci. Alors que son applicabilité a été reconnue seulement en 1984, et demeure limitée dans le cadre de la sanction de mise en cellule disciplinaire (arrêt *Campbell et Fell* et arrêt *Ezeh et Connors*), la doctrine spécialisée sur les questions pénitentiaires réclame cette garantie depuis la fin du XIX^e siècle et sans limitation. Elle remonte au Congrès pénitentiaire international tenu à Paris, en 1895 consacré spécialement à l'organisation de la procédure disciplinaire pénitentiaire. Estimant que cette procédure était loin de satisfaire aux exigences, même minimales, de la justice, c'est en se référant aux arguments du fondateur du prétoire disciplinaire en France, T. Duchâtel, qu'un congressiste, M. Fournier avait proposé de garantir un véritable procès équitable. Il défendait, déjà à l'époque, deux aspects forts d'un tel procès : le *tribunal indépendant* et la *publicité de l'audience du prétoire*. Selon M. Fournier, « le tribunal ne saurait être constitué par le directeur de la prison, soit tout seul, soit avec adjonction d'assesseurs qui n'ont qu'une voix consultative. Si un directeur est investi de ces fonctions de juge unique, voyez à quels abus nous pouvons arriver. Supposons un pays -il n'est certes pas invraisemblable de supposer- où la punition qui doit être appliquée à telle infraction donnée n'a pas été indiquée par l'administration supérieure : voilà donc un directeur qui réunira entre ses mains le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif ; est-il admissible ?⁵⁷⁴ ». Il préconisait alors la création d'un tribunal disciplinaire, composé de hauts fonctionnaires de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, devant lequel le directeur viendrait comme ministre public pour requérir, dans l'intérêt de la discipline, l'application de la punition encourue par le détenu et demander qu'elle soit prononcée⁵⁷⁵. Il défendait également, au nom de l'équité, le caractère public de l'audience du prétoire. Ce principe, avant déjà été défendu par T. Duchâtel en 1842⁵⁷⁶, M. Fournier précisait qu'il entendait par publicité « celle résultant de la présence de plusieurs fonctionnaires de l'établissement et d'un certain nombre de prisonniers⁵⁷⁷ ».

Or, à l'heure actuelle, la justice équitable ne s'est pas encore généralisée en prison, ni au niveau européen ni au niveau national. Les droits nationaux grec et français, ont noté des progrès notables en matière disciplinaire, mais les garanties offertes ne sont toujours pas adéquates au regard de l'enjeu pour la liberté que certaines sanctions peuvent représenter.

⁵⁷⁴ FOURNIER, *Congrès pénitentiaire international de Paris*, 1895, p. 289.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 290.

⁵⁷⁶ « La justice disciplinaire doit être rendue publiquement parce que s'il est à désirer que les détenus punis avouent leurs fautes, il est plus important encore que les témoins de leurs explications reconnaissent l'équité des punitions infligées. C'est ainsi que se forme et se fortifie dans la prison cette confiance entière dans la justice et l'impartialité du directeur, sans laquelle tout ascendant moral de l'administration sur les condamnés est impossible », T. Duchâtel, *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc., p. 384.

⁵⁷⁷ « Je n'insiste pas car il me semble que sur ce point de la publicité de l'audience du prétoire disciplinaire nous devons être tous d'accord. Par publicité, il va de soi que je n'entends que celle résultant de la présence de plusieurs fonctionnaires de l'établissement et d'un certain nombre de prisonniers », FOURNIER, *Congrès pénitentiaire international de Paris*, préc., p. 293.

B. L'état d'application du procès équitable au sein des droits nationaux

Il convient de mesurer l'impact sur les mesures d'individualisation de la peine que les sanctions disciplinaires peuvent avoir **(1)**, avant d'examiner si en l'état actuel des garanties, les procédures disciplinaires appliquées au sein de ces deux droits nationaux peuvent passer pour équitables **(2)**.

1. L'impact indirect de la sanction de mise en cellule sur la durée de la détention

En droit grec, les sanctions disciplinaires ont incontestablement un impact sur la libération conditionnelle, sur la semi-liberté mais aussi sur le calcul bénéfique du temps de détention **(a)**. En droit français, elles peuvent en avoir sur les mesures de la libération conditionnelle et les réductions de peine **(b)**.

a. Au sein du droit grec

Au moins trois dispositions du Code pénitentiaire grec témoignent de l'impact de ces sanctions sur la durée de la détention : celle relative à la libération conditionnelle et au calcul bénéfique des jours mais aussi celle sur le régime de semi-liberté. Si pour l'octroi de ce dernier, il est simplement prévu que la personnalité et le comportement de l'intéressé pendant sa détention, *peuvent être pris en compte* (art. 60 §§ C.pénit.), dans l'octroi de la libération conditionnelle et du calcul bénéfique, il est expressément prévu que les sanctions disciplinaires *sont prises en compte* dans l'évaluation de la personnalité du détenu (art. 69 §§ 2-4 du C. pénit.).

Leur influence sur la libération conditionnelle est toutefois limitée par deux lois n° 2207/94 et n° 2408/1995 ayant comme objectif d'inciter les tribunaux à en faire la règle et non l'exception. En effet, comme nous l'avons évoqué, les tribunaux ont, dès le début des années '80, limité l'influence des sanctions en excluant les sanctions légères : « *Des sanctions disciplinaires légères n'excluent pas la bonne conduite* » du futur détenu libéré⁵⁷⁸, à moins qu'elles n'aient été *fréquentes*⁵⁷⁹.

b. Au sein du droit français

En droit français, le rôle des sanctions disciplinaires sur la durée de la détention est évident par leur impact aussi bien sur la réduction de peine et la libération conditionnelle, que sur la mesure de semi-liberté.

⁵⁷⁸ Trib. correct. Patras, 166/1982, *Sympliroma nomologhias*, 1982, p. 190.

⁵⁷⁹ Trib. Correct. Corfou, 87/1981, *Poinika chronika*, 1982, p. 188.

Dans le cadre de la *réduction de peine*, leur impact est clair. D'abord, l'octroi des réductions de peine supplémentaires⁵⁸⁰, qui relève de la compétence du JAP, est fondé sur la bonne conduite du détenu (art. 721-1 CPP)⁵⁸¹. Ensuite, le retrait de cette mesure comme le retrait de la réduction de peine automatique (art. 721 CPP), est fondé sur la mauvaise conduite⁵⁸². Or, cette conduite est, entre autres, appréciée par la commission ou non, d'infractions disciplinaires. En effet, si le JAP dispose d'une marge d'appréciation dans les conséquences à attacher aux sanctions disciplinaires prononcées contre un détenu, il est de pratique constante que la sanction de mise en cellule entraîne la perte automatique des jours de réduction de peine déjà accordés. Ainsi que l'avait confirmé le gouvernement français, à l'occasion des affaires examinées par la Commission européenne, un jour de cette sanction entraîne un jour et demi de perte de réduction de peine. Les sanctions pour évasion ou tentative d'évasion entraînent, quant à elles, quasi-automatiquement, le retrait total ou partiel de la réduction de peine accordée durant l'année précédente, ainsi que la diminution des réductions de peine durant l'année en cours ou encore le refus total d'en accorder.

Quant aux effets des sanctions sur la liberté conditionnelle, si l'expression « bonne conduite », disparue depuis les lois du 17 juillet 1970 et du 29 décembre 1972 est actuellement remplacée par celle des « efforts sérieux de réadaptation sociale »⁵⁸³, en réalité, comme l'a relevé la Cour dans l'affaire *Léger*, cette dernière implique bien l'appréciation de la bonne conduite. Dès lors, il n'est pas exclu que ces deux pays se trouvent confrontés à la question du respect du procès équitable dans le cadre de leurs procédures disciplinaires pénitenciaires.

2. La procédure appliquée dans le cadre de la sanction de mise en cellule

Tout le droit grec, que le droit français, prévoient un nombre de garanties lors du recours à des sanctions disciplinaires, à tout le moins à la plus lourde parmi elles : la mise en cellule disciplinaire. Sont-elles conformes aux exigences citées de la Convention ? Pour le savoir, il faut

⁵⁸⁰ A côté de ce type de réduction, il existe les réductions de peine automatiques prévues par l'article 721 du Code de procédure pénale auxquelles le détenu a droit indépendamment de sa conduite en prison.

⁵⁸¹ Une réduction supplémentaire de la peine peut être accordée aux condamnés qui manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale, notamment en passant avec succès un examen scolaire, universitaire ou professionnel traduisant l'acquisition de connaissances nouvelles, en justifiant de progrès réels dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation, en suivant une thérapie destinée à limiter les risques de récidive ou en s'efforçant d'indemniser leurs victimes », (721-1 al.1 CPP).

⁵⁸² « En cas de mauvaise conduite du condamné en détention, le juge de l'application des peines peut être saisi par le chef d'établissement ou sur réquisitions du procureur de la République aux fins de retrait, à hauteur de trois mois maximum par an et de sept jours par mois, de cette réduction de peine. Sa décision est prise dans les conditions prévues à l'article 712-5 », (art. 721, al. 3 CPP).

⁵⁸³ « La libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive. Les condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale, notamment lorsqu'ils justifient soit de l'exercice d'une activité professionnelle, soit de l'assiduité à un enseignement ou à une formation professionnelle ou encore d'un stage ou d'un emploi temporaire en vue de leur insertion sociale, soit de leur participation essentielle à la vie de famille, soit de la nécessité de subir un traitement, soit de leurs efforts en vue d'indemniser leurs victimes » (art. 729 al.1 CPP).

tenir compte à la fois de la procédure disciplinaire pénitentiaire et les recours. La Cour admet la complémentarité de différentes étapes de procédure : les lacunes à un niveau de procédure peuvent être comblées à un autre. Encore faut-il que les recours puissent être exercés devant des instances impartiales et indépendantes, qui observent les règles élémentaires de procédure équitable et qui disposent d'un pouvoir de contrôle assez ample qui comprend l'ensemble des points de fait et de droit ainsi que d'un pouvoir de sanction et de réparation efficace⁵⁸⁴. C'est en ayant à l'esprit ces éléments qu'il convient d'apprécier si les garanties assurées en droit grec, au sein duquel cette sanction peut durer jusqu'à 10 jours **(a)** et en droit français, au sein duquel elle peut durer jusqu'à 45 jours **(b)**, sont satisfaisantes au regard des exigences du procès équitable.

a. Au sein du droit grec

La procédure concernant les sanctions disciplinaires s'est progressivement améliorée en droit grec, notamment depuis les deux dernières lois pénitentiaires de 1989 et 1999. Elle demeure toutefois insatisfaisante au regard du procès équitable. Prévues essentiellement dans les articles 70 et 71 du Code pénitentiaire, les règles de procédure contre les infractions disciplinaires, ne permettent d'assurer que partiellement les garanties élémentaires d'un tel procès, tant devant le prétoire que dans le cadre du recours.

Les poursuites devant le prétoire

Le premier inconvénient de la procédure à ce niveau consiste dans la nature même de l'instance de décision. La Commission de discipline qui siège dans chaque établissement ne peut passer pour une instance ni indépendante ni impartiale. Composée des trois membres, seul son président jouit de ces garanties. Il s'agit du Procureur chargé de l'inspection de l'établissement. Les deux autres membres, qui disposent également d'un pouvoir de décision, sont le directeur de l'établissement et l'assistant social avec la plus grande ancienneté ou de leurs délégués légaux. (art. 70 § 1). Si bien que, quelles que soient les règles de procédure, le procès devant le prétoire ne peut pas passer pour équitable.

D'ailleurs, les règles de procédure ne répondent que partiellement à celles du procès équitable. *Les poursuites sont déclenchées par un rapport écrit* soumis par un surveillant à la Commission, au plus tard dans les dix jours après la commission de l'infraction (71 § 1 C. pénit.). Le

⁵⁸⁴ « La Cour rappelle que même lorsque l'article 6 § 1 se trouve à appliquer, l'attribution du soin de statuer sur des infractions disciplinaires à des juridictions ordinaires n'enfreint pas en soi la Convention. Toutefois, celle-ci commande alors, au moins l'un des systèmes suivants : ou bien lesdites juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6 § 1, ou bien elles n'y répondent pas mais subissent le contrôle ultérieur d'un *organe judiciaire de pleine juridiction* présentant, lui, les garanties de cet article », CEDH, *Gautrin et autres c. France*, 20 mai 1985, Recueil 1998-III, § 57.

détenu est immédiatement *informé des accusations par une convocation* et invité à préparer sa défense (art. 71 § 2). Il dispose de cinq jours (art. 71 § 3 C. pénit.). En ce qui concerne les droits de la défense, *le détenu se défend en personne*, il a *droit de citer des témoins*, dont le nombre peut être limité par la commission de discipline (art. 71 § 3, C. pénit.) et il a droit de se faire assister par un *interprète* s'il ne maîtrise pas la langue grecque (art. 71 § 2 C. pénit.). *La décision* doit être *motivée de manière circonstanciée* (art. 71 § 5 C. pénit.) et *notifiée* dans les cinq jours (art. 71 § 5 C. pénit.).

A la lumière de l'ensemble de ces garanties, le respect très partiel du procès équitable est alors sans équivoque : la défense par un avocat n'est toujours pas assurée ; les moyens de preuve sont limités aux témoins ; et la publicité du procès n'est pas assurée ni par l'accès du public au prétoire ni par son accès au verdict, les décisions disciplinaires pénitentiaires n'étant pas publiées. Dès lors, des recours susceptibles de remédier à ces lacunes doivent être prévus.

Les recours

Comme en droit français, jusqu'à la jurisprudence *Marie* (1995), les juridictions administratives grecques refusent leur compétence en matière de recours des détenus contre des sanctions disciplinaires, y compris contre celle de la mise en cellule. Mais leur refus n'est pas fondé sur le même motif que les juridictions françaises, à savoir la considération des sanctions disciplinaires comme des « mesures d'ordre intérieur ». A savoir des mesures considérées comme de faible importance, qui ne méritent donc pas d'être portées devant un tribunal suivant le principe de la maxime *de minimis non curat praetor*. Selon Jean Carbonnier, il s'agit d'une maxime d'administration de la justice qui consiste à « dénier aux affaires de peu d'importance tout accès à la justice et, non pas simplement de les faire renvoyer à une juridiction inférieure ou de les priver d'une voie de recours⁵⁸⁵ ». La jurisprudence administrative grecque connaît également cet argument. La mesure d'ordre intérieur est définie comme une décision privée de caractère exécutoire⁵⁸⁶ n'entraînant pas de conséquences légales extérieures à un service public⁵⁸⁷. Concernant le service public pénitentiaire, le juge administratif a fait une application quasi générale. Il considère toutes les mesures prises par l'administration pénitentiaire comme des mesures d'ordre intérieur.

Mais, s'agissant des recours des détenus contre les décisions disciplinaires, le rejet par le juge administratif grec a été fondé sur le critère de partage de sa compétence avec celle du juge judiciaire en matière pénitentiaire. Ce critère est également similaire de celui en droit français. Selon

⁵⁸⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, préc., pp. 64-65 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 2e éd., préc., p. 565.

⁵⁸⁶ P.-D. DAGTOGLOU, *Droit de procédure administrative*, préc., pp. 380-385.

⁵⁸⁷ Arrêt du Conseil d'Etat n°1486/1950 relatif à une décision de transfert d'un détenu ; et arrêt n°2714/79 relatif au port de l'uniforme par des écoliers, mentionnées dans la revue *La Constitution*, 1980, t. 6, p. 9 ; Voir P.-D. DAGTOGLOU, *Droit de procédure administrative*, préc., pp. 380-385.

l'article 565 du code de procédure pénale, il appartient au tribunal correctionnel du lieu de détention de connaître « tout doute ou différent relatif au caractère exécutoire de la décision de condamnation, la nature et la durée de la peine ».

Or, le juge administratif grec l'a interprété dans un sens en faveur de la compétence du juge judiciaire. Ainsi, le Conseil d'Etat grec a décliné sa compétence en estimant que les décisions disciplinaires de mise en cellule « concernent les modalités, les conditions et la durée d'exécution de la peine privative de liberté prononcée par les juridictions pénales ; qu'étant ainsi étroitement liées à l'exécution d'une décision pénale, elles ne sont pas recevables pour un contrôle d'annulation auprès du Conseil d'Etat⁵⁸⁸ ». Un raisonnement qui au fond correspond à celui suivi par la Cour dans l'affaire *Campbell et Fell* et dans celle d'*Ezeh et Connors* à propos de ce type de sanctions disciplinaires.

Sauf que cette jurisprudence n'a donné lieu à aucun accès devant le juge judiciaire. Devant ce déni de justice, le législateur grec a fait un choix différent de celui en France. Il a institué un recours devant une juridiction chargée spécialement du contrôle de l'exécution et de l'application des peines : le TAP. En effet, depuis la réforme du droit pénitentiaire (Loi n°1351/1989), les détenus disposent d'une voie de recours contre la sanction de mise en cellule individuelle. Il est exercé devant le TAP (art. 70 § 2 C. pénit.) Il peut être exercé dans les cinq jours après la notification de la décision (art. 71 § 7 C. pénit.), sans effet suspensif sauf décision contraire de la Commission de discipline. La décision du TAP est irrévocable.

Cependant, rien d'autre n'est prévu, ni sur le caractère de la procédure ni sur le pouvoir de contrôle et de réparation. Ce qui permet de douter de l'efficacité du recours devant lui. Il est seulement prévu que le ministre de la Justice et la Commission de discipline peuvent sur recours hiérarchique, suspendre, interrompre ou gracier cette sanction pour deux motifs précis : pour préserver la vie et la santé en cas de danger grave, ou pour récompenser le détenu pour un acte méritant (art. 70 § 10 C. pénit.).

b. Au sein du droit français

Si des progrès y sont également notés depuis la réforme du droit disciplinaire pénitentiaire, par le Décret du 2 avril 1996, des lacunes subsistent dans la procédure devant le prétoire et qui, même depuis l'arrêt *Marie* (1996), ne sont pas comblées lors du recours juridictionnel administratif.

Les poursuites devant le prétoire

⁵⁸⁸ CE., n°1359/1970.

Concernant d'abord, les instances disciplinaires, de même qu'en droit grec, elles ne sont ni indépendantes ni impartiales. Le seul changement opéré, en 1996, est sa composition. Alors qu'auparavant, le chef d'établissement siégeait seul, depuis ce décret, il siège au sein de la Commission de discipline, mais il est toujours seul à décider. Cette Commission comprend également deux membres du personnel de surveillance désignés par le chef d'établissement mais ils n'ont qu'une voix consultative (art. D 250 al.1 et al.2, CPP).

Dès lors, en cas de poursuites disciplinaires qui, au regard de la Convention, sont susceptibles d'être qualifiées de poursuites pénales, le procès disciplinaire ne peut être conforme ni à l'article 6 ni à l'article 13 de la Convention, quelles que soient les règles de procédure.

D'autant plus que les règles de procédure sont également défailtantes au regard des exigences européennes.

Le déclenchement de la procédure se fait par la soumission au chef d'établissement d'un « compte-rendu d'incident », dans les plus brefs délais, par l'agent présent lors de l'incident ou informé de ce dernier. Un rapport est, par la suite, établi par un membre du personnel de commandement, du personnel de surveillance, ou par un premier surveillant major et adressé au chef d'établissement. Ce rapport comporte tout élément d'information utile sur les circonstances des faits reprochés au détenu et la personnalité de celui-ci (art. D 250-1, al.1 CPP).

L'accusé est convoqué par écrit, comportant l'exposé des faits qui lui sont reprochés et indiquant le délai dont il dispose pour *préparer sa défense*. Cependant ce délai est très court : seulement trois heures minimum avant le prétoire (art. D 250-2 CPP).

Quant au déroulement de l'audience, le détenu présente ses explications écrites ou orales soit en personne (art. D 250-4, al.1 CPP), soit, depuis la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000⁵⁸⁹, par un avocat ou un mandataire⁵⁹⁰. Pour l'assistance d'un avocat, le détenu peut recevoir l'aide juridictionnelle. En revanche, il n'est pas précisé que le détenu puisse citer des témoins, ni évidemment que le chef d'établissement doive les entendre. Enfin, l'*assistance d'un interprète* n'est prévue que « *dans la mesure du possible* » (art. D 250-4 al. 3 CPP). La décision sur la sanction disciplinaire est prononcée en présence du détenu, et lui est notifiée par écrit, sans délai (art. D 250-4 al.4). Elle doit être *motivée* et indiquer les droits de recours.

⁵⁸⁹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, rendue applicable en prison par une circulaire du Garde des Sceaux, n° NOR JUS E 00 40 087 C du 31 octobre 2000.

⁵⁹⁰ Notons que, alors que la loi ne prévoit aucune formalité particulière, la circulaire NOR JUS E 00 40 087 C du 31 octobre 2000 exige la mise en place des listes des mandataires agréés par les directeurs régionaux fondées sur des critères visant à exclure nombre des personnes et à retirer facilement l'agrément pour des motifs de manquement aux règles relatives à la sécurité et au bon ordre de la prison.

Dès lors, à part la présence de l'avocat au prétoire, comme en droit grec, plusieurs défaillances caractérisent cette procédure. *L'égalité des armes* n'est pas assurée puisqu'il n'est pas accordé au détenu le droit de citer des témoins à décharge ni de demander une contre-enquête. *L'assistance d'un interprète* n'est pas obligatoire⁵⁹¹. *Le délai de la préparation de la défense*, de trois heures, est très court. Cela signifie non seulement que le détenu maîtrise bien le français, mais encore qu'il est en mesure de décrypter les textes de droit et assez rapidement pour pouvoir consulter le Code de procédure pénale, les circulaires de son application, le règlement intérieur et les instructions du chef d'établissement, et qu'il puisse en faire synthèse. Même un avocat a besoin d'au moins trois heures pour préparer correctement une défense. Or le délai de trois heures ne garantit ni la présence effective, ni la défense efficace de l'avocat. D'autant qu'il faut y ajouter l'absence de règles de déroulement de la procédure au prétoire. Aussi la place et l'importance de l'avocat sont celles que les directeurs des prisons veulent bien lui accorder. Enfin, la *publicité*, garantie défendue depuis 1842 par T. Duchatel, n'est toujours pas respectée lors de l'audience au prétoire ni lors du prononcé de la sanction. Il est simplement prévu, en droit français, que les sanctions disciplinaires soient inscrites sur un registre tenu en prison. Mais ce registre n'est accessible qu'aux autorités judiciaires et administratives (art. D 250-6, al.3 CPP).

Les recours

Deux recours sont possibles en droit français : un hiérarchique et un juridictionnel. Le *recours hiérarchique est un préalable obligatoire, pour exercer le second*. Le détenu qui entend contester la sanction disciplinaire doit, tout d'abord, la déférer au directeur interrégional des services pénitentiaires, dans un délai de quinze jours à compter du jour de la notification de la décision. Ce dernier dispose d'un délai pour répondre par décision motivée (art. D250-5 CPP). C'est suite à sa décision, ou son silence qui vaut rejet, que l'intéressé peut exercer un recours juridictionnel.

Quant au recours juridictionnel, il est reconnu par voie jurisprudentielle, depuis 1995. Précisément, ce fut le Conseil d'Etat qui a, dans l'arrêt *Marie* du 17 février 1995, déclaré recevable la requête d'un détenu dirigée contre la sanction de mise en cellule de discipline qui lui avait été infligée pour avoir commis l'infraction de « réclamation injustifiée ayant déjà fait l'objet d'une décision de rejet » (art. D. 262 CPP). Le requérant s'était rendu coupable de cette infraction pour avoir adressé une lettre au chef du service de l'inspection générale des affaires sociales, afin de se plaindre du fonctionnement du service médical de l'établissement. Il s'était plaint précisément de ne

⁵⁹¹ Signalons à ce propos que, si les règles pénitentiaires européennes la recommandent seulement en termes de faculté -« dans la mesure où cela est nécessaire et réalisable, le détenu doit être autorisé à présenter sa défense par l'intermédiaire d'un interprète » (Règle 59-e)-, la jurisprudence européenne, elle, l'exige dans le procès équitable.

pas parvenir à se faire prodiguer des soins dentaires, alors qu'il souffrait d'une fracture de deux incisives depuis son arrestation.

Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt rendu dans cette affaire, a dû écarter l'argument classique de l'irrecevabilité de ce type de grief à savoir, leur caractère de mesure d'ordre intérieur. En suivant les conclusions du commissaire du gouvernement, Patrick Frydman⁵⁹², il a déclaré recevable ce recours en considérant qu'il s'agissait bien d'une « décision faisant grief » et qui, par conséquent, ne relevait pas de la catégorie des mesures d'ordre intérieur.

Il est important de faire remarquer que, dans le raisonnement suivi par le Conseil d'Etat, c'est la considération de la sanction de mise en cellule disciplinaire en soi, à savoir telle que son exécution est prévue par les Décrets relatifs au fonctionnement des prisons, qui lui confère le caractère de « décision faisant grief ». Cette instance a précisément pris en considération les dispositions suivantes qui régissent l'application de cette sanction depuis le décret du 1996 : « La punition de cellule consiste dans le placement du détenu dans une cellule aménagée à cet effet et qu'il doit occuper seul ; elle emporte pendant toute sa durée la privation d'achats en cantine ... ainsi que la privation des visites et de toutes les activités (art. D 251-3, al.1 CPP). De surcroît, en vertu de l'article 721 du Code de procédure pénale, tel qu'il était rédigé à l'époque, les réductions de peine, qui sont accordées aux condamnés détenus uniquement « s'ils ont donné des preuves suffisantes de bonne conduite », pouvaient être retirées « en cas de mauvaise conduite du condamné en détention ». Au vu de ces considérations, le Conseil d'Etat avait estimé qu'« eu égard à la nature et la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ».

Comme on devait s'y attendre, les autres juridictions administratives ont suivi la voie ouverte par le Conseil d'Etat par l'arrêt *Marie*⁵⁹³. Mais comme on devait également s'y attendre, vu le raisonnement du Conseil d'Etat dans l'arrêt susmentionné, le droit de recours contentieux est réservé à la seule sanction de mise en cellule disciplinaire. Toutes les autres continuent à être qualifiées de mesures d'ordre intérieur. De ce fait, elles ne peuvent donner lieu qu'à des recours hiérarchiques auprès du directeur régional, et ensuite, auprès du ministre de la Justice. Recours dont l'efficacité fut niée même par le commissaire du gouvernement dans l'affaire *Marie* : « Il n'aboutit guère en pratique à un véritable réexamen du dossier⁵⁹⁴ ». Pourtant, parmi les autres sanctions, certaines ne sont pas sans poser de questions au regard de la Convention. Nombre de celles prévues par l'article 251 et 251-1 du Code de procédure pénale, peuvent être analysées comme des ingérences dans l'exercice des droits protégés par la Convention : la suppression de l'accès au parloir sans dispositif de

⁵⁹² CE, *Marie*, concl. P. Frydman, *RFD adm.*, 1995, p. 335 et s.

⁵⁹³ Pour leur recensement, comportant des décisions pour la plupart non publiées, voir M. HERZOG-EVANS et J.-P. CERE, *La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence*, préc. pp. 509-516.

⁵⁹⁴ CE, *Marie*, concl. P. Frydman, *RFD adm.*, 1995, p. 335 et s.

séparation jusqu'à quatre mois peut être analysée comme une ingérence dans le droit au respect des liens privés et familiaux ; la privation de la radio et de la télévision pour une durée d'un mois, tout comme la privation jusqu'à un mois d'activités culturelles et de formation, peut être regardée comme une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression et d'information ; et le déclassement d'un emploi, comme ingérence dans les moyens de subsistance, et donc dans le respect des biens.

Ce qui est certain, c'est que les détenus en France disposent d'un droit de recours contre la sanction disciplinaire de mise en cellule qui est susceptible d'entraîner la perte des réductions de peine et/ou retarder ou empêcher l'accès à la libération conditionnelle. Le droit français s'est ainsi mis à l'abri d'une éventuelle évolution de la jurisprudence européenne qui procède à un examen de cas par cas, mais qui pourrait être amené à qualifier l'application d'une telle sanction comme apparentée à une sanction privative de liberté. La Commission européenne qui avait été saisie des requêtes corrélatives des détenus en France, n'avait pas condamné cette sanction, ni au regard de l'article 5, ni au regard des articles 6 ou 13 de la Convention. Examinée sous l'article 5 et fidèle à l'exclusion d'un raisonnement fondé sur le respect du droit à la liberté à l'intérieur de la prison, la Commission avait, dans l'affaire *Pelle*, jugé que « la mise en cellule de punition ne représente pas une privation supplémentaire de liberté mais une aggravation des conditions de détention⁵⁹⁵ ». Quant à son examen sous l'article 6, alors que la sanction de mise en cellule disciplinaire peut, en droit français, aller jusqu'à quarante-cinq jours et entraîner au total soixante sept jours et demi de perte de réduction de peine⁵⁹⁶, la Commission n'avait pas estimé que les sanctions concrètes dont elle avait été saisie, étaient de « nature et de degré de sévérité, tels qu'ils sont susceptibles de faire relever l'infraction sanctionnée de la matière pénale au sens de l'article 6 § 1 de la Convention⁵⁹⁷ ». Elle avait jugé ainsi, à propos d'une sanction de douze jours entraînant dix-huit jours de perte de remise de peine⁵⁹⁸, mais aussi à propos d'une sanction de trente et un jours et même de quarante-cinq jours et demi⁵⁹⁹.

Cela dit, au regard de la jurisprudence *Campbell et Fell*, et *Ezeh et Connors*, une telle qualification n'est pas exclue de la part de la Cour. Il importe alors de voir si dans une telle perspective, le recours juridictionnel peut, quant à lui, compenser les défaillances constatées dans le procès disciplinaire pénitentiaire.

Les garanties du droit de recours exercé devant le juge administratif en droit français.

⁵⁹⁵ D 11691/85, (*Pelle/France*), 10.10.1986, D.R.50, p. 263 ; D 20978/92 (J.U/France).

⁵⁹⁶ Le gouvernement français avait, dans l'affaire *Pelle*, admis que selon la pratique répandue, un jour de mise en cellule de punition entraîne un jour et demi de perte de remise de peine, D 11691/85, (*Pelle/France*), préc., pp. 263-265.

⁵⁹⁷ *Ibid.* Voir D 20978/92 (J.U/France), préc.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ *Ibid.*

Pour déterminer si ce recours peut combler les lacunes observées dans la procédure devant le prétoire, encore faut-il établir qu'il respecte les garanties du procès équitable. C'est dire qu'il s'exerce devant un tribunal, indépendant, qui applique une procédure équitable, et dispose d'un pouvoir de contrôle suffisant.

Concernant la première garantie, en théorie, toutes les juridictions administratives présentent les garanties d'indépendance et d'impartialité. La doctrine souligne que, si dans le passé, on a pu douter de l'indépendance et de l'impartialité de la justice administrative, aujourd'hui, « plus personne ne soutient que l'existence même de cette juridiction constitue un privilège pour l'administration aboutissant à la favoriser par l'application à elle-même ou à ses agents d'un régime d'exception⁶⁰⁰ ».

Il en est de même concernant les *règles de procédure*. Débat contradictoire, droits de la défense et publicité, ces garanties élémentaires du procès équitable sont en principe assurées au sein du procès administratif. *Le contradictoire* est assuré par la notification de la requête, et les mémoires en défense (art. R 779-5 C. adm.). *Les droits de la défense* sont, eux, assurés par la défense personnelle ou par un avocat (R611 et s. C. adm.). Quant à la *publicité*, il est expressément prévu que les audiences et le prononcé des juridictions administratives (tribunaux et cours d'appel) soient publics (R R222-13 C. adm. et R741-2 C. adm.)

Quant au pouvoir de contrôle et de redressement de la violation alléguée, « le procès fait pendant longtemps à l'administration est clos ». Il n'est plus contesté aujourd'hui que le contrôle exercé par les tribunaux administratifs soit un contrôle efficace⁶⁰¹ ». Mais pour pouvoir souscrire à cette affirmation, il faut encore s'assurer de la conformité de son efficacité au regard des critères européens, du recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention. Nous rappelons, qu'il est exigé que l'instance de recours doit disposer d'une *compétence de pleine juridiction*⁶⁰² : elle doit pouvoir exercer un contrôle sur l'ensemble des points, de fait et de droit (ce dernier doit également impliquer le contrôle de conformité des règles appliquées à la Convention), ainsi que sur la proportionnalité. Il est aussi exigé qu'elle soit investie d'un *pouvoir de sanction* efficace à savoir, d'un pouvoir contraignant et réparateur de la violation alléguée.

Or, en droit français, l'efficacité du contrôle exercé de la part des juridictions administratives, est déterminée par le type de recours exercé. Le recours en annulation est un recours

⁶⁰⁰ J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 183.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p.174.

⁶⁰² Voir entre autres, CEDH, *Gradinger c. Autriche*, 23 oct. 1995, Série A n°328-C, §§ 42-44 ; CEDH, *Schmautzer c. Autriche*, 23 oct. 1995, Série A n° 328-A, §§ 34-37 ; CEDH, *Pfarmeier c. Autriche*, 23 oct. 1995, Série A n°329-C, §§ 38-41.

de légalité. Et s'agissant des domaines où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, il donne lieu à un contrôle restreint. Ce contrôle ne peut porter au mieux que sur l'erreur manifeste d'appréciation qui ne comporte qu'un seul aspect substantiel de légalité : la proportionnalité entre la gravité de l'acte reproché à un administré et la mesure prise à son encontre. C'est une telle étendue de contrôle que les juges administratifs se sont attribués en matière de sanction de mise en cellule⁶⁰³.

Aussi, le recours administratif ne donne-t-il pas lieu à un nouveau jugement de l'affaire sur tous les points de fait et de droit. Le juge de légalité ne peut pas se prononcer sur l'opportunité des poursuites. Il ne peut pas substituer sa propre appréciation et qualification des faits à celle des autorités administratives pour réformer la sanction. Il ne peut que l'annuler ou la confirmer. Bref, il ne donne pas lieu à un procès qui respecte les garanties de l'accusé d'une infraction pénale. D'autant que la comparution personnelle du détenu et l'interrogation des témoins à charge et à décharge, dans des conditions d'égalité avec l'administration pénitentiaire n'est pas obligatoire.

Au vu de l'examen des garanties les plus complètes que ces deux droits pénitentiaires nationaux puissent assurer aux détenus accusés d'une infraction disciplinaire, mais susceptible d'être qualifiée de pénale, il résulte que celles-ci demeurent bien en deçà des garanties du procès équitable. La procédure disciplinaire est lacunaire et le juge administratif n'est pas à même d'assurer la complémentarité requise. Il convient toutefois d'ajouter que la jurisprudence européenne, elle-même, ne va pas très loin. La Cour, par les critères et le raisonnement appliqués, a certes ouvert une brèche pour faire entrer la justice dans la prison, mais pas encore pour y régner, comme le montre la rare jurisprudence positive en la matière soit seulement deux arrêts (*Campbell et Fell* et dans celle d'*Ezeh et Connors*). Si bien que la réalisation des vœux exprimés lors du congrès pénitentiaire international tenu à Paris en 1895, pour y assurer la garantie systématique d'une justice « irréprochable » dans les prisons, sont encore loin d'être réalisés.

A cette limitation, s'ajoute l'autolimitation de la Cour en matière de contrôle de légalité temporelle. Tout en qualifiant la durée de 41 ans de détention de « durée exceptionnellement longue »⁶⁰⁴, cette instance n'a pas fixé une période maximale de la détention au-delà de laquelle une personne doit bénéficier d'une libération conditionnelle au titre du droit à la liberté. Elle demande seulement un contrôle juridictionnel pour examiner la possibilité d'accorder une telle mesure sans non plus fixer un délai maximum. Elle examine cette question au cas par cas et en fonction de la législation et pratique de chaque droit national.

Or, il importe de souligner que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a, dans sa *Recommandation Rec(2003)22 concernant la libération conditionnelle*, recommandé à tous les Etats

⁶⁰³ M. HERZOG-EVANS et J.-P. CERRE, « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *préc.*

⁶⁰⁴ CEDH, *Léger c. France*, *préc.*, § 76.

de considérer toutes les peines comme évolutives, à savoir comme comportant une phase punitive (fixe) et une évolutive (variable). Selon ce texte, les Etats doivent prévoir des dates minimales après lesquelles tout détenu doit pouvoir bénéficier d'une libération conditionnelle⁶⁰⁵. Ils doivent alors engager la procédure nécessaire pour que la libération conditionnelle puisse être rendue dès que le détenu a purgé cette période minimale requise (règle 17), et cela conformément à la prééminence du droit. En cas de décision négative une nouvelle date devrait être fixée en vue du réexamen de la demande (règle 21). Quant aux critères, ils devraient être clairs et explicites (règle 18). L'absence de logement et de travail permanents ne devraient pas être un obstacle à l'attribution de cette mesure (19). Enfin, cette recommandation contient un véritable code de procédure de la libération conditionnelle dans le chapitre VIII. Les condamnés devraient avoir le droit : d'être entendus en personne et de se faire assister (art. 32) ; de bénéficier de l'égalité des armes et d'une décision motivée (art. 32) ; de bénéficier d'un recours auprès d'une instance de décision, supérieure, indépendante, et disposant du pouvoir de contrôler à la fois le fond de la décision et les garanties procédurales (art. 33).

Dès lors, la Cour devrait s'inspirer aussi bien de cette Recommandation du Conseil de l'Europe, que de la pratique de presque tous les pays européens. La libération conditionnelle est une mesure appliquée par quasiment tous les pays de l'Europe, et fondée sur l'appréciation de la personnalité et du risque de récidive⁶⁰⁶. Par ailleurs, le contrôle juridictionnel devrait être étendu à toutes les autres mesures d'aménagement de peine qui directement ou indirectement influencent le temps de la détention ainsi que la nature de la peine (comme la semi-liberté, le placement à l'extérieur, mais aussi les transferts).

À la vu de la jurisprudence européenne et des droits nationaux, nous pouvons dire que la considération du temps pénal comme évolutif est en train d'être acquise. La Cour, après l'avoir reconnu dans le cadre des peines appliquées en droit britannique, composées d'une durée de détention fixe et d'une durée indéterminée, et exprimé, dans l'arrêt *Léger*, la même considération pour les peines assorties d'une période de sûreté en droit français, l'a étendu, dans ce dernier arrêt à toutes les peines dont la durée du maintien en détention dépend des critères de « risque » et de « dangerosité »⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ « Au commencement de l'exécution de leur peine, les détenus devraient connaître le moment où la libération conditionnelle pourra leur être accordée du fait d'avoir purgé une période minimale (définie en termes absolus et/ou par référence à une proportion de la peine) et les critères utilisés pour déterminer s'ils peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle (système de libération discrétionnaire) ou bien, le moment où celle-ci leur sera accordée de droit du fait d'avoir purgé une période fixe définie en termes absolus et/ou par référence à une proportion de la peine (système de libération d'office) », Principe 5.

⁶⁰⁶ *Etude sur la libération conditionnelle dans les États membres du Conseil de l'Europe*, menée dans le cadre du Projet de Recommandation Rec(2003)XX, concernant la libération conditionnelle, Rapport final d'activités, cdpc\docs2003\cdpc (2003) 09.

⁶⁰⁷ « Bien que la peine du requérant ne fût assortie d'aucune période de sûreté, comparable au 'tariff' anglais correspondant à l'élément punitif de la sentence, la Cour observe que d'autres éléments liés au 'risque' et à la 'dangerosité' ont justifié le maintien en détention du requérant », CEDH, *Léger c. France*, préc., § 74 ;

Le Comité des Ministres, dans la Recommandation de 2003 sur la libération conditionnelle précitée, reconnaît explicitement un tel caractère à toutes les peines privatives de liberté, et les droits nationaux, ici comparés, le reconnaissent implicitement. La peine vise outre la répression de l'infraction, également la protection de la société. Le but est alors de préparer la personne à sortir sans récidiver, si bien que l'évolution de la personnalité est prise en compte parmi les critères d'octroi des mesures permettant, soit d'écourter le temps de détention (libération conditionnelle, réduction de peine ou calcul bénéfique), soit de passer à un régime allégé d'exécution de la peine privative de liberté (comme celui de semi-liberté ou de placement à l'extérieur).

Enfin, à l'autolimitation de la Cour dans l'étendue de son contrôle de légalité temporelle, il faut ajouter son autolimitation dans le contrôle de la légalité matérielle de la détention. Elle n'applique ce contrôle que dans les choix des lieux et régimes des détentions mixtes à savoir des détentions qui poursuivent un but à la fois pénal et thérapeutique ou éducatif. Alors qu'elle aurait pu en faire autant dans le cadre de la détention pénale ordinaire, à tout le moins lors des choix entre des régimes de détention sensiblement différents par rapport à la détention ordinaire : notamment lors du choix d'un régime de semi-liberté, d'isolement carcéral, ou d'un régime de sécurité renforcée. Or, pour l'instant la seule garantie contre ces mesures est, nous le verrons plus loin, celle résultant de l'article 3 de la Convention.

De manière générale, le droit à la liberté pourrait dans les cas des détenus, par le biais du droit à la légalité de la détention, être considéré comme *lex generalis* par rapport aux autres dispositions de la Convention. Cette notion contient la potentialité de faire entrer dans la légalité de la peine privative de liberté des aspects qui échappent pour l'instant à la protection de la Convention alors qu'ils sont considérés comme importants par les détenus.

Le droit à la liberté pourrait alors être celui qui contribuerait le plus à modifier le sens de la peine privative de liberté et le statut du détenu. Mais ce droit n'a, peut-être, pas encore fait l'objet d'une interprétation qui lui permette de déployer toute la potentialité de sa protection à l'égard des personnes privées de liberté.

*

Pour l'instant ce rôle revient aux autres droits de l'homme y compris pour déterminer le degré d'emprise sur le corps que la peine privative de liberté peut impliquer afin d'assurer le contrôle

« L'élément de dangerosité peut, par sa nature, évoluer à la longue (arrêt *Weeks* précité, § 16). Précisément, en l'espèce, l'octroi de la libération conditionnelle au requérant accordé en 2005 est fondé sur le fait que son comportement n'est plus un obstacle à sa libération et que le risque de récidive est devenu quasiment inexistant », CEDH, *Léger c. France*, préc., § 75.

physique de la personne. Ce rôle revient au respect du droit à la vie. Si une des dispositions de l'article 2 de la Convention qui consacre ce droit permet d'y voir une extension du contenu de cette peine, les garanties telles qu'elles sont interprétées par la Cour posent des limites claires.

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

CHAPITRE 2. LE SENS DETERMINE PAR L'EXERCICE DU DROIT A LA VIE

Selon les instances européennes, le droit à la vie consacré par l'article 2 de la Convention constitue, avec la dignité humaine telle qu'elle est protégée par l'article 3, « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe¹ ». Sans la garantie de ce droit, « la jouissance de quelconque des droits et libertés, garantis par la Convention, serait illusoire² ».

S'il est une valeur fondamentale, le droit à la vie ne jouit pas, contrairement à la dignité humaine, d'une protection absolue. Ce droit est « dérogeable ». Toutefois, il jouit d'une protection renforcée par rapport à la majorité des autres droits et libertés garantis par la Convention.

Premièrement, la protection du droit à la vie échappe à la dérogation générale prévue par l'article 15 de la Convention, dans la protection des droits et libertés en « temps de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation ». Cette dérogation ne s'applique pas à l'article 2, sauf en cas de décès résultant d'« actes licites de la guerre ».

Deuxièmement, l'article 2 énumère limitativement les cas dans lesquels les Etats peuvent justifier le recours à la force. Cet article est rédigé comme suit :

1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en *exécution d'une sentence capitale* prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.
2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans le cas où elle résulte soit d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :
 - a. pour assurer la *défense de toute personne contre la violence illégale* ;
 - b. pour effectuer une *arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion* d'une personne régulièrement détenue ;
 - c. pour *réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection*.

La première remarque relative à ces dérogations, concerne la peine de mort. Le fait que le Protocole n°6 (28 avril 1983) additionnel à la Convention, qui abolit la peine de mort à l'exception de

¹ Voir, parmi d'autres arrêts : CEDH, *Andronikou et Constantinou c. Chypre*, n°25052/94 9 oct. 1997, Recueil 1997-VI, § 171 ; CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], n° 50385/99, CEDH 2004-XII, § 56 ; *Velikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, CEDH 2000-VI, § 68 ; CEDH, *Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93, CEDH 2000-VII, § 97 ; CEDH, *Örak c. Turquie*, n° 31889/96, CEDH 2002-II, § 66 ; CEDH, *Tanli c. Turquie*, n° 26129/95, CEDH 2001-IV, §139 ; CEDH, *Troubnikov c. Russie*, n° 49790/99, CEDH 2005-VII, § 67 ; CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, 38361/97, CEDH 2002-VI, §109 ; CEDH, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, n°s 57942/00 et 57945/00, CEDH 2005-II, § 170 ; CEDH, *Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie*, n°57049/00, CEDH, 2007-II, § 84.

² CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, 27 sept. 1995, Série A n°324, §§ 149-150 ; CEDH, *Pretty c. R.U.*, n° 2346/02, CEDH 2002-IV, § 37.

temps de guerre ou de danger imminent, et le protocole n°13, qui abolit la peine de mort en toutes circonstances ayant été signé, le premier par tous les pays, et le second par tous, à l'exception d'Arménie, Azerbaïdjan et de la Russie, nous pouvons estimer que cette peine est pratiquement abolie en Europe. Notons qu'en France la peine de mort a été abolie le 9 octobre 1981 et que, depuis le 24 février 2007, cette interdiction est inscrite dans la Constitution, à l'article 66-1. Celui-ci dispose que « nul ne peut être condamné à la peine de mort ». C'est la même année, le 10 octobre 2007, que la France a également ratifié le Protocole 13 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, abolissant la peine de mort en toutes circonstances. La Grèce, bien qu'aucune peine de mort n'ait été exécutée depuis 1974, elle a signé le protocole n°6 à la Convention le 2 mai 1983 et l'a ratifié seulement le 8 septembre 1998. En revanche, elle a devancé la France dans l'adoption du Protocole 13 à la Convention en le ratifiant le 1^{er} février 2005.

La seconde remarque concerne les autres dérogations. Même en soumettant le recours à la force à la condition d'avoir été rendu « absolument nécessaire » et non à la simple condition de nécessité démocratique requise pour les restrictions à l'exercice des droits consacrés par les articles 8 à 11 de la Convention, ces dérogations, à part celle de la défense des personnes, pose cette question fondamentale : la justice et le maintien de l'ordre sont-ils des biens supérieurs au respect de la vie ? Danièle Mayer écrivait à l'occasion de l'abolition de la peine de mort par le protocole n° 6 à la Convention : « Même sous un régime démocratique, le pouvoir des autorités chargées de juger en matière répressive au nom de l'Etat est trop forte pour que l'on puisse y inclure le droit de décider de la mort »³. Or, nous estimons que malgré l'abolition de la peine de mort, la question de la compatibilité du sacrifice de la vie avec l'ordre démocratique se pose toujours. Car, à la lecture de l'article 2, même si les juges n'ont plus le pouvoir de prononcer la peine de mort, les besoins de la justice et du maintien de l'ordre peuvent justifier la privation de la vie.

La troisième dérogation prévue par l'article 2, « empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue », permet non seulement de poser cette question mais aussi celle des limites légales de la peine privative de liberté. Cette dérogation est clairement liée au statut pénal des détenus. L'usage de la force potentiellement mortelle est autorisé lorsque le détenu tend à se soustraire à son obligation fondamentale : vivre dans le périmètre de vie qui est assigné. Dès lors, si cette dérogation signifie que les Etats ont le droit de l'empêcher à ce prix, y compris par la mort, celle-ci paraît alors comme le prolongement implicite légal de sa peine. Nous ne sommes donc plus dans la détermination du contenu de cette peine en termes de degré des limitations des libertés. Nous assistons à un glissement, à une mutation, de la nature même de la peine : de peine privative de liberté en peine privative de la vie. La réponse dépend pour beaucoup de la question de savoir si le seul but d'empêcher une évasion suffit pour légitimer le recours à la force.

³ D. MAYER, « Le principe du respect par l'Etat du droit à la vie de ses citoyens doit-il être inconditionnel ? », RSC, n° 1, 1986, pp. 55-60.

Par ailleurs le statut pénitentiaire du détenu ne contribuerait-il pas, lui aussi, d'étendre le champ de légitimité des atteintes à la vie ? La réponse dépend des questions de savoir si les exigences de la sécurité et de l'ordre dans la prison étendent le champ d'autorisation du recours à la force et si la prison génère des conditions de vie matérielles et sanitaires comportant des risques pour l'intégrité physique de la personne.

C'est en étudiant l'application concrète de l'usage du recours à la force en cas de tentative d'évasion et, de manière générale, en comparant l'interprétation de l'article 2 lors de son application à l'extérieur et dans la prison au regard de l'ensemble des dérogations, que nous pouvons obtenir des réponses à ces interrogations. Mais elle dépend aussi de la comparaison de l'application du droit à la vie au regard également des obligations positives qui incombent aux Etats au titre de l'article 2 de la Convention. Au fil de la jurisprudence européenne, il a été établi que la protection européenne du droit à la vie ne se limite pas à l'obligation négative d'éviter de donner la mort. Elle comporte aussi des obligations positives consistant, d'une part, en des mesures préventives visant à empêcher que la mort intervienne par omission ou négligence et, d'autre part, en des mesures répressives visant à mener une enquête effective en cas d'atteinte à ce droit. En effet, outre les obligations négatives qui, avec les obligations positives préventives constituent la protection substantielle du droit à la vie, la Cour a jugé que l'article 2 implique, à l'instar des articles 8 et 3, un volet procédural. Il implique précisément l'obligation de mener une enquête effective dans tous les cas susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat⁴. C'est alors en comparant l'application du droit à la vie en général, d'une part, et dans la prison, d'autre part, au regard des obligations négatives et ensuite au regard des obligations positives que nous pouvons déterminer l'égalité ou pas des détenus avec les personnes libres devant la mort et de mesurer en même temps l'extension des conséquences, sinon légales, du moins légitimes de sa condamnation. Mais il conviendrait au préalable de déterminer le terme de « vie » et donc le champ d'application de l'article 2.

Définition de la « vie » et détermination du champ d'applicabilité du droit à la vie

Le terme « vie » a donné lieu à un certain nombre de précisions dans la jurisprudence européenne qui ont contribué à déterminer le champ de l'application de l'article 2 de la Convention.

Ce qui n'a pas prêté à discussion, c'est que le terme « vie » est entendu dans le sens uniquement physique. Le but de cet article est de protéger la vie contre la mort et non d'assurer une

⁴ Voir *McCann et autres c. R.U.*, 27 sept. 1995, Série A n°324, § 161 ; CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], CEDH, 2004-XI, § 91 ; CEDH, *Irfan Bilgin c. Turquie*, n° 25659/94, CEDH, 2001-VII, § 142 ; CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc., § 67.

certaine qualité de vie⁵. La qualité de la vie trouve une protection au sein de l'article 8 de la Convention, en tant qu'aspect du droit au respect de la vie privée et du domicile.

Nous n'allons pas nous attarder sur la délimitation temporelle de la protection du droit à la vie, à savoir le commencement et la fin. Celle-ci n'est pas déterminant dans le cadre de notre étude. En revanche, d'autres précisions apportées par la Cour le sont, à commencer par celle de l'applicabilité de l'article 2 aux *disparitions des personnes*. La Cour l'a, depuis l'arrêt *Ertak* (2000⁶), tranchée positivement en précisant que cela « dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire, et notamment de l'existence de preuves circonstanciées suffisantes, fondées sur des éléments matériels, permettant de conclure au niveau de preuve requis que le détenu doit être présumé mort pendant sa détention⁷ ». Pour appliquer l'article 2, cette instance tient compte de : témoignages concernant les *conditions de la disparition*, les témoignages et autres moyens de preuve concernant le *sort du disparu* et la *durée de la disparition* combinés avec *l'absence d'explications plausibles* de la part des autorités et avec *l'absence d'enquête* demandée par ses proches. Fondée sur ces critères, la Cour a retenu la violation de l'article 2 dans de nombreuses affaires mettant en cause des disparitions suspectes en Turquie⁸.

La deuxième précision concerne l'applicabilité de l'article 2 dans les cas de *mise en danger*. Lors de sa jurisprudence initiale, la Commission estimait qu'un Etat ne peut être reconnu responsable pour la violation de l'article 2 que si la mort est effectivement intervenue. C'est sur ce motif qu'elle avait, par exemple, écarté la violation de l'article 2 à propos du refus d'accorder *la gratuité des soins* à des personnes souffrant d'une invalidité grave⁹ ou à propos des coups de feu tirés sur une personne et l'ayant blessée gravement¹⁰. Critiquée par la doctrine¹¹, cette instance avait, dans sa jurisprudence postérieure, laissé entendre que l'article 2 pourrait être appliqué même en l'absence

⁵ F. AUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 365 s.

⁶ CEDH, *Ertak c. Turquie*, n° 20764/92, 9 mai 2000, CEDH, 2000-V.

⁷ CEDH, *Irfa Bilgin c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, Recueil 1999-IV ; CEDH, *Timurtaş c. Turquie*, n° 23531/94, CEDH 2000-VI ; CEDH, *Akdeniz et autres c. Turquie*, n° 23954/94, CEDH 2001-V.

⁸ CEDH, *Ertak c. Turquie*, préc., § 131 ; CEDH, *Akdeniz et autres c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Irfa Bilgin c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Tepe c. Turquie*, n° 27244/95, CEDH 2003-V ; CEDH, *Nuray Sen c. Turquie*, n° 25354/94, CEDH 2004-III ; CEDH, *Ipek c. Turquie*, n° 25760/94, CEDH 2004-II ; CEDH, *Tahsin Acar c. Turquie* [GC], n° 26307/95, CEDH 20004-IV ; CEDH, *Tekdag c. Turquie*, n° 27699/95, CEDH 20004-I ; CEDH, *Taniş et autres c. Turquie*, n° 65899/01, CEDH 2005-VIII ; CEDH, *Timurtaş c. Turquie*, préc. Et pour la disparition des Tchétchènes : CEDH, *Magomadov et Magomadov c. Russie*, n° 68004/01, CEDH 2007-VII ; CEDH, *Alikhadzhiyeva c. Russie*, n° 68007/01, CEDH, 2007-VII.

⁹ Certes la notion de mise en danger de la vie, on la trouve dans une affaire datée de 1976, à propos du refus d'accorder à une personne souffrant d'une malformation grave du larynx l'empêchant de se nourrir normalement, une carte médicale lui donnant accès à des soins médicaux gratuits. Mais, d'une part, en l'absence d'effet mortel, cette affaire avait été examinée sous l'application hypothétique de l'article 2 ; d'autre part, l'intérêt avait été porté sur la question de savoir si cet article impose aux Etats des obligations positives en général, D 6839/74 (X/Irlande), 4.10.76, D.R. 7, p. 78.

¹⁰ La blessure par coup de fusil ne relève pas du droit à la vie ; l'article 2 assure seulement une protection contre le fait d'infliger la mort, D 28955/95 (Laghina de Matos/Portugal), 7.4.97, D.R. 89, p. 98.

¹¹ J VELU J., ERGEC R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc., pp. 187-189.

de résultat mortel¹². En tout cas, c'est sur cette hypothèse que la Commission avait saisi la Cour de l'affaire *L.C.B.*¹³. Le requérant, qui souffrait de leucémie, suite à sa participation durant son service militaire à des programmes de tests nucléaires, mettait en cause la responsabilité du gouvernement britannique pour absence d'information sur les dangers que représentent les essais nucléaires sur la vie des personnes qui y ont participé ainsi que sur celle de leurs enfants susceptibles de contracter des maladies mortelles. Pour la Cour, l'applicabilité de l'article 2 dans le cas d'espèce allait de soi puisqu'elle n'a soulevé aucune question corrélative¹⁴.

Cette extension de l'application de l'article 2 a, depuis lors, été confirmée à propos de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie : *les activités dangereuses* (comme les activités à caractère industriel dangereuses par nature, telle que l'exploitation des sites de stockage des déchets¹⁵) mais aussi les *accidents du travail*¹⁶, *l'usage de la force potentiellement meurtrière* (comme les tirs des armes à feu en direction d'une personne (volontairement¹⁷ ou accidentellement en raison de mauvaise maîtrise de l'arme par le policier¹⁸), mais pas le fait de « tirer dans l'air¹⁹, les défaillances dans le domaine de la santé publique (dans l'information concernant les risques des maladies pouvant entraîner la mort²⁰, l'hospitalisation²¹, la qualité des soins²²), l'obligation de surveillance des personnes placées sous la responsabilité des autorités (tel que le service militaire²³, ou la prison²⁴), et les sévices corporals dans des circonstances exceptionnelles (ces derniers griefs sont en principe examinés sous l'article 3²⁵).

Une autre précision importante apportée par la jurisprudence concerne la nature des obligations des Etats. Outre celles négatives, la protection du droit à la vie implique également des obligations positives. Dès 1983, la Commission avait reconnu que la première phrase du premier paragraphe de l'article 2, selon laquelle « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »,

¹² D 20648/92 (J.A./France), 1.9.1993.

¹³ R 23413/94 (L.C.B./R.U.), 26.11.1996.

¹⁴ CEDH, *L.C.B. c. R.U.*, 9 juin 1998, Recueil 1998-III.

¹⁵ CEDH, *Öneroğlu c. Turquie* [GC], préc.

¹⁶ S'agissant d'un accident mortel survenu dans un chantier, la Cour a déclaré : « L'absence d'une responsabilité directe de l'Etat dans la mort d'une personne n'exclut pas l'application de l'article 2. En astreignant l'Etat à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction, l'article 2 § 1 impose à celui-ci le devoir d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations », CEDH, *Pereira Henriques c. Luxembourg*, n° 60255/00, CEDH, 2006-V, § 56.

¹⁷ CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc.

¹⁸ CEDH, *Karagiannopoulos c. Grèce*, n° 27850/03, CEDH 2007-VI.

¹⁹ CEDH, *Zelilof c. Grèce*, n° 17060/03, CEDH 2007-V, §§ 35-37.

²⁰ CEDH, *L.C.B. c. R.U.*, préc.

²¹ *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I, § 49.

²² Comme la mort d'un détenu par hémorragie due à des insuffisances des soins reçus lors de son hospitalisation, CEDH, *Tarariyeva c. Russie*, n° 4353/03, CEDH, 2006-XII.

²³ CEDH, *Ataman c. Turquie*, n° 46252/99, CEDH, 2006-IV.

²⁴ CEDH, *Keenan c. R.U.*, n° 27229/95, CEDH 2001-III, § 90.

²⁵ CEDH *Berktaş c. Turquie*, CEDH 2001-III, § 154.

impose à l'Etat une obligation plus large que le reste du texte dudit article : elle « enjoint à l'Etat non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement » mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie »²⁶. Cette interprétation fut confirmée par la Cour dans l'arrêt *L.C.B.* : « La première phrase de l'article 2 §1 astreint les Etats non seulement de s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi de prendre des mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction²⁷ ». Des mesures préventives tant législatives que pratiques²⁸ et qui concernent tant des atteintes à la vie de la part des autorités, que de la part des tierces personnes²⁹, y compris dans la sphère de la vie privée³⁰.

C'est en tenant compte de ces précisions, que nous allons déterminer la garantie du droit à la vie assurée aux détenus au niveau européen et national au regard, d'abord de l'obligation négative, à savoir l'obligation d'abstenir de donner la mort (**Section 1**) et, ensuite des obligations positives des Etats : le contexte carcéral et la dépendance des détenus à l'Etat créent des obligations supplémentaires à leur égard (**Section 2**).

SECTION 1. LA GARANTIE DU DROIT A LA VIE AU REGARD DES OBLIGATIONS NEGATIVES

C'est en comparant l'application de l'obligation d'abstenir de donner la mort à l'extérieur (§ 1) et dans la prison (§ 2), que nous tenterons déterminer si les limites que le droit à la vie apporte dans le contrôle physique recherché par la peine privative de liberté sont les mêmes qu'à l'extérieur ou si cette peine et/ou la prison justifient des restrictions plus amples. Dans ce dernier cas, cette peine revêtirait un contenu qui constitue un dépassement substantiel de son sens : on passe de l'atteinte à la liberté physique à l'atteinte à la vie. Cette peine ne peut être épargnée d'une telle critique que si les atteintes à la vie des détenus sont justifiées par les mêmes motifs et dans la même ampleur qu'à l'extérieur.

²⁶ D 9348/81 (X/R.U), 28.02.83, D.R. 32, p. 190 ; D 22998/93 (Danini/Italie), 14.10.96, D.R. 87, p. 24 ; D 26561/95 (H. Rebai/France) préc ; D 7154/75 (Association x/R.U) D.R. 14, p. 31.

²⁷ CEDH, *L.C.B. c. R.U.*, préc., (réf. *Guerra et autres c. Italie*, 19 févr. 1998, § 58).

²⁸ Voir entre autres, *Pretty c. R.U.*, préc., §38 ; CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc., § 71 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, n° 46477/99, CEDH 2002-III ; CEDH, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], préc., § 48.

²⁹ « L'article 2 de la Convention peut, dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui », avait déclaré la Cour à propos de la mort du père d'un lycéen qui fut tué par un de ses enseignants, CEDH, *Osman c. R.U.*, 28 oct. 1998, Recueil 1998-VIII, § 115.

³⁰ Ainsi, l'article 2 s'applique également dans le cadre d'une tuerie familiale : le père qui tue ses enfants alors que la mère avait averti la police d'une telle menace, CEDH, *Kontrová c. Slovaquie*, n°7510/04, CEDH 2007-V.

§ 1. Application générale

Les obligations négatives concernent, d'une part, la peine de mort, et d'autre part, le recours à la force.

Bien que la peine de mort soit pratiquement abolie en Europe (les trois pays qui n'ont pas encore ratifié le protocole n° 6 ne la mettent pas à exécution), nous pouvons brièvement souligner en quoi consiste la protection de l'article 2. Ainsi que l'a résumé la Cour dans l'arrêt *Öcalan*³¹, elle consiste en la protection contre les peines de mort arbitraires. La peine de mort doit être prévue par une loi au sens de la Convention à savoir une loi « accessible » et « prévisible ». Mais aussi être prononcée par un tribunal « indépendant » et « impartial » et à l'issue d'un procès équitable au sens du « respect des normes d'équité les plus strictes et les plus rigoureuses qui doivent être observées dans la procédure pénale, tant en première instance qu'en appel »³². A cette garantie de l'article 2, il convient d'ajouter celle requise par l'article 3 : l'application de la peine de mort doit avoir lieu, autant que cela puisse se faire, dans le respect de la dignité humaine³³.

Les autres obligations négatives concernent *le recours à la force*. Une des premières précisions apportées par la jurisprudence européenne est que la protection de la vie ne se limite pas à la protection contre la « mort intentionnellement infligée » mais s'étend aux « situations où le recours à la force peut aboutir à la mort, comme conséquence non prévue du recours à la force »³⁴. C'est à cette conclusion que la Commission avait aboutie après des décisions critiquées par les juges minoritaires dans lesquelles elle avait écarté la violation de l'article 2 sur le constat que la mort n'était pas infligée intentionnellement sans avoir examiné la nécessité de la force utilisée³⁵. Cette lecture a été confirmée par la Cour avec cette précision : « Les exceptions définies au paragraphe 2 s'appliquent non seulement au fait de donner intentionnellement la mort, mais aussi aux situations dans lesquelles il est permis d'avoir recours à la force, ce qui peut conduire à donner la mort involontairement ». Car le recours à la force doit être rendu "absolument nécessaire" pour atteindre un des objectifs mentionnés aux alinéas a), b) et c)³⁶».

La Cour a, depuis lors, maintes fois réitéré cette déclaration³⁷ et précisé les garanties requises pour assurer une protection efficace au droit à la vie en application de l'article 2 §2 de la

³¹ CEDH, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-V.

³² *Ibid.*, § 166.

³³ CEDH, *Soering c. R.U.*, n° 14038/88, 7 juillet 1989, Série A n°161.

³⁴ D 7154/75 (Association X/R.U), D.R. 14, P. 31 ; D 10044/82 (Stewart/R.U), 10.7.1984, p. 16.

³⁵ D 2758/66 (X/Belgique), 21.3.1969, Ann. 12, p. 174 ; R 16988/90 (Diaz Ruano/Espagne), 31.08.1993.

³⁶ CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc., § 148.

³⁷ Voir entre autres arrêts : CEDH, *Andronikou et Constantinou c. Chypre*, préc., § 171 ; CEDH, *Ergi c. R.U.*, n° 23818/94, 28 juill.1998, Recueil 1998-IV, § 79 ; CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], n° 43577/98 et 43579/98, CEDH 2005-VII, § 94 ; CEDH, *Tanli c. Turquie*, préc., § 140 ; CEDH, *Örak c. Turquie*, préc., § 97 ;

Convention. Cette disposition requiert, d'une part, une *interprétation étroite des cas autorisés de recours à la force* et, d'autre part, une *appréciation très stricte du critère de nécessité*³⁸. La Cour a précisé que le terme « absolument nécessaire » de l'article 2 § 2 doit être entendu dans le sens plus strict que celui de « nécessaire dans une société démocratique » contenu dans les paragraphes 2 des articles 8-11 de la Convention : « Tout usage de la force doit être rendu absolument nécessaire c'est-à-dire être strictement proportionné aux circonstances³⁹. »

Quant à la *nature de la force*, outre l'usage des armes à feu, l'article 2 vise toute sorte de violence physique⁴⁰, y compris l'usage d'un panneau publicitaire⁴¹ ou encore la force à main nue si elle a été meurtrière ou aurait pu l'être eu égard aux effets physiques sur une personne. Il vise aussi tout moyen utilisé dans le cadre d'une opération de rétablissement de l'ordre, comme l'usage d'un véhicule blindé de transport des troupes pour disperser une émeute et ayant provoqué la mort d'un manifestant⁴².

Il convient alors, d'abord, de délimiter le champ d'autorisation du recours à la force **(A)** et, ensuite, de déterminer le critère de « nécessité absolue » de la force effectivement employée **(B)**.

A. Le champ d'autorisation du recours à la force

La jurisprudence européenne ne permet pas de cerner la définition de toutes les notions déterminant le champ d'autorisation du recours à la force.

L'arrestation régulière n'a pas donné lieu à des interrogations concernant sa définition. Il s'agit bien d'une arrestation régulière, l'arrestation d'un évadé, y compris d'une prison militaire⁴³, des personnes prises en flagrant délit⁴⁴, des personnes suspectées de s'apprêter à commettre une infraction pénale⁴⁵, des personnes détentrices des armes à feu dans un lieu public (en l'occurrence un café⁴⁶), l'arrestation d'une personne barricadée dans sa maison, qui venait d'agresser un chauffeur de

CEDH, *Halit Çelebi c. Turquie*, n°54182/00, CEDH, 2006-V, § 46 ; CEDH, *Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie*, préc., § 86.

³⁸ CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc., § 148 ; CEDH, *Andronikou et Constantinou c. Chypre*, préc., § 171.

³⁹ Voir entre autres : CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc., § 94 ; CEDH, *Tanli c. Turquie*, préc., § 139 ; CEDH, *Orak c. Turquie*, 14 février 2002, CEDH 2002-II, §67 ; CEDH, *Halit Çelebi c. Turquie*, préc., § 46 ; *Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie*, préc., § 86.

⁴⁰ *Anguelova c. Bulgarie*, préc. ; CEDH, *Velikova c. Bulgarie*, préc. ; CEDH, *McShane c. R.U.*, n° 43290/98, CEDH 2002-V.

⁴¹ CEDH, *McShane c. R.U.*, préc.

⁴² CEDH, *McShane c. R.U.*, préc.

⁴³ CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc.

⁴⁴ D 11257/84 (W. et M. Wolfram/Allemagne), 6.10.86 D.R. 49, pp. 213-220.

⁴⁵ CEDH, *McShane c. R.U.*, préc.

⁴⁶ CEDH, *Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie*, préc.

taxi et qui était armée⁴⁷, mais aussi d'un automobiliste ayant une conduite dangereuse dans un centre-ville⁴⁸.

La tentative d'évasion n'a pas non plus donné lieu à une définition. Seule sa réalité a été mise en doute par la Cour dans deux affaires. Dans l'affaire *Orak*⁴⁹, dans laquelle le gouvernement turc soutenait que deux personnes en garde à vue, menottées aux poignets et les yeux bandés, avaient tenté de s'évader en agressant les policiers qui se seraient alors trouvés en situation de légitime défense. Et dans l'affaire *Ognyanova et Choban*⁵⁰, dans laquelle le gouvernement bulgare soutenait que la victime avait tenté de s'évader du commissariat. Il est hautement improbable qu'elle ait essayé de s'enfuir, a estimé la Cour, étant donné que la fenêtre se trouvait à plus de neuf mètres du sol, qu'elle était recouverte de ciment et de grilles métalliques, et que la victime était menottée⁵¹.

En revanche la *défense des personnes* a donné lieu à quelques précisions. L'on peut d'ores et déjà affirmer, au vu de la rédaction de l'article 2 §2 al. a de la Convention, que le sens européen de la notion de « défense des personnes » couvre un champ moins large que les notions de « légitime défense » et d'« état de nécessité » utilisées dans les droits nationaux grec et français. Au sein de ces derniers, ces deux notions couvrent, outre la défense des personnes, la défense des biens⁵². Alors que, au sens européen, la notion de *défense* se limite à celle des personnes : à la défense des *personnes directement menacées* (par exemple, la défense d'un policier face à une personne qui pointait une arme contre lui⁵³, à la défense des coéquipiers des policiers⁵⁴), ainsi qu'à la défense des *tierces personnes* (comme celle des clients d'un café à cause de la présence des personnes armées⁵⁵, des piétons et des automobilistes contre un automobiliste ayant une conduite dangereuse⁵⁶, ou d'un otage⁵⁷). Avec cette précision faite par certains membres de la Commission : la légitimité ne peut pas être retenue lorsqu'il est établi que les policiers ont une part de responsabilité dans la création d'une situation de risque physique⁵⁸.

⁴⁷ CEDH, *Huohvanainen c. Finlande*, n°57389/00, CEDH 2007-III.

⁴⁸ CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc.

⁴⁹ CEDH, *Orak c. Turquie*, préc.

⁵⁰ CEDH, *Ognyanova et Choban c. Bulgarie*, n°46317/99, CEDH, 2006-II.

⁵¹ *Ibid.*, § 100.

⁵² Articles 122-5-122-7 du Code pénal français, et articles 22, 25 et 32 du Code pénal grec.

⁵³ CEDH, *Bubbins c. R.U.*, n° 50196/99, CEDH 2005-III ; CEDH, *Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie*, préc., § 100.

⁵⁴ Devant, par exemple, une personne qui durant l'interrogatoire saisit l'arme et tire sur un des policiers, ses coéquipiers, en ripostant, sont en légitime défense, R 16988/90 (Antonio Diaz Ruano/Espagne), 31 août 1993.

⁵⁵ CEDH, *Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie*, préc., § 95.

⁵⁶ CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc.

⁵⁷ CEDH, *Andronikou et Constantinou c. Chypre*, préc.

⁵⁸ R 16988/90 (Diaz Ruano/Espagne), 31 août 1993.

En ce qui concerne les termes *émeute* et *insurrection*⁵⁹, ils n'ont pas non plus fait l'objet d'une définition complète au sein de la jurisprudence européenne. La Commission a seulement précisé, dans l'affaire *Stewart*⁶⁰, qu'en raison des différences d'interprétation dans les droits nationaux, il faut entendre ce terme au sein de la Convention dans un sens autonome. Cette instance s'était contentée d'affirmer que, dans le cas d'espèce, il s'agissait bien d'une émeute : « Une assemblée de cent cinquante personnes jetant des projectiles sur une patrouille de soldats, au point que ceux-ci risquaient d'être gravement blessés, doit être considéré, quel que soit le critère appliqué, comme une émeute »⁶¹. En tenant compte d'autres affaires, en particulier de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Güleç* concernant la mort d'une personne lors de l'intervention des forces de l'ordre pour disperser une manifestation importante et violente, vu les dégâts matériels et les blessures de certains gendarmes, nous pouvons définir l'*émeute* au sens de l'article 2 de la Convention, comme la réunion ou manifestation sur la voie publique d'un nombre de personnes important, se livrant à des actes comportant des dangers pour la vie ou pour l'intégrité physique des forces de l'ordre ou d'autrui.

On peut alors déduire que le terme « insurrection » doit être réservé à des situations d'une gravité encore plus grande concernant, tant la dimension collective que la menace. Il doit correspondre à ce qu'on appelle en langage commun un soulèvement populaire (art. 412-3 C. pén.). Dès lors, c'est le terme d'« émeute » qui risque d'être invoqué plus fréquemment dans les requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme, et donc de poser des questions de conformité de la définition nationale avec la définition européenne.

Le terme « émeute » ne figure pas dans les *droits grec et français*. On doit alors se demander quelles notions prévues par ces deux droits peut-il couvrir. Nous estimons que, en raison de la dimension collective qu'implique l'émeute, les seules situations qu'elle puisse couvrir, en droit français, sont les « rassemblements » et les « manifestations » sur la voie publique correspondant à l'infraction pénale d'« attroupement » (art. R 431-1 C. pén.), à condition qu'elles soient accompagnées de violences sur les personnes ou les biens. Le *Code pénal grec* est silencieux sur l'utilisation de la force pour disperser un attroupement. Mais du fait qu'il prévoit, outre l'infraction d'attroupement, également celle de perturbation de la paix publique par l'attroupement des personnes qui se livrent à des actes de violences contre des personnes ou des biens (art. 189), on peut estimer que le recours à la force ne doit être autorisé que dans le cadre de cette dernière infraction.

⁵⁹ Pour Jacques VELU et Rucen ERGEC, les termes « émeute » et « insurrection » désignent une situation qui, si elle n'était pas matée, pourrait causer aux personnes et aux biens un préjudice exceptionnel, J VELU J., ERGEC R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 189.

⁶⁰ D 10044/82 (Stewart/.R.U), 10.7.1984, D.R. 39, p. 183.

⁶¹ *Ibid.*

En droit français, l'attroupement est défini comme « tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public » (art. 431-3, C. pén.⁶²). Bien que ni la nature ni le degré du trouble à l'ordre ne soient précisés, on doit déduire que l'« attroupement » non accompagné de violences ne peut pas être qualifié d'émeute et justifier à ce titre l'usage de la force mortelle. D'abord, parce que la jurisprudence européenne laisse déduire que la violence présentant un danger pour l'intégrité physique est un élément constitutif de la notion même d'émeute. Et, ensuite, parce que l'interprétation de la condition générale émise par le deuxième paragraphe de l'article 2 de la Convention, à savoir « la nécessité absolue du recours à la force », implique un danger physique dans tous les cas de recours à la force.

La Cour a inclus dans les situations justifiant le recours à la force, la répression des *conflits armés* à l'intérieur d'un pays, comme celui en Turquie avec les résistants du PKK⁶³ ou, en Russie avec les tchéchènes⁶⁴.

En tout cas, le cadre juridique doit déterminer les cas de recours à la force et contenir les éléments d'appréciation de la nécessité d'y recourir dans chaque situation concrète⁶⁵.

B. La « nécessité absolue » de la force utilisée

Cour et Commission ont affirmé que la valeur renforcée du droit à la vie et le terme « absolument nécessaire » qui figure dans l'article 2 imposent d'interpréter la nécessité au sein de l'article 2 dans un sens plus « strict et impérieux » que celui contenu dans les dispositions consacrant les droits de protection relative (articles 8 à 11 de la Convention)⁶⁶.

Il convient de souligner au préalable que les dispositions des droits nationaux qui prévoient la proportionnalité de l'usage de la force en termes moins stricts que la Convention, comme ceux de « nécessaire » ou même de « raisonnablement nécessaire » ne sont pas forcément contraires à l'article 2⁶⁷. Il suffit que les juridictions nationales aient cherché à établir la notion de nécessité conformément à l'article 2 de la Convention. A défaut, il revient à la Cour de procéder à une telle appréciation⁶⁸. A la lumière de la jurisprudence européenne, le critère de « nécessité absolue »

⁶² A noter que les articles R 431-1 et R 431-2 2 du Code pénal autorisent l'usage des armes pour disperser un attroupement sans autre précision de ce terme laissant déduire qu'ils n'exigent pas un danger physique.

⁶³ CEDH, *Özkan Ahmet et autres c. Turquie*, n° 21689/9, CEDH 2004-IV ; CEDH, *Şimşek et autres c. Turquie*, préc.

⁶⁴ CEDH, *Khashiyev et Akayeva c. Russie*, n° 57942 et n° 57945/00, CEDH 2005-II.

⁶⁵ *Ibid.* Voir CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc.

⁶⁶ CEDH, *Ergi c. R.U.*, préc., § 79 ; Voir CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc., § 149 ; CEDH, *Andronikou et Constantinou c. Chypre*, préc., § 171 ; CEDH, *Örak c. Turquie*, préc., § 67 ; CEDH *Berktaş c. Turquie*, préc., § 152 ; CEDH, *Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie*, préc.

⁶⁷ *McCann et autres c. R.U.*, préc., §§ 151-155

⁶⁸ *Ibid.*, §170.

implique qu'il ne faut pas tenir compte uniquement de l'existence d'une des situations expressément visées par l'article 2 de la Convention, mais aussi du danger qu'elles représentent pour l'intégrité et la vie humaine (1) ainsi que de la nature et de l'ampleur de la force employée face aux victimes⁶⁹ (2).

1. Le critère de danger pour l'intégrité ou la vie

La rédaction de l'article 2 a pu laisser entendre qu'en dehors de la défense d'une personne, le recours à la force dans les autres buts mentionnés par ce même article n'implique pas *l'existence d'un danger pour l'intégrité ou la vie d'autrui*⁷⁰. Si tel était le cas, l'énumération des autres buts serait privée d'intérêt dès lors qu'elle ferait double emploi avec la défense des personnes prévue dans le premier alinéa de l'article 2 §2, avait souligné la doctrine⁷¹. Or, au vu de l'évolution de la jurisprudence européenne, cette condition supplémentaire est d'application générale : elle est exigée dans tous les cas de recours à la force. La jurisprudence de la Commission l'avait laissé entendre⁷². Et la jurisprudence de la Cour est venue le confirmer. La présence d'un danger physique dans la légitimité et la nécessité du recours à la force mortelle est exigée aussi bien lors d'une arrestation⁷³ que lors de la dispersion d'une manifestation⁷⁴. Ainsi, la Cour a affirmé, à propos d'une arrestation, que « le but légitime d'effectuer une arrestation régulière ne peut justifier de mettre en danger des vies humaines qu'en cas de nécessité absolue... même s'il peut résulter une impossibilité d'arrêter un fugitif⁷⁵ ou un automobiliste ayant une conduite dangereuse⁷⁶. Un tel danger n'existe pas lorsque la personne n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction violente et n'est pas armée, à plus forte raison, lorsqu'elle ne représente aucune menace pour la vie ou l'intégrité physique d'autrui⁷⁷. En revanche, un tel danger existe lorsque par exemple la personne à arrêter pointe son arme contre les policiers⁷⁸, menace de son arme son otage⁷⁹, est formellement soupçonnée de préparer une infraction

⁶⁹ D 10 044/82 (Stewart/R.U), préc., p. 182 ; D 11 257/84 (W. et M. Wolfram/Allemagne), 6.10.86 D.R. 49.

⁷⁰ E. Kubi-Cavagna, *Le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu*, préc., p. 242.

⁷¹ J. VELU L., ERGEC R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc., pp.188-189 ; G. GUILLAUME, « Article 2 », in FETTITI L.-E., DECAUX Em. et IMPERT P.-H. (dir.) *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc.

⁷² Lorsqu'elle affirmait à propos de la mort d'une personne lors de la tentative de son arrestation en flagrant délit (précisément lors du braquage d'une banque par plusieurs personnes ayant fait exploser une grenade à main en direction des policiers) que « le recours à la force s'est rendu absolument nécessaire tant pour assurer l'autodéfense des policiers que pour effectuer une arrestation régulière », D 11257/84 (W. et M. Wolfram/Allemagne), 6.10.86, D.R. 49, pp. 213-220. Ou lorsque, à propos de la mort d'une personne durant une manifestation, qualifiée « émeute », la Commission avait jugé nécessaire de préciser que le recours à la force mortelle poursuivait des buts légitimes : rétablir l'ordre et défendre les personnes contre le danger physique dès lors que des manifestants étaient armés de pierres et de bouteilles et lançaient des projectiles, D 10044/82 (Stewart/R.U), D.R. 39, 10.7.1984, p. 162.

⁷³ CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc. ; CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc. ; CEDH, *Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie*, préc.

⁷⁴ CEDH, *Güleç c. Turquie*, 27 juillet 1998, Recueil 1998-IV ; CEDH, *Bubbins c. R.U.*, préc., § 77.

⁷⁵ CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc., § 95.

⁷⁶ CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc. § 65.

⁷⁷ CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc., § 95.

⁷⁸ CEDH, *Bubbins c. R.U.*, préc.

grave, en l'occurrence un attentat⁸⁰ ou est en train de sortir armée d'un lieu assiégé après avoir refusé de se rendre⁸¹.

Quant au caractère du danger, *a priori*, il doit s'agir d'un *danger réel et imminent* menaçant des vies⁸². Mais il peut également s'agir d'une très haute probabilité de l'existence d'un danger imminent, précisa la Cour dans l'arrêt *McCann et autres*, déjà cité. Cette probabilité peut être fondée sur « une conviction honnête pour des raisons valables à l'époque des événements mais qui se révèlent ensuite erronés »⁸³. Car affirmer le contraire, « imposerait aux Etats et à ses agents chargés de l'application des lois, une charge irréaliste qui risquerait de s'exercer aux dépens de leur vie et de celle d'autrui »⁸⁴.

2. Le critère de proportionnalité rigoureuse entre le danger et l'usage de la force

Outre l'existence d'un des cas autorisés, du recours à la force et d'un danger physique, la Cour estime que l'exigence d'une « nécessité absolue » requiert que la nature et le degré de la force utilisée soient *rigoureusement proportionnés* à la gravité du danger présent⁸⁵.

La plupart des garanties exigées pour apprécier le respect de la nécessité absolue ont été dégagées à propos des opérations collectives des forces de l'ordre. Mais à part la nécessité de les préparer, les contrôler et les conduire de sorte à réduire au minimum le risque pour la vie **(b)**, les autres garanties requises sont valables pour tous les cas de recours à la force **(a)**. Elles consistent à assurer que les agents de maintien de l'ordre soient en mesure d'apprécier l'existence d'un danger et de sa gravité et d'utiliser la force de manière à réduire au minimum les risques pour la vie et l'intégrité physique tant des personnes visées que des tierces personnes. Le but est de neutraliser le risque par d'autres moyens possibles et de réserver le recours à la force potentiellement mortelle en ultime recours. Ces garanties sont précisément les suivantes.

a. Les sous-critères communs à tout usage de la force de la part des forces de l'ordre

L'existence d'un encadrement légal du recours à la force. Il doit exister en droit interne un cadre juridique approprié (légal et administratif) qui définit les circonstances limitées dans lesquelles

⁷⁹ CEDH, *Andronikou et Constantinou c. Chypre*, préc.

⁸⁰ CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc..

⁸¹ CEDH, *Huohvanainen c. Finlande*, préc.

⁸² Comme, par exemple, dans l'affaire *Bubbins c. R.U.*, précitée, ou dans l'affaire *Antonio Diaz Ruano*, précitée.

⁸³ CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc., §200.

⁸⁴ *Ibid.* § 200. Voir CEDH, *Andronikou et Constantinou c. Chypre*, préc., §192 ; CEDH, *Huohvanainen c. Finlande*, préc.

⁸⁵ CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc., § 194.

les représentants de l'application des lois peuvent recourir à la force et faire usage d'armes à feu⁸⁶, compte tenu des normes internationales en la matière, en particulier celles des « Principes des Nations unies sur le recours à la force⁸⁷ ». Ces textes doivent être accessibles, et donc publiés, et doivent contenir des garanties claires visant à empêcher que la mort soit infligée de manière arbitraire⁸⁸. Ils doivent notamment subordonner le recours aux armes à feu à une appréciation minutieuse de la situation et, surtout, à une évaluation de la menace qu'elle représente⁸⁹. Aussi, il y a des manquements aux exigences de l'article 2 de la Convention, lorsque de tels textes sont inexistant (arrêt *Isayeva*), mais aussi lorsqu'ils sont obsolètes ou incomplets (arrêt *Makaratzis*⁹⁰) ou encore lorsqu'ils ne contiennent pas de garanties suffisantes afin de réduire le risque pour la vie. Par exemple, un texte qui prévoit simplement que les policiers puissent tirer sur tout fugitif qui ne se rend pas immédiatement après une sommation et un tir de semonce, est considéré par la Cour comme ne contenant pas des garanties suffisantes contre la privation de la vie de manière arbitraire⁹¹.

Formation appropriée, juridique et pratique des forces de l'ordre. Les agents du maintien de l'ordre doivent, d'une part, avoir connaissance du cadre légal qui régit l'usage de la force et être sensibilisés à la prééminence du respect de la vie humaine en tant que valeur fondamentale. Ils doivent avoir, d'autre part, reçu une formation d'entraînement au maniement des armes et à la gestion des situations de crise afin de pouvoir apprécier la gravité du risque et contrôler l'usage de la force⁹². Ainsi, il faut s'exercer à éviter de créer des situations à risque comme de s'approcher de la

⁸⁶ Le fait que le « Gouvernement n'ait invoqué les dispositions d'aucune loi interne régissant l'usage de la force par des agents de l'Etat dans de telles situations, est lui aussi directement pertinent pour les considérations de la Cour quant à la proportionnalité de la réponse des forces armées à l'attaque qu'elles disent avoir subie », CEDH, *Isayeva c. Russie*, n° 57950/00, CEDH 2005-II ; CEDH, *Halit Çelebi c. Turquie*, préc., §§ 45-47 ; CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc.

⁸⁷ Le principe 9 des « Principes des Nations unies sur le recours à la force » (adoptés le 7 septembre 1990) énonce : « Les responsables de l'application des lois ne doivent pas faire usage d'armes à feu contre des personnes, sauf en cas de légitime défense ou pour défendre des tiers contre une menace imminente de mort ou de blessure grave, ou pour prévenir une infraction particulièrement grave mettant sérieusement en danger des vies humaines, ou pour procéder à l'arrestation d'une personne présentant un tel risque et résistant à leur autorité, ou l'empêcher de s'échapper, et seulement lorsque des mesures moins extrêmes sont insuffisantes pour atteindre ces objectifs. Quoi qu'il en soit, ils ne recourront intentionnellement à l'usage meurtrier d'armes à feu que si cela est absolument inévitable pour protéger des vies humaines ».

⁸⁸ CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc., § 99.

⁸⁹ *Ibid.*, §§ 96-97. Voir CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc.

⁹⁰ Tout en reconnaissant la nécessité de recourir à la force pour arrêter un automobiliste dangereux qui a pris la forme d'une opération policière collective spontanée, la Cour a jugé que l'encadrement légal n'était pas adéquat et effectif pour parer l'arbitraire et l'abus de force. La réglementation de l'usage des armes ne prévoyait pas l'organisation des opérations policières collectives ni un contrôle central de l'opération, CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc. La Grèce a, en 2004, remédié à ce manquement par la mise en vigueur le 24 juillet 2003 de la loi n° 3169/2003. Intitulée « Port et usage d'armes à feu par les policiers, formation des policiers à l'usage des armes à feu et autres dispositions », elle abroge en son article 8 la loi no 29/1943. Par ailleurs, en avril 2004, le « Livret des droits de l'homme à l'usage de la police » élaboré par le Centre des Nations unies pour les droits de l'homme a été traduit en grec en vue de sa diffusion auprès des policiers grecs.

⁹¹ CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc., §§ 99-100.

⁹² Ainsi, dans l'arrêt *Şimşek et autres*, précité, la Cour a jugé que les policiers qui étaient de service lors des incidents ont pu agir avec une grande autonomie et, sous la pression des événements et dans la panique, ont pris des décisions qu'ils n'auraient probablement pas prises s'ils avaient bénéficié d'une formation et d'instructions adéquates. Alors que dans l'affaire *Bubbins c. R.U.*, précitée, cette instance a jugé qu'il existe en droit britannique un cadre légal qui offre des garanties adaptées et effectives et, dans le cas litigieux, les

victime la main tendue et armée de sorte que la personne visée puisse toucher la main et ainsi provoquer un tir involontaire fatal⁹³.

La décision du recours à la force ne doit avoir lieu qu'en ultime recours. A cette fin, la Cour examine si toutes les alternatives à l'usage de la force ont été étudiées et si leur écart a été justifié. Par exemple, dans l'affaire *McCann et autres*⁹⁴ où les victimes, soupçonnées d'être entrées à Gibraltar pour préparer une action terroriste⁹⁵, ont toutes été tuées lors d'une intervention planifiée, la Cour a reproché aux autorités nationales de ne pas les avoir arrêtées à temps. Elle a estimé qu'elles auraient pu être arrêtées à la frontière, avant donc d'avoir pu commencer à mettre en oeuvre leur action terroriste et créer un danger justifiant l'usage de la force mortelle⁹⁶. En revanche, dans l'affaire *Andronikou et Constantinou*, dite affaire de « querelle des amoureux », où l'intervention des forces de l'ordre pour sauver la vie d'une personne menacée par son fiancé s'est soldée par la mort du couple, la Cour a tenu compte, en faveur des autorités chypriotes, du fait d'avoir épuisé la possibilité de dénouer cette situation avec le dialogue⁹⁷. De même, dans l'affaire *Huohvanainen*, la Cour a retenu en faveur des forces de l'ordre le fait qu'elles avaient tenté de négocier avec une personne armée et barricadée dans sa maison et qu'elles avaient utilisé de fumigènes pour la faire sortir sans succès, avant de recourir à l'usage de leurs armes⁹⁸.

Ne tirer pour tuer qu'en cas de nécessité absolue. La Cour estime que la préparation des forces d'intervention doit être faite selon le principe de *ne tirer pour tuer que si cela s'avère absolument nécessaire* pour leur propre défense ou celle d'autrui. Autrement, elles doivent viser à blesser seulement une personne ou, par exemple, à immobiliser une voiture. Ainsi, dans l'affaire *McCann et autres*, la Cour avait reproché aux autorités britanniques d'avoir donné l'ordre aux agents d'intervention de tirer jusqu'à ce que mort s'ensuive⁹⁹ et que ceux-ci avaient continué à tirer alors qu'une des victimes était déjà au sol touchée par plusieurs balles¹⁰⁰. Dans l'affaire *Makaratzis*, elle a retenu à l'encontre des policiers grecs leurs tirs sur le conducteur alors qu'ils n'auraient dû viser qu'à immobiliser la voiture. Et dans l'affaire *Nachova et autres*, elle avait reproché aux policiers bulgares d'avoir tiré sur des fugitifs qui ne présentaient aucun danger. Alors que dans l'affaire *Adronikou et Constantinou* la Cour avait retenu en faveur des autorités chypriotes que des instructions avaient été

policiers qui ayant participé à l'incident litigieux, avaient été entraînés au maniement des armes à feu et leurs mouvements et actes étaient soumis au contrôle et surveillance des policiers expérimentés.

⁹³ CEDH, *Celniku c. Grèce*, n°21449/04, CEDH 2007-V.

⁹⁴ CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc.

⁹⁵ Ces personnes étaient soupçonnées d'avoir placé une bombe dans leur voiture avec un système de déclenchement prêt à être activé à tout moment et de n'importe quel lieu de Gibraltar, CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc.

⁹⁶ *Ibid.*, §§ 202-205.

⁹⁷ CEDH, *Andronikou et Constantinou c. Chypre*, préc. ; CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc., §§ 181-183.

⁹⁸ CEDH, *Huohvanainen c. Finlande*, préc.

⁹⁹ CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc., § 212.

¹⁰⁰ Selon la Cour, « leur acte réflexe sur ce point vital n'a pas été accompli avec toutes les précautions dans le maniement des armes à feu que l'on est en droit d'attendre de responsables de l'application des lois dans une société démocratique même lorsqu'il s'agit de dangereux terroristes », *Ibid.*, § 199, § 212.

données de ne tirer que si la vie de la fiancée ou des forces d'intervention étaient en danger¹⁰¹ et que, effectivement, l'usage des armes n'a eu lieu qu'en ultime recours, après les coups tirés par le fiancé¹⁰². Dans l'affaire *Huohvanainen*, la Cour a estimé qu'il n'y a aucune raison de douter que les policiers ont raisonnablement pensé qu'il était nécessaire d'ouvrir le feu pour protéger leurs collègues : ils n'ont tiré que lorsqu'ils ont vu la victime apparaître armée à la porte¹⁰³.

Protéger la vie des tierces personnes. Même lorsque la mort d'une tierce personne a eu lieu de manière accidentelle, et même lorsqu'elle a résulté de la force utilisée par la ou les personne(s) poursuivie(s), la responsabilité de l'Etat peut être engagée s'il est établi que les forces de l'ordre n'ont pas suffisamment pris en compte le danger que leur intervention pourrait présenter pour les tierces personnes¹⁰⁴.

Utiliser des moyens de force de nature appropriée. La nature de la force peut aussi être déterminante dans l'appréciation du respect de la « nécessité absolue ». Ainsi, à propos de l'usage des blindés pour réprimer une manifestation au cours de laquelle un lycéen fut tué alors qu'il rentrait de l'école chez-lui, ce qui a pesé lourd dans le jugement de violation de l'article 2, c'est la nature de la force utilisée. Celle-ci n'était pas absolument nécessaire¹⁰⁵. Il est incompréhensible, avait souligné la Cour, pour une zone soumise à l'état d'urgence, que « les gendarmes aient employé une arme très puissante car ils ne disposaient apparemment ni de matraques et boucliers ni de canons à eau, ni de balles en caoutchouc ou de gaz lacrymogènes »¹⁰⁶. Cette instance est parvenue à la même conclusion, dans affaire *Şimşek et autres*, estimant incompatible avec la stricte proportionnalité exigée par l'article 2 l'usage des tanks pour disperser une manifestation¹⁰⁷, et dans l'affaire *Isayeva* à propos de l'usage des bombes aériennes pour combattre des résistants armés près des zones habitées¹⁰⁸. Dans *Scavuzzo* (2006), la Cour a pris en compte la mise en garde par le milieu médical contre une méthode utilisée pour effectuer une arrestation : « l'arrestation au moyen de l'immobilisation de la personne

¹⁰¹ CEDH, *Andriankou et Constantinou c. Chypre*, préc., §§ 185-186.

¹⁰² *Ibid.*, §§ 191-193.

¹⁰³ CEDH, *Huohvanainen c. Finlande*, préc.

¹⁰⁴ Ainsi dans l'arrêt *Ergi* qui portait sur la mort d'une tierce personne tuée lors d'une embuscade, près d'un village, mise en place par les forces de l'ordre contre des militants du PKK, le gouvernement turc avait tenté de dégager sa responsabilité en soutenant qu'il n'était pas certain que la victime eût été tuée par des tirs des forces de l'ordre. Or la Cour a estimé que « la responsabilité de l'Etat n'est pas uniquement engagée dans les cas où des preuves significatives montrent que des tirs mal dirigés d'agents de l'Etat ont provoqué la mort d'un civil ; elle peut aussi l'être lorsque lesdits agents n'ont pas, en choisissant les moyens et méthodes à employer pour mener une opération de sécurité contre un groupe d'opposants, pris toutes les précautions en leur pouvoir pour éviter de provoquer accidentellement la mort des civils, ou à tout le moins de réduire ce risque, 'au minimum' », CEDH, *Ergi c. R.U.*, préc., § 79.

¹⁰⁵ CEDH, *Gülec c. Turquie*, préc., § 73.

¹⁰⁶ *Ibid.*, §§ 71-72.

¹⁰⁷ Dans l'arrêt *Şimşek et autres*, précité, la Cour a jugé inacceptable que les forces de l'ordre, qui savaient que la situation était tendue dans les quartiers où ils sont intervenus avec des tanks faisant dix sept victimes, ne disposaient pas des équipements nécessaires (gaz lacrymogène, balles en plastique, canons à eau, etc.).

¹⁰⁸ CEDH, *Isayeva c. Russie*, préc.

par terre, allongée sur le ventre, avec pose de menottes aux mains et pieds¹⁰⁹ ». Tel fut, en tout cas, le sort d'une personne (toxicomane et en état d'excitation) lors de son arrestation. Mais la Cour a estimé que, pour engager la responsabilité internationale de l'Etat défendeur, encore faut-il que les agents aient « raisonnablement pu se rendre compte que la victime se trouvait dans un état de vulnérabilité exigeant un degré de précaution élevé dans le choix des techniques d'arrestation 'usuelles' »¹¹⁰. En revanche tel a été le cas, dans l'affaire *Saoud c. France* (2007). Alors que la personne a été entravée aux mains et aux pieds, et ne présentait plus de danger pour autrui, elle a été maintenue immobilisée au sol, face contre terre, et est morte par arrêt cardiaque en raison d'une asphyxie lente, dite « posturale » ou « positionnelle ». La Cour a, à cette occasion fait remarquer que cette forme d'immobilisation est identifiée par la CPT¹¹¹ comme « hautement dangereuse pour la vie », et a invité l'Etat français à prendre une directive précise concernant le recours à ce type de technique d'immobilisation¹¹².

b. Les sous-critères supplémentaires dans le cadre des opérations planifiées

S'agissant des opérations policières ou militaires planifiées, la Cour exige des garanties supplémentaires. Elle exige que l'opération soit « préparée », « contrôlée » et « exécutée » avec les précautions nécessaires afin de *réduire au maximum les risques de donner la mort*¹¹³. Il doit y avoir un *commandement central*, des *règles claires* concernant l'usage de la force et des *moyens de force de nature variée*. Il faut avoir préparé et conduit l'opération de manière à protéger la vie des tiers et des civils¹¹⁴.

L'obligation de préparation. Une intervention collective peut ne pas être préparée¹¹⁵. Toutefois, tel doit être le cas notamment pour des interventions dans des zones de conflit (arrêt *Isayeva*) ou de tension permanente, pour réprimer une émeute ou une manifestation (arrêt *Simsec*), mais aussi pour toute intervention lorsque les forces de l'ordre ont été préalablement informées de la

¹⁰⁹ CEDH, *Scavizzi-Hager et autres c. Suisse*, n°41773/98, CEDH, 2006-II.

¹¹⁰ *Ibid.*. Voir pour cette question dans un autre contexte, CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 61.

¹¹¹ Selon le CPT, le maintien de l'étranger dans une telle position, qui plus est avec du personnel d'escorte apposant son poids sur diverses parties du corps (pression sur la cage thoracique, genoux dans les reins, blocage de la nuque) après qu'il se soit débattu, présente un risque d'asphyxie posturale.

¹¹² CEDH, *Saoud c. France*, n° 9375/02, CEDH, 2007-X, §§ 101-102.

¹¹³ « Reconnaissant l'importance de cette disposition (art. 2) dans une société démocratique, la Cour doit, pour se former une opinion, examiner de façon extrêmement attentive les cas où l'on inflige la mort, notamment lorsque l'on fait un usage délibéré de la force meurtrière, et prendre en considération non seulement les actes des agents de l'Etat ayant eu recours à la force mais également l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment la préparation et le contrôle des actes en question », *Ergi c. R.U.*, préc., §79. Voir *McCann et autres c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Isayeva c. Russie*, préc. ; CEDH, *Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Huohvanainen c. Finlande*, préc.

¹¹⁴ Le gouvernement défendeur ne savait pas qui avait participé à l'opération, dans quelles circonstances les forces de l'ordre avaient ouvert le feu ni quelles mesures avaient été prises une fois que l'affrontement avait gagné en ampleur pour réduire les risques, CEDH, *Ergi c. R.U.*, préc., § 80.

¹¹⁵ Dans l'affaire *Makaratzis* (précitée), la Cour a considéré qu'il est concevable qu'une poursuite (en l'occurrence d'un automobiliste dangereux) commencée par un policier devienne collective.

nécessité d'intervenir pour effectuer une arrestation (arrêt *McCan et autres, Celniku*¹¹⁶), pour libérer un otage (arrêt *Andronikou*¹¹⁷), pour arrêter une personne barricadée dans un lieu fermé, armée, et qui tire vers les policiers (arrêt *Huohvanainen*)¹¹⁸, ou pour maîtriser un événement collectif qui tombe dans le champ de l'article 2 de la Convention, telle que la mutinerie dans une prison qui tombe dans le cadre d'insurrection dès lors qu'il ne s'agit pas d'une « insurrection généralisée soudaine ayant évolué de manière inattendue » (*Gömi et autres c. Turquie*¹¹⁹ *Kurnaz et autres c. Turquie*¹²⁰). Dans de tels cas, les forces de l'ordre doivent avoir conçu des plans d'intervention et doivent les exécuter avec les précautions nécessaires afin de limiter la mise en danger de la vie humaine.

Les exigences de la préparation et de la conduite des opérations. Concernant le commandement central, la Cour a précisé qu'il faut informer les forces d'intervention de l'éventuelle marge d'erreur sur la certitude de l'existence d'un danger physique afin d'éviter le recours automatique à la force mortelle¹²¹. En cas d'un tel usage, il faut viser à neutraliser le risque et non à tuer la personne (sauf en cas de légitime défense)¹²². Par exemple, dans l'arrêt *Ergi*, qui portait sur la mort d'une tierce personne tuée lors d'une embuscade, près d'un village, tentée par les forces de l'ordre contre des militants du PKK, la Cour a estimé que, lors de la préparation de l'intervention, « des précautions suffisantes n'ont pas été prises pour épargner la vie de la population civile¹²³ » notamment en raison du choix du lieu de l'embuscade (près d'une zone habitée) et de la nature de la force utilisée (des blindés). Ces deux motifs se retrouvent également parmi les défaillances de la Russie, au regard de l'article 2 de la Convention, lors d'une attaque aérienne, contre des combattants tchétchènes, menée dans une zone habitée (arrêt *Isayeva*).

¹¹⁶ CEDH, *Celniku c. Grèce*, préc.

¹¹⁷ CEDH, *Andronikou et Constantinou c. Chypre*, préc.

¹¹⁸ CEDH, *Huohvanainen c. Finlande*, préc.

¹¹⁹ CEDH, *Gömi et autres c. Turquie*, n° 35962/97, CEDH 2006-XII.

¹²⁰ CEDH, *Kurnaz et autres c. Turquie*, n° 36672/97, CEDH 2007-VII.

¹²¹ C'est ce que la Cour a reproché aux autorités dans l'affaire *McCann et autres* à propos de la mort des terroristes présumés : le commandant de l'opération ayant eu donné l'ordre aux forces d'intervention de tirer au moindre signe suspect de la part des victimes, alors que la menace, à savoir l'introduction à Gibraltar d'une voiture piégée d'une bombe télécommandée que chacun des suspects pourrait déclencher de n'importe quel endroit de Gibraltar, n'était que probable, CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc., §186 et §§ 206-211.

¹²² CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc. ; CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc. ; CEDH, *McCann et autres c. R.U.*, préc.

¹²³ La Cour a reproché aux autorités turques l'emplacement de l'embuscade à la proximité d'un village, et le fait que les responsables de l'intervention n'avaient pas envisagé toutes les hypothèses de la trajectoire des tirs croisés avec les militants du PKK, et notamment celle où ces derniers viendraient d'un endroit tel que des villageois risquaient de se trouver dans le champ des tirs, CEDH, *Ergi c. R.U.*, préc., § 81.

Afin de diminuer au minimum les risques de mort, d'autres précautions peuvent être exigées, comme celle *d'intervenir le jour plutôt que la nuit*¹²⁴ ou *d'évacuer les civils* à défaut de pouvoir intervenir dans une zone de conflit loin d'une zone habitée¹²⁵.

C'est au regard de l'ensemble de ces garanties requises dans le cadre des obligations négatives des Etats que nous allons étudier leur application à l'égard des détenus tant au sein de la jurisprudence européenne qu'au sein des droits nationaux, grec et français.

§ 2. Application à l'égard des détenus

Si le principe est de garantir la protection de la vie des détenus, force est de constater, d'abord, que l'article 2 de la Convention contient deux dérogations supplémentaires par rapport au reste de la population, l'une explicite et l'autre implicite : l'usage de la force est autorisé pour empêcher une évasion et pour effectuer une arrestation régulière. Ce qui n'est pas sans nous interpellé sur l'égalité des détenus devant le droit à la vie et, par conséquent, sur le contenu légal de la peine privative de liberté, puisque leur statut juridique (pénal) peut justifier des conséquences débordant sur le droit à la vie. La réponse dépend de l'interprétation faite par la Cour de cette double dérogation ainsi que de la législation des droits nationaux relative à cette question (A). De même, la jurisprudence de la Cour et la réglementation nationale relative aux autres dérogations prévues par l'article 2 de la Convention à l'interdiction de recours à la force, permettent de répondre à la question de savoir si le statut pénitentiaire ne contribue pas également à légitimer une extension du champ de recours à la force (B).

A. Amoindrissement de la protection en raison du statut pénal

L'article 2 de la Convention dans son deuxième paragraphe alinéa b, prévoit que « la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : ...b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ». Cet usage de la force qui est fondé sur le respect des obligations imposées par la peine et non sur les nécessités du fonctionnement de la prison, n'est pas sans nous interroger sur sa légitimité. Certes empêcher une personne condamnée à la privation de liberté, y compris par l'usage de la force de quitter le lieu d'exécution de sa peine et de l'y ramener, est une conséquence logique de la peine privative de liberté entendue dans le sens strict de privation de liberté de circulation. La question qui se pose est de savoir jusqu'où cet usage de la force peut aller. Plus précisément, le seul but de faire respecter cette obligation imposée par

¹²⁴ Par exemple, dans l'arrêt *Adronikou et Constantinou* (précité), certains juges ont, dans leur avis dissident, soulevé la question de savoir si l'intervention nocturne et donc dans l'obscurité n'a pas contribué à amoindrir la maîtrise de la force utilisée.

¹²⁵ CEDH, *Isayeva c. Russie*, préc.

cette peine peut-il justifier la mise en danger de l'intégrité physique et de la vie de la personne¹²⁶ ? Dans ce cas, ne s'agirait-il pas d'un dépassement du contenu légal de cette peine, passant de la privation de la liberté à l'autorisation d'infliger la mort ?

La réponse dépend de l'interprétation et de l'application concrète de cette double dérogation tant par la Cour (1) que par les droits nationaux (2). Nous estimons que le seul but de déjouer une tentative d'évasion et de capturer un évadé ne suffisent pas à justifier l'usage de la force mortelle. Il s'agit bien d'un dépassement du cadre légal de la peine privative de liberté. Cette peine ne peut pas muer en peine de mort. Les moyens de son exécution ne peuvent pas aller jusqu'à inclure la mort.

1. Les exigences européennes

Cette double dérogation ne peut être conforme au principe de légalité des peines et à l'esprit de la Convention en général que si elle obéit à l'interprétation appliquée par la Cour dans les autres cas de recours à la force autorisés, telle que nous venons de la présenter. C'est-à-dire, si elle respecte le critère de « nécessité absolue » apprécié non seulement par le but poursuivi (empêcher une évasion et arrêter l'évadé) mais aussi par d'autres critères et notamment par celui d'assurer la protection de l'intégrité physique et de la vie d'autrui.

Autrement dit, il faut que le détenu lors de son évason ou lors de son arrestation présente un danger physique (immédiat et réel) pour les personnes habilitées à l'arrêter ou pour des tierces personnes. Il faut, de surcroît, qu'un nombre de précautions soit pris pour éviter autant que faire se peut que l'usage de la force soit mortelle, telles que : n'utiliser des armes à feu que si cela est nécessaire pour protéger la vie et l'intégrité d'autrui ; ne tirer qu'en dernier recours (utiliser des moyens moins dangereux), viser à immobiliser et non à tuer.

La Cour n'a eu l'occasion de se prononcer qu'à propos de l'arrestation de deux personnes évadées d'une prison militaire¹²⁷. Elle a clairement affirmé que l'usage de la force ne peut être justifié que s'il répond à l'ensemble des conditions requises par l'article 2 telles qu'elles sont précisées à propos du recours à la force pour d'autres motifs, à savoir l'existence d'un danger physique, le respect de la stricte proportionnalité ainsi que de toutes les autres précautions pour réduire au minimum les risques pour la vie et l'intégrité.

Nous estimons que compte tenu de l'évolution de l'interprétation générale faite du deuxième paragraphe de l'article 2, seule l'application de la même interprétation également à l'égard

¹²⁶ D'autant plus que la tentation de s'évader est tout à fait naturelle pour l'homme en captivité.

¹²⁷ CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc.

des détenus est conforme à la Convention et au principe de légalité des peines. A ce propos, il est intéressant de citer l'avis émis par des Procureurs grecs près la Cour de cassation, en 1996, sur la question de savoir si en cas de tentative d'évasion et d'arrestation d'un évadé il peut être fait usage des armes.¹²⁸ Leur raisonnement est, à juste titre, fondé sur la valeur fondamentale du droit à la vie mais aussi sur les limites de la légalité de la peine privative de liberté. En rappelant que donner la mort est contraire à l'ordre juridique grec, tant à sa Constitution qui consacre le droit à la vie de manière absolue (art. 5 §2 et 7 §3) qu'à la loi 2207/1994 qui a aboli la peine de mort, ils estiment qu'il « serait paradoxal » d'une part, d'interdire la peine de mort même pour les crimes les plus répugnants, et d'autre part, de l'autoriser en cas de tentative d'évasion ou d'arrestation d'une personne évadée. D'autant plus, poursuivent-ils, que l'évasion constitue un délit punissable d'un an de privation de liberté (art 173 C. Pén.), et ce, indépendamment de la nature et de la gravité du délit ou du crime pour lesquels les détenus sont condamnés.

Le recours à l'usage des armes, précise cet avis, doit être régi par les dispositions du droit pénal relatives à des situations de légitime défense et de l'état de nécessité. C'est à-dire qu'il ne peut y avoir recours à la force que si cela est rendu « nécessaire par la nature de l'agression ou du danger encouru pour la vie ou la propriété de la victime ou d'autrui, et si ce danger est actuel et non évitable par d'autres moyens ». Sont cités à titre indicatif, les tentatives d'évasion accompagnées de prise d'otages ou de violences exercées sur les codétenus, sur les visiteurs ou sur le personnel pénitentiaire.

Dès lors, seules les tentatives d'évasion accompagnées de violences dangereuses pour la vie ou l'intégrité d'autrui devraient justifier le recours à la force susceptible d'être mortelle et toujours dans le respect de nécessité et de proportionnalité exigées par l'article 2. Autrement, il doit être fait uniquement usage des moyens ne comportant pas de risques pour la vie ou l'intégrité des détenus.

2. L'application nationale

Au regard de cette conclusion, les droits grec et français sont incompatibles avec la Convention et le principe de légalité des peines. La seule tentative d'évasion a toujours justifié le recours à la force et, au besoin, à la force mortelle. Le *droit français* prévoit l'usage des armes lorsque « des détenus invités à s'arrêter par des appels répétés de 'halte' faits à haute voix cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et ne peuvent être contraints de s'arrêter que par l'usage des armes » (art. D 283-6 al.4 CPP). En *droit grec*, la tentative d'évasion justifie également le recours à l'armée. Son usage fait l'objet d'une loi spécialement votée pour la surveillance extérieure des prisons, des hôpitaux pénitentiaires et de tous les transferts des détenus

¹²⁸ Avis des Procureurs de la Cour de Cassation, n° 1802/96, 13.11.1996, *Poinika chronika* (Chroniques pénales), MST, pp. 1523-1526.

(n° 2721/1999). Elle prévoit (article 50 §1) que le personnel de garde à l'extérieur des lieux de détention ou d'hospitalisation peut faire usage des armes à feu : au moment d'une tentative de s'évader avec violence y compris contre du matériel, mais aussi lorsque des détenus sont en train de monter sur les murs extérieurs de la prison, et lorsque, après avoir réussi à passer la mur, n'obéissent pas à la sommation « halte ou je tire ». Ce personnel peut également utiliser la force armée pendant une tentative d'évasion lors d'un transfèrement, ainsi que pendant les poursuites pour arrêter un évadé. Toutefois, dans le troisième paragraphe de cette loi, il est précisé que, avant de recourir aux armes, ce personnel doit utiliser d'autres moyens : des conseils, des menaces, des jets d'eau à pression, gaz, des tirs en l'air. Ce corps de « service de surveillance extérieur des lieux de détention » a les mêmes pouvoirs que la police, mais il dépend du Ministère de la Justice.

Le champ de recours à la force à l'égard des détenus s'élargit encore par leur statut pénitentiaire.

B. Amoindrissement de la protection en raison du statut pénitentiaire

La dépendance des détenus vis-à-vis des autorités pénitentiaires, qui les rend vulnérables, mais aussi la conception de l'ordre et de la sécurité dans les prisons contribuent à ce que le statut pénitentiaire des détenus amoindrisse la protection de leur vie et de leur intégrité. En effet, si la jurisprudence européenne insiste sur la vulnérabilité des détenus, ce qui devrait rendre encore plus strictes les exigences de l'article 2 (1), les exemples du droit grec et du droit français montrent qu'il n'en est encore rien : au contraire, les nécessités d'ordre et de sécurité de la prison étendent le champ d'autorisation de recours à la force (2).

1. Les exigences européennes

La jurisprudence de la Cour rendue depuis le début des années 2000 tend à renforcer la protection du droit à la vie des détenus. En reconnaissant qu'ils se trouvent dans une situation de « vulnérabilité » et de « fragilité », et « entièrement sous le contrôle des autorités », la Cour souligne que « les obligations des Etats contractants prennent une dimension particulière ». Cette affirmation est faite concernant tant les obligations positives¹²⁹ que les obligations négatives¹³⁰ des Etats. Toutefois, concernant ces dernières, la Cour n'a pas eu l'occasion de se pencher sur la détermination des motifs de recours à la force ni sur l'appréciation de sa nécessité. Les griefs examinés portaient tous sur les défaillances de l'enquête suite à des décès de personnes en garde à vue pour lesquelles

¹²⁹ CEDH, *Slimani c. France*, n°57671/00, CEDH, 2004-VII, § 27 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 56 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 91 ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), n° 57420/00, CEDH 2003-I ; *Troubnikov c. Russie*, préc., § 68.

¹³⁰ CEDH, *Orak c. Turquie*, préc., § 68 ; CEDH, *Tanli c. Turquie*, préc., § 41 ; CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 110.

les preuves recueillies par la Cour permettaient de conclure qu'elles ont été victimes d'usage de violence.

Seule une décision de la Commission, rendue en 1993 dans l'affaire *J. A.* dirigée contre la France¹³¹, portait sur la légitimité du motif invoqué (désobéissance) passive à un ordre ou un commandement et participation à un incident collectif) et sur la nature de la force utilisée à l'encontre d'un détenu victime des coups et blessures (par l'usage des matraques). Le requérant s'était plaint d'avoir été frappé par trois surveillants à l'aide de matraques dans une cellule où il avait été amené après sa participation à un incident opposant un codétenu à des surveillants, ce qui lui avait causé une incapacité de travail de trois semaines. Les auteurs des coups s'étaient défendus en arguant que le recours à cette force avait été rendu nécessaire par le refus de la victime d'obéir à l'ordre de l'autorité légitime de se retirer du lieu de l'incident et de se rendre au quartier disciplinaire. Or, le Tribunal correctionnel de Cayenne, et ensuite la Cour d'appel de Fort-de-France, ont écarté cet argument, estimant que c'était l'ordre du premier surveillant de donner des coups de matraque qui était entaché d'illégalité dès lors que l'intéressé n'avait opposé aucune résistance pour se rendre au quartier disciplinaire ; et que s'agissant de comportements fautifs des détenus, comme celui de participer à un incident collectif, des procédures étaient prévues pour les sanctionner. Ces juridictions, tout en retenant comme circonstances atténuantes le fait que les surveillants exercent leur profession dans des conditions difficiles et que les défendeurs « faisaient l'objet de bons renseignements », ont retenu leur culpabilité pour *coups et blessures volontaires avec armes*.

On déduit de cette affaire que la désobéissance passive des détenus à un ordre ou un commandement et leur participation à un incident collectif ne suffisent pas à justifier le recours aux armes. Et l'on doit déduire de la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation générale de l'article 2, que pour cela il faut encore que le comportement des détenus présente un danger physique et d'une certaine ampleur pour autrui.

A la lumière de cette décision, et surtout de la jurisprudence générale de la Cour relative à la nécessité de recours à la force, ainsi que de la vulnérabilité des détenus, nous allons voir si la réglementation de l'usage de la force à l'encontre des détenus en droit grec et français respecte les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et si donc ils n'ajoutent pas des dérogations qui diminuent encore la protection de leur vie.

¹³¹ D 20648/92 (J.A/France), 1.9.1993.

2. L'application nationale

L'obligation de protéger tant leur vie que leur intégrité est indéniable, tant en droit français qu'en droit grec. La jurisprudence européenne est seulement venue renforcer les obligations qui pèsent sur les Etats en cette matière.

Les *droits grec et français* sont marqués par une évolution visant à réduire les risques de mort des détenus pour des raisons de maintien d'ordre et de sécurité dans la prison. Parmi les précautions prises, notons d'abord l'interdiction faite au personnel de porter des armes dans le lieu de détention. Cette interdiction, implicite en droit grec et expressément prévue par le droit français (art. D. 218, CPP¹³² et art. D. 267, al.2, CPP¹³³), est dictée par le souci de diminuer les risques de mort par le recours aux armes par réflexe. Notons ensuite que ces deux droits nationaux soumettent l'usage de la force dans l'enceinte de la prison à des conditions visant à limiter le recours à la force ainsi que son ampleur. Ils émettent comme principe la limitation de l'ampleur de la force à la mesure *strictement nécessaire* (D 283-5 al.2. CPP¹³⁴ et art. 65 §2 C. pénit.), délimitent le *champ d'autorisation de recours à la force* et déterminent, dans une certaine mesure, la *nature de la force* à utiliser.

La question est de savoir si ces précautions, telles que nous allons les préciser pour le droit français et le droit grec, répondent à la limitation de l'usage de la force dans le cadre fixé par l'article 2§2 de la CEDH telle qu'elle est interprétée par la Com. Rappelons que, outre l'évasion et l'arrestation, déjà abordées, seuls deux autres cas justifient le recours à la force : la défense des personnes contre la violence illégale et la répression d'une émeute ou d'une insurrection. De surcroît, le recours à la force doit être rendu « absolument nécessaire ». Rappelons aussi que par « force », l'article 2 entend non seulement les armes à feu mais aussi toute force pouvant s'avérer mortelle.

a. Au sein du droit français

Le droit français distingue trois types de recours à la force, prévus pour certains motifs et soumis à des conditions propres à chacun.

¹³² « Dans les locaux de la détention, les agents ne sont porteurs d'aucune arme, hors le cas exceptionnel prévu à l'article D267. Les surveillants assurant un service de garde en dehors des bâtiments de détention sont armés dans les conditions fixées par une instruction de service ».

¹³³ « Les agents en service dans les locaux de détention ne doivent pas être armés, à moins d'ordre exprès donné, dans des circonstances exceptionnelles et pour une intervention strictement définie, par le chef de l'établissement. »

¹³⁴ « Le personnel de l'administration pénitentiaire ne doit utiliser la force envers les détenus qu'en cas de légitime défense, de tentative d'évasion ou de résistance par la violence ou par inertie physique aux ordres donnés. Lorsqu'il y recourt, il ne peut le faire qu'en se limitant à ce qui est strictement nécessaire. »

Le recours aux armes. Le droit pénitentiaire français soumet le recours aux armes à l'autorisation expresse du chef d'établissement et précise qu'elle doit être donnée pour une intervention strictement définie par ce dernier (art. D 267 al. 2). De plus, il limite le pouvoir discrétionnaire de celui-ci en indiquant, dans l'article D 283-6 du Code de procédure pénale, les cas dans lesquels il peut donner une telle autorisation. Outre la *tentative d'évasion*, y figurent : les *violences ou voies de faits exercées contre le personnel* ; les *menaces à l'encontre du personnel par des individus armés* ; la *défense des établissements pénitentiaires et des postes ou des personnes qui leur sont confiés* ; et une *résistance telle qu'elle ne puisse être vaincue que par l'usage des armes*. Le chef d'établissement peut également faire appel à la police si la « gravité ou l'ampleur d'un incident survenu ou redouté » sont telles que l'incident ne puisse pas être maîtrisé par les moyens dont dispose le personnel (art. D 266 al.2 CPP). Notons à ce propos, la mise en place, en 2003, des ERIS. Il s'agit d'un corps de force spécial. Sa particularité consiste au port des cagoules lors de son intervention, ce qui, comme l'a souligné le CPT, implique des risques d'impunité en cas d'allégations en raison de difficultés d'identifier les auteurs¹³⁵.

Le recours à d'autres moyens de force. Il est prévu pour les cas de *résistance par la violence et d'inertie physique aux ordres* et il est soumis au respect de la limitation à la « stricte nécessité » (D 283-5 al.2 CPP¹³⁶). A défaut de précisions sur la nature de la force, et du fait que les cas où le recours à la force armée soient précisés par les dispositions susmentionnées (art. D 267 et D 283-6 CPP), on peut déduire que l'on doit entendre ici la force à main nue : l'usage des matraques, les gaz lacrymogènes et d'autres moyens¹³⁷. En effet, l'usage de tels moyens par le personnel est prévu par la circulaire du 16 février 1984 qui réglemente l'accès du personnel à l'endroit où ils sont déposés afin que celui-ci n'y ait pas recours facilement. Seuls les gradés et le chef d'établissement ont les clés et peuvent décider d'en faire usage¹³⁸. A ces moyens de force, il convient de mentionner le bâillon, qui ne devrait plus être pratiqué suite aux remarques du CPT¹³⁹, ainsi que les Täser : des pistolets à impulsion électrique qui sont en train d'être expérimentés dans certaines prisons. Cela suscite la crainte d'une partie du personnel pénitentiaire, qui perçoit les Täser comme une arme, de dégradation des relations avec les détenus¹⁴⁰.

Les moyens de contention. A part *l'enfermement dans une cellule spéciale* prévu pour les cas où un détenu use de menaces, des injures ou des violences ou il commet une infraction à la discipline, le droit français se contente d'énoncer que les détenus peuvent également, en cas de fureur

¹³⁵ CPT/Inf (2007) 44, *Rapport de visite*, France, du 27 septembre au 9 octobre, § 218.

¹³⁶ « Lorsqu'il (le personnel) y recourt, il ne peut le faire qu'en se limitant à ce qui est strictement nécessaire. »

¹³⁷ Sur l'usage de la force dans les droits français et espagnol, malgré l'absence de précision des moyens, usage est fait des lacrymogènes, des bâtons, des menottes ou des camisoles, E. RUBI-CAVAGNA, *Le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu*, préc., pp. 241-252.

¹³⁸ Citée par Martine HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, préc., p. 527.

¹³⁹ CPT/Inf (2007) 44, *Rapport de visite*, France, préc., § 171.

¹⁴⁰ *Ibid.*, § 170

ou de violence grave, être soumis à *d'autres moyens de coercition* sans les préciser (art. 726 CPP et D 283-3 CPP). Le recours à leur usage ne peut avoir lieu que sur ordre du chef d'établissement s'il estime « n'être autre possibilité de maîtriser un détenu, de l'empêcher de causer des dommages ou de porter atteinte à lui-même ou à autrui... » (art. D 283-3 al.2 CPP).

Nous constatons donc que le droit français dépasse largement le cadre de l'article 2 de la Convention. Son usage est prévu pour des motifs supplémentaires à ceux limitativement prévus par l'article 2 qui, de surcroît, n'impliquent aucun danger physique pour les personnes. Tel est nettement le cas de cas de menaces, de résistance non violente ou encore de l'inertie physique.

b. Au sein du droit grec

Toutes les mesures d'ordre et de sécurité sont réglementées par l'article 65 du Code pénitentiaire. Cet article distingue deux types de mesures : les mesures d'ordre et les mesures de sécurité.

Les mesures d'ordre (art. 65 §2)

Il s'agit, en fait, de moyens de contention : menottes, enfermement dans une cellule d'isolement et toute autre mesure jugée nécessaire pour « sauvegarder et rétablir l'ordre ».

C'est seulement dans les cas d'actes de détenus mettant en danger la vie, l'intégrité, la santé et la liberté des codétenus ou du personnel, que ces mesures peuvent être également décidées par le directeur de l'établissement ou son représentant. Dans ces cas, elles doivent être validées dans les 24 (vingt-quatre) heures par le conseil de la prison auquel appartient normalement cette décision. Ce qui permet de déduire que le Conseil de la prison peut décider leur usage pour des motifs supplémentaires.

Ces mesures peuvent être appliquées par le personnel de garde des lieux de détention mais aussi par le personnel de la garde extérieure.

Les mesures de sécurité (art. 65 §1)

Elles sont prévues en cas de désobéissance collective, mutinerie et désobéissance à un ordre légal, notamment le refus de regagner les cellules ainsi que les violences physiques contre les personnes.

En ce qui concerne la nature de ces moyens, ce texte précise seulement que l'usage de la force armée est réservé à la police qui peut décider de la nature de la force la plus appropriée à utiliser et que l'usage des armes à feu est réservé dans le cadre de la mutinerie.

La décision de faire appel à la police appartient au procureur de la République ou à son substitut (elle est écrite et, si urgent, orale suivie de la confirmation écrite). En cas d'urgence, la décision peut être prise par le directeur de la prison ou son représentant, qui en informe le Procureur. Ce dernier peut annuler cette décision.

Le Code pénitentiaire laisse la réglementation des détails du port d'armes par le personnel et la gestion des mutineries, des évasions et de désobéissance individuelle et collective au règlement intérieur (65 §4). Ce qui est fort regrettable compte tenu de la gravité de ces décisions et de la gravité de la mesure du port d'armes par le personnel pour la vie et l'intégrité des détenus. Rappelons que le Code précédent (1989) interdisait le port d'armes par le personnel de garde. Seul le personnel de surveillance des miradors y était autorisé. Une loi votée en 1996 (n° 2408/96) prévoyait que l'usage des armes et en général la gestion de tels incidents devrait faire l'objet d'un règlement qui sera pris par décision commune des ministres de la Justice et de l'Ordre public. En attendant, le personnel de garde continue à ne pas porter pas des armes. Il ne peut utiliser que le bâton et les menottes pour faire face au type d'incidents susmentionnés.

Aussi constatons-nous que le droit pénitentiaire grec élargit, lui aussi, le champ d'autorisation du recours à la force. Son usage est, par exemple, autorisé pour des motifs de danger pour la liberté d'autrui et même pour des motifs de désobéissance qui peut être passive.

De manière générale, l'exemple de la réglementation de l'usage de la force dans la prison par les droits grec et français montre que le statut pénitentiaire du détenu contribue à élargir le champ de légitimité du recours à la force en comparaison avec les exigences de l'article 2 de la Convention. Tout d'abord, la notion de *défense* ne se limite pas à la défense de l'intégrité physique des personnes. Elle comprend également la défense des établissements et des postes (droit français) et la protection de la santé et de la liberté d'autrui (droit grec). Ensuite, concernant le maintien de l'ordre, l'article 2 de la Convention ne prévoit que la répression d'une *émeute* ou d'une *insurrection*. Seule donc la « mutinerie », qui en langage courant désigne les mouvements collectifs de protestation et de revendication dans les prisons, peut être couverte par le terme d'émeute. En termes juridiques, tant en droit grec qu'en droit français, la mutinerie ne peut correspondre qu'aux expressions « désobéissance » ou « résistance » pourvu qu'elles soient collectives et accompagnées de violences physiques mettant en danger l'intégrité physique d'autrui. Cependant, nous constatons que ces deux droits pénitentiaires autorisent le recours à la force pour toute forme de rébellion, y compris de nature passive et individuelle. Ils l'autorisent pour tout refus d'exécution d'un ordre légal (art. 65

§§ 1, 4 C. pénit., et D 283-5 CPP), y compris par inertie physique, alors que même le droit commun grec et français exige que la rébellion soit accompagnée de « voies de fait ». Ce qui étend incontestablement le champ de légitimation de recours à la force, et d'autant plus largement que le détenu se trouve constamment face à face avec le personnel et est susceptible de recevoir des ordres à tout moment et ce pour la moindre raison concernant le « bon fonctionnement » de la prison.

L'étude de l'application générale de l'article 2 permet d'affirmer qu'aucune des dérogations à la protection du droit à la vie mentionnées dans l'article 2§2 de la Convention ne constitue une raison suffisante pour justifier le recours à la force qui peut s'avérer mortelle. Le concours d'une autre condition est requise : l'existence d'un danger physique pour les personnes présentes sur les lieux. Ce qui permet de répondre à notre interrogation concernant l'extension implicite du contenu légal, en tout cas « légitimable », de la peine privative de liberté vers une peine physique : la Convention ne justifie pas le recours à une telle force uniquement pour empêcher une évasion. Il faut que cette tentative se déroule dans des circonstances présentant un danger physique imminent pour des personnes présentes sur les lieux.

De même, l'ordre et la sécurité dans les prisons ne peuvent constituer des raisons justifiant le recours à la force que si les comportements des détenus mettent en danger l'intégrité physique des autres personnes.

SECTION 2. LA GARANTIE DU DROIT A LA VIE AU REGARD DES OBLIGATIONS POSITIVES

Au fil de la jurisprudence européenne, il est établi que, outre la protection contre la mort résultant de l'usage de la force, l'article 2 de la Convention implique, eu égard à son premier paragraphe, l'obligation positive pour les Etats de prendre toutes les mesures préventives nécessaires à la protection de la vie des personnes¹⁴¹. Il implique aussi, ajouta la Cour, des obligations procédurales, notamment celle de mener une enquête effective sur la mort ou la mise en danger de la personne. Celles-ci constituent le volet procédural de la protection requise par l'article 2. Nous présenterons l'ensemble de ces garanties, d'abord au sein de la jurisprudence européenne (§1) et, ensuite, au sein des droits nationaux (§2).

§1. La garantie européenne

¹⁴¹CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 37 ; CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc., § 71 ; CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc., § 93, CEDH 2005-VII ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc. ; *Kilinc et autres c. Turquie*, n°40145/98, CEDH, 2005-VI ; CEDH, *Tais c. France*, n°39922/03, CEDH, 2006-VI, § 96.

C'est en recherchant à déterminer l'égalité des détenus devant le droit à la vie que nous procéderons à la comparaison de l'application des obligations positives en examinant leur application générale (A), et ensuite, à l'égard des détenus (B)

A. Application générale

Ces obligations comportant des mesures à la fois préventives (1) et répressives (2), nous les présenterons successivement.

1. Les obligations préventives

L'obligation de prendre des mesures positives préventives comprend certes celle, générale, des Etats, de mettre en place une législation pénale concrète et dissuadant de commettre des atteintes contre la personne en s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations¹⁴². Mais elle va au-delà. Elle comprend également l'obligation de prendre des mesures normatives et/ou pratiques supplémentaires eu égard à la nature des risques à prévenir¹⁴³. Toutefois, la Cour a souligné qu'il s'agit d'une obligation de moyens, et non de résultat¹⁴⁴, et que l'article 2 ne saurait garantir à toute personne un niveau absolu de sécurité¹⁴⁵. Ce que l'article 2 exige, c'est que ces moyens soient suffisants et adéquats. Leur caractère adéquat est apprécié différemment suivant qu'il s'agisse d'une situation de risque commune (a) ou personnelle (b).

a. Les obligations contre des risques communs

Il est évident que le caractère adéquat des mesures à prendre pour protéger la vie ne s'apprécie pas de la même manière en temps de paix et en temps de trouble. Le terrorisme¹⁴⁶, mais aussi les émeutes ou les insurrections, par exemple, justifient et exigent de renforcer les mesures de sécurité

¹⁴² CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 38 ; CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc., § 93 ; CEDH, *Osman c. R.U.*, préc., §115 ; CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc. § 58.

¹⁴³ Elle rappelle en outre que, si l'article 2 de la Convention peut, dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu contre autrui ou, dans certaines circonstances particulières, contre lui-même, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, sans perdre de vue, notamment, l'imprévisibilité du comportement humain et les choix opérationnels à faire en matière de priorités et de ressources, CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 90 ; CEDH, *A.A. et autres c. Turquie*, n° 30015/96, CEDH, 2004-VII, §§ 44-45 ; CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 38 ; CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc. § 70 ; CEDH, *Bone c. France*, (déc.) n° 69869/01, CEDH 2005-III ; CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 54 ; CEDH, *Tais c. France*, préc., § 97.

¹⁴⁴ CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc., § 160.

¹⁴⁵ CEDH, *Bone c. France*, (déc.), préc.

¹⁴⁶ « La Commission ne saurait dire que le Royaume-Uni était tenu, aux termes de la Convention, de protéger le frère de la requérante par des mesures autres que celles prises effectivement par les autorités pour protéger la vie des habitants d'Irlande contre les attentats terroristes », D 9348/81 (X/R.U), préc., p. 210 ; D 9837/82 (M/R.U), 4.3.86, D.R. 47, p. 27.

des personnes. En temps de paix également, les exigences varient suivant qu'il s'agit d'un temps de vie ordinaire ou d'un temps de déroulement d'événements collectifs publics (des manifestations politiques, culturelles, sportives, etc.). Cela dit, il est difficile d'établir *une action ou une omission précise* des Etats défendeurs en cette matière¹⁴⁷ ». Parmi les rares arrêts qui ont retenu la responsabilité de l'Etat, citons l'arrêt *Pasa et Erkan Epol* contre la Turquie. La responsabilité de celle-ci a été retenue pour manquement à son *obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter la mise en danger de la vie d'autrui* à propos du minage d'un terrain de pâturage. Alors que ce terrain était régulièrement utilisé comme pâturage d'élevage par un village où de jeunes enfants font quotidiennement paître les animaux, et en l'entourant uniquement de deux rangées de fils barbelés suffisamment écartés pour ne pas en empêcher l'accès par des enfants, les autorités n'ont pas pris les mesures de sécurité nécessaires pour éloigner tout risque de danger de mort et de blessure. L'information orale et écrite des villageois sur ce danger n'était pas suffisante, jugea la Cour¹⁴⁸.

En revanche, cette obligation se précise concernant la sécurité de certains lieux de vie et/ou d'activité collective (comme la caserne¹⁴⁹, les navires¹⁵⁰, les lieux de travail à l'instar des chantiers de construction¹⁵¹, et forcément la prison, l'école ou l'hôpital). Ces lieux demandent une réglementation spéciale. Il en est de même de l'activité de tout un secteur comme celui de la santé : il existe à la charge de l'Etat une obligation positive d'adopter et de respecter une réglementation de protection des citoyens dans le domaine de la santé publique¹⁵². Elle se précise plus concernant les hôpitaux. La Cour estime que « les obligations positives énoncées ci-dessus impliquent la mise en place par l'Etat d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades¹⁵³ ». Enfin, la Cour a affirmé que « concernant le domaine spécifique des activités dangereuses industrielles, telles que l'exploitation des sites de traitement des déchets¹⁵⁴ ou les essais nucléaires¹⁵⁵, une place singulière doit être réservée à une réglementation adaptée aux particularités de l'activité en jeu, notamment au niveau des risques qui pourraient en résulter pour la vie humaine. Elle doit régir « l'autorisation, la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle afférents à l'activité » et à « imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine

¹⁴⁷ D 9348/81 (X/R.U), préc., p. 210 ; D 9360/81 (W/Irlande du Nord), 28.2.1983, D.R. 32, p. 211.

¹⁴⁸ CEDH, *Pasa et Erkan Epol c. Turquie*, n°51358/99, CEDH, 2006-XII.

¹⁴⁹ CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc.

¹⁵⁰ CEDH, *Leray et autres c. France* (déc.) n°44617/98, CEDH 2001-I.

¹⁵¹ CEDH, *Pereira Henriques c. Luxembourg*, préc.

¹⁵² CEDH, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], préc.; CEDH, *Vo c. France* [GC], n°53924/00, CEDH, 2004-VII, § 89.

¹⁵³ CEDH, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, et *Vo c. France*, préc.

¹⁵⁴ CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc.

¹⁵⁵ CEDH, *L.C.B. c. R.U.*, préc.

en cause¹⁵⁶ ». En revanche, la Cour n'a pas retenu la responsabilité des éventuels risques qui peuvent comporter certaines mesures de la politique pénale de la réinsertion des détenus, comme l'octroi d'une permission de sortir ou de régime de semi-liberté dès lors que leur octroi est soumis à une appréciation préalable de leur dangerosité¹⁵⁷.

b. Les obligations contre des risques personnels

L'obligation positive des Etats peut aller jusqu'à la prise de mesures individualisées. L'importance de cette obligation réside dans la détermination de la notion de « mise en danger » et des « obligations préventives » des Etats qu'elle implique.

Jusqu'à l'affaire *L.C.B.*, susmentionnée, l'application faite de cette notion par la Commission était restrictive tant à cause de la détermination de son sens qu'à cause de la soumission de l'application de l'article 2 à la condition d'un résultat mortel. Cette instance réservait l'application de cette notion à l'exigence d'un « danger grave » et « présent ou imminent ». Elle avait seulement apporté certaines précisions concernant les obligations de porter secours¹⁵⁸. Concernant l'application de la notion de mise en danger à des situations de « risque prévisible », l'évolution de la jurisprudence européenne fut tardive. C'est seulement à l'occasion d'une affaire examinée en 1996¹⁵⁹, qu'elle a, pour la première fois, appliqué la notion de *danger prévisible* pour apprécier les obligations positives préventives des Etats¹⁶⁰. C'était plus précisément dans le cadre d'une affaire concernant la mort d'une personne, victime de la mise en exécution de menaces exprimées par son ex-fiancé souffrant de troubles mentaux. La Commission, ayant relevé que l'auteur de ce meurtre n'avait exprimé de telles menaces qu'une seule fois durant les six ans suivant la séparation du couple, en a conclu que « les circonstances en l'espèce n'étaient pas de nature à rendre prévisibles ce meurtre ou des risques concrets et imminents pour la vie de la fille du requérant¹⁶¹ ». Il n'en reste pas moins que, si la Commission a étendu la responsabilité des Etats à l'omission d'écarter un danger prévisible

¹⁵⁶ CEDH, *Oneryilmez c. Turquie* [GC], préc.

¹⁵⁷ Le risque pour autrui (en l'occurrence la mort d'une personne) doit résulter du manquement des autorités nationales à faire « tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance » et non comme dans le cas présent, d'un danger pesant sur la vie des membres de la société en général et non d'un ou de plusieurs individus déterminés, CEDH, *Mastromateo c. Italie*, n°37703/97, CEDH, 2002-X, § 74.

¹⁵⁸ D 11590/85 (A. Hughes/R.U), 18.7.86, D.R. 48, p. 262.

¹⁵⁹ Auparavant, comme le montre l'affaire D 9837/82 (M/R.U), à propos de l'omission du gouvernement britannique de prendre des mesures pour préserver la vie de la victime mari, assassiné par des militants de l'IRA, alors qu'elle avait fait l'objet de menaces bien concrètes, la Commission avait conclu que la victime ne s'était pas trouvée dans une situation de danger nécessitant de prendre des mesures supplémentaires au-delà des mesures générales prises en Irlande du Nord pour faire face au terrorisme, D 9837/82 (M/R.U), 4.2.86, D.R. 47, p 27.

¹⁶⁰ La Commission a estimé que « les circonstances de l'espèce n'étaient pas de nature à rendre prévisibles le meurtre ou des risques concrets et imminents pour la vie de la fille du requérant », D 22998/93 (Danini/Italie), préc.

¹⁶¹ La Commission a estimé que dans de tels cas, il faut prendre en compte les intérêts des uns et des autres : « Une certaine prudence en ce domaine est justifiée par la nécessité d'éviter tout abus ou erreur qui pourrait méconnaître les droits du malade mental à sa dignité et au respect de sa vie privée », *Ibid.*

pour la vie, l'importance de cette extension risquait de demeurer limitée tant qu'elle soumettait l'application de l'article 2 à la condition qu'un tel risque ait été suivi d'un *résultat mortel*.

Il a fallu attendre l'affaire *L.C.B.* (1996), pour voir le début d'une évolution significative dans l'application de l'article 2. D'abord, parce que c'est la première fois que cette instance a saisi la Cour pour statuer sur la violation de l'article 2 pour mise en danger d'une personne n'ayant pas entraîné la mort. En l'occurrence pour mise en danger de la vie par la contraction d'une maladie mortelle, la leucémie. Dans cette affaire, la requérante, estimant que la maladie dont elle souffrait depuis son plus jeune âge était due à l'irradiation à laquelle son père avait été exposé lors de sa participation à des essais nucléaires durant son service militaire. Elle mettait en cause la responsabilité des autorités pour ne pas avoir informé ses parents qu'une telle irradiation comportait un risque, pour les enfants à naître, d'être atteints d'une telle maladie. Or, la Cour a seulement cherché à établir si le père de la requérante avait été effectivement exposé à des doses d'irradiation dangereuses, même de manière non délibérée et si un lien de causalité avait existé entre la leucémie des enfants et son irradiation¹⁶².

Depuis lors, la responsabilité des États peut également être fondée sur la *prévisibilité du risque*. Afin d'éviter d'imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, la Cour limite la notion de prévisibilité du risque aux cas où les autorités « savaient » ou « devraient savoir » qu'il y a un risque « réel et imminent » menaçant la vie d'une personne déterminée¹⁶³. Si tel est le cas, les autorités doivent « prendre les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, peuvent être considérées comme aptes à pallier ce risque¹⁶⁴. » Si bien que toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation¹⁶⁵.

Comment la Cour apprécie-t-elle le caractère adéquat des mesures préventives ? Selon cette instance, la Convention ne met pas à la charge des États une obligation de résultat mais seulement une *obligation des moyens*¹⁶⁶. De surcroît, le choix leur appartient : « L'article 2 ne saurait être interprété comme imposant à l'Etat l'obligation d'accorder une protection de cette nature... », avait estimé la Commission à propos du refus d'assurer une *garde du corps* à une victime¹⁶⁷.

¹⁶² Or, à l'examen des rapports des experts qui lui ont été présentés, elle a conclu ne pas avoir été convaincue de l'existence d'un tel lien : « On aurait pu exiger pareille mesure s'il était apparu à l'époque vraisemblable que pareille irradiation de son père était susceptible d'entraîner des risques réels pour la santé de la requérante », CEDH, *L.C.B. c. R.U.*, préc., § 34, §§ 38-39.

¹⁶³ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 55 ; Voir CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 90 ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc. ; *Troubnikov*, préc., § 69.

¹⁶⁴ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 55.

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 55. Voir CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 90 ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc. ; CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 69.

¹⁶⁶ CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 70. Voir CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 92 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 55.

¹⁶⁷ D 9348/81 (X/R.U), préc.

Toutefois, si le choix des moyens appartient aux Etats, la Cour dispose du pouvoir d'apprécier leur *caractère adéquat* en fonction de leur efficacité pour les victimes mais également en fonction de l'exigence de garantir les droits et libertés d'autrui. Aussi, si la prévention des risques de contracter des maladies mortelles exige indiscutablement une *information préalable*¹⁶⁸, et la prévention de l'intégrité physique et de la vie exige que les Etats assurent à toutes les personnes des soins qu'ils se sont engagés à offrir à l'ensemble de la population¹⁶⁹, en revanche, il n'exige pas forcément *l'internement ou l'obligation de soins* d'une personne souffrant de troubles mentaux. Dans ce dernier cas, il faut tenir compte également des droits et libertés de la personne considérée comme dangereuse : « Une certaine prudence en ce domaine est justifiée par la nécessité d'éviter tout abus ou erreur qui pourrait méconnaître les droits du malade mental à sa dignité et au respect de sa vie privée¹⁷⁰ ». De même, dit la Cour à propos du suicide des détenus, la prévention d'un tel acte ne va pas jusqu'à justifier des mesures qui anéantissent la vie privée¹⁷¹. De même la protection de la vie et de l'intégrité ne va pas jusqu'à interdire la mise en application d'une politique de réinsertion des détenus impliquant des mesures de sortie de la prison non contrôlées dès lors que l'autorisation a été précédée d'une appréciation de la dangerosité du bénéficiaire¹⁷².

Toutefois, concernant des personnes vivant dans des lieux de vie collective et placées sous la responsabilité des autorités, si leur vie privée doit être protégée, leur sécurité aussi. Les Etats ont indiscutablement une obligation de surveillance et de soins. Ainsi, à propos de la caserne, la Cour a déclaré que ces obligations sont d'autant plus évidentes que les personnes en question ont accès aux armes¹⁷³. Comme elles le sont également pour les lieux de garde à vue, surtout s'agissant des personnes perturbées et se plaignant de problèmes de santé¹⁷⁴. Ainsi, le fait de ne pas aller voir une personne qui appelait à l'aide toute la nuit, malade du Sida, en état de faiblesse et d'excitation, qui a été retrouvée morte le matin dans ses excréments, engage indubitablement la responsabilité de l'Etat. Une surveillance ou des soins rapides s'imposent dans de tels cas, déclara la Cour (Taïs¹⁷⁵). Et de confirmer que cette obligation s'étend à tout lieu privatif de liberté, les autorités étant responsables de l'intégrité physique et de la vie des personnes qui y vivent : « L'obligation de protéger la vie des

¹⁶⁸ CEDH, *L.C.B. c. R.U.*, préc.

¹⁶⁹ CEDH, *Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, CEDH, 2002-III.

¹⁷⁰ C'est ce qu'avait estimé la Commission dans l'affaire *Danini* (n° 22998/93, décision 14.10.96, D.R. 87, p. 3), confirmé par la Cour, entre autres, dans l'arrêt *Keenan* précité, et dans la décision *Younger* précitée.

¹⁷¹ *Younger c. R.U.*, n° 57420/00 (déc.), CEDH, 2003-I.

¹⁷² Cette politique avait été dénoncée à propos du meurtre d'une personne par des détenus en permission de sortir qui venaient de braquer une banque et de récupérer de force la voiture de la victime pour s'enfuir, CEDH, *Mastromateo c. Italie*, préc., § 74.

¹⁷³ « A la lumière de l'obligation positive de l'Etat de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger tout individu dont la vie est menacée, on peut s'attendre à ce que l'Etat prévoyant une obligation d'effectuer le service militaire, ce qui implique le port d'arme, fasse preuve d'une diligence particulière et prévoie un traitement adapté aux conditions militaires pour des soldats présentant des troubles d'ordre psychologique », CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 61.

¹⁷⁴ CEDH, *Taïs c. France*, préc., § 101.

¹⁷⁵ *Ibid.*

personnes détenues implique également de leur dispenser avec diligence les soins médicaux à même de prévenir une issue fatale¹⁷⁶ ».

Outre la surveillance et les soins, la protection efficace du droit à la vie exige, s'agissant des personnes sous la responsabilité des autorités, la *communication du dossier médical* entre les responsables et une *appréciation adéquate* de l'existence des problèmes psychologiques qui puissent être dangereux pour l'intégrité de la personne elle-même et celle des autres¹⁷⁷.

2. Les obligations procédurales

Selon la jurisprudence européenne, en raison de la nature et de la valeur du droit à la vie, sa protection serait inefficace, si elle n'imposait pas aux Etats l'obligation également de contrôler *a posteriori*, au moyen d'une enquête efficace, le caractère justifié d'une atteinte à la vie ou l'efficacité des mesures positives préventives. Aussi la protection du droit à la vie implique-t-elle également un *volet procédural* dont l'inobservation peut constituer une violation de ce droit¹⁷⁸ (a). Les exigences de ce volet dépassent l'obligation de mener une enquête effective pour s'étendre à l'ensemble de recours qui doivent être ouverts en droit interne et européen : les Etats doivent être dotés d'un système pénal propre à avoir un effet dissuasif pour assurer la prévention efficace de la vie et de l'intégrité (b).

a. Obligation de mener une enquête effective

C'est sur la première phrase de l'article 2, selon laquelle « le droit de toute personne à la vie sera protégé par la loi », que la Commission, et ensuite la Cour, se sont fondées pour affirmer que cet article impose également aux Etats une obligation procédurale, celle de mener une *enquête effective*¹⁷⁹. Il est en effet de la jurisprudence constante européenne d'affirmer que « l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition, combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction, les droits et libertés définis dans la Convention implique et exige de mener une forme

¹⁷⁶ CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 130 ; CEDH, *Tais c. France*, préc., § 98.

¹⁷⁷ Ainsi dans l'affaire *Ataman*, à propos dus suicide d'un soldat, souffrant de troubles psychologiques graves, la Cour a reproché aux soignants d'avoir omis de faire parvenir un certificat aux supérieurs de la victime ainsi que la négligence de ces derniers, ayant toutefois été avisés de l'état de santé du jeune appelé, d'en tenir compte et de ne pas lui fournir une arme, (CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 60). La Cour a également retenu l'omission de communiquer le dossier médical et le manque d'une appréciation adéquate des dangers que l'état de santé mentale présentait pour la vie de la victime, dans des affaires de suicide des détenus (*Keenan c. R.U.*, n° 27229/95, CEDH 2001-III) et d'agression des codétenus (*Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 61).

¹⁷⁸ Voir entre autres : CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc., § 67 ; CEDH, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, préc., §§ 177-178 ; CEDH, *Kanlibas c. Turquie*, n°2444/96, CEDH, 2005-XII, § 59 ; CEDH, *Tais c. France*, préc., §§ 86-105.

¹⁷⁹ CEDH, *Kaya Mehmet c. Turquie*, préc., § 87 ; CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc. ; *Avşar c. Turquie*, n° 25657/94, CEDH-2001-VII ; *Örak c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Akdeniz et autres c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc.

d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme¹⁸⁰ » ou a simplement mis en péril la vie¹⁸¹, ainsi que lorsque ces deux atteintes à la vie sont dues à l'omission de prendre des mesures positives préventives¹⁸². Cette obligation pèse également dans les cas de disparitions suspectes laissant présumer la mort de la personne¹⁸³, et certainement dans tous les cas où la mort est intervenue lors d'une garde à vue¹⁸⁴, dans une prison¹⁸⁵ ou dans une caserne¹⁸⁶ puisque les autorités sont responsables de la protection de ces personnes. De manière générale, a souligné la Cour dans l'arrêt *Ataman*, « le simple fait que les autorités soient informées du décès donnerait *ipso facto* naissance à l'obligation, découlant de l'article 2, de mener une enquête effective sur les circonstances dans lesquelles il s'est produit¹⁸⁷ ».

Notons que cette obligation avait été dégagée par la Commission suite à l'avis dissident émis dans l'affaire *Antonio Diaz Ruano*¹⁸⁸ par certains de ses membres. Ceux-ci avaient estimé que, compte tenu de la valeur en jeu, la vie d'une personne, il fallait pouvoir également conclure à la violation de l'article 2 lorsque les gouvernements défendeurs n'apportaient pas suffisamment la preuve de la légitimité d'un décès (intervenue en l'occurrence lors d'un interrogatoire)¹⁸⁹.

En effet, le renforcement de la garantie du droit à la vie réside moins dans l'affirmation de l'obligation de mener une enquête (puisque toutes les législations européennes prévoient cette obligation), que dans les précisions apportées concernant la notion d'*enquête effective*. Partant du principe qui régit l'interprétation de l'ensemble des droits de l'homme consacrés par la Convention, à savoir la garantie d'un respect effectif et non illusoire des droits de l'homme, la jurisprudence européenne affirme que l'article 2 exige de mener une enquête qui soit efficace tant en droit qu'en pratique. A la lumière de la jurisprudence européenne rendue jusqu'à présent, « l'enquête effective » implique l'obligation de mener une enquête officielle, prompte et rapide, indépendante et impartiale,

¹⁸⁰ *McCann et autres c. R.U.*, préc., § 161. Voir CEDH, *Kaya Mehmet c. Turquie*, préc., §§ 79-92 ; CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc., § 77 ; CEDH, *Irfan Bilgin c. Turquie*, préc., § 142 ; CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc., § 67 ; CEDH, *Nechova et autres c. Bulgarie* [GC], préc., § 110 ; CEDH, *Tais c. France*, préc., § 105 ; CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 63.

¹⁸¹ CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc., § 65.

¹⁸² « Les obligations positives... impliquent également l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes », CEDH, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], préc. ; CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc. ; Voir D 23412/94 (*Taylor, Crampton, Gibson et King/RU*), préc., p. 127 s. ; CEDH, *Powell c. R.U.*, n° 45305/99, CEDH 2000-V ; CEDH, *Erikson c. Italie*, n° 37900/97, 26 oct. 1999 ; CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 89.

¹⁸³ CEDH, *Çakıcı c. Turquie* [GC], §§ 85-87 ; CEDH, *Ertak c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Akdeniz et autres c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Ipek c. Turquie*, préc.

¹⁸⁴ CEDH, *Örak c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Tais c. France*, préc.

¹⁸⁵ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc.

¹⁸⁶ CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 64.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ R 16988/90 (*Antonio Diaz Ruano/Espagne*), 31.08.1993.

¹⁸⁹ *Ibid.*

complète et approfondie, publique et avec la participation des victimes et propre à mener à l'identification et à la punition des responsables¹⁹⁰.

Obligation de mener une enquête officielle, prompte et rapide

Bien qu'en théorie l'obligation de mener une enquête sur la mort d'une personne soit consacrée par les législations européennes, certaines précisions apportées par la jurisprudence européenne renforcent incontestablement l'effectivité de cette obligation. Premièrement, une telle obligation pèse aux Etats, même si la victime n'a pas porté plainte. Déclencher une enquête ne saurait dépendre de l'initiative des proches de la victime de porter plainte¹⁹¹. Le simple fait que les autorités soient informées d'un décès suspect¹⁹² ou pas, donnerait *ipso facto* naissance à l'obligation, découlant de l'article 2, de mener une enquête effective sur les circonstances dans lesquelles il s'est produit¹⁹³. La Cour a encore précisé que cette obligation leur incombe, même si la mort n'est pas provoquée par des agents de l'Etat¹⁹⁴, même si la légitimité de la mort ne prête *a priori* pas à doutes (dans ce cas, doivent être assurées au moins les « formalités minimales » de l'enquête¹⁹⁵), et même pendant des périodes de troubles : « Ni la fréquence de violents conflits armés ni le grand nombre de victimes n'ont d'incidence sur l'obligation découlant de l'article 2 d'effectuer une enquête efficace et indépendante sur les décès survenus lors d'affrontements avec les forces de l'ordre ... »¹⁹⁶. Elle pèse également lorsque la mort est provoquée par des manquements aux obligations positives préventives des Etats¹⁹⁷. Une telle obligation naît à plus forte raison par la mort des personnes lors d'une garde à vue ainsi que dans tous les lieux de détention, ces personnes étant placées sous la protection des autorités¹⁹⁸.

¹⁹⁰ « En somme, le système judiciaire exigé par l'article 2 doit comporter un mécanisme d'enquête officielle, indépendant et impartial, répondant à certains critères d'effectivité et propre à assurer la répression pénale des atteintes à la vie du fait d'une activité dangereuse, si et dans la mesure où, les résultats des investigations justifient pareille répression », CEDH, *Öneriyildiz c. Turquie* [GC], préc. ; CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Hugh Jordan c. R.U.*, n° 24740/94, CEDH 2001-V, §§ 105-109 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., §§ 69-73 ; « L'enquête doit notamment être complète, impartiale et approfondie », CEDH, *Tais c. France*, préc., § 105.

¹⁹¹ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc. Voir CEDH, *İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, CEDH, 2000-VII, § 63 ; CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Orak c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc. ; CEDH, *Slimani c. France*, préc.

¹⁹² CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc. Voir CEDH, *İlhan c. Turquie* [GC], préc., § 63 ; CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Orak c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc.

¹⁹³ CEDH, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, préc., § 75 ; CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 64.

¹⁹⁴ CEDH, *Ergi c. Turquie*, préc., § 82 ; CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc.

¹⁹⁵ CEDH, *Kaya c. Turquie*, préc., § 88. Dans l'arrêt *Güleç*, la Cour a relevé que le procès-verbal dressé par la gendarmerie montre que la manifestation était organisée par le PKK, que des membres de celles-ci armées étaient infiltrés ; et que le décès était dû à des coups de feu tirés par ces derniers, (*Güleç c. Turquie*, préc., § 79). Dans l'affaire *Ergi*, cette instance avait été frappée par l'importance déterminante accordée par le procureur chargé de l'enquête à la conclusion du rapport rédigé par la gendarmerie qui affirmait que la sœur du requérant avait été tuée par des tirs du PKK. (*Ergi c. Turquie*, préc., § 83).

¹⁹⁶ CEDH, *Ergi c. Turquie*, préc., § 85 ; CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc., § 81.

¹⁹⁷ D 23412/94 (Taylor, Crampton, Gibson et King/RU), préc., p. 127 s. ; CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc.

¹⁹⁸ CEDH, *Slimani c. France*, préc., § 29, § 49 ; CEDH, *Velikova c. Bulgarie*, préc., § 80 ; CEDH, *Tanli c. Turquie*, préc., § 141 ; CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 89 ; CEDH, *Tais c. France*, préc.

En revanche, les obligations procédurales des Etats ne vont pas jusqu'à engager des *procédures civiles visant à obtenir des dommages et intérêts* et, le cas échéant, la réparation du préjudice moral. Celles-ci relèvent de l'initiative des requérants¹⁹⁹.

Pour que l'obligation de mener une enquête soit une garantie efficace, il faut encore que l'ouverture de l'enquête soit *prompte et rapide*. La promptitude dans ce contexte est exigée pour assurer à la fois l'efficacité de l'enquête (recueil et préservation des preuves) et la confiance du public dans l'état de droit²⁰⁰, en évitant toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux²⁰¹. Ainsi, une enquête qui débute deux ans seulement après le signalement d'une disparition suspecte n'est pas une enquête prompte²⁰² et une enquête qui dure dix ans, avec des actes d'instruction tels que l'expertise médicale ou l'audition des témoins qui ont eu lieu seulement après trois et quatre ans respectivement²⁰³ est loin d'être rapide. Or la célérité, ajoute la Cour, non seulement est déterminante pour l'efficacité de l'enquête car il y a une érosion avec l'écoulement du temps, de la qualité et de la quantité des preuves²⁰⁴, la collecte des preuves devenant hasardeuse²⁰⁵, mais elle permet aussi d'éviter de faire perdre l'épreuve que traversent les membres de la famille²⁰⁶.

Enquête indépendante et impartiale

« Quant aux agents chargés de l'enquête, l'effectivité requiert en premier lieu que les personnes responsables de la conduite de l'enquête soient indépendantes de celles éventuellement impliquées dans le décès : elles doivent, d'une part, ne pas leur être subordonnées d'un point de vue hiérarchique ou institutionnel et, d'autre part, être indépendantes en pratique », réitère la Cour²⁰⁷.

¹⁹⁹ CEDH, *Hugh Jordan c. R.U.*, préc., § 141 ; CEDH, *McShane c. R.U.*, § 125 ; CEDH, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, préc., § 72.

²⁰⁰ « S'il peut arriver que des obstacles ou difficultés empêchent une enquête de progresser dans une situation particulière, il reste que la prompte ouverture d'une enquête par les autorités lorsqu'il a été fait usage de la force meurtrière peut, d'une manière générale, être considérée comme capitale pour maintenir la confiance du public et son adhésion à l'état de droit et pour prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux ou de collusion dans leur perpétration », CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 72 ; CEDH, *Hugh Jordan c. R.U.*, préc., § 108, §§ 136-140 ; CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc. ; CEDH, *McShane c. R.U.* ; CEDH, *Taïs c. France*, préc.

²⁰¹ CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc. ; CEDH, *Yaşa c. Turquie*, 2 sept. 1998, Recueil 1998-VI, §§ 102-104 ; CEDH, *Cakıcı c. Turquie* [GC], n°23657/94, § 80, § 87, § 106, Recueil 1999-IV ; CEDH, *Kaya Mehmet c. Turquie*, préc., §§ 106-107.

²⁰² CEDH, *Timurtaş c. Turquie*, préc.

²⁰³ CEDH, *Taïs c. France*, préc.

²⁰⁴ CEDH, *Tournikov c. Russie*, préc., § 92 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 86.

²⁰⁵ CEDH, *Slimani c. France*, préc., § 32.

²⁰⁶ CEDH, *Taïs c. France*, préc.

²⁰⁷ CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc., §§ 81-82 ; CEDH, *Ergi c. R.U.*, préc., §§ 83-84 ; CEDH, *Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, Recueil 1999-III, §§ 91-92 ; CEDH, *Hugh Jordan c. R.U.*, préc., § 120 ; CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 138 ; CEDH, *Slimani c. France*, préc., § 32 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 70 ; CEDH, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, préc., § 78.

En effet, l'enquête indépendante est définie tant du point de vue institutionnel que du point de vue concret. Cela signifie qu'elle doit être menée par une personne qui n'est ni un supérieur hiérarchique de la personne mise en cause, ni n'appartient au même corps d'ordre que cette dernière²⁰⁸. Ainsi, une enquête menée à l'encontre des policiers par des instructeurs nommés par le préfet²⁰⁹, par un conseil composé du préfet et des représentants locaux de l'exécutif²¹⁰, une enquête sur la mort d'un détenu menée par le directeur de la prison²¹¹, n'est pas une enquête indépendante. Comme peut, dans la pratique, ne pas l'être l'enquête menée par le Parquet. Tel fut le cas, estima la Cour, dans l'arrêt *Ergi*, puisque le procureur s'était contenté de la version des faits fournie par les gendarmes, sans chercher d'autres moyens de preuve²¹².

Enquête complète et approfondie

Nous regroupons sous ce terme l'ensemble d'actes requis pour l'obtention des preuves visant à assurer que l'enquête soit menée de manière à permettre d'établir les causes du décès, à identifier les auteurs, à déterminer leur responsabilité et à les sanctionner²¹³. Il s'agit notamment du recueil des *relevés de police technique et scientifique*, de *la visite des lieux pour relever des empreintes et autres preuves*²¹⁴, du recueil des *témoignages oculaires*²¹⁵, et *auditifs*²¹⁶, de la *reconstitution des faits*²¹⁷, d'une *autopsie* (fournissant un descriptif complet et précis des lésions subies par la victime ainsi qu'une analyse objective des constatations cliniques, en particulier de la cause du décès)²¹⁸, des *analyses médico-légales*²¹⁹ (en général, des *expertises* (pour déterminer, par exemple, le type des balles tirées ainsi qu'évaluer la distance des tirs)²²⁰, le *recensement de l'ensemble des militaires ayant participé à un affrontement*²²¹ ou *des policiers ayant participé à une opération policière*²²², ou encore, dans le cas d'un suicide, la recherche pour s'assurer de la *communication du dossier médical*

²⁰⁸ CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Öek c. Turquie*, préc.

²⁰⁹ Nommés par le préfet, les deux instructeurs étaient officiers de la gendarmerie et supérieurs hiérarchiques des gendarmes dont ils devaient évaluer les actes, CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc., § 76.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ CEDH, *Trounitskov c. Russie*, préc., § 90.

²¹² CEDH, *Ergi c. R.U.*, préc., §§ 83-84.

²¹³ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc. ; CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], préc. ; CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., §§ 63-65.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ CEDH, *Irfan Bilgin c. Turquie*, préc., § 144 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 79 ; CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 65.

²¹⁶ CEDH, *Tais c. France*, préc.

²¹⁷ CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc. ; § 79.

²¹⁸ CEDH, *Tanli c. Turquie*, préc., § 149 ; CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 139 ; CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 65 ;

²¹⁹ Rien n'a été fait pour déterminer l'heure exacte de la mort et il n'a été procédé à aucune analyse des traces sur le corps pour rechercher s'il y avait auparavant eu mauvais traitements, CEDH, *Avşar c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Velikova c. Bulgarie*, préc., § 79 ; CEDH, *Tanli c. Turquie*, préc., § 150.

²²⁰ CEDH, *Kaya Mehmet c. Turquie*, préc., §§ 88-92 ; CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc., § 79 ; CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc.

²²¹ CEDH, *Kanlibas c. Turquie*, préc., § 49.

²²² CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc., § 70 ; CEDH, *Huohvanainen c. Finlande*, préc.

et de sa prise en compte par les autorités responsables de la protection de certaines personnes (telles que les autorités médicales ou militaires²²³, pénitentiaires ou policières²²⁴).

Enquête publique et participation des victimes

La confiance du public et son adhésion à l'état de droit requièrent que l'enquête ou ses résultats soient portés au contrôle du public²²⁵. Le degré requis de ce contrôle peut varier d'une situation à l'autre. Toutefois, les proches de la victime doivent être associés à la procédure « dans toute la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes »²²⁶. Ils doivent avoir accès au dossier et être tenus informés de l'évolution de l'enquête²²⁷. Ils doivent également être entendus²²⁸. La communication de la version définitive du rapport de l'enquête ne satisfait pas à cette exigence si les proches ont été tenus à l'écart tout au long de l'instruction²²⁹.

Pour être efficace, une enquête doit satisfaire à l'ensemble de ces aspects. La carence de l'enquête sur plusieurs points²³⁰, mais aussi sur un seul²³¹, rend l'enquête inefficace et viole, par conséquent, l'article 2²³².

Enquête propre à mener à l'identification et à la punition des responsables

Quant aux résultats de l'enquête, il n'est pas requis d'aboutir nécessairement aux résultats escomptés par les victimes. Mener une enquête efficace est une obligation de moyens et non de résultats²³³. Certes, les articles 2 et 13 de la Convention font peser sur les Etats contractants d'effectuer une enquête propre à mener à l'identification et à la punition des responsables²³⁴.

²²³ CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 68.

²²⁴ CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc.

²²⁵ « Il doit y avoir un élément suffisant de contrôle public de l'enquête ou de ses résultats pour garantir que les responsables aient à rendre des comptes, tant en pratique qu'en théorie », CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc.

²²⁶ CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 140.

²²⁷ En conclusion, l'enquête n'était pas approfondie ni indépendante et n'avait pas permis au requérant d'y participer, CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc., § 82 ; CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 93 ; CEDH, *Slimane-Kaïd c. France*, § 32 ; CEDH, *Kanlibas c. Turquie*, préc., § 50.

²²⁸ CEDH, *Kanlibas c. Turquie*, préc., § 50 ; CEDH, *Tais c. France*, préc.

²²⁹ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 84 ; CEDH, *Slimani c. France*, préc., §§ 44-46.

²³⁰ CEDH, *Hugh Jordan c. R.U.*, préc. ; CEDH, *McKerr c. R.U.*, n° 28883/95, CEDH, 2001-III ; CEDH, *Shanaghan c. R.U.*, n° 37715/97, 4 mai 2001 ; CEDH, *Kelly et autres c. R.U.*, n° 30054/96, CEDH 2001-V ; CEDH, *Finucane c. R.U.*, préc. ; CEDH, *McShane c. R.U.*, préc.

²³¹ Par exemple, la promptitude, CEDH, *Avşar c. Turquie*, préc.

²³² CEDH, *Kelly et autres c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 139 ; CEDH ; CEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], préc. ; CEDH, *Fatma Kaçar c. Turquie*, n° 35838/97, CEDH 2005-VII.

²³³ CEDH, *Finucane c. R.U.*, n° 29178/95, CEDH, 2003-VII ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Salman c. Turquie* [GC], préc. ; CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, préc., § 76 ; CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 65.

²³⁴ CEDH, *Ataman c. Turquie*, préc., § 76. Voir CEDH, *Avşar c. Turquie*, préc., § 429 ; CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 161.

Autrement, cette garantie « pourrait être rendue illusoire si, pour les griefs formulés sur le terrain de ces articles, un requérant devait être censé avoir exercé une action ne pouvant déboucher que sur l'octroi d'une indemnité²³⁵ ». Toutefois, si tel doit être le cas, s'agissant de recours à la force par des agents de la force publique²³⁶, la Cour n'en fait pas la règle pour tout type d'atteinte à la vie : « Il ne faut nullement déduire de ce qui précède que l'article 2 peut impliquer le droit pour un requérant de faire poursuivre ou condamner au pénal des tiers ou une obligation de résultat supposant que toute poursuite doit se solder par une condamnation, voire par le prononcé d'une peine déterminée »²³⁷. Ainsi, dans les atteintes par manquement à l'obligation positive de prendre des mesures préventives pour préserver la vie, telles que les négligences médicales, la Cour estime que les recours et sanctions civiles (le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt) ainsi que les sanctions disciplinaires peuvent suffire²³⁸.

En revanche, l'enquête menée ne doit pas compromettre l'effectivité exigée par l'article 13 de la Convention concernant les recours que les victimes peuvent exercer tant au niveau national qu'au niveau supranational.

b. Les obligations supplémentaires lors de l'exercice des recours

L'efficacité de la protection procédurale va au-delà de celle de mener une enquête effective. Elle implique la mise en place d'un système judiciaire efficace²³⁹. C'est donc toute la procédure, jusqu'au jugement, qui est soumise aux impératifs de la protection de la vie exigée par l'article 2²⁴⁰.

En effet, la Cour a établi que les exigences procédurales de l'article 2 influencent certainement l'interprétation du droit à l'exercice d'un recours effectif garanti par l'article 13 de la Cour. Cela ne signifie pas que la violation de l'obligation de mener une enquête au titre de l'article 2 constitue automatiquement une violation de l'article 13, bien que la jurisprudence antérieure de la

²³⁵ CEDH, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, préc., § 121.

²³⁶ « Même si la Convention ne garantit pas en tant que tel le droit à l'ouverture de poursuites pénales contre des tiers, la Cour a maintes fois affirmé que le système judiciaire efficace exigé par l'article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit même comporter, un mécanisme de répression pénale », CEDH, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], préc. Voir CEDH, *Kaya Mehmet c. Turquie*, préc., § 85.

²³⁷ CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc., § 86.

²³⁸ Ainsi, « dans le contexte spécifique des négligences médicales, pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées », CEDH, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], préc.

²³⁹ CEDH, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, préc.

²⁴⁰ CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc. ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc.

Cour ait pu laisser entendre une telle connexité²⁴¹. La violation de ce dernier dépend des conséquences que les manquements aux exigences procédurales de l'article 2 ont eu sur l'exercice d'un recours effectif prévu par l'article 13, tel qu'il est interprété dans le cadre des griefs d'atteintes à la vie²⁴² et au sein duquel il reçoit une interprétation plus stricte, comme dans le cas des atteintes contre l'article 3 de la Convention. Ainsi, tel peut être le cas lorsque le recours débouche sur un classement sans suite pour faute de preuves suffisantes²⁴³, sur un acquittement²⁴⁴ ou s'il ne permettrait pas d'établir les responsabilités et donc de conduire à la réparation du préjudice²⁴⁵.

Par ailleurs, les conséquences des manquements aux obligations procédurales de l'article 2 peuvent s'étendre au droit au procès équitable garanti par l'article 6 §1, s'il est établi que ces manquements ont empêché les victimes d'exercer efficacement les recours en réparation. De tels recours portent sur la détermination des droits de caractère civil au sens de cet article 6²⁴⁶.

Il reste à souligner que l'obligation des États de mener une enquête est renforcée par l'éventualité d'un renversement de la *charge de la preuve* dans le cadre d'un recours européen. L'enquête menée par les autorités nationales devrait conduire à établir les faits de manière à enlever tout doute raisonnable sur la justification de la privation de la vie. La Cour rappelle que, pour apprécier les preuves, elle se sert du critère de la preuve « *au-delà de tout doute raisonnable* »²⁴⁷. Une telle preuve peut résulter d'un faisceau d'indices ou de présomptions non réfutés, suffisamment graves, précis et concordants. Le comportement des parties lors de la recherche de preuves entre également en ligne de compte²⁴⁸. Au cas où un doute raisonnable persiste auprès des instances européennes à l'issue de leur propre enquête, la violation de l'article 2 peut être retenue si l'État en cause n'est pas en mesure d'apporter des preuves convaincantes pour se décharger de sa responsabilité²⁴⁹. Il en est de même lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes privées de leur liberté. Toute blessure et tout décès survenus pendant la détention d'une personne qui, au moment de

²⁴¹ « Il est vrai que la Cour a parfois constaté une violation de l'article 13 dans des affaires portant sur des allégations d'homicide illégal perpétré par des agents des forces de l'ordre ou avec leur connivence au motif que les autorités n'avaient pas mené d'enquête approfondie et effective propre à conduire à l'identification et à la punition des responsables (Kaya, précité, pp. 330-331, §107). Il y a toutefois lieu de noter que ces affaires, qui avaient pour origine le conflit qui sévissait dans le Sud-est de la Turquie dans les années 1990, étaient marquées par l'absence de telles enquêtes sur les griefs des requérants relatifs à l'homicide illégal d'un proche par des agents des forces de l'ordre ou à son décès dans des circonstances suspectes... », CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc.

²⁴² CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc.

²⁴³ CEDH, *Velikova c. Bulgarie*, préc., § 89.

²⁴⁴ CEDH, *Tanli c. Turquie*, préc., § 153.

²⁴⁵ CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc., § 148.

²⁴⁶ « La Cour relève que nul ne conteste que l'article 6 § 1 de la Convention s'applique aux actions civiles en réparation engagées par la proche famille d'une personne tuée par des agents de l'État », CEDH, *Kaya Mehmet c. Turquie*, préc., § 104.

²⁴⁷ CEDH, *Irfan Bilgin c. Turquie*, préc., § 122 ; CEDH, *Ipek c. Turquie*, préc., § 109.

²⁴⁸ CEDH, *Irfan Bilgin c. Turquie*, préc., § 122 ; CEDH, *Ipek c. Turquie*, préc., § 109 ; CEDH, *Irlande c. R.U.*, 18 janvier 1978, Série A n° 25, § 161 ; CEDH, *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, CEDH, 2001-IV.

²⁴⁹ CEDH, *Ergi c. R.U.*, préc., § 81.

son incarcération, était en bonne santé, donnent lieu à de fortes présomptions de fait. Dans ce cadre, *la charge de la preuve pèse sur les autorités* : celles-ci doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante : « Lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme ce peut-être le cas lorsqu'il y a détention, toute blessure ou tout décès survenus pendant la période où la victime se trouvait sous le contrôle des autorités donne lieu à de fortes présomptions de fait. Il convient en vérité de considérer que la charge de la preuve pèse sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante²⁵⁰. »

B. Application à l'égard des détenus

Le principe de vulnérabilité des détenus, adopté par la Cour dans l'appréciation des obligations des Etats à protéger la vie, devrait prendre une dimension toute particulière à l'égard des obligations positives²⁵¹. D'abord parce que les détenus sont confinés dans un espace de vie entièrement organisé et contrôlé par les autorités publiques. Et ensuite parce que la prison est génératrice de risques supplémentaires pour l'intégrité physique. Non parce que les détenus sont plus dangereux que les personnes en liberté, mais parce que la prison est, en tant que contexte de vie, créatrice de tels risques. L'enfermement en soi, la promiscuité forcée, les multiples frustrations dont les détenus font l'objet et leur état de contrainte permanente créent une tension ambiante augmentant l'agressivité des personnes. En général, le mode d'organisation de la vie en prison fragilise le pouvoir de défense des détenus. Ils ne peuvent ni détenir des objets pour se défendre pour peu que les objets soient considérés comme dangereux, ni n'étant pas maîtres de leur mouvement et de l'organisation de leur vie dans la prison, éviter les contacts avec certains codétenus. Ils n'ont même pas le choix des compagnons de cellule. Aussi, en cas de danger menaçant la prison et notamment la cellule lorsqu'elle est fermée de l'extérieur, les détenus sont-ils, de fait, pris en otages dès lors qu'ils se trouvent dans l'impossibilité matérielle d'échapper au danger.

En effet, la vulnérabilité des détenus est mise en avant par la jurisprudence européenne dans la détermination des obligations positives des Etats. La Cour estime que « les obligations des Etats contractants prennent une dimension particulière à l'égard des détenus, ceux-ci se trouvant entièrement sous le contrôle des autorités : vu leur vulnérabilité, les autorités ont le devoir de les protéger²⁵² » ; ils doivent « déployer les plus grands efforts pour veiller à ce que tous les détenus se

²⁵⁰ CEDH, *Khashiyev et Akayeva c. Russie*, préc., § 133 ; Voir *Salman c. Turquie* [GC], préc., § 100 ; CEDH, *Çakıcı c. Turquie* [GC], préc., § 85 ; CEDH, *Ertak c. Turquie*, préc., § 32 ; CEDH, *Timurtaş c. Turquie*, préc.

²⁵¹ CEDH, *Slimani c. France*, § 27 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 56 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 91 ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc. ; CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 68.

²⁵² CEDH, *Slimani c. France*, préc., § 7 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 56 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 91 ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc. ; CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 68 ; CEDH, *Orak c. Turquie*, préc., § 68 ; CEDH, *Tanli c. Turquie*, préc., § 141 ; CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 110 ; CEDH, *Tais c. France*, préc., § 84.

trouvent dans un environnement carcéral sûr...²⁵³». La spécificité de la prison requiert en effet la mise en place d'une réglementation. Les obligations générales comportent autant la mise en place d'une législation régissant l'organisation de la vie en détention (1) que la répression de sa violation (2).

1. Les obligations préventives

Au-delà des obligations générales²⁵⁴, les autorités doivent encore prendre des mesures individualisées, d'ordre pratique, appropriées²⁵⁵, propres à leur contexte²⁵⁶.

Ces obligations ne signifient pas forcément que les moyens dans leur ensemble doivent être plus stricts qu'à l'extérieur : comme à l'extérieur, l'obligation de prendre des mesures plus strictes dépend des circonstances²⁵⁷. Leur appréciation ne doit pas être guidée par le « risque zéro » pour la vie des détenus. Un tel objectif risque, d'une part, d'imposer aux autorités pénitentiaires un fardeau insupportable ou excessif²⁵⁸, et d'autre part, de porter atteinte aux droits et libertés aussi bien de la personne à protéger que des autres détenus²⁵⁹. Aussi « toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation²⁶⁰ ». Pour qu'il y ait obligation positive, il doit être établi que les autorités « savaient » ou « auraient dû savoir » qu'un individu donné était « menacé de manière réelle et immédiate dans sa

²⁵³ CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc.

²⁵⁴ « Cela implique de la part de l'Etat le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations », CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 89 ; Voir CEDH, *Osman c. R.U.*, préc., § 115 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 54.

²⁵⁵ « Cela peut ou si vouloir dire, dans certaines circonstances, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui », *Ibid.*

²⁵⁶ « L'article 2 de la Convention peut en effet, dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui », CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 54.

²⁵⁷ « Quant à savoir s'il faut prendre des mesures plus strictes à l'égard d'un détenu et s'il est raisonnable de les appliquer, cela dépend des circonstances de l'affaire », CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 92, Voir CEDH, *Troubickov c. Russie*, préc., § 70 ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc.

²⁵⁸ CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc. ; CEDH, *Tais c. France*, préc., § 97 ; CEDH, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, préc., § 66 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 55.

²⁵⁹ « De même, les autorités pénitentiaires doivent s'acquitter de leurs tâches de manière compatible avec les droits et libertés de l'individu concerné. Des mesures et précautions générales peuvent être prises afin de diminuer les risques d'automutilation sans empiéter sur l'autonomie individuelle », CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 92.

²⁶⁰ CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 90 ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc. ; CEDH, *Tais c. France*, préc., § 97 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 55.

vie²⁶¹ ». C'est sous cette condition que naît l'obligation pour les autorités de prendre, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un 'point de vue raisonnable', auraient pu pallier ce risque²⁶² ».

Le critère du caractère adéquat de ces mesures est donc le caractère raisonnable, compte tenu des circonstances de l'affaire. En tout état de cause, il ne s'agit pas d'une obligation de résultat mais de moyens. La Cour n'exige pas la prise des mesures pour parer à tout risque. L'exigence de sécurité ne peut pas être le risque zéro. D'abord, parce qu'il s'agit d'un fardeau disproportionné en raison de l'imprévisibilité du comportement humain et de la difficulté matérielle d'exercer une telle police²⁶³. Ensuite, parce qu'une telle police exigerait des mesures qui empiètent sur les autres droits et libertés, et notamment priverait le détenu de toute autonomie²⁶⁴.

Rappelons que l'obligation des autorités compétentes de garantir la sécurité des détenus implique des obligations de moyens de nature à la fois générale et individuelle, d'ordre réglementaire mais aussi d'ordre pratique. Au-delà des obligations générales, les autorités doivent encore prendre des mesures individualisées, d'ordre pratique, appropriées²⁶⁵, précisément « aptes à pallier un risque donné²⁶⁶ ». Rappelons aussi que la Cour fonde la responsabilité des Etats sur l'existence d'un risque prévisible. Cela signifie que leur responsabilité est engagée quand les autorités pénitentiaires connaissaient pertinemment l'existence d'un tel risque, mais aussi lorsqu'elles « auraient dû » la connaître.

En tenant compte de ces considérations, la Cour a eu l'occasion de préciser les obligations qui incombent aux autorités pénitentiaires et, le cas échéant, aux autorités médicales et aux forces de l'ordre en matière notamment de soins **(a)**, de prévention de suicide **(b)** et de comportements des co-détenus **(c)**.

a. La protection contre des défaillances en matière de soins

Cette obligation peut comporter aussi bien des mesures contre les risques de contagion d'une menace mortelle que des risques contre des soins inadéquats.

²⁶¹ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 5. Voir CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 90 ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc. ; CEDH, *Troublikov c. R.U.*, préc., § 69 ; CEDH, *Tais c. France*, préc., § 97 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 55.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 55.

²⁶⁴ CEDH, *Troublikov c. Russie*, préc., § 70. Voir CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc. ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 92.

²⁶⁵ CEDH, *Osman c. R.U.*, préc., § 115 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 89 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 54.

²⁶⁶ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 55, § 57, § 61.

Au sein de la jurisprudence européenne, la santé constitue l'un des aspects de la vie des détenus qui pourrait être le mieux protégé dès lors que trois articles concourent à sa protection : l'article 2, mais aussi l'article 3, qui interdit les traitements inhumains ou dégradants, et l'article 8, au sein duquel la santé fait partie de la notion de la vie privée. Les trois imposent aux Etats l'obligation positive d'assurer des soins médicaux. Et, quel que soit l'article applicable, la responsabilité des Etats est jugée au regard d'un critère commun, celui de *soins adéquats*. Critère qui couvre aussi bien la *qualité des soins* que la *rapidité de leur administration*.

La protection de la santé étant traitée dans le troisième chapitre de cette partie, nous nous limiterons ici à l'examen des aspects susceptibles de soulever des questions au regard des obligations positives exigées par le respect du droit à la vie. Nous estimons que la propagation des maladies mortelles ayant ou pas entraîné la mort fait partie des aspects susceptible de soulever de telles questions. Les autorités doivent prendre des mesures pour empêcher qu'un détenu soit contaminé par une *maladie mortelle transmissible*. Cet objectif comporte une obligation d'effectuer des dépistages de tous les entrants en prison, mais aussi périodiquement tout au long de la détention. Cette obligation peut, en cas de détection d'une telle maladie, impliquer la prise de mesures prophylactiques pour les co-détenus : éviter le co-cellulage, mettre à la disposition des occupants de la même cellule des moyens sanitaires appropriés et assurer des conditions d'hygiène empêchant la propagation de la maladie ; éviter des activités communes²⁶⁷.

En même temps, il faut veiller à ce que les droits de la personne contaminée soient respectés. La préservation de la santé et de la vie ne doit pas servir de motif pour justifier des mesures de ségrégation excessives. Concernant en particulier la prévention du VIH, du fait qu'il ne se transmet pas par simple contact physique mais seulement par le sang ou les rapports sexuels, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a, dans sa Recommandation n° R(93)6, incité les Etats à éviter autant que possible de séparer les détenus atteints de cette maladie. Il leur a précisément recommandé de n'appliquer cette mesure qu'aux détenus qui manifestent des violences à caractère sexuel ou font preuve d'un comportement générateur de risques à l'égard des autres détenus ou du personnel²⁶⁸.

L'obligation de protéger la vie des détenus comporte aussi l'obligation d'assurer des *soins adéquats*. Elle signifie que les autorités doivent assurer des soins, de surcroît de qualité adéquate²⁶⁹ et rapides²⁷⁰.

²⁶⁷ Ces obligations exigées pour la protection de la société et de prévention de traitements inhumains ou dégradants, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, sont *a fortiori* exigées pour la protection également de la vie, CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, n° 47095/99, CEDH, 2002-VII ; CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, n°41707/98, CEDH, 2003-IV ; CEDH, *Melnik c. Ukraine*, 72286/01, CEDH 2006-III, §§ 105-106.

²⁶⁸ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation n° R(93)6, relative au contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison*, adoptée le 18 octobre 1993.

²⁶⁹ CEDH, *Tais c. France*, préc., § 87.

Cette obligation pèse sur les autorités pénitentiaires ainsi que sur les autorités médicales, non seulement lorsqu'elles connaissent, mais encore lorsqu'elles devraient connaître l'existence d'un risque fatal en raison de l'état de santé d'une personne détenue.

En effet, pèse indiscutablement l'obligation de *porter secours* à une personne qui est manifestement en danger. Prévue par les droits nationaux, la jurisprudence européenne n'a fait que la confirmer et préciser qu'elle implique l'obligation d'appeler des secours rapidement. La Commission a jugé que cela avait été le cas dans l'affaire *Rebai*²⁷¹, et la Cour dans l'affaire *Scavuzzo*²⁷², mais pas dans l'affaire *Anguelova*. Dans cette dernière, la Cour avait estimé que le retard à fournir de l'assistance médicale peut constituer une violation du droit à la vie et que tel est certainement le cas lorsque ce manquement fut fatal²⁷³. En revanche, cette obligation n'implique pas pour les forces de l'ordre, et donc pour le personnel pénitentiaire, de procéder à la réanimation : une réanimation est un geste compliqué pour des non-spécialistes et présente un taux de succès très limité, a-t-elle déclaré²⁷⁴.

Lorsque les autorités pénitentiaires ou médicales devaient savoir l'existence d'un risque critique pour la santé et la vie de la personne, peuvent également peser une obligation de surveillance stricte ou une hospitalisation rapide. Ainsi, dans l'affaire *McClinchey et autres*, où une détenue est morte au bout d'une semaine de détention à cause d'une déshydratation aiguë due à son sevrage sec, la Cour a retenu la responsabilité des autorités pénitentiaires, estimant qu'elles « auraient dû savoir » qu'elle encourait un risque prévisible. Devant le doute, (perte de poids importante et quotidienne, vomissements, collapsus, maux de tête et d'estomac), elles auraient dû la surveiller constamment, y compris le week-end, et autoriser son hospitalisation à temps²⁷⁵. Dans l'affaire *Tarariyeva*, ce sont les autorités médicales qui ont failli à leurs obligations. Tout en sachant le risque prévisible mortel de l'état de santé d'un détenu qui venait de se faire opérer pour perforation d'un ulcère duodénal et d'une péritonite, et présentait des complications post-opératoires, les autorités l'ont autorisé à quitter

²⁷⁰ « L'obligation de protéger la vie des personnes détenues implique également de leur dispenser avec diligence les soins médicaux à même de prévenir une issue fatale », *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 130. Voir CEDH, *Tais c. France*, préc., § 98.

²⁷¹ Relative à la mort de deux détenus à la suite d'un incendie déclenché dans leur cellule. Cette instance avait estimé que les surveillants avaient accompli leurs devoirs de secours en sortant les détenus de leur cellule et en alertant rapidement les pompiers, D 26561/95 (*Rebai/France*), préc., p. 72.

²⁷² « Rappelant que les deux agents ont immédiatement appelé l'ambulance et placé P. en position latérale de sécurité, elle doute qu'on puisse raisonnablement attendre dans de telles situations que des fonctionnaires appartenant aux forces de l'ordre prennent d'autres mesures », CEDH, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, préc., § 68.

²⁷³ CEDH, *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 129.

²⁷⁴ CEDH, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, préc., § 68.

²⁷⁵ CEDH, *McClinchey et autres c. R.U.*, n° 50390/99, CEDH, 2003-IV, § 57.

l'hôpital, de surcroît, dans des conditions de transfert inadaptées pour un trajet de plus de deux heures. Cette personne est décédée quelques jours plus tard par hémorragie interne²⁷⁶.

Enfin, un devoir de *surveillance et de soins adéquats* peut être également né en raison d'un état d'ébriété accompagné d'un état d'excitation et de perturbation manifeste. Ce qui n'a pas pu échapper aux policiers compte tenu des événements ayant conduit la victime dans une cellule de « dégrisement », souligna la Cour dans l'affaire *Tais*²⁷⁷. La Cour a, en effet, reconnu la responsabilité pour défaut de soins. Cette affaire portait sur la mort d'une personne, malade du sida, dans sa cellule de garde à vue, durant la nuit, alors qu'elle aurait crié toute la nuit, et ce jusqu'à quelques instants avant sa mort. Ses cris ayant été interprétés comme liés à son état d'excitation et dus à son alcoolémie, et non comme des cris de souffrance ou d'appels au secours, le surveillant n'est pas entré dans la cellule pour évaluer l'état de la victime ni n'a appelé un médecin. La personne a été trouvée, le matin, morte dans ses excréments et son vomi. Alors que, suivant les experts, si elle avait été soignée, elle ne serait pas morte²⁷⁸. Ce comportement des autorités est incompréhensible, souligna la Cour, d'autant plus que l'arrestation de cette personne a eu lieu, non seulement pour protéger l'ordre, mais aussi pour la protéger elle-même. Il résulte du raisonnement de la Cour dans cette affaire que, s'agissant des mesures coercitives prises dans le propre intérêt d'une personne (telle que la cellule de dégrisement des alcooliques), mais qui peut également être aussi le cas, s'agissant de placement en cellule d'isolement ou de discipline dans les prisons, ces mesures doivent être accompagnées des mesures de contrôle et de soins appropriés²⁷⁹.

Les personnes souffrant de troubles mentaux ou simplement en état psychologique fragile ou fragilisé par la détention appellent des obligations supplémentaires. Ces personnes présentent un plus grand risque de suicide.

b. La prévention du suicide

La responsabilité des autorités pénitentiaires peut également être engagée lorsque la mort est le résultat, non seulement du comportement d'autrui, mais aussi d'un acte autodestructeur, en particulier du suicide. Un tel acte peut être dû à des troubles mentaux mais aussi à un état mental

²⁷⁶ CEDH, *Tarariyeva c. Russie*, préc., § 88.

²⁷⁷ La personne arrêtée à cause de son état d'ébriété et de son excitation. Il peut alors, estime la Cour, s'agir de « facteur aggravants qui renforcent encore l'obligation de justifier le traitement qui a été infligé à P. Tais lors de sa détention », CEDH, *Tais c. France*, préc., § 89, et § 101.

²⁷⁸ La Cour rappelle que, selon les trois premiers rapports d'expertise, la mort serait due à une hémorragie faisant suite à la fissure de la rate. Mais le rapport de contre-expertise indiquait que les lésions présentées n'étaient pas fatalement mortelles si elles avaient été diagnostiquées à temps dans un autre contexte. La Cour est d'avis qu'au vu de l'état de santé de P. Tais dès son entrée au commissariat, et des longues heures qui suivirent, les policiers auraient au moins dû appeler un médecin pour s'assurer de l'évolution de son état de santé », CEDH, *Tais c. France*, préc., § 102.

²⁷⁹ *Ibid.*

fragile ou fragilisé par la détention. En effet la Cour, comme le CPT, ont établi un certain nombre de garanties que les Etats doivent assurer pour prévenir, autant que faire se peut, le suicide des détenus, qui est nettement supérieur à ce qui existe à l'extérieur. Il est en effet devenu un lieu commun de parler de sur-suicidité dans le milieu carcéral. Dans la décision *Younger*, la Cour a reconnu la « fragilité des détenus » et s'était dite « prête à admettre de manière générale que le risque de suicide est plus élevé parmi ceux-ci qu'au sein du reste de la population ». Mais elle a refusé de mettre en cause la détention en elle-même. Elle a déclaré ne pas être prête à reconnaître « qu'il existe pour chaque détenu un risque réel et immédiat de suicide du simple fait qu'il se trouve incarcéré »²⁸⁰. Les suicides dans les prisons, comme à l'extérieur, sont des actes rares, a-t-elle souligné dans cette affaire.

Les Etats ont seulement l'obligation, s'agissant des détenus présentant une fragilité psychique ou des troubles mentaux, de prendre des mesures particulières, sans pour autant les soumettre à une obligation de risque zéro de suicide. Cela, d'une part, créerait un « fardeau excessif » pour les administrations pénitentiaires, et, d'autre part, il serait attentatoire aux libertés des détenus, dès lors qu'il impliquerait des « restrictions potentiellement inutiles et inappropriées sur la liberté des détenus »²⁸¹. Les autorités pénitentiaires ont seulement une obligation de prendre des mesures « raisonnables » pour prévenir un suicide²⁸².

Les mesures raisonnables doivent comprendre, d'une part, *les moyens de détection d'un risque de suicide*. Elles impliquent précisément une détection des états fragiles lors de l'entrée en prison par l'examen psychologique approfondi de tous les arrivants, et, à plus forte raison, des détenus signalés comme fragiles et susceptibles d'attenter à leur vie²⁸³. Elles impliquent également une communication du dossier médical de la part des autorités responsables de la détention précédente de la personne, à savoir de la garde à vue et/ou de la détention provisoire, ainsi que des professionnels de la santé. Le *secret médical* ne saurait s'opposer à cette nécessité de communication des données médicales²⁸⁴. Pour l'appréciation du risque suicidaire d'un individu, doivent être pris en compte les tentatives précédentes de suicide ou d'automutilation mais aussi des troubles comportementaux.

Les mesures raisonnables comprennent, d'autre part, *les moyens de prévention du passage à l'acte*. Ceux-ci consistent, suivant la jurisprudence de la Cour, le CPT et le droit français²⁸⁵, en la prise en charge psychologique de la personne détectée comme potentiellement suicidaire immédiatement après son écrou ; en la surveillance physique et l'empêchement d'accéder à des

²⁸⁰ CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc.

²⁸¹ *Ibid.* ; Voir CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 70.

²⁸² CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 69.

²⁸³ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 61.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Rapport de mission Jean-Louis Terra pour la prévention du suicide des personnes détenues*, 10 décembre 2003 ; DEHEURLES-MONTMAYER Lisa, « Le suicide en milieu carcéral », *Mémoire*, IEP Grenoble, 2004.

moyens techniques de suicide ; en la mise à la disposition des moyens d'alerte (sonnerie d'alarme dans la cellule, rondes, etc.). Une attention particulière doit être portée dans le recours à des *sanctions disciplinaires* (*Keenan c. R.U.*²⁸⁶) ou à des régimes d'isolement (*Ensslin, Baader, Raspe/RFA*²⁸⁷) qui sont sources de stress supplémentaire. Quant au recours à l'encellulement commun pour assurer la surveillance, il n'est pas obligatoire. Voire, il peut engager la responsabilité des autorités pénitentiaires si le comportement suicidaire de la personne comporte des risques pour la vie de ses co-détenus.

L'application faite de ces obligations par la Cour laisse pourtant une grande marge d'appréciation aux autorités nationales. En effet, c'est seulement lorsque les troubles mentaux atteignent le niveau de « maladie mentale²⁸⁸ », de surcroît, aiguë, qu'ils sont de nature à permettre de diagnostiquer un « risque sérieux de se suicider ou de s'automutuler » déclarait la Cour dans l'arrêt *Troubnikov*²⁸⁹. Jusqu'à présent, elle n'a jamais encore retenu la violation de l'article 2 à cause du suicide d'un détenu ayant estimé, soit que les autorités « ne savaient pas » ou « n'auraient pas pu savoir »²⁹⁰ qu'il existe un risque prévisible de suicide ; soit qu'elles savaient mais avaient pris les mesures qu'on peut raisonnablement attendre²⁹¹.

Ainsi, l'état d'ébriété d'un détenu de personnalité perturbée et présentant des troubles comportementaux durant sa détention, associé à la mise en cellule disciplinaire, n'ont pas été jugés suffisants pour établir la responsabilité de l'administration pénitentiaire. Bien que la Cour ait estimé que l'association de ces trois facteurs aurait dû être considérée comme présentant des risques, elle a conclu que l'administration pénitentiaire n'a commis qu'une faute de simple négligence ayant rendu possible la consommation d'alcool par ce détenu²⁹². De même, la Cour a exonéré de toute responsabilité l'Etat à propos du suicide d'un détenu toxicomane qui était en rupture de drogue à cause de son arrestation et qui avait exprimé son envie de se suicider lorsqu'il a appris sa

²⁸⁶ CEDH, *Keenan c. R.U.*, n° 27229/95, CEDH 2001-III.

²⁸⁷ D 7572/76, 7586/76, 7587/76 (*Ensslin, Baader, Raspe/RFA*), DR 14, p. 64 et s.

²⁸⁸ CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 73.

²⁸⁹ *Ibid.*, §§ 75-76.

²⁹⁰ *Ibid.* Voir CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc.

²⁹¹ A propos du suicide d'une personne détenue qui souffrait de troubles du comportement, elle avait manifesté une tendance à attenter à son intégrité physique et avait séjourné à l'hôpital psychiatrique, la Cour a estimé que les autorités savaient qu'en raison de son état mental, l'intéressé mettait sa vie en péril même si par intervalles elle se comportait normalement en apparence. Mais à propos de son suicide suite à sa condamnation à vingt-huit jours d'emprisonnement supplémentaires pour voies de fait et de placement en quartier d'isolement, cette instance a jugé que les autorités ayant, durant la détention, placé la victime à l'hôpital pénitentiaire ainsi que sous surveillance lorsque des tendances suicidaires se manifestaient et l'ayant, durant sa sanction disciplinaire, soumise sous contrôle médical quotidien, elles ont pris les mesures raisonnables. L'argument selon lequel elles auraient dû prévoir un surcroît de tension qui résulterait de la sanction disciplinaire relève de la spéculation. En revanche, la Cour a retenu la violation de l'article 3, CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc.

²⁹² CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc. § 77. Cette personne avait profité de sa permission de sortir à l'occasion d'un événement sportif pour consommer de l'alcool, ce qui lui a valu la sanction de mise en cellule disciplinaire.

condamnation, sur le motif qu'il avait « l'air calme et rationnel ». Cette apparence ne permettrait pas de conclure à un risque de suicide « raisonnablement prévisible, estima la Cour »²⁹³.

La jurisprudence de la Commission avait, elle, laissé entendre une évolution de la jurisprudence européenne vers l'extension de la responsabilité des autorités compétentes aux cas de suicide dus aux causes psychologiques nées de l'attitude du personnel²⁹⁴ mais aussi des conditions de la détention notamment celles de régimes spéciaux comme l'isolement carcéral²⁹⁵. Mais la jurisprudence de la Cour, comme permet de le voir l'arrêt *Keenan*, préfère examiner de tels griefs sous l'angle de l'article 3.

c. La protection contre des comportements des codétenus

Une obligation générale d'anticipation, de surveillance et de secours contre des violences de la part des co-détenus pèse également sur les Etats. Il peut s'agir de violences physiques délibérément exercées contre les co-détenus mais aussi des conséquences indirectes par le choix des moyens de suicide, comme le suicide par incendie (affaire *Rebai c. France*).

La prévention de ces risques requiert la mise en place de moyens généraux tels que l'installation d'une sonnette d'alarme dans chaque cellule accessible et en état de marche en permanence. Mais elle peut aussi requérir des mesures supplémentaires individualisées, lorsque le danger est prévisible, à savoir lorsque les autorités 'savaient' ou 'devaient savoir' qu'un individu déterminé était menacé de manière réelle et immédiate dans sa vie par des actes criminels d'un tiers et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, pouvaient être considérées comme « aptes à pallier ce risque »²⁹⁶.

Ces mesures impliquent, d'une part, une obligation de communication des informations concernant un détenu dangereux qui incombe à toute la chaîne des autorités en contact avec la personne écrouée : la police, les autorités pénitentiaires et les professionnels de la médecine. Les informations doivent être portées à l'attention des autorités carcérales, en particulier à celles chargées de décider s'il y avait lieu de placer l'intéressé au centre de santé ou en cellule ordinaire avec les autres détenus²⁹⁷. Les mesures raisonnables impliquent, d'autre part, l'obligation d'un « examen médical de filtrage », au moment de l'écrou, sérieux et profond, propre à détecter les détenus

²⁹³ CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc.

²⁹⁴ Il s'agissait du suicide à l'issue d'une garde à vue, préc.

²⁹⁵ « Notamment lorsque l'isolement du détenu systématiquement organisé et maintenu a pu inéluctablement le pousser à attenter à ses jours », D 7572/76, 7586/76, 7587/76 (*Ensslin, Baader, Raspe/RFA*), préc., pp. 86-87.

²⁹⁶ CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 55.

²⁹⁷ *Ibid.*, § 61.

dangereux pour autrui ou pour eux-mêmes²⁹⁸, effectué par des personnes compétentes. Elles impliquent, d'autre part, des moyens techniques : pas d'encellulement commun, installation d'alarmes dans chaque cellule en état de marche, des rondes régulières, et des rondes rapprochées en cas de risque prévisible (*Edwards*²⁹⁹).

En effet, tout en soulignant qu'il faut concilier la protection des droits à la vie et à l'intégrité des personnes menacées avec la protection des droits des personnes dangereuses, la Cour a estimé que cela peut impliquer d'éviter de placer un détenu dangereux dans une cellule commune ou dans le même lieu de travail que les détenus envers lesquels il a manifesté de l'agressivité. En général, il faut diminuer les occasions de leur rencontre ou assurer une surveillance plus étroite lorsque les rencontres sont inévitables.

Constituent des éléments de prévisibilité de tels risques, d'après la Cour, le passé pénal (déjà arrêté ou condamné pour des actes violents), l'état de santé mentale, mais aussi le comportement général durant la détention et à l'égard de personnes précises. Ainsi, dans l'arrêt *Edwards*³⁰⁰, la Cour a retenu la responsabilité du gouvernement britannique du fait qu'un détenu à propos duquel les autorités « auraient dû savoir » qu'il était dangereux, à cause de son passé pénal et son état de santé mental, a été placé en cellule commune et a tué son codétenu. En revanche, les *tendances suicidaires* d'un détenu ne suffisent pas, en elles-mêmes, à considérer un détenu comme dangereux pour autrui. Dans l'affaire *Rebai* dirigée contre la France³⁰¹, la Commission avait estimé qu'« il ne saurait être tenu pour acquis que l'intéressé, certes suicidaire, était dangereux pour autrui³⁰² ». Alors même que le tribunal administratif de Nice avait estimé que le détenu à l'origine de l'incendie aurait dû être considéré comme dangereux dès lors qu'il avait été condamné pour violences et voies de fait avec arme, il s'était auto-mutilé durant sa détention et avait tenté de se suicider dans sa cellule par pendaison. Mais cette décision avait été infirmée par la Cour d'appel administrative de Lyon.

²⁹⁸ « Pour la Cour il est évident que l'examen de filtrage des nouveaux arrivants dans une prison doit servir à identifier effectivement les prisonniers qui, tant pour leur propre bien-être que pour le bien-être des autres détenus, doivent faire l'objet d'une surveillance médicale. Les lacunes constatées dans les informations fournies au personnel chargé de la mise sous écrou des prisonniers sont en l'espèce venues s'ajouter à la nature brève et superficielle de l'examen effectué par l'assistant médical chargé du filtrage des nouveaux arrivants, lequel, d'après le rapport de la commission d'enquête, n'avait pas reçu une formation suffisante et dû agir en l'absence d'un médecin, à qui il aurait dû pouvoir s'adresser en cas de difficulté ou de doute », *Ibid.*, § 62.

²⁹⁹ « Ainsi, alors qu'il était manifestement préférable de faire admettre Christopher Edwards soit à l'hôpital, soit au centre de santé de la prison, on lui fit courir un risque vital en introduisant dans sa cellule un détenu dangereusement instable, et ce sont les fautes commises à cet égard qui revêtent le plus d'importance pour les questions soulevées par la présente espèce. Dans le même ordre d'idées, si la Cour déplore que le bouton d'appel situé dans la cellule, et qui aurait dû constituer une protection, était défectueux, elle considère que les autorités, compte tenu des informations dont elles disposaient à l'époque, auraient dû commencer par ne pas placer Richard Linford dans la même cellule que Christopher Edwards », *Ibid.*, § 63.

³⁰⁰ La victime avait été piétinée et frappée à mort. L'auteur ne cessait de répéter qu'il était possédé par des esprits malveillants et des démons. Au moment de l'agression, il souffrait de troubles mentaux aigus.

³⁰¹ D 26561/95 (*Rebai/France*), préc., p. 81.

³⁰² *Ibid.*

Quant aux *menaces proférées*, lorsqu'elles ont lieu en milieu libre, la jurisprudence européenne a estimé que le respect des libertés de l'auteur de telles menaces doit également être prise en compte. Jusqu'à présent, elle n'a retenu la responsabilité que dans des cas de menaces exprimées physiquement³⁰³. Mais cet élément pourrait revêtir en détention une valeur plus importante du fait de la promiscuité des détenus et de l'absence de maîtrise du choix de leur espace de vie et de leurs fréquentations. Leur protection est entièrement entre les mains des autorités pénitentiaires.

2. Les obligations procédurales

Les exigences de l'obligation de mener une enquête étant présentées dans l'application de l'article 2 à l'égard de toute personne, nous soulignerons ici seulement les aspects qui dans le cas des personnes détenues reçoivent une interprétation renforcée.

Tout d'abord, l'affirmation par la Cour que « les obligations des Etats contractants prennent une dimension particulière à l'égard des détenus, ceux-ci se trouvant entièrement sous le contrôle des autorités³⁰⁴ », et donc « sous la responsabilité des autorités lorsqu'il y a eu décès apparemment dû à un suicide³⁰⁵ », se traduit à propos des *obligations d'enquête plus strictes à l'égard d'une personne détenue*, notamment si la personne décède³⁰⁶.

Une première conséquence de cette exigence est que toute blessure ou décès en prison, comme dans tout lieu privatif de liberté, crée l'obligation pour les autorités *de mener ipso facto une enquête d'office*, dès que l'affaire est portée à leur attention : elles ne sauraient laisser aux proches l'initiative de déposer plainte ou d'assumer une procédure d'enquête³⁰⁷. « D'une manière générale, le seul fait qu'un individu décède dans des conditions suspectes alors qu'il est privé de sa liberté est de nature à poser une question quant au respect par l'Etat de son obligation de protéger le droit à la vie de cette personne³⁰⁸ ».

Une deuxième conséquence concerne la *charge de la preuve*. Selon la Cour, toute blessure et décès en prison, créent de « fortes présomptions de responsabilité », si la personne était au moment

³⁰³ CEDH, *Kontrová c. Slovaquie*, préc.

³⁰⁴ Voir entre autres, CEDH, *Slimani c. France*, § 27.

³⁰⁵ CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 89.

³⁰⁶ CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 91 ; CEDH, *Younger c. R.U.*, (déc.), préc. ; CEDH, *Troubnikov c. Russie*, préc., § 89 ; CEDH, *Tanli c. Turquie*, préc., § 141.

³⁰⁷ « Par ailleurs, le simple fait que les autorités aient été informées du décès en garde à vue d'A.O. donnait *ipso facto* naissance à l'obligation, découlant de l'article 2, de mener une enquête effective sur les circonstances dans lesquelles il s'était produit », CEDH, *Orak c. Turquie*, préc., § 82 ; CEDH, *Slimani c. France*, préc., § 29, § 47 ; CEDH, *Velikova c. Bulgarie*, préc., § 70.

³⁰⁸ CEDH, *H.Y. et HÛ. Y c. Turquie*, n° 40262/98, CEDH, 2005-X, § 104. Voir CEDH, *Taïs c. France*, préc., § 83.

de son placement en détention en bonne santé. Dès lors, la *charge de la preuve* incombe aux autorités. Etant seules à connaître les événements, il leur incombe de fournir une explication plausible de l'origine des blessures ou du décès³⁰⁹.

Enfin, quant à *l'étendue de l'enquête*, elle doit englober la recherche des éventuelles responsabilités des autorités au regard des obligations préventives, y compris dans des cas de suicide³¹⁰. Dans ce cas, a précisé la Cour, l'enquête implique nécessairement d'établir, d'abord, les causes de la mort afin d'exclure la cause d'un accident ou d'un homicide. Et, une fois le suicide établi, d'examiner si les autorités responsables ont failli dans leur obligation de le prévenir³¹¹.

C'est au regard de ces précisions concernant les exigences européennes positives tant préventives que répressives que nous allons présenter celles prévues par le droit grec et le droit français.

§2. La garantie nationale

L'obligation positive des Etats de garantir la vie et l'intégrité des détenus est indéniable. Il est même à noter que dans l'histoire de la prison c'est la première garantie qui est assurée aux détenus avant même que la prison ne soit instituée en peine. Jousse rapportait qu'une telle limite a été fixée dès 1665, par un arrêt rendu par la Tournelle (chambre criminelle du Parlement de Paris)³¹², ayant condamné un geôlier à être pendu pour avoir laissé mourir un prisonnier sans l'avoir assisté, quoiqu'il eût entendu ses cris³¹³.

Actuellement, outre la réglementation spéciale concernant l'usage de la force à l'encontre des détenus et la responsabilité pénale conformément aux règles du droit commun pénal des auteurs d'une infraction pénale à l'encontre d'un détenu, les droits nationaux reconnaissent également la responsabilité de l'Etat. Ils la reconnaissent aussi bien pour des fautes commises par ses agents dès

³⁰⁹ « Lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle en garde à vue, toute blessure ou décès survenu pendant cette période de détention donne lieu à de fortes présomptions de fait. Il convient en vérité de considérer que la charge de la preuve pèse sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante », CEDH, *Velikova c. Bulgarie*, préc., § 70. « Du seul fait qu'une personne décède dans des conditions suspectes alors qu'il est privé de sa liberté est de nature à poser une question quant au respect par l'Etat de son obligation de protéger le droit à la vie de cette personne » ; « La Cour considère que lorsqu'un individu placé en garde à vue en bonne santé peut trouver la mort, il incombe à l'Etat de fournir une explication plausible des responsables au titre de l'article 2 de la Convention », CEDH *Anguelova c. Bulgarie*, préc., § 111, Voir CEDH, *Slimani c. France*, préc., § 27 ; CEDH *Tais c. France*, préc.

³¹⁰ CEDH *Troubnikov c. Russie*, préc., § 90.

³¹¹ *Ibid.*, § 89.

³¹² Créée en 1515, elle était chargée des affaires de grande criminalité entraînant la peine de mort, la condamnation aux galères ou le bannissement.

³¹³ JOUSSE, *Traité de la justice de France*, t. 2, préc., p. 242.

lors qu'elles sont considérées comme non détachables de fautes de service³¹⁴ que pour fonctionnement défectueux de la prison en tant que service public.

La faute personnelle détachable du service est sanctionnée par les tribunaux judiciaires suivant les règles de responsabilité civile de droit commun. Cette faute consiste en des agissements graves caractérisés, soit par des violences et brutalités inadmissibles, soit par des faits révélant l'intention de nuire et une malveillance délibérée³¹⁵.

Mais ce qui nous intéresse dans l'état actuel des droits pénitentiaires, c'est de déterminer la responsabilité des Etats au-delà de celle de réprimer les infractions sanctionnant les personnes physiques. Plus précisément, il nous intéresse de savoir si la prison est considérée comme un lieu créant l'obligation de prendre des mesures supplémentaires pour protéger l'intégrité des détenus; des mesures qui soient adaptées à ce contexte.

Cela ne fait aucun doute : tous les droits nationaux prévoient une réglementation pénitentiaire. Institue-t-elle pour autant des obligations positives renforcées ? C'est à quoi nous essaierons de répondre en examinant d'abord le cadre juridique de la responsabilité de l'Etat qui régit le fonctionnement de la prison (A) avant de préciser quel type d'atteinte ou de mise en danger font l'objet de protections préventives (B) et d'évaluer l'efficacité de leur système d'enquête (C).

A. Le régime de responsabilité de l'Etat

Il est certain qu'une meilleure protection est assurée lorsque la responsabilité est engagée même pour une faute sans gravité particulière, voire pour simple prise de risque. Il est certain aussi que la considération d'un lieu comme créateur de risques supplémentaires devrait contribuer à diminuer la gravité de la faute requise. Comme nous l'avons vu à propos de l'examen de la jurisprudence européenne, la responsabilité des autorités nationales croît à mesure que les risques augmentent pour la vie et l'intégrité des personnes. Tel n'est pas encore clairement le cas ni en droit français (1) ni en droit grec (2).

1. Droit français

Longtemps, seule la *faute de service* pourrait engager la responsabilité de l'administration. Cette faute est souvent définie comme le « fonctionnement défectueux du service ». Mais certains auteurs préfèrent la définir par la somme des fautes retenue par la jurisprudence comme constituant

³¹⁴ S. PETIT, *La responsabilité pénale des agents*, Berger-Levrault, Coll. Gestion publique, Paris, 1997, pp. 85-88.

³¹⁵ J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2005, p. 757.

une faute de service : le défaut de surveillance et de contrôle, le défaut d'entretien, l'imprudence, la maladresse, ainsi que des omissions, abstention, inertie, retards ou renseignements inexacts³¹⁶.

En principe, la responsabilité de l'administration pour faute peut être engagée pour une *faute simple*. Cependant, dans certains cas, notamment lorsque les conditions du fonctionnement d'un service sont difficiles, on exige une faute qualifiée, dite *faute lourde*.

Ainsi la considération qui domine l'appréciation de la responsabilité de l'administration pénitentiaire est la difficulté de sa mission plaidant pour l'exigence d'une faute lourde dans la détermination de sa responsabilité. Si bien que la responsabilité est plus restreinte par rapport à celle d'autres services publics. On peut, par exemple, constituer une telle faute, le défaut de surveillance, l'erreur de placement ou d'affectation, des insuffisances ou des retards de soins, des secours tardifs ou défectueux, sous la condition supplémentaire que de tels actes ou omissions aient rendu l'incident prévisible³¹⁷.

Il convient néanmoins de souligner d'une part que, suivant l'origine du dommage causé, la faute requise peut être atténuée. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de l'inobservation des normes de sécurité des locaux, auquel cas une *faute simple* peut suffire³¹⁸. D'autre part, la jurisprudence serait marquée par une évolution vers une reconnaissance également de la *responsabilité pour risque spécial*³¹⁹.

Quant aux accidents de travail, ils obéissent à un régime de responsabilité à part.

2. Droit grec

Le droit grec prévoit également, concernant le fonctionnement des services publics, le recours en indemnisation lorsque la *responsabilité civile de l'Etat* peut être engagée. Ce recours relève de la compétence du tribunal administratif³²⁰ et fait l'objet du recours en indemnisation. L'objet de ce recours, qui n'a pas d'effet suspensif, n'est pas l'annulation d'une décision ou d'un acte, mais la réparation d'un préjudice matériel et/ou moral. Pour cela, il faut que le requérant reproche à

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ J. MOREAU, « La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires », in *Mélanges en l'honneur du doyen P. Bouzat*, Pedone, 1980, pp. 205-216. F. MODERNE, « La responsabilité des services pénitentiaires à raison des dommages subis par les détenus », *R.P.D.P.*, 1979, pp. 575-582 ; et J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, préc.

³¹⁸ *Ibid.* Voir P. PONCELA, « La responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard des usagers détenus », *Chronique de l'exécution des peines*, *RSC*, Janv.-mars 2000.

³¹⁹ Voir la chronique de Pierrette PONCELA, « Chronique de l'exécution des peines : Choix de jurisprudence », *RSC*, 2007-2.

³²⁰ P.-D., DAGTOGLOU, *Droit de procédure*, Sakkoulas, Athènes, 1994, pp. 484, 488. Article 105 de la loi introductive du Code civil.

l'administration un acte, agissement ou omission illégal de ses agents, commis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, non justifié par le but légitime d'intérêt général, et ayant entraîné un préjudice matériel ou moral qui soit personnel, direct et certain. Il doit, de surcroît, prouver l'existence d'un rapport de cause à effet entre les faits reprochés et leurs conséquences³²¹.

Aussi, si la responsabilité de l'administration pénitentiaire peut, contrairement au droit français, être engagée même sans faute des agents, lorsque l'acte ou omission a eu lieu durant l'exécution de leurs fonctions, le recours en indemnisation n'est-il toutefois pas ouvert pour toute atteinte à un intérêt légal. Il est limité dans les cas où la loi civile, pénale ou administrative prévoit expressément un droit d'indemnisation. Tel est certainement le cas lorsqu'il s'agit des atteintes à la vie, à l'intégrité physique, à la santé ou à l'honneur. Notons à ce propos que, s'agissant précisément de la responsabilité pour des actes de torture ou des atteintes à la dignité prévus par le Code pénal, l'article 137D du Code pénal prévoit, dans son quatrième paragraphe, que l'agent et l'administration sont solidairement responsables.

Bien que nous ne disposions pas de jurisprudence relative à l'exercice de ce recours par les détenus, nous estimons que *a priori* ils ne sont pas exclus du droit de l'exercer. Selon la doctrine grecque, le respect de la légalité est un principe si fondamental de l'Etat de droit que les actes de l'administration ne peuvent se soustraire à l'obligation de le respecter. Dès lors, tous les actes ou omissions illégaux qui ont lieu en prison engagent la responsabilité civile de l'Etat et doivent alors donner lieu à un recours en indemnisation.

Mais à la lumière de la jurisprudence relative à l'interprétation générale de l'article 2 de la Convention, on peut d'ores et déjà souligner que quel que soit le fondement sur lequel la responsabilité de l'Etat peut être retenue pour dysfonctionnement de la prison, leur responsabilité au titre de cet article se détermine au regard du critère commun, celui *de manquement à l'obligation de prendre des mesures adéquates*. Cette appréciation est fondée sur la *nature du danger*, la *gravité du danger* ainsi que sur *l'ensemble des circonstances*. Dans cette appréciation, la prison doit être prise en compte comme un contexte de vie qui accroît les difficultés du travail des agents de l'Etat, mais aussi comme un contexte qui augmente les responsabilités des autorités. Celles-ci sont responsables de leur garde et de leur protection, et la prison expose les détenus à des risques supplémentaires par rapport à l'extérieur.

C'est alors en tenant compte de ces critères que nous examinerons les mesures préventives prévues en droit français et en droit grec en matière de respect du droit à la vie des personnes détenues.

³²¹. *Ibid.*, pp. 482-493.

B. Le champ d'application du régime de responsabilité de l'Etat

Nous examinerons successivement les mesures concernant les conditions matérielles (1), les soins médicaux (2), les violences des codétenus (3) et le suicide (4). Soulignons qu'à défaut de toute jurisprudence corrélative publiée en droit grec, c'est essentiellement le droit français qui nous servira d'exemple de droit national dans la comparaison avec le droit de la Convention.

1. Les défaillances en matière d'organisation matérielle

Les droit grec et français contiennent un certain nombre de dispositions visant à assurer des conditions de détention et de travail qui ne mettent en danger ni la vie ni la santé des détenus. Ces conditions sont essentiellement présentées sous l'article 3, car même lorsqu'elles ne vont pas jusqu'à porter atteinte à la vie, elles peuvent porter atteinte à la dignité. Aussi nous limiterons-nous ici à la présentation des garanties qui peuvent relever uniquement de l'article 2 de la Convention. Ces garanties concernent aussi bien les accidents du travail et les problèmes de sécurité de l'ensemble des activités et des locaux de détention, que la transmission des maladies mortelles, les défauts de soins ou les manquements à l'obligation de porter secours.

Concernant d'abord les *accidents du travail*, en droit français, la protection contre eux remonte à 1949³²². Actuellement, l'article D 109 du Code de procédure pénale prévoit que les normes de sécurité contre les *accidents du travail* doivent répondre à celles prévues par les dispositions législatives et réglementaires de droit commun relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs. Le contentieux relatif à la réparation des accidents et aux maladies professionnelles relève de la compétence des juridictions communes. Il obéit cependant, selon l'article D 110 du Code de procédure pénale, à un régime spécial établi par le décret n° 49-1585 du 10 décembre 1949 qui a étendu aux détenus le bénéfice des prestations de sécurité sociale. En effet, d'après la jurisprudence, si une faute est commise par l'administration pénitentiaire, la responsabilité de cette dernière est engagée pour la part du préjudice non réparée par les prestations sociales ; mais, en cas de travail exécuté pour le compte d'un concessionnaire, elle peut exercer une action récursoire contre ce dernier³²³.

Le droit grec a soumis depuis 1989 les accidents du travail au régime juridique commun du droit du travail (art. 47 C. pénit.).

³²² Décret n 49-1585 du 10 décembre 1949, pris pour l'application de la loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946.

³²³ F. MODERNE, « La responsabilité des services pénitentiaires à raison des dommages subis par les détenus », *préc.*, p. 578 ; J. MOREAU, « La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires », *préc.*, p. 211.

Mais la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour des accidents et incidents d'autres natures, pour lesquels l'administration pénitentiaire a une obligation de sécurité matérielle ou obligation de surveillance. Ainsi les manquements aux prescriptions de sécurité des locaux et des installations, dès lors qu'ils ont provoqué un accident, peuvent l'engager pour *faute simple*³²⁴. C'était même le premier type de responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires rapporté par J. Moreau. Ce fut dans l'affaire *Serveau* dans laquelle le Conseil d'Etat a retenu la responsabilité de l'administration pénitentiaire pour préjudice subi par un détenu en raison des omissions de normes de sécurité des locaux (mauvais entretien des locaux ou des installations)³²⁵. Depuis lors, la jurisprudence française a étendu la responsabilité de l'Etat pour d'autres dysfonctionnements, fondée soit sur une faute lourde soit sur une faute simple.

2. Les défaillances en matière de soins médicaux

La responsabilité de cette administration peut également être engagée en matière de soins médicaux. Elle peut l'être pour *défaut de surveillance et de soins*. Ainsi, le Conseil d'Etat avait retenu la responsabilité pour *faute lourde* du service pénitentiaire dans le décès d'un détenu trouvé mort dans sa cellule de sécurité où il était placé par les autorités pénitentiaires en raison de son état agité. Ayant relevé que deux surveillants avaient aperçu le détenu au sol la veille de son décès et s'étaient contentés de le placer sur son matelas, cette juridiction a estimé que « ce comportement révèle une faute lourde du service pénitentiaire compte tenu des affections psychiques que présentait ce détenu et pour lesquelles il faisait l'objet d'une surveillance et de soins particuliers de la part du service médico-psychologique de l'établissement »³²⁶. Outre l'absence des soins, il y a les insuffisances³²⁷ ou les retards³²⁸. Depuis le rattachement du système des soins français au service de santé publique, en 1994, la responsabilité des autorités médicales peut également être retenue, de surcroît, pour *faute simple*³²⁹.

³²⁴ J. MOREAU, « La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires », *préc.*, p. 216.

³²⁵ CE, 16 mai 1944, *Serveau*, Rec. p. 153, cité par J. MOREAU, « La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires », *préc.*, p. 216.

³²⁶ CE, *Deville*, 16 nov. 1988, *Lebon.* (Ce tribunal a accordé à titre de réparation du préjudice moral subi la somme de 25 000 F).

³²⁷ Le tribunal administratif de Caen a retenu la responsabilité pour soins non appropriés à un détenu gréviste de la faim, TA Caen 4 avr. 1995, *Castel*, (cité par J.-P. CERE, « Prospectives sur la répartition juridictionnelle... », *préc.*, note n°59).

³²⁸ Le Conseil d'Etat avait retenu la responsabilité de l'Etat du fait que de tels retards avaient provoqué chez un détenu une incapacité permanente de 60% résultant de l'aggravation de ses blessures. Cette instance avait constaté que le médecin du camp de rétention avait établi, le 2 février 1945, que l'état de ce détenu nécessitait l'intervention d'un spécialiste faute de quoi sa vie serait en danger. Or un spécialiste n'est intervenu que le 8 mars 1945, CE, 25 janv. 1952, *Vacqué*, *Leb.*, p. 60. Cette instance a ultérieurement consolidé cette jurisprudence : CE, 6 juil. 1960, *Ribot*, *Leb.*, p. 1124 ; CE, 22 juill. 1963, *veuve Letendue*, *Leb.*, p. 778.

³²⁹ « Depuis la loi du 18 janvier 1994, la santé ne relève plus de la responsabilité de l'administration pénitentiaire. L'organisation et la mise en œuvre des soins et de la prévention sanitaire incombent aujourd'hui aux personnels hospitaliers et peuvent engager la responsabilité du ministère des Affaires sociales. C'est donc un régime de faute simple qui s'appliquera dans les affaires mettant en cause, non seulement l'organisation des

La transmission d'une maladie contagieuse devrait également engager la responsabilité des autorités pénitentiaires et médicales si elle est due à des défaillances dans la mise en place des mesures préventives. Tant le droit grec que le droit français prévoient de telles dispositions. Parmi les mesures non contestées, figurent : l'information des personnes des risques de contamination de telles maladies et des moyens de les prévenir (art. 29, § 4 C. pénit. grec, et D384 CPP français); les dépistages (ainsi en droit français, le dépistage pour tuberculose est obligatoire au moment de l'entrée en prison conformément à l'article D384-1 CPP) ; le suivi régulier de la santé ; ou encore des mesures visant à éviter ou à diminuer les contacts avec les codétenus. Le risque de contagion doit, par exemple, être pris en compte lors de l'affectation d'un détenu porteur d'une maladie contagieuse mortelle ou grave dans une cellule commune, à un poste de travail ou lors de l'organisation des activités communes. Ainsi, le droit grec prévoit la détention dans une unité à part des personnes souffrant de maladies contagieuses (art. 30 § 5 et 65 § 3, C. pénit.). Dès lors, si le détenu parvient à établir qu'il a été contaminé par défaut de respect de ces dispositions aussi bien de la part des autorités pénitentiaires que des autorités médicales, la responsabilité de l'Etat peut être retenue.

Soulignons simplement pour la prévention de la contagion du sida que la mise en place de deux mesures importantes peut se heurter à des interdits. Il s'agit, d'une part, de la *stérilisation des seringues* dans la prévention de la transmission par le sang de cette maladie, notamment chez les toxicomanes. Cette mesure est contraire à l'interdiction de consommation des drogues. L'administration pénitentiaire française se rendrait complice d'« incitation à l'usage de drogues »³³⁰. A ce propos, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a pris position dans la Recommandation n° R(93)6. Tout en soulignant qu'il faut prévenir l'introduction de drogues et de matériel d'injection en prison de manière clandestine, il a suggéré que leur prévention ne doit pas empêcher de mettre en cause l'évolution qui consiste à mieux intégrer l'institution pénitentiaire dans son environnement social et économique. A cet effet, il a recommandé aux Etats d'informer les détenus de la nécessité de désinfecter le matériel d'injection et de leur permettre d'avoir recours à un matériel à usage unique. Il s'agit d'autre part, de *l'usage de préservatif* pour la prévention de la transmission du sida par voie sexuelle. L'administration pénitentiaire pourrait également invoquer une contradiction entre l'usage de ce moyen et le règlement pénitentiaire qui interdit les rapports sexuels des détenus. Elle pourrait alors estimer qu'elle se rendrait complice d'incitation à enfreindre son propre règlement. Toujours est-il que les autorités pénitentiaires se montrent moins réticentes à la mise à la disposition des détenus des préservatifs : plusieurs pays européens ont déjà pris cette mesure³³¹.

services médicaux, mais aussi les fautes commises par le personnel des UCSA », P. PONCELA « La responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard de ses usagers détenus », *préc.*

³³⁰. P. DARBEDA, « Les Prisons face au Sida : vers des normes européennes », *RSC*, 1990-1994, p. 199 et s.

³³¹. Conformément aux circulaires du 17 mai 1989 et du 8 décembre 1994.

On peut enfin se demander si la protection de la vie des détenus malades du sida ne devrait pas aller jusqu'à l'exigence de mesures encore plus radicales. La complexité du traitement de cette maladie et la nécessité de mener une vie sans stress ne devraient-ils pas conduire à considérer le maintien en détention comme incompatible avec l'état de santé dès lors que la détention met la vie des détenus en danger et, en tout cas, raccourcit leur espérance de vie ?

Pour l'instant, seule la Grèce prévoit la mesure de libération conditionnelle pour les détenus malades de Sida³³². En France, il faut qu'elle entre dans la catégorie de toute maladie dont l'état de gravité devient incompatible avec la vie en détention pour que le détenu puisse bénéficier d'une suspension de peine.

Quant aux *besoins vitaux élémentaires*, les Etats ont à plus forte raison l'obligation d'assurer aux détenus les besoins vitaux élémentaires: les nourrir et les protéger du froid et de la chaleur. Car si, à l'extérieur, une telle obligation relève des droits sociaux (ne pouvant donc pas être revendiqués juridiquement), dans la prison, elle fait partie des obligations positives des Etats imposées aussi bien par la garantie des droits à l'intégrité physique et à la vie que par l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Mais concernant l'accomplissement effectif de ces obligations, outre qu'il est peu probable qu'en l'état actuel de l'organisation des prisons en Europe, un détenu puisse mourir involontairement de faim, de froid ou encore de chaleur (comme ce fut le cas dans le siècle passé³³³), si cela se produisait, cela soulèverait probablement un problème non seulement au regard du droit à la vie mais aussi au regard de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (article 3). A moins qu'il s'agisse de manquements aux normes de la sécurité alimentaire ou de dysfonctionnements des éventuelles installations de chauffage ou de climatisation.

Le respect de la vie et de l'intégrité physique implique également l'obligation pour l'administration pénitentiaire de prendre des mesures adéquates pour diminuer les risques de violence exercées par des comportements hétéro-agressifs mais aussi auto-agressifs des détenus.

3. Les défaillances en matière de violences des codétenus

La protection contre des comportements agressifs des codétenus nécessite des mesures à la fois générales et individualisées.

Parmi les mesures générales, on doit ranger toutes les dispositions des droits nationaux relatives à l'affectation des détenus dans les prisons. Leur affectation selon les critères d'âge

³³² Voir *supra*, Chapitre sur la Liberté.

³³³ J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, préc., pp. 341-344.

(séparation des mineurs des majeurs)³³⁴, de *sexe* (séparation des femmes des hommes³³⁵) ou de *gravité de la condamnation* (prisons pour les courtes peines et prisons pour les longues peines), contribue indéniablement à limiter les risques pour leur intégrité physique et leur vie.

En droit français, il est certain que le non-respect de telles mesures peut engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire pour *défaut de surveillance* ou *erreur de placement*³³⁶. Ce qui fut déjà le cas s'agissant d'erreur d'appréciation de la dangerosité d'un détenu. Pour cette appréciation, c'est le comportement de la personne antérieurement à sa détention mais surtout durant celle-ci qui est pris en compte. Le comportement antérieur à la détention est pris en compte au début de l'incarcération. Par la suite, sa dangerosité s'apprécie au vu de son *comportement habituel* dans le lieu de détention. L'observation peut conduire à une évaluation contraire à celle du diagnostic fait au moment de l'incarcération. Ainsi, la responsabilité de l'administration pénitentiaire a été écartée dans le meurtre d'un détenu commis, lors d'une réunion collective, par un codétenu admis au régime progressif, sur le motif que l'observation de près de l'évolution du comportement de l'auteur du meurtre ne décelait pas un défaut de surveillance ou une erreur de placement³³⁷.

En revanche, c'est une telle erreur qui a retenue le tribunal administratif de Rouen, le 3 février 1999, à propos des violences physiques et sexuelles commises par deux détenus sur le troisième codétenu de cellule. Le fait que l'un de deux auteurs était signalé comme dangereux, et que précédemment un autre codétenu était trouvé inanimé dans cette cellule, a été retenu comme des éléments rendant le danger prévisible³³⁸. La responsabilité pour faute lourde a également été retenue à propos de la mort d'un détenu lors d'un incendie dans la cellule, provoqué par un codétenu qui avait été signalé à l'administration pénitentiaire comme particulièrement dangereux pour avoir manifesté un comportement agressif à l'encontre de ses codétenus³³⁹. Il en a été de même dans le cas du placement en cellule commune d'une personne (de 26 ans, incarcérée pour la première fois) battue à mort par son codétenu qui attendait de passer aux assises pour « actes de torture et de barbarie » sur l'un de ses précédents compagnons de cellule (9 septembre 2005)³⁴⁰.

³³⁴ En droit français, art. D516 CPP, et en droit grec, art. 12 C. pénit..

³³⁵ En droit français, D248 CPP, et en droit grec, 13 et 14 C. pénit.

³³⁶ F. MODERNE, « La responsabilité des services pénitentiaires à raison des dommages subis par les détenus », *préc.*, p. 577 ; J. MOREAU, « La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires », *préc.*, p. 211.

³³⁷ CE, *Garde de Sceaux c. Picard*, 5 février 1971 ; CE, *Remery*, 26 mai 1978, Rec. 1978, p. 322.

³³⁸ TA Rouen 3 févr. 1999, M.C., *Petites affiches*, 18 févr., 2000, n°35, p.16, commentaires Claire Marliac-Negrier.

³³⁹ Le Conseil d'Etat a estimé que « l'administration pénitentiaire avait commis une grave négligence en s'abstenant de prendre des mesures particulières de surveillance qui s'imposaient à l'égard de ce détenu en vue de prévenir les initiatives dangereuses qu'il pouvait prendre notamment pendant la nuit », CE., *Consorts Wachter*, 26 mai 1978, p. 222.

³⁴⁰ L'administration pénitentiaire a reconnu avoir commis une faute en plaçant ce délinquant sans passé carcéral dans la cellule d'un homme dangereux. Dans le cadre d'un accord amiable, elle propose de verser 10 000 € à chacun de ses trois frères. Cette affaire a été commentée sous le titre « Combien vaut la vie d'un homme ? », *Libération*, 10.09.2005.

Quant aux *tendances suicidaires* d'un détenu, elles ne semblent pas suffire pour le considérer comme dangereux pour autrui comme l'a montré l'affaire *Rebai* portée devant la Commission contre la France³⁴¹ à propos de la mort de deux détenus lors de l'incendie de leur cellule. La Cour d'appel administrative de Lyon n'avait pas estimé que le fait que l'auteur était suicidaire le rendait dangereux pour autrui³⁴². Alors que, selon le tribunal administratif de Nice, le détenu à l'origine de l'incendie aurait dû être considéré comme dangereux dès lors qu'il avait été condamné pour violences et voies de fait avec arme, il s'était auto-mutilé durant sa détention et avait tenté de se suicider dans sa cellule par pendaison.

En ce qui concerne les *menaces proférées*, les juridictions françaises n'ont pas eu à se prononcer. Mais nous estimons, compte tenu de la jurisprudence européenne relative à l'application de l'article 2, et de la législation pénale des droits grec et français, que de telles menaces doivent également constituer un critère d'appréciation de la dangerosité des détenus, du moins lorsqu'il s'agit de menaces proférées de manière répétée.

4. Les défaillances en matière de prévention du suicide

C'est depuis 1973 que la responsabilité de l'administration pénitentiaire pour le suicide d'un détenu a été retenue. Ce fut dans l'affaire *Zanzi*, pour faute lourde due au défaut d'administrer un traitement médical prescrit par les médecins à l'égard d'un détenu placé en observation au centre médico-psychologique de la prison (*Zanzi*, 1973)³⁴³. Elle a depuis été retenue pour le même défaut combiné avec le défaut de surveillance, du fait que la personne avait été placée en cellule d'isolement (1981³⁴⁴), pour le simple défaut de surveillance d'une personne faisant l'objet des soins médico-psychologiques (1988³⁴⁵), mais aussi d'une personne ayant des tendances suicidaires sans souffrir de troubles mentaux (2001). A propos de ce dernier cas, le Conseil d'Etat a précisé que la

³⁴¹ D 26561/95 (*Rebai/France*), préc., p. 81.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ Le Conseil d'Etat a estimé que le fait que ce détenu, placé en observation au centre médico-psychologique de la Santé, ait été laissé sans traitement particulier pendant plusieurs semaines, alors qu'il avait fait des tentatives dans le passé « a constitué de la part des services médicaux une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat », CE, 14 nov. 1973, *Zanzi, Leb*, p.645. (indemnité du préjudice 30 000 F).

³⁴⁴ Par un arrêt du 13 décembre 1981, le Conseil d'Etat a considéré que le suicide d'un jeune détenu toxicomane, survenu douze jours après son incarcération, n'avait été rendu possible qu'en raison du défaut d'exécution du traitement prescrit par le médecin psychiatre ajoutant ; par conséquent, « pareille négligence, alors surtout que ce détenu avait été placé en cellule d'isolement, échappant ainsi à un contrôle constant notamment de la part de ses compagnons » était constitutive d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

³⁴⁵ Par un arrêt du 16 novembre 1988, le Conseil d'Etat a retenu la responsabilité de l'Etat à raison du suicide d'un détenu qui faisait l'objet d'une surveillance et de soins particuliers de la part du service médico-psychologique de l'établissement ; il avait été laissé seul dans sa cellule de sécurité où des surveillants l'avaient trouvé inanimé à même le sol, sans que ces derniers ne prennent de mesure de surveillance complémentaire ni n'avisent de ces circonstances leurs supérieurs hiérarchiques ou le service médical.

surveillance ne se limite pas au placement de la personne en cellule double mais qu'elle doit comporter également la mise en place des rondes et contre-rondes³⁴⁶.

Nous pouvons noter une évolution dans l'évolution du fondement de la responsabilité pour suicide vers une responsabilité pour risque prévisible. En 2003, le Conseil d'Etat l'a retenue, dans l'affaire *Karima*, pour manquement à l'obligation de notifier « dans les délais les plus brefs » l'ordonnance prolongeant une détention³⁴⁷. Il a jugé que cela peut générer un état psychique susceptible de rendre un suicide prévisible. Ce qui fut le cas de cette victime. Cette omission du personnel l'avait mis hors de lui et, malgré ses protestations « véhémentes » à la prolongation de sa détention, le personnel n'a pas pris la peine de vérifier son état pénal ni de le surveiller vu son état psychique, commettant ainsi des « fautes imputables au service pénitentiaire »³⁴⁸.

Encore faut-il que les proches de la victime puissent établir que les autorités pénitentiaires auraient dû la surveiller. Ainsi, le 19 octobre 2005, la Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Versailles a rendu un non-lieu dans une affaire de poursuites pénales contre la directrice d'une maison d'arrêt pour le suicide d'un détenu. Celui-ci, qui avait un profil dépressif et suivait à l'extérieur un traitement antidépresseur et anxiolytique, s'était suicidé quelques jours après son incarcération suite à l'interruption de son traitement médical faute de visite médicale au moment de son écrou. La Chambre a fondé son ordonnance de non-lieu sur l'absence, à l'époque des faits, de l'obligation de procéder à un examen des arrivants dans les 24 heures (comme c'est le cas depuis la Circulaire du 29 mai 1993), et à l'absence de l'information de la directrice sur les antécédents médicaux de la victime en raison du secret médical. La Chambre a souligné que la directrice n'était pas informée de son état et que de toute manière « il est constant » que les directeurs des prisons et le personnel administratif n'ont pas accès au dossier médical en raison du « secret médical » (art. D. 375 CPP).

Signalons, par rapport aux déclarations dans cette dernière affaire, qu'elles sont contraires à la jurisprudence de la Cour qui exige un examen médical au moment de l'écrou (pour décider le lieu de l'affectation et la nécessité de prise en charge immédiate des détenus dangereux pour autrui ou pour eux-mêmes) ainsi que la communication du dossier médical entre autorités pénitentiaires et médicales, à laquelle le secret médical ne peut pas s'opposer³⁴⁹. Aussi, même le délai de 24 heures prévu dans la Circulaire française de 1998 en cas d'écrou durant le week-end, ne peut-il être justifié

³⁴⁶ Par une décision du 5 décembre 2001, le tribunal administratif de Rouen a retenu la responsabilité de l'Etat à la suite du suicide d'un détenu, survenu huit jours après son incarcération ; l'administration pénitentiaire, informée de ses tendances suicidaires, l'avait placé en cellule double mais n'a pas pris de mesures de surveillance appropriées à son état, notamment la mise en place de rondes et contre-rondes.

³⁴⁷ Conformément aux prescriptions de l'article 183 du code de procédure pénale.

³⁴⁸ Conseil d'Etat, 23 mai 2003, *Karima*, (n°244663).

³⁴⁹ C'est ce que laisse déduire le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, précité, § 61.

eu égard à cet impératif de sécurité des personnes. La moitié des suicides se produirait dans la première journée, et un quart dans la première heure³⁵⁰. Toutefois, le constat des manquements fait, en 2005 par des professionnels de la santé dans les prisons françaises est que, malgré les circulaires de 1998 et 2002 concernant la prévention de suicides et prévoyant l'examen des arrivants³⁵¹, peu de détenus sont examinés à ce moment crucial du temps de la détention³⁵². Ce qui mesure l'étendue de la défaillance à l'obligation de « devoir savoir » le risque d'un suicide.

C. L'obligation de mener une enquête

Tant le droit grec que le droit français appliquent en prison le régime de responsabilité pénale du droit commun pour atteinte à la vie des détenus quel qu'en soit l'auteur. Ce régime prévoit une enquête d'office quels que soient le lieu et la cause apparente de la mort, tant en droit grec³⁵³ qu'en droit français³⁵⁴. En théorie, le système d'enquête prévu répond aux exigences européennes : « Il n'est donc pas douteux que l'information pour 'recherche des causes de la mort' est, en principe, une 'enquête officielle' susceptible de mener à l'identification et à la punition des responsables », avait consenti la Cour dans l'arrêt *Slimani*³⁵⁵ concernant le droit français sur la mort d'une personne détenue dans un centre de rétention pour étrangers. Elle a toutefois rappelé que, concernant la mort des personnes privées de leur liberté, cette obligation positive prend une dimension particulière en raison de leur vulnérabilité³⁵⁶, surtout si les détenus décèdent dans des conditions suspectes³⁵⁷.

Pour ce qui est de l'enquête pénale *en droit français* dans le contexte carcéral, le seul point de renforcement consiste dans la pratique systématique d'une autopsie. Pour le reste, la procédure est identique à celle menée à l'extérieur. Mais la Cour a, au moins à deux reprises, condamné l'enquête pénale menée en France sur la mort des personnes privées de leur liberté : dans l'affaire *Slimani*, susmentionnée, et dans l'affaire *Tais* pour la mort dans une cellule de dégrisement (cellule dans les locaux de police pour personnes arrêtées en état d'ivresse et dangereuses pour elles-mêmes et/ou pour l'ordre public). Dans la première affaire, la Cour avait critiqué l'accès insuffisant des victimes à

³⁵⁰ B. LAFORET, Site www.santé-prison.org.

³⁵¹ JUSE9840034C du 29 mai 1998 et JUSE0240075c du 24 avril 2002.

³⁵² M. VELLA, « Intervention du médecin auprès des personnes en garde à vue », in *Congrès national de UCSA*, Rapport, Lyon, juin 2005.

³⁵³ Le procureur déclenche les poursuites pénales lorsqu'il a été informé par la commission d'une infraction pénale (art. 43.CPP grec).

³⁵⁴ « En cas de découverte d'un cadavre, qu'il s'agisse ou non d'une mort violente, mais si la cause en est inconnue ou suspecte, l'officier de police judiciaire qui en est avisé informe immédiatement le procureur de la République, se transporte sans délai sur les lieux et procède aux premières constatations », (art. 74, al.1 CPP).

³⁵⁵ CEDH, *Slimani c. France*, préc., § 44.

³⁵⁶ Les obligations des Etats contractants prennent une dimension particulière à l'égard des détenus, ceux-ci se trouvant entièrement sous le contrôle des autorités : vu leur vulnérabilité, les autorités ont le devoir de les protéger », CEDH, *Slimani c. France*, préc., § 27.

³⁵⁷ « Selon la Cour, il en va de même dans tous les cas où un détenu décède dans des conditions suspectes : une « enquête officielle et effective » de nature à permettre d'établir les causes de la mort et d'identifier les éventuels responsables de celle-ci et d'aboutir à leur punition doit, d'office, être conduite », CEDH, *Slimani c. France*, préc., § 30.

l'enquête : « Une telle enquête ne saurait être qualifiée d'effective' que si, notamment, les proches de la victime sont impliqués dans la procédure de manière propre à permettre la sauvegarde de leurs intérêts légitimes ». Et de confirmer l'importance de cette exigence dans la mort des personnes qui se trouvaient entre les mains des autorités³⁵⁸.

En effet, jusqu'aux faits survenus dans cette affaire, la victime ne pouvait accéder au dossier d'enquête que si elle se constituait partie civile. Or, la Cour a estimé que exiger que les proches du défunt déposent une plainte avec constitution de partie civile pour pouvoir être impliqués dans la procédure d'enquête contredirait ces principes. « Dès lors qu'elles ont connaissance d'un décès intervenu dans des conditions suspectes, les autorités doivent, d'office, mener une enquête à laquelle les proches du défunt doivent, d'office également, être associés³⁵⁹ ».

Alors que cette affaire était pendante devant la Cour, une réforme a eu lieu en 2002, permettant aux membres de la famille ou aux proches de la personne décédée ou disparue de se constituer partie civile à titre incident³⁶⁰. Des lois votées en 2004³⁶¹ et 2007³⁶² ont encore amélioré cet accès des victimes pour des enquêtes sur des infractions impliquant des atteintes à la personne. Le juge d'instruction avise *tous les six mois* la partie civile de l'état d'avancement de l'information. De plus, si la partie civile le demande, l'information relative à l'évolution de la procédure prévue par le présent article intervient *tous les quatre mois*, et la partie civile est convoquée et entendue à cette fin par le juge d'instruction³⁶³. Le juge d'instruction donne connaissance des conclusions des experts aux parties et à leurs avocats. Il leur donne également connaissance, s'il y a lieu, des conclusions des rapports (art. 167 CPP).

Au-delà de cette garantie, la victime peut être assistée d'un avocat, lequel peut obtenir copie des pièces de la procédure (article 114 du code de procédure pénal). Et elle peut demander au juge d'instruction d'ordonner toutes mesures utiles (art. 81 CPP) ; de procéder à l'audition des témoins, à une confrontation ou à un transport sur les lieux ; d'ordonner la production par une autre partie d'une pièce utile à l'information (art. 82-1 CPP) ou une expertise, un complément d'expertise ou une contre-expertise (art. 156 et 167 CPP).

³⁵⁸ « Elle estime qu'il doit en aller ainsi dès lorsqu'une personne décède entre les mains d'autorités », CEDH, *Slimani c. France*, préc., §32 Voir CEDH, *Paul et Audrey Edwards c. R.U.*, préc., § 73.

³⁵⁹ CEDH, *Slimani c. France*, préc., §47.

³⁶⁰ « Les membres de la famille ou les proches de la personne décédée ou disparue peuvent se constituer partie civile à titre incident », Inséré dans le code de procédure pénale par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, *JO*, 10 septembre 2002.

³⁶¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *JO*, 10 mars 2004.

³⁶² Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, *JO*, 7 mars 2007.

³⁶³ « En matière criminelle, lorsqu'il s'agit d'un délit contre les personnes prévu par le livre II du code pénal ou lorsqu'il s'agit d'un délit contre les biens prévu par le livre III du même code et accompagné d'atteintes à la personne, le juge d'instruction avise tous les six mois la partie civile de l'état d'avancement de l'information », (art. 90-1 CPP).

Toutefois l'affaire *Tais*, jugée en juin 2007, a permis de révéler la persistance des défaillances qui violent le droit à la vie. Dans cette affaire, la France a été condamnée pour enquête inefficace dans le cadre de la mort d'une personne en garde à vue en raison, entre autres, de l'impuissance des victimes d'exiger des actes d'instruction. Cette enquête avait duré dix ans. Alors que, rappela la Cour, mener l'enquête dans de « brefs délais » est considéré comme une mesure « essentielle pour préserver la confiance du public dans le principe de la légalité et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux ». De surcroît, la Cour a retenu que la contre-expertise a été rendue trois ans après les faits³⁶⁴ ; que le juge d'instruction n'a entendu lui-même les policiers que quatre ans après les faits³⁶⁵. En plus de ces manquements, la Cour a critiqué le fait que le juge a refusé aux victimes la reconstitution des faits. Alors que « à l'évidence, une reconstitution aurait pu permettre d'établir avec plus de certitude l'origine de la lésion splénique ayant entraîné la mort de P. *Tais* à partir du moment où il est devenu évident que les violences étaient survenues au cours de la détention³⁶⁶ ».

Le refus d'effectuer une contre-autopsie est systématique en droit français. C'est en partant de ce constat que le Sénat avait recommandé, dès 2000, qu'une demande de contre-autopsie devrait systématiquement être satisfaite. Il avait souligné à propos du suicide : « Confrontée à un drame, elle (la victime) peut être amenée à " douter " de la réalité du suicide, ce qui nuit profondément à l'image de l'administration³⁶⁷ ».

Enfin, on peut se demander si le droit français ne pose toujours pas de problème de conformité avec l'article 2 de la Convention. La réforme intervenue entre-temps donne la possibilité aux proches de la victime de se constituer partie civile « à titre incident » dans le cadre d'une information ouverte par le parquet si la personne est décédée, mais pas si la personne est simplement blessée³⁶⁸. Par ailleurs, toujours à propos de la publicité de l'enquête, l'IGAS/IGSJ avait relevé, dans un Rapport rendu en 2001³⁶⁹, un problème de transparence regrettable, surtout dans des cas de suicide : les conclusions des analyses d'autopsie et toxicologiques sont confidentielles en raison du secret d'instruction et d'enquête (art. 11 CPP), ce qui ne permet pas au personnel pénitentiaire et aux soignants d'analyser les causes et d'en tirer les leçons pour améliorer la prévention du suicide.

En droit grec, le seul point de renforcement concernant l'enquête pour atteinte à la vie des détenus est constitué par le rôle attribué au Procureur de la République. Etant chargé du contrôle

³⁶⁴ CEDH, *Tais c. France*, préc., § 106.

³⁶⁵ *Ibid.*, § 107.

³⁶⁶ *Ibid.*, § 108.

³⁶⁷ SENAT, *Prisons : une humiliation pour la République*, Rapport n° 449, 1999-2000.

³⁶⁸ Inséré dans le code de procédure pénale par la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 (journal officiel du 10 septembre 2002), l'article 80-4, al. 2 du code de procédure pénale est rédigé comme il suit : « (...) Les membres de la famille ou les proches de la personne décédée ou disparue peuvent se constituer partie civile à titre incident ».

³⁶⁹ IGAS/IGSJ, *L'organisation des soins aux détenus*, Rapport, juin 2001.

d'exécution des peines, il doit se rendre à la prison au moins une fois par semaine. Pendant ces visites hebdomadaires, il reçoit en audition tous les détenus qui en font la demande et enregistre leurs éventuelles plaintes (art. 572 CPP grec). Nous ne disposons pas de jurisprudence ni nationale ni européenne permettant d'évaluer l'efficacité de l'enquête pénale en Grèce dans ce contexte, à part l'affaire *Peers*, dans laquelle la Commission avait jugé comme effectifs les recours existant en droit grec contre des mauvaises conditions de détention³⁷⁰.

Au terme de cet examen de la garantie du droit à la vie dans les droits français et grec au regard de l'article 2 de la Convention, à part des défaillances dans les enquêtes pénales, nous pouvons constater que ces droits nationaux se montrent plus protecteurs que ne le demande la Cour dans les obligations positives, en tout cas en matière de responsabilité de l'Etat pour omission, négligences, faute de service. Certes la responsabilité est limitée à celle pour faute. Et certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité d'étendre sa responsabilité en adoptant la théorie de la présomption de la responsabilité ou la théorie du risque³⁷¹ en raison de la situation particulière du détenu (n'ayant pas la même possibilité de se soustraire à un danger qu'une personne libre). Mais ils préfèrent l'appréciation au cas par cas en application d'un critère unique, mais assez souple pour couvrir tous les cas de figure, celui de « faute de nature à engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire »³⁷². Ce qui est en conformité avec la CEDH dans son application actuelle. Au sein de celle-ci, la responsabilité des Etats est appréciée dans chaque cas d'espèce en application du critère unique, celui de manquement à l'obligation de prendre des « mesures adéquates » afin d'écarteler les dangers pour la vie et l'intégrité physique.

En revanche, ces deux droits nationaux sont défaillants au regard des obligations négatives. Rappelons que l'application générale, l'objectif d'empêcher les évasions et d'assurer l'ordre et la sécurité dans les prisons, ne peut pas suffire à justifier l'usage de la force. Son usage ne peut être légitime qu'en présence d'un danger physique. Il doit, de surcroît, être proportionnel à ce danger et remplir les autres précautions exigées par la Cour visant à limiter au minimum le risque pour la vie ou l'intégrité des personnes visées. Or ces deux droits nationaux seraient en infraction. Empêcher les évasions et arrêter une personne évadée ne peuvent justifier l'usage de la force mortelle. De ce fait, il y a acceptation implicite que le contenu légitime de la peine privative de liberté puisse aller jusqu'à donner la mort si la personne tend à s'échapper de son application.

Enfin, tant l'étude de ces droits nationaux que celui des cas portés devant la Cour montre que la prison génère des risques supplémentaires par rapport à l'extérieur aussi bien à cause de

³⁷⁰ D 28524/95 (*Peers/Grèce*), 21.5.1998.

³⁷¹ F. MODERNE, « La responsabilité des services pénitentiaires à raison des dommages subis par les détenus », *préc.*, p. 578 ; P. PONCELA, « La responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard de ses usagers détenus », *préc.*

³⁷² F. MODERNE, « La responsabilité des services pénitentiaires ... », *préc.*, pp. 578-579.

l'élargissement du champ de recours à la force, qu'à cause des conditions de vie tant matérielles qu'organisationnelles qui constituent des facteurs supplémentaires de risque pour la vie.

*

Dès lors, l'état actuel de l'organisation matérielle de la vie en prison et la réglementation de l'usage de la force dans les droits grecs et français, montre que cette peine porte en germe le risque de sa mutation vers une peine physique. L'étude de l'application dans la prison de l'interdiction des peines et traitements inhumains ou dégradants et *a fortiori* de la torture permet d'établir si cette mutation trouve toutefois des limites claires et absolues dans ces interdits.

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

TITRE II. LE SENS DETERMINE PAR L'INTERDICTION ABSOLUE DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS

Avec l'examen de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, nous passons à la question de la compatibilité de la peine privative de liberté avec la valeur fondamentale des droits de l'homme : la dignité. Tous les droits de l'homme sont inspirés par la dignité, souligne la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁸³. On parle même de « principe matriciel », de « socle des droits fondamentaux », voire « leur raison d'être »⁸⁸⁴.

En effet c'est au nom de la dignité qu'est proclamée la Déclaration universelle des droits de l'homme. Son Préambule s'ouvre avec cette phrase : « *Considérant* que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. » Au lendemain des atrocités commises durant la deuxième guerre mondiale, la dignité est devenue une « exigence éthique suprême »⁸⁸⁵ ne tolérant aucune considération opposable à son respect. Il ne peut y avoir d'opposition entre moi et autrui, entre le respect d'un homme et l'intérêt général. « La présence du visage - l'infini de l'autre - est d'emblée, présence du tiers (c'est-à-dire de toute l'humanité qui nous regarde) et commandement qui commande de commander » : « Le tiers me regarde dans les yeux d'autrui... l'épiphanie du visage comme visage, ouvre l'humanité⁸⁸⁶ », nous enseigne le philosophe, Emmanuel Levinas.

Mais si la dignité constitue le fondement des droits de l'homme et de la liberté au sens large, cette dernière constitue, à son tour, la condition indispensable pour assurer le respect de la dignité : « Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme », disait Rousseau⁸⁸⁷. Sans liberté, la personne est privée de la condition indispensable, l'autonomie, pour construire son identité en tant qu'être de raison capable d'auto-détermination.

Ayant à l'esprit cette importance de la dignité et de son lien intrinsèque à la liberté, nous entrons dans l'opposition, *a priori*, frontale entre le respect de la dignité de la personne et la peine privative de liberté. Beccaria disait à propos de la torture : « Il est absurde qu'on veuille ainsi laver

⁸⁸³ CEDH, *Soering c. R.U.*, préc., §§ 87-88.

⁸⁸⁴ Voir à ce propos les citations de Jean-François Renucci dans son ouvrage *Traité de droit européen des droits de l'homme*, précité, p.1..

⁸⁸⁵ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 178.

⁸⁸⁶ E. LEVINAS, *Totalité et infini*, Paris, Le livre de poche, 1990, pp. 234-235.

⁸⁸⁷ J.I. ROUSSEAU, *Du contrat social*, livre I, ch. IV, 2^e éd., Garnier Flammarion, 1762, pp. 45-46.

l'infamie par l'infamie même⁸⁸⁸. » Effectivement la privation de liberté était considérée dans les démocraties anciennes comme une peine indigne pour les citoyens, les hommes libres⁸⁸⁹. Pour Socrate, mourir était plus digne pour l'homme que d'être privé de liberté : «... La réclusion ? Pourquoi vivrais-je en prison, esclave des gens qui seraient tour à tour préposés à ma garde des Onze ?⁸⁹⁰. »

La Cour elle-même, admet que cette peine comporte des aspects d'humiliation voir de souffrance mais qui seraient jusqu'à un degré compatibles avec le respect de la dignité : « La souffrance ou l'humiliation doivent aller au-delà de ce que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitime⁸⁹¹. » Or si Tocqueville, tout en lui reconnaissant de tels effets, les justifiait au XIXe siècle, en tant que partie intégrante de la souffrance de cette peine⁸⁹², aujourd'hui, sous l'ère des droits de l'homme devenus des normes de droit positif, de tels effets sont embarrassants.

Comment alors la Cour, gardienne suprême du respect de ces droits, concilie-t-elle privation de liberté et respect de la dignité ? Cette question se pose même si la dignité est entendue dans un sens délimité au sein de l'ensemble des droits de l'homme. Car ainsi que l'a fort bien souligné Jean-François Renucci, si « la notion de dignité a toujours irrigué la philosophie des droits de l'homme », elle « possède une certaine autonomie juridique par rapport aux droits fondamentaux »⁸⁹³. Avant d'y répondre, il conviendrait de cerner le sens juridique de la notion de dignité et de présenter les exigences européennes de sa protection. **(Paragraphe introductif).**

⁸⁸⁸ « La prétendue nécessité de purger l'infamie est encore un des motifs absurdes de l'usage des tortures. Un homme déclaré infame par les lois devient-il pur, parce qu'il avoue son crime tandis qu'on lui brise les os ? La douleur, qui est une sensation, peut-elle détruire l'infamie, qui est une combinaison morale ? La torture est-elle un creuset, et l'infamie un corps mixte qui vienne y déposer tout ce qu'il a d'impur ? », BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1979, p. 77.

⁸⁸⁹ A. MELLOR, *La Torture : son histoire, son abolition, sa récupération au XX^e siècle*, Paris, 1949, pp. 43-45 et 52-53.

⁸⁹⁰ PLATON, *Oeuvres complètes*, t.1, *Apologie de Socrate*, Paris, Les Belles Lettres, 1920, p. 166.

⁸⁹¹ CEDH, *T. c. R.U.*, [GC], préc., § 69. V° CEDH, *Costello-Roberts c.R.U.*, préc. ; CEDH, *Kudla c.Pologne* [GC], préc., §§ 92-94 ; CEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH-2004-VIII ; CEDH, *Kalashnikov c. Russie*, préc., § 95 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], n° 59450/00, CEDH 2006-VII, § 119 ; CEDH, *Popov c. Russie*, n° 26853/04, CEDH 2006-VII, § 208 ; CEDH, *Kadiķis c. Lettonie* (n° 2), n° 62393/00, CEDH 2006-V, § 56.

⁸⁹² « ...Si dans les prisons les chances de longévité ne sont pas très inférieures à ce qu'elles eussent été pour les mêmes hommes en liberté, le but raisonnable est atteint. L'humanité est satisfaite », Voir *infra*, le chapitre sur les soins.

⁸⁹³ J. F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p.2. Voir aussi, Ch.

GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF, 2005.

PARAGRAPHE INTRODUCTIF : SENS ET PROTECTION JURIDIQUE DE LA DIGNITE

Il importe dans un premier temps, de souligner sur un plan universel, les difficultés de définir juridiquement cette notion et la subsistance des doctrines contestant sa considération comme une valeur absolue (A), avant de présenter sa définition européenne (B) et le système européen de sa protection (C) ainsi que les principes qui régissent son respect à l'égard des personnes détenues (D).

A. Observations liminaires sur la définition de la dignité et sur sa valeur absolue

Il est vain de chercher une définition de la dignité en termes positifs. Comme l'écrit Mireille Delmas-Marty, la dignité est un bien « si précieux, qu'on n'ose pas le nommer, sinon par l'interdit⁸⁹⁴ ». En effet, le droit témoigne de cette impuissance du langage. Si tous les droits de l'homme sont inspirés par la dignité⁸⁹⁵, ce mot est souvent omis de leurs textes. Néanmoins une conception de la dignité comme expression d'une valeur suprême est consacrée sous forme d'interdits : *l'interdiction de la torture, des traitements cruels, inhumains ou dégradants* et des *peines cruelles, inhumaines ou dégradantes*. Ces actes sont en effet prohibés de manière absolue par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 5), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 3), la Déclaration sur la protection des personnes contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants (9 décembre 1975), la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines inhumaines ou dégradantes (10 décembre 1984), la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (26 novembre 1987), et le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (18 décembre 2002), qui est en cours de ratification.

Pourtant, même sous forme d'interdits, la définition de la dignité n'est pas aisée. Il est symptomatique à cet égard qu'un consensus n'ait été trouvé au niveau international qu'autour de l'interdit le plus grave, la torture, et cela seulement en 1984. La *Déclaration sur la protection des personnes contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants* (1975) avait simplement précisé que « la torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants » (art. 1 §1)⁸⁹⁶. Il a fallu attendre la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*, adoptée par l'ONU le 10 décembre 1984, pour qu'une définition soit donnée : « Aux fins de la présente Convention, le terme *torture* désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a

⁸⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, préc., p. 177.

⁸⁹⁵ CEDH, *Soering c. R.U.*, préc., §§ 87-88.

⁸⁹⁶ ONU, Doc. A/10403, point 74, 1975.

commis, ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement express ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnés par elles » (art. 1).

A l'origine de l'incorporation de l'élément psychique dans cette définition de la torture se trouve le *Comité suisse contre la torture*, créé en 1977. Son fondateur estimait que « l'atrocité de la torture ne résidait pas tant dans la souffrance physique insupportable, que dans l'aviissement de l'homme qui vient de trahir ses amis, sa foi, la cause pour laquelle il se bat, qui en vient à se renier lui-même⁸⁹⁷ ». Néanmoins, cette définition attire également des critiques. Ainsi, le professeur Maxime Tardu, constatant combien les notions de « tortures » et de « traitements inhumains et dégradants » sont fondées sur la souffrance, suggère de repenser cette conception traditionnelle : « Héritée de l'inquisition médiévale, elle ignore les techniques modernes électroniques et psychologiques de contrôle des esprits qui dépersonnalisent la victime sans qu'elle ressente aucune douleur »⁸⁹⁸ ».

Peut-être la définition donnée par *the American Association for the Advancement of Science* répond-elle mieux à cette exigence. Selon cette Association, la torture peut être *physique* (coups prolongés, chocs électriques, brûlures de cigarettes, suspensions, étouffement par submersion dans l'eau, stationnements debout prolongés...), *psychologique* (comme les simulations d'exécutions doivent être considérés comme des tortures psychologiques) et *psycho-pharmaceutique* (incluant notamment les overdoses de drogues psychotropes ou de produits toxiques qui provoquent des souffrances aiguës, des lésions internes, de la désorientation, de l'anxiété ou d'autres perturbations⁸⁹⁹).

A la lumière de ces définitions et remarques, nous pouvons dire que les atteintes qui tombent dans le champ juridique de protection de la dignité sont des actes de souffrance physique ou psychique, des actes de simple humiliation, ainsi que l'usage des procédés de toute nature visant à anéantir ou à manipuler la personnalité.

⁸⁹⁷ F. DE VARGAS, « Présentation de la Convention européenne pour la prévention de la torture », *Annales de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme*, Athènes, 1991, pp. 225-237.

⁸⁹⁸ M. TARDU, « Les Nations-Unies contre la torture : vers l'option zéro », *Annales de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme*, Athènes, 1991, pp. 216-224. Voir le texte de cette Convention dans la *Feuille d'information* de l'ONU, n° 20, mai-oct. 1986.

⁸⁹⁹ American Association for the Advancement of Science, *The Breaking of Bodies and Minds: torture, psychiatric abuse, and the health professions*, STOVER E (dir); NIGHTINGALE EO (dir), Etats-Unis, Freeman and Co., 1985, p. 6.

Mais la dignité ainsi délimitée jouit-elle de la protection absolue ?

De toutes les valeurs des sociétés démocratiques, il ne fait pas de doute que la préservation de la dignité de l'homme contre les atteintes les plus graves, au premier rang desquelles se trouve la torture, est la plus fondamentale. Rappelons que dans les démocraties antiques (d'Athènes et de Rome) la torture était interdite de manière absolue à l'égard des citoyens. Alec Mellor affirme qu'aucune justification n'autorisait la soumission d'un citoyen à la torture même devant un péril national imminent, même lorsque « le danger était aux portes de Rome⁹⁰⁰ ». Lors des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, un des membres chargés de sa préparation, Cocks, avait proposé l'amendement suivant : « Mieux vaudrait encore voir périr la société que laisser subsister de tels vestiges de barbarie » ; « la défense de la torture doit être absolue ; elle ne peut être tolérée quel que soit le but : arracher des aveux, sauver la vie et même pour assurer la sécurité de l'Etat⁹⁰¹ ». Cet amendement n'a pas été retenu pour ne pas modifier l'équilibre de la Convention en soulignant l'importance particulière d'une de ses dispositions. Toutefois, à travers la jurisprudence relative à l'application de l'article 3, la Cour a clairement reconnu une telle importance à l'interdiction de la torture mais aussi à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Elle a maintes fois réitéré : « L'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, et à ce titre, prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit aucune exception à cette valeur fondamentale, et d'après l'article 15, il ne souffre d'aucune dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation ou de soupçon, aussi bien fondé soit-il », « même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé », et « quels que soient les agissements de la victime »⁹⁰², y compris des actes terroristes⁹⁰³. La *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, signée au sein du Conseil de l'Europe le 26 novembre 1987, est venue renforcer l'efficacité de cet interdit absolu. Ces droits nationaux reconnaissent à la dignité le caractère de valeur absolue, à l'instar du droit grec qui assortit l'interdiction de toute atteinte à la dignité de l'exclusion de tout justification, y compris celle de l'obéissance à un ordre hiérarchique (art. 137D §1, C. pén.).

⁹⁰⁰ A. MELLOR, *La Torture : son histoire, son abolition, sa récupération au XX^e siècle*, préc. Cet auteur rapporte que la torture en Grèce et à Rome était interdite de manière absolue à l'égard uniquement des personnes qui avaient le titre de citoyen. Aucune justification n'autorisait la soumission d'un citoyen à la torture même devant un péril national imminent : même lorsque « le danger était aux portes de Rome », voir notamment pp. 43-45, et 52-53.

⁹⁰¹ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne de droits de l'homme*, vol. III, Débats du 2 février-10 mars 1950, pp. 13-15.

⁹⁰² CEDH, *Aydın c. Turquie*, n°23178/94, 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 81. V° CEDH, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93, 18 déc. 1996, Recueil 1996-VI, § 62 ; CEDH, *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V, § 95 ; CEDH, *Chahal c. R.U.*, n°22414/93, 15 nov. 1996, Recueil 1996-V, § 79 ; CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, n° 24760/94, 28 oct. 1998, Recueil 1998-VIII, § 93 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], n°26772/95, CEDH 2000-IV, § 119 ; CEDH, *Pantea c. Roumanie*, n° 33343/96, CEDH 2003-VI, § 190 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc., §§ 95-96 ; CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, n° 58438/00, CEDH 2004-XI, § 120.

⁹⁰³ CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc.

Cela dit, même limitée à l'interdiction de ces traitements, la dignité n'a pas encore gagné son titre de noblesse de valeur absolue. Premièrement, parce qu'une telle valeur a du mal à faire l'unanimité dans la société internationale mais aussi européenne. Certains auteurs soutiennent que la question de son usage doit être arbitrée par l'application du principe utilitariste : « La torture peut être une activité morale, si elle produit plus de bien que de mal⁹⁰⁴ ». C'est-à-dire si elle permet de sauver la vie des innocents ou l'ordre établi. Tel est également l'argument de Brian Crozier⁹⁰⁵, qui cite comme exemples réussis d'application de la torture, en France, aux terroristes et opposants politiques algériens (1957), en Turquie, contre l'Armée de libération du peuple turc (1971) ou, en Uruguay contre les Tupamaros (1972)⁹⁰⁶.

Une telle conception semble être encore admise dans certains pays, y compris ceux qui se réclament de la démocratie. Ainsi, selon un rapport qu'Amnesty International publiait en 1994, tel est le cas d'Israël⁹⁰⁷. Le 7 mai 1997, à l'issue de l'examen d'un rapport qui lui avait été soumis par Israël, le Comité contre la Torture des Nations Unies jugeait que les « méthodes interrogatoires » utilisées étaient constitutives de « tortures » au sens de l'article 1er de la Convention de l'ONU contre la Torture⁹⁰⁸. Bien que la Cour suprême israélienne ait, en 1999, interdit la torture, une mission d'enquête internationale, qui s'était déroulée du 17 au 22 février 2003, a conclu que les forces de sécurité israéliennes continuaient à pratiquer de mauvais traitements ainsi que la torture et que ces faits se déroulaient dans une impunité voilée et assumée par le gouvernement israélien⁹⁰⁹.

Les Etats-Unis ont également franchi le pas dans le contexte de la « guerre » contre le terrorisme depuis les attentats du « 11 septembre » en recourant à un double stratagème pour éviter les problèmes au regard de leur système juridique : d'une part, en délocalisant les lieux de détention arbitraire et de torture hors des lieux d'application des lois américaines (comme le Guantanamo) ; d'autre part, en redéfinissant la notion de torture : celle-ci ne comprendrait pas les supplices de noyade ni d'autres « techniques d'interrogatoire poussées » et non précisées. Selon le juriste américain néo-conservateur, Alberto Gonzáles, ce terme désignerait les seuls actes '*affectant irrémédiablement l'intégrité physique des prisonniers*'. En deçà de ce seuil, tout supplice est

⁹⁰⁴ American Association for the Advancement of Science, *The Breaking of Bodies and Minds...*, préc., p. 6.

⁹⁰⁵ B. CROZIER, *A theory of Conflict*, N.Y., éd. Scribner, 1975, cité par l'American Association for the Advancement of Science, *The Breaking of Bodies and Minds*, préc., p.37.

⁹⁰⁶ « L'usage de méthodes impitoyables d'interrogatoires rapides et efficaces, a permis de contrôler les activités qui avaient terrorisé beaucoup des citoyens », *Ibid.*

⁹⁰⁷ « Under constant medical supervision : Torture, Ill-treatment and professionals in Israel and the occupied territories », Compte rendu de ce rapport dans le *Monde diplomatique*, n° 514, janv. 1997, p. 8.

⁹⁰⁸ Elles incluaient les secousses violentes, les privations de sommeil pendant des périodes prolongées, les positions douloureuses prolongées, l'isolement cellulaire, le port de cagoules, les privations sensorielles, ainsi que la soumission des prévenus à une musique assourdissante pendant un temps prolongé, l'usage de menaces et notamment les menaces de mort, et l'utilisation d'air froid pour glacer les victimes.

⁹⁰⁹ FIDH, *Les Prisonniers palestiniens en Israël : conditions inhumaines des détenus politiques*, Rapport n° 365, juillet 2003.

légal⁹¹⁰ ». Le gouvernement américain en place depuis la guerre en Afghanistan, après avoir nié la pratique⁹¹¹ et discuté de la définition de la torture, se réserve le droit de recourir aux méthodes citées contre un « ennemi combattant illégal », si le but est de prévenir un danger imminent⁹¹².

Même dans les pays membres du Conseil de l'Europe, le recours à la torture n'est pas encore éradiqué malgré l'interdiction officielle absolue de ce traitement. Ainsi la Cour a condamné pour des actes de torture la Turquie⁹¹³, mais aussi la Russie⁹¹⁴, la Roumanie⁹¹⁵, et même la France⁹¹⁶.

Mais il ne faut peut-être pas s'étonner de la survivance de telles positions sur l'usage de la torture⁹¹⁷. Que peuvent bien peser à peine cinquante ans d'interdiction absolue de la torture, devant une pratique enracinée dans la mentalité humaine par un usage vieux de plus de vingt-cinq siècles de civilisation ? La torture était déjà utilisée bien avant l'ère chrétienne, y compris dans des cités démocratiques. Si elle était interdite envers des citoyens, en revanche, elle était autorisée envers les esclaves et de ceux qui n'avaient pas le titre de citoyen⁹¹⁸. A cet égard les résultats d'une étude menée en France, en 1991, sur la *perception des droits de l'homme dans la société contemporaine*⁹¹⁹, sont significatifs. Les auteurs ont pu observer que même les personnes qui, s'exprimant de manière abstraite sur la torture, la condamnaient de manière catégorique, nuançaient leurs propos dès que l'exemple du terroriste menaçant la vie des innocents était cité. Les résultats de cette étude qualitative ont été confirmés lors d'un sondage réalisé le 26 et le 27 septembre 2000, en France. A la question de

⁹¹⁰ *Le monde Diplomatique*, Décembre 2005, Ignacio RAMONET.

⁹¹¹ Pourtant une note, envoyée au Pentagone au printemps 2003 tentait d'établir une ligne de conduite pour les militaires chargés d'interroger ces suspects, faisant valoir que ces derniers n'étaient pas tenus de respecter les lois américaines et internationales interdisant les traitements cruels en raison de l'autorité conférée au président américain en temps de guerre, « En 2003, le Pentagone autorisait la torture sur les talibans et les membres d'Al-Qaida », *Le Monde*, 2/4/2008.

⁹¹² *Libération*, 6/2/2008.

⁹¹³ CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Aydin c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Dikme c. Turquie*, n° 20869/92, CEDH 2000-VIII ; CEDH, *Bati et autres c. Turquie*, n°s 33097/96 et 57834/00, CEDH 2004-IX ; CEDH, *Mammadov c. Azerbaïdjan*, n° 34445/04, CEDH, 2007-I.

⁹¹³ CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Aydin c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Dikme c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Cafer Kurt c. Turquie*, n°56365/00, CEDH 2007-VII ; CEDH, *Fazıl Ahmet Tamer et autres c. Turquie*, n°19028/02, CEDH 2007-VII.

⁹¹⁴ CEDH, *Cheydaïev c. Russie*, n°65859/01, CEDH 2006-XII ; CEDH, *Chitayev c. Russie*, n°59334/00, CEDH 2007-I.

⁹¹⁵ CEDH, *Bursus c. Roumanie*, n°42066/98, CEDH 2004-X, § 93.

⁹¹⁶ CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 101.

⁹¹⁷ Concernant l'évolution de l'usage de la torture, d'instrument de droit vers un instrument de l'Etat et la mutation de son sens juridique en Europe depuis le XII^e siècle jusqu'à aujourd'hui, voir L. CUYON, *La Notion juridique de torture en Europe (XII^e-XX^e siècles)*, Thèse, Paris I, 1994. Sur son usage durant le Moyen Age, voir entre autres, DE ROUSSEAU DE LA COMBE, *Matières criminelles*, 4^{ème} partie, notamment p. 418 et s.

⁹¹⁸ Son usage en Grèce antique dans la procédure criminelle est rapporté par Aristophane dans *Les Grenouilles*. Dans cette oeuvre « Xanthias énumère les tortures que l'on pratiquait alors. Pour la question, on attachait sur le chevalet, on suspendait, on donnait les étrivières, on écorchait vif, on torturait, on versait du vinaigre dans les narines, on chargeait de briques », cité par Desmarze, *Les Pénalités anciennes*, Paris, 1866, p. 12.

⁹¹⁹ « La perception des Droits de l'homme dans la société contemporaine: projet d'enquête à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », M. DELMAS-MARTY, W. DOISE, R. LENOIR, A. PERCHERON avec la collaboration de G. BECHLIVANOU, S. DUCHESNE et C. PEYREFITTE in *Archives de politique criminelle* n°11, 1989, pp.35-58.

savoir si la torture est acceptable dans certains cas, alors que sur le principe les personnes interrogées ont massivement répondu non, dès que la qualité de la victime est intervenue, en particulier les « dealers » et les poseurs des bombes, une personne sur quatre a répondu qu'elle pourrait être justifiée. Précisément 34% ont jugé acceptable que des policiers envoient des décharges électriques pour faire avouer une personne soupçonnée d'avoir posé une bombe⁹²⁰.

Pourtant l'innocence n'étant pas un critère déterminant de l'humanité de l'homme, elle ne peut pas constituer un critère justifiant une protection différente des hommes contre des actes de torture ou des traitements inhumains ou dégradants. Pour le moins, tel ne peut pas être le cas dans une société démocratique qui s'est engagée à assurer la protection des droits de l'homme de manière égale et sans discrimination aucune. Parmi les valeurs d'une telle société, l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants est une valeur supérieure à la vie, y compris celle des innocents. Le fait de porter atteinte à cette valeur équivaut à s'humilier soi-même et entraîner l'humiliation de toute l'humanité.

Il en est de même de l'argument relatif au maintien de l'ordre établi. L'ordre d'une société démocratique ne peut pas être défendu par n'importe quel moyen, y compris contre les menaces les plus graves comme le terrorisme. Ainsi que l'a remarquablement souligné Gérard Soulier, « ce serait plutôt dans la réponse au terrorisme que dans le terrorisme lui-même que se situerait véritablement la menace pour la démocratie⁹²¹ ». Car « il est de l'essence même de la démocratie que tout ne soit pas possible pour le pouvoir⁹²² ».

D'ailleurs, que le respect de certaines limites soit impératif dans une société démocratique, au point que l'Etat ne puisse en être affranchi, est affirmé dans l'arrêt *Klass et autres*. Alors qu'il ne s'agissait que de l'ingérence dans le secret de la correspondance, la Cour avait déclaré qu'une loi risque « de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre⁹²³ ». Cette affirmation est alors à plus forte raison valable pour la protection des valeurs de protection absolue au premier rang desquelles figure incontestablement la protection contre la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants et qui, comme nous l'avons souligné, ne souffre d'aucune dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation.

⁹²⁰ Sondage effectué par Amnesty internationale dans le cadre de la campagne mondiale contre la torture, 18 octobre 2000 - 10 décembre 2001, avec la collaboration du journal le Monde, disponible auprès du Département Communication d'Amnesty-France.

⁹²¹ G. SOULIER, « Lutte contre le terrorisme », in *Raisonnement la raison d'Etat*, Paris, PUF, 1989, pp. 30-31.

⁹²² « La Convention a-t-elle prévue que ces limites peuvent être reculées, voire franchies dans certains cas. L'Etat ne peut pas tout faire pour autant : pour lui aussi il y a toujours des limites. De décision en décision, la Cour expertise le territoire fluctuant qui se situe entre ces deux limites, celles qui sont imposées aux droits des individus, celles qui sont imposées au droit de l'Etat », *Ibid.*, p. 32.

⁹²³ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, 6 sept. 1978, Série A n° 28, § 49.

En effet, malgré ces controverses, il ne fait aucun doute que, au sein du droit européen conventionnel et national, la dignité est reconnue comme une valeur absolue. La question ne porte pas tant sur le caractère absolu de sa protection que sur les difficultés de tracer avec précision les contours de cette notion ainsi que sur l'efficacité du système de sa protection. Ce que montrera l'examen du système juridique garantissant sa protection au plan européen ainsi que l'examen qui va suivre de son application dans la prison.

B. La définition européenne

C'est par l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants que la Convention délimite le sens du droit à la dignité susceptible de bénéficier d'une protection juridique (1). Les droits nationaux ont préféré, pour le droit français, de se référer aux textes supranationaux corrélatifs, et pour le droit grec de recourir à une énumération précise des actes perpétrés contre la dignité humaine et pénalement sanctionnés (2).

1. La définition établie par la Cour

Les textes européens ne contiennent aucune définition de la dignité. La Convention européenne des droits de l'homme se contente d'énoncer, dans son article 3, l'interdiction de *la torture et des traitements ou des peines inhumains ou dégradants*. Il en est de même du terme de « mauvais traitements » employé par la Convention européenne pour la prévention de la torture (26 juin 1987). C'est au moyen de l'application d'un nombre de critères établis par la Cour européenne que le sens des interdits prévus dans l'article 3 est délimité. Celui de mauvais traitements, est délimité à travers les rapports annuels du CPT.

Ce que nous constaterons c'est que, si ces deux organes du Conseil de l'Europe se réfèrent l'un à l'autre, leurs définitions des traitements interdits ne coïncident pas. Celle du CPT a des contours plus larges, ce qui peut s'expliquer par la nature et le domaine de son intervention. Organe préventif et ne disposant pas de moyens contraignants, il est de son devoir, d'anticiper le plus largement possible les situations susceptibles de porter atteinte à la dignité. De surcroît, son champ d'intervention est limité aux lieux privés de liberté, à propos desquels nous verrons, que la Cour reconnaît qu'ils constituent un facteur de vulnérabilité des personnes et dont elle tient compte dans l'appréciation des atteintes à la dignité. Aussi, nous nous référerons à la notion de mauvais traitements appliquée par le CPT de manière ponctuelle à propos des actes dont l'appréciation diffère de celle de la Cour. Ce qui interviendra lors de l'examen de l'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la prison.

La méthode propre à la Cour

La méthode utilisée dans l'élaboration de la jurisprudence européenne corrélative, tout en témoignant de la difficulté de définir la dignité en termes positifs, offre les moyens d'identifier les atteintes. En effet, en conjuguant la présentation de cette méthode et le recensement des actes ou omissions susceptibles de constituer de telles atteintes au sein de cette jurisprudence nous pouvons saisir l'étendue du champ couvert par la notion de dignité au sens de l'article 3 de la Convention.

La méthode suivie par la Cour dans la définition des interdits de l'article 3 est caractérisée par les éléments suivants : l'exigence d'un *seuil minimum de gravité* pour que les faits litigieux constituent un traitement prohibé par l'article 3⁹²⁴ ; une *appréciation relative du seuil de gravité*⁹²⁵ ayant recours à un nombre de critères d'appréciation⁹²⁶ ; la référence à un *seuil de gravité gradué* qui est qualificatif des trois interdits de l'article 3 : la torture, les traitements inhumains et les traitements dégradants⁹²⁷ ; et le *caractère évolutif de l'appréciation des seuils de gravité*⁹²⁸.

Mais il est à noter que contrairement aux textes internationaux susmentionnés, au centre de la définition de ces interdits se trouve non la torture mais les traitements inhumains. La torture est définie comme étant une forme de traitements plus grave que les traitements inhumains, et les traitements dégradants comme des traitements moins graves que ces derniers.

Les traitements dégradants sont ceux qui présentent le minimum de gravité requis pour constituer une violation de l'article 3. Ils sont définis comme des traitements « de nature à susciter chez une personne des *sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à braver éventuellement leur résistance physique ou morale*⁹²⁹ ». La Cour a précisé le rôle de deux autres critères : le *caractère public* des traitements et *l'intention des auteurs*. Concernant le

⁹²⁴ CEDH, *A. c. P.U.*, n°25599/94, 23 sept. 1998, Recueil 1998-VI, § 20 ; CEDH, *Caloc c. France*, n°33951/96, CEDH 2000-VII, § 84 ; CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc., § 94 ; CEDH, *Labita c. Italie*, préc., § 120 ; CEDH, *Panea c. Roumanie*, préc., § 80 ; CEDH, *Iwanczuk c. Pologne*, n° 25196/94, CEDH 2001-XI, § 50 ; CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, n°53254/99, CEDH 2005-IV, § 33 ; CEDH, *Matencio c. France*, n°58749/00, CEDH 2004-I, § 75.

⁹²⁵ Celle-ci dépend de l'application d'un nombre de critères ainsi que de l'ensemble de circonstances dans chaque cas concret, *Ibid.*

⁹²⁶ La plupart figurent dans la définition de la torture donnée par la Convention des Nations Unies de 1984, que la Cour apprécie le seuil de gravité d'une atteinte au sein de l'article 3 de la Convention. Il s'agit notamment, du contexte, de la nature des actes, de la fonction de l'auteur, de la relation avec la victime, du caractère délibéré, des buts recherchés, de l'état physique de la victime (état de santé, âge, sexe), de la durée et des effets, CEDH, *A. c. R.U.*, préc., § 20 ; CEDH, *Costello-Roberts*, 25 mars 1993, Série A n°247-c, § 30 ; CEDH, *Caloc c. France*, préc., § 84 ; CEDH, *Tekin c. Turquie*, n° 22496/93, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 52, § 53.

⁹²⁷ CEDH, *Irlande du Nord*, 18 janv. 1978, Série A n°25, § 167 ; CEDH, *Aydm c. Turquie*, préc., § 82.

⁹²⁸ « Compte tenu de ce que la Convention est un instrument visant à interpréter, à la lumière des conditions de vie actuelles », Voir entre autres, CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 101 ; CEDH, *Dikme c. Turquie*, préc., § 92 ; CEDH, *Bursus c. Roumanie*, préc., § 93.

⁹²⁹ CEDH, *Irlande du Nord c. R.U.*, 18 janvier 1978, Série A n° 25, § 167 ; CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 98 ; CEDH, *T. c. R.U.*, [GC], préc., § 69 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 120 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc., § 97 ; CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 52.

premier, alors qu'il faisait partie de la définition donnée par la Commission dans l'affaire grecque⁹³⁰, la Cour a précisé que s'il convient d'en tenir compte, l'absence de caractère public n'empêche pas de qualifier un traitement de dégradant : « Il peut fort bien suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est pas à ceux d'autrui⁹³¹ ». Il en est de même de l'intention de nuire des auteurs. Son absence ne suffit pas à écarter la violation de l'article 3⁹³².

Les traitements inhumains. Ils sont, au fil du temps, devenus synonymes de « mauvais traitements »⁹³³. Ce sont des traitements qui présentent un degré de gravité plus élevé que les traitements dégradants. On passe du domaine du sentiment à celui de la souffrance. Soulignons d'abord que la définition de cette notion a évolué depuis l'affaire « grecque ». Dans le rapport que la Commission avait rendu sur cette affaire (1970), elle avait estimé qu'elle « couvre pour le moins un traitement qui provoque volontairement de graves souffrances mentales ou physiques, qui, en l'espèce ne peut se justifier⁹³⁴ ». Dans l'arrêt d'*Irlande du Nord* (1978) la Cour a exclu la justifiabilité et étendu la définition en incluant parmi les conséquences, les *troubles psychiques aigus*⁹³⁵. Depuis l'arrêt *Selmouni* (1999), le seuil de souffrances et de troubles physiques et psychiques est abaissé. Le caractère « aigu » des souffrances est qualificatif de la torture. C'est le caractère « vif » des souffrances qui est qualificatif de traitements inhumains⁹³⁶. Sont inhumains, les traitements « appliqués avec préméditation pendant des heures et provoquant sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales ». Elle a depuis lors précisé que la qualification de mauvais traitements peut être également le simple constat des « lésions corporelles » résultant d'un *usage de force disproportionné, non rendu nécessaire par le comportement de la personne*⁹³⁷.

La torture. Elle est définie comme étant « généralement une forme aggravée des traitements inhumains⁹³⁸ ». D'après la Cour, la « Convention, en distinguant la torture des traitements inhumains ou dégradants, a voulu par le premier de ces termes, marquer d'une *spéciale infamie* les *traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances*⁹³⁹ ». Depuis l'arrêt *Selmouni*, on peut qualifier la torture comme des traitements ayant atteint un seuil de gravité

⁹³⁰ « S'il humilie quelqu'un grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience », *Affaire grecque*, Rapport, 1^{ère} partie, vol. II, 1970, p.1.

⁹³¹ CEDH, *Tyrer c. R.U.*, 25 avril 1978, Série A n° 26, § 32 ; CEDH, *Raninen c. Finlande*, n° 20972/92, 16 déc. 1997, Recueil 1997-VIII, § 55 ; CEDH, *Iwanczuk c. Pologne*, préc., § 51.

⁹³² CEDH, *Iwanczuk c. Pologne*, préc., § 52 ; CEDH, *Price c. R.U.*, § 24 ; CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 75 ; CEDH, *Fedotov c. Russie*, n° 5140/02, CEDH 2005-X, § 62 ; CEDH, *Valasinas c. Lituanie*, n° 44558/98, CEDH 2001-VII.

⁹³³ CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 52.

⁹³⁴ *Affaire grecque*, Rapport, préc., p.1.

⁹³⁵ CEDH, *Irlande du Nord c. R.U.*, préc., § 167.

⁹³⁶ CEDH, *T. c. R.U.*, [GC], préc., § 69 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 120 ; CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], n°30210/96, CEDH 2000-X, § 92 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc., § 97 ; *Erdoğan Yagiz c. Turquie*, n°27473/02, CEDH 2007-III, § 36.

⁹³⁷ CEDH, *Soner et autres c. Turquie*, n° 40986/98, CEDH 2006-IV, § 45

⁹³⁸ *Affaire grecque*, Rapport, préc., p.1.

⁹³⁹ CEDH, *Irlande du Nord c. R.U.*, préc., § 167 ; CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc., § 63 ; CEDH, *Aydın c. Turquie*, préc., § 82 ; CEDH, *Dikme c. Turquie*, préc., §§ 94-96.

« aigu ». Ce terme désigne des souffrances « fort graves et cruelles⁹⁴⁰ » ou « particulièrement graves et cruelles⁹⁴¹ », des « douleurs et des souffrances aiguës »⁹⁴² ou « intenses »⁹⁴³. L'appréciation du caractère « aigu » est, à l'instar du « minimum de gravité », relatif par essence⁹⁴⁴. Il est apprécié à l'aide de critères tels que la nature du traitement, l'intensité de la douleur, la répétition, la durée, le caractère délibéré, le but et les effets et, parfois, l'âge, le sexe, l'état de la santé de la victime ou l'état de grossesse⁹⁴⁵.

Enfin, il arrive que la Cour applique l'article 3 sans donner une qualification précise aux faits litigieux. Dans ces cas, il ne peut s'agir que de traitements inhumains et/ou dégradants⁹⁴⁶.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour montre que l'adoption de l'approche évolutive de la définition des interdits européens permet d'élargir le champ couvert par les atteintes à la dignité au sens de la Convention.

Des seuils évolutifs et extensifs du champ des trois interdits

En examinant l'application concrète de ces trois définitions, nous observons qu'au fil de la jurisprudence européenne, le champ qu'elles couvrent s'est étendu progressivement grâce à l'adoption d'une méthode de définition évolutive qui a conduit à une révision de l'importance de certains critères.

Appréciation évolutive. « Compte tenu de l'importance fondamentale de l'article 3 dans le système de la Convention, la Cour doit se réserver une souplesse suffisante pour traiter de l'application de cet article dans les autres situations susceptibles de se présenter...⁹⁴⁷ », déclare la Cour. Si bien que « certains actes qualifiés autrefois de "traitements inhumains et dégradants", et non de "torture", peuvent recevoir une qualification différente à l'avenir⁹⁴⁸ ».

⁹⁴⁰ CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 96.

⁹⁴¹ CEDH, *Dikme c. Turquie*, préc., § 93 ; CEDH, *Bati et autres c. Turquie*, préc., §§ 120-124 ; CEDH, *Bursus c. Roumanie*, préc., §§ 93-94.

⁹⁴² CEDH, *Cafer Kurt c. Turquie*, préc.

⁹⁴³ CEDH, *Chitayev c. Russie*, préc.

⁹⁴⁴ CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 100 ; CEDH, *Bati et autres c. Turquie*, préc., § 120.

⁹⁴⁵ CEDH, *Bati et autres c. Turquie*, préc., § 120. Dans l'affaire *Cheydaïev*, la Cour après avoir constaté que la victime a été soumise à des actes de nature à inspirer à la victime des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir, voire à briser sa résistance physique et morale et que ces actes ont été commis intentionnellement, elle a conclu, en tenant compte également de la *durée du traitement* (durant les quatre jours), de ses *effets physiques et mentaux* (battu par cinq policiers qui voulaient lui faire avouer), du *sexe, de l'âge* (âgée de 20 ans) et de *l'état de santé*, que la victime a été soumise à des actes de torture, CEDH, *Cheydaïev c. Russie*, préc.

⁹⁴⁶ CEDH, *A. c. R.U.*, préc., § 21 ; V° CEDH, *Z. et autres c. RU* [GC], 29392/95, CEDH 2001-V.

⁹⁴⁷ CEDH, *D. c. R.U.*, n° 30240/96, 2 mai 1997, Recueil 1997-III, § 49.

⁹⁴⁸ Voir entre autres, CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 101 ; CEDH, *Dikme c. Turquie*, préc., § 92 ; CEDH, *Bursus c. Roumanie*, préc., § 93.

La vulnérabilité de la victime. Il s'agit notamment des enfants et de toutes les personnes privées de leur liberté. C'est d'abord à propos des *enfants*, et précisément dans l'arrêt *Tyrer*, que la jurisprudence européenne a marqué cette évolution. La Cour y a déclaré que commettre des actes de violence physique ou morale, même sans gravité particulière, à l'encontre d'une personne en état de dépendance physique vis-à-vis des autorités revenait à traiter l'homme comme un objet⁹⁴⁹. Elle a, par la suite, élargi cette approche aux *personnes privées de leur liberté*. Ce fut dans l'arrêt *Tomasi*, à propos des faits survenus lors de l'arrestation du requérant et durant sa garde à vue : « Pour relativement légères qu'elles puissent paraître, les lésions survenues représenteraient des manifestations de l'usage de la force physique sur une personne privée de liberté et donc en état d'infériorité ; pareil traitement revêtirait un caractère à la fois inhumain et dégradant⁹⁵⁰ ». L'usage de la force à l'encontre d'une personne privée de sa liberté doit être rendu absolument nécessaire par le comportement de cette personne⁹⁵¹. A ce propos, il est regrettable que la Cour ait parfois recours à l'expression de « force rendue nécessaire »⁹⁵² et non « absolument nécessaire ».

L'affaiblissement de l'importance de certains critères. L'abaissement du seuil de gravité minimum et graduel est également dû à la révision à la baisse de l'importance de certains critères.

- Les auteurs. Non seulement des agents de l'Etat, mais toute personne peut être auteur de mauvais traitements⁹⁵³. Il peut s'agir de personnes ayant une autorité telle que les enseignants d'une école⁹⁵⁴. A cette occasion, sont également renforcées les obligations positives qui pèsent sur les Etats en matière de prévention de mauvais traitements. En se référant aux articles 19 et 37 de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, cette instance a déclaré que « les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne⁹⁵⁵ ». Enfin, les auteurs peuvent être des personnes privées organisées en bande, comme un groupe de narcotraffiquants⁹⁵⁶, ou pas⁹⁵⁷. La limitation de son application à des agissements

⁹⁴⁹ CEDH, *Tyrer c. R.U.*, préc., § 33.

⁹⁵⁰ CEDH, *Tomasi c. France*, n° 12850/87, 27 août 1992, Série A, n° 241-A, § 131. V° *Herczegfalvy*, 24 sept. 1992, Série A, n° 242-B ; CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc.

⁹⁵¹ « Lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas *rendue strictement nécessaire* par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue en principe une violation du droit garanti par l'article 3 de la Convention », CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc., § 53 ; CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc., § 94 ; CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 99 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 120 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 113.

⁹⁵² CEDH, *Caloc c. France*, préc., § 84. V° CEDH, CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 120 ; CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 180.

⁹⁵³ R 21592/93 (A.Sur/Turquie), 3.9.96, § 48.

⁹⁵⁴ Dans l'arrêt *Costello-Roberts*, l'auteur était le directeur d'une école privée. Il peut s'agir de parents d'enfants. L'article 3 combiné avec l'article 1 de la Convention impose l'obligation aux Etats de prendre des mesures propres à empêcher que les personnes relevant de leur juridiction ne soient soumises à des tortures ou à des peines inhumaines ou dégradantes même administrées par des particuliers, CEDH, *Caloc c. France*, préc., § 89. V° CEDH, *H.L.R. c. France*, n° 24573/94, 29 avril 1997, Recueil 1997-III, § 40 ; CEDH, *A. c. R.U.*, préc., § 21.

⁹⁵⁵ CEDH, *Z. et autres c. RU* [GC], préc.

⁹⁵⁶ CEDH, *H.L.R. c. France*, préc., § 40.

intentionnels et engageant directement la responsabilité d'un Etat irait à l'encontre du caractère absolu de la protection de l'article 3⁹⁵⁸.

- Les buts. S'ils demeurent déterminants dans la qualification de la torture⁹⁵⁹ et sont pris en compte dans la qualification de traitements inhumains ou dégradants (par exemple dans le port de menottes⁹⁶⁰), ils peuvent n'avoir aucune incidence dans la qualification des traitements dégradants. Selon la Cour, « s'il convient de prendre en compte la question de savoir si le but du traitement était d'humilier ou de rabaisser la victime, l'absence d'un tel but ne saurait exclure de façon définitive le constat de violation de l'article 3⁹⁶¹ ».

- L'intention de nuire. Si pour qualifier la torture ce critère est toujours requis⁹⁶², il ne l'est plus pour les autres interdits. Le traitement inhumain ou dégradant peut être retenu en l'absence d'agissements intentionnels⁹⁶³ à l'instar de mauvaises conditions de détention dues au manque de ressources économiques d'un pays⁹⁶⁴.

- Les effets. Ils peuvent être légers, voire absents. L'importance de ce critère s'est notamment affaiblie s'agissant de traitements infligés à des personnes vulnérables. Si une personne se trouvant en état d'infériorité subit des violences provoquant des lésions physiques, même légères, ces traitements peuvent alors passer pour inhumains⁹⁶⁵. S'agissant *des enfants*, la Cour a estimé que même en l'absence de toute lésion constatée, l'article 3 peut être violé par l'usage de la force

⁹⁵⁷ « Combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des mauvais traitements, même administrés par des particuliers », CEDH, *A. c. R.U.*, préc., § 22. V° CEDH, *Z et autres c. R.U.* [GC], n° 29392/95, §§ 73-75, CEDH 2001-V ; CEDH, *E. et autres c. R.U.*, n° 33218/96, CEDH-2002 ; CEDH, *M. c. c. Bulgarie*, n° 39272/98, CEDH, 2003-XII, § 149.

⁹⁵⁸ CEDH, *D. c. R.U.*, préc., § 49.

⁹⁵⁹ « Pareilles violences n'auraient pu être infligées qu'intentionnellement afin d'extorquer des aveux ou des renseignements. Considérées à la lumière des critères établis en la matière, elles ne peuvent que mériter la qualification de 'torture' », CEDH, *Fazıl Ahmet Tamer et autres c. Turquie*, préc., § 84. V° Aussi, CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc., § 64 ; CEDH, *Aydın c. Turquie*, préc., §§ 83-84 et 86 ; *Selmouni c. France* [GC], préc., § 105 ; CEDH, *İnan et autres c. Turquie*, préc., §§ 116-123, et, en dernier lieu, CEDH, *Türkmen c. Turquie*, n° 43124/98, CEDH 2006-XII, § 49 ; CEDH, *Chitayev c. Russie*, préc., § 158.

⁹⁶⁰ La Cour examine dans l'appréciation du traitement « dégradant » si « le but était d'humilier et de rabaisser la personne, et si considérée dans ses effets, la mesure a ou non atteint la personnalité de celui-ci d'une manière incompatible avec l'article 3 », CEDH, *Raninen c. Finlande*, préc., § 55. V° CEDH, *Albert et Le compte c. Belgique*, 10 févr. 1983, Série A n° 58, § 22 ; CEDH, *Erdoğan Yagiz c. Turquie*, préc.

⁹⁶¹ CEDH, *Peers c. Grèce*, n° 28524/95, CEDH 2001-IV, § 74 ; CEDH, *T. c. R.U.*, préc., § 69 ; CEDH, *Raninen c. Finlande*, préc., § 55 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 120 ; CEDH, *Iwanczuk c. Pologne*, préc., § 52 ; CEDH, *Price c. R.U.*, préc., § 24 ; CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 75 ; CEDH, *Fedotov c. Russie*, préc., § 62 ; CEDH, *Valasinas c. Lituanie*, n° 44558/98, CEDH 2001-VII ; CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, n° 38812/97, CEDH 2003-IV, § 146 ; CEDH, *Kalashnikov c. Russie*, préc., § 195.

⁹⁶² En faisant la distinction entre la torture et les traitements inhumains ou dégradants, les rédacteurs de l'article 3 de la Convention ont voulu exprimer l'importance particulière qu'ils accordent au fait que des traitements soient infligés dans le but délibéré de provoquer des souffrances graves et cruelles, CEDH, *Mammadov c. Azerbaïdjan*, préc., § 68.

⁹⁶³ CEDH, *D. c. R.U.*, préc., § 49.

⁹⁶⁴ CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc., § 148.

⁹⁶⁵ CEDH, *Tomasi c. France*, préc., § 131.

physique, y compris lorsque le but est légal. Dans ce cas, elle peut être qualifiée de traitement dégradant⁹⁶⁶.

- Le lieu public. Il n'est plus un critère déterminant. Le fait que certains traitements aient lieu en milieu clos, et non en place publique, ne leur enlève pas leur caractère dégradant. « Il peut fort bien suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est pas à ceux d'autrui⁹⁶⁷ ».

En revanche, dans la qualification de la *torture* et des *traitements inhumains*, les critères d'effets, des buts et d'intention demeurent déterminants⁹⁶⁸.

C'est le recensement de la nature des traitements qui, combinée aux critères jugés contraires à l'article 3 de la Convention tels qu'ils viennent d'être présentés, nous permet de saisir concrètement le champ couvert par la notion de dignité au sens de cet article.

Les traitements susceptibles de relever de la définition européenne des atteintes à la dignité

Outre les violences physiques commises par un agent de l'Etat qui suffit à déclencher l'examen de sa conformité à l'article 3, nombre d'autres actes ou manquements sont progressivement entrés dans le champ de la protection de l'article 3 de la Convention.

Les violences physiques. Si la nature de certains actes ne laisse place à aucune justification dès lors qu'elle présume le caractère délictueux et les buts d'humiliation, de peur et de souffrance au point d'être qualifiés de torture lorsqu'ils sont commis lors d'un interrogatoire (jusqu'à présent, ont été

⁹⁶⁶ Ce qui fut le cas dans deux affaires où la Cour a eu à juger des sanctions disciplinaires scolaires en droit britannique : dans l'arrêt *Tyrer* à propos de coups de verge (en l'occurrence trois coups) à un élève, à titre de sanction scolaire, alors qu'il était tenu immobilisé par des agents de l'autorité publique : « Quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtimement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne. On ne saurait davantage exclure que la peine ait entraîné des séquelles psychologiques néfastes, CEDH, *Tyrer c. R.U.*, préc., § 33. Et dans l'arrêt *Costello-Roberts*, s'agissant des sanctions disciplinaires consistant à frapper les élèves de trois coups de chaussure de gymnastique à semelle de caoutchouc (dans l'affaire examinée, l'enfant était âgé de 7 ans). Bien que le requérant n'ait fourni « aucune preuve d'effets graves ou durables du traitement dénoncé », la Cour a déclaré : « Une peine qui n'entraîne pas de telles séquelles peut tomber sous l'emprise de l'article 3 » ; « ce qui est important, c'est l'ensemble des circonstances dans lesquelles cette sanction est exécutée », CEDH, *Costello-Roberts c. R.U.*, préc., § 32.

⁹⁶⁷ CEDH, *Tyrer c. R.U.*, préc., § 32 ; CEDH, *Raninen c. Finlande*, préc., § 55 ; CEDH, *Iwanczuk c. Pologne*, préc., § 51 ; CEDH, *Wieser c. Autriche*, n°2293/03, CEDH 2007-II.

⁹⁶⁸ En plus du caractère odieux et humiliant des autres traitements, c'est la gravité des effets et les buts. Les traitements en cause ont provoqué des « douleurs et des souffrances aiguës et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel ». Ils doivent, par conséquent, être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3, CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., §§ 99-103. V° CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc., § 64 ; CEDH, *Aydın c. Turquie*, préc., §§ 83-84 et 86 ; CEDH, *Dikme c. Turquie*, préc., §§ 94-96 ; CEDH, *Bursus c. Roumanie*, préc., §§93 ; CEDH, *Bati et autres c. Turquie*, préc., §§ 120-124. Il en va de même de la qualification des traitements inhumains : Voir entre autres, CEDH, *Biyan c. Turquie*, n°56363/00, CEDH 2005-V, §§38-46 ; CEDH, *Rivas c. France*, n° 59584/00, CEDH 2004-IV, §§ 38-42.

qualifiés de torture, la pendaison palestinienne⁹⁶⁹, la falagga⁹⁷⁰ et le viol⁹⁷¹), tout usage de force n'est pas condamnable. Cela dépend de la nature de la violence, des buts recherchés, mais aussi d'autres éléments. L'usage de la force peut être justifié par le comportement de la victime à condition qu'elle ait visé à la maîtriser et qu'elle ait été proportionnée à la résistance, mieux encore, qu'elle ait été rendue absolument ou strictement nécessaire. Ainsi, la résistance d'une personne lors de son arrestation peut justifier l'usage de la force⁹⁷².

L'état de privation de liberté réduit encore le seuil de justification de l'usage de la force. Ainsi, l'usage de la force à l'encontre de personnes menottées de la part des policiers, de surcroît, très bien entraînés, est difficilement justifiable⁹⁷³, pas plus que la nature de certaines violences à l'encontre des personnes en garde à vue, telles que les coups aux parties génitales⁹⁷⁴ ou une longue blessure sur le dos⁹⁷⁵.

Partant du principe que l'interprétation de l'article 3 doit rester souple, donc évolutive, pour permettre son application à d'autres situations qui risquent de se présenter⁹⁷⁶, la jurisprudence européenne a fait entrer dans son champ d'interdictions nombre d'autres actes ou omissions.

⁹⁶⁹ Dans l'arrêt *Aksoy*, la Cour a pris en compte : le caractère douloureux, le caractère prémédité dès lors que « sa réalisation exigeait une dose de préparation et d'entraînement », et le but d'obtenir des aveux et des informations, puisqu'il était infligé lors d'un interrogatoire. Pour conclure que « ce traitement est d'une nature tellement grave et cruelle que l'on ne peut le qualifier que de torture, CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc., § 64. Elle a confirmé cette appréciation dans les arrêts *Cafer Kurt c. Turquie*, précité, et *Fazıl Ahmet Tamer et autres c. Turquie*, précité.

⁹⁷⁰ Ou « falaka ». Les preuves de son application devaient suffire pour conclure à la violation de l'article 3. C'est dans l'arrêt *Mammadov* (2007) qu'elle a reconnu, en se référant aux Normes du CPT et à la Convention de l'ONU contre la torture de 1987 que, par sa nature, cet acte constitue une torture, dès lors qu'il implique une préparation et, donc, une volonté délibérée de provoquer des souffrances, CEDH, *Mammadov c. Azerbaïdjan*, préc., §§ 66-70.

⁹⁷¹ « Le viol d'un détenu par un agent de l'Etat doit être considéré comme une forme particulièrement grave et odieuse de mauvais traitements, compte tenu de la facilité avec laquelle l'agresseur peut abuser de la vulnérabilité de sa victime et de sa fragilité », CEDH, *Aydın c. Turquie*, n°23178/94, 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 83. V° CEDH, *Stubbings et autres c. R.U.*, n° 22083/93, 22095/93, 22 oct. 1996, Recueil 1996-IV, § 64 ; CEDH, *X et Y c. Pays Bas*, 26 mars 1985, Série A n°91, § 27.

⁹⁷² Exemples de justification de l'usage de force proportionnée à la résistance de la victime durant la garde à vue ou l'arrestation : CEDH, *Caloc c. France*, préc., §§ 100-101 ; CEDH, *Altay c. Turquie*, n° 22279/93, CEDH, 2001-V, § 54. Mais tel ne peut être le cas lorsque le nombre et l'importance des blessures sont tels qu'il est impossible de conclure au caractère « strictement nécessaire » du recours à la force dans le but d'arrêter une personne, notamment celles ayant entraîné des arrêts maladie de 6 à 10 jours (CEDH, *R. L. et M. J.D., c. France*, n° 44568/98, CEDH 2004-V. V° CEDH, *Zelilof c. Grèce*, préc., §§ 50-52), et, à plus forte raison, celui ayant entraîné une double fracture de la mâchoire et une contusion faciale (CEDH, *Rehbock c. Slovaquie*, n° 29462/95, CEDH, 2000-XII, § 76).

⁹⁷³ Cela se passait dans l'enceinte du palais de justice et en présence du public y compris les proches des victimes, CEDH, *Sahin et autres c. Turquie*, n° 53147/99, CEDH 2005-II, §§ 43-55.

⁹⁷⁴ CEDH, *Rivas c. France*, préc.

⁹⁷⁵ CEDH, *Biyan c. Turquie*, préc.

⁹⁷⁶ « Compte tenu de l'importance fondamentale de l'article 3 dans le système de la Convention, la Cour doit se réserver une souplesse suffisante pour traiter de l'application de cet article dans les autres situations susceptibles de se présenter... », CEDH, *D. c. R. U.*, préc., §. 49.

Le viol commis par toute personne et les attouchements sexuels des enfants. « Les sévices sexuels constituent incontestablement un type odieux de méfaits qui fragilisent les victimes... »⁹⁷⁷.

L'esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire constituent des formes graves d'atteinte à la dignité. « La Cour estime qu'avec les articles 2 et 3, l'article 4 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe⁹⁷⁸ ». Mais compte tenu de leur importance, elles font l'objet d'une protection autonome sous l'article 4 de la Convention⁹⁷⁹.

Le racisme et la violence raciste. La violence raciale constitue une atteinte particulière à la dignité humaine que la société démocratique doit vigoureusement combattre, en particulier lorsque les auteurs sont des représentants des Etats⁹⁸⁰.

Le manque de respect aux morts. La Cour a accepté d'examiner sous l'article 3 les griefs relatifs à l'absence d'enquête concernant la mutilation *post mortem* d'une personne (mutilation des oreilles)⁹⁸¹.

Les expulsions et extraditions. A part l'interdiction des expulsions collectives⁹⁸², ces mesures ne constituent pas, en elles-mêmes, des traitements prohibés par l'article 3 ni, d'ailleurs, par aucune autre disposition de la Convention. *A priori*, les Etats sont libres de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement de non-nationaux⁹⁸³. Toutefois, certaines conditions peuvent rendre ces mesures inhumaines et/ou dégradantes. Il peut en être ainsi, d'une part, par les conditions d'exécution de ces mesures, et d'autre part, par les risques encourus au pays de destination lorsqu'il y a des « motifs sérieux et avérés » de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un « risque réel » d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3⁹⁸⁴. Ces risques peuvent être les suivants : le *risque de subir certaines peines* soit en raison de leur nature, comme la lapidation et la

⁹⁷⁷ CEDH, *Subbings et autres c. R.U.*, préc., § 64 ; v° CEDH, *X et Y c. Pays Bas*, 26 mars 1985, Série A n°91, § 27 ; CEDH, *E. et autres c. Royaume-Uni*, n°3218/96, CEDH 2002-XI ; CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, préc., § 12.

⁹⁷⁸ CEDH, *Siliadin c. France*, n° 73316/01, CEDH 2005-VII, § 82.

⁹⁷⁹ *Ibid.* §§ 121-126-129. Soulignons à propos de la prostitution que la Cour, tout en la considérant comme une atteinte à la dignité de la personne, elle ne condamne pas les pays qui prélèvent des cotisations sur les revenus des personnes qui se prostituent. Ainsi, l'URSSAF, caisse française des cotisations des professions indépendantes, selon laquelle la prostitution est « une prestation de service rémunérée qui relève de la notion d'activité économique, CEDH, *Tremblay c. France*, n°37194/02, CEDH, 2007-II.

⁹⁸⁰ « La violence raciale constitue une atteinte particulière à la dignité humaine et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme et la violence raciste, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse », CEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie*, [GC], préc., § 145 ; CEDH, *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, n°15250/02, CEDH 2005-XII, § 63.

⁹⁸¹ Violation de l'article 3 sous le volet procédural, CEDH, *Kanlibas c. Turquie*, préc., §§ 56-70.

⁹⁸² Par l'article 4 du Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme : « Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites ».

⁹⁸³ V° CEDH, *Ahmed c. Autrice*, n° 25964/94, 17 déc. 1996, Recueil 1996-VI, § 38 ; CEDH, *D. c. R.U.*, préc., § 46 ; CEDH, *Chahal c. R.U.*, préc., § 73 ; CEDH, *H.L.R. c. France*, préc., § 33.

⁹⁸⁴ CEDH, *Ahmed c. Autrice*, préc., § 39. V° CEDH, *Soering c. R.U.*, préc., §§ 90-91 ; CEDH, *Cruz Varas et autres c. Suède*, n° 15576/89, 20 mars 1991, Série A n° 201, §§ 69-70 ; CEDH, *Vilvarajah et autres c. R.U.*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 30 oct. 1991, Série A n° 215, § 103 ; CEDH, *Chahal c. R.U.*, préc., §§ 73-74 ; CEDH, *H.L.R. c. France*, préc., § 34.

flagellation⁹⁸⁵, soit en raison des conditions de leur exécution, comme vivre dans « le couloir de la mort » en attendant l'exécution de la peine de mort aux Etats-Unis⁹⁸⁶ ; le *risque de s'exposer à des persécutions* mettant en danger la vie ou l'intégrité physique ou morale⁹⁸⁷, en particulier les opposants politiques⁹⁸⁸, le *risque d'être privé des soins adéquats*⁹⁸⁹, mais seulement pour des maladies graves et incurables⁹⁹⁰.

Le déroulement des procès ou l'absence de procès ou d'enquête. Dans un arrêt rendu en 1999, la Cour, s'exprimant à propos du jeune âge des enfants (de onze ans) jugés devant une juridiction pénale pour adultes et en public, avait déclaré que les modalités dans lesquelles se déroulent les procès peuvent également porter atteinte à la dignité de la personne au point de violer l'article 3⁹⁹¹. En 2007, la Cour a retenu que peut également constituer un traitement inhumain ou dégradant, le fait de ne pas mener une enquête et /ou de ne pas répondre aux demandes d'information de la part des proches des personnes disparues après leur arrestation par la police⁹⁹² ainsi que le classement sans suite de l'affaire sans motivation ou avec une motivation non convaincante⁹⁹³.

Les peines. La nature de certaines peines et/ou les modalités de leur exécution peuvent être contraires à l'article 3. *La nature des peines.* Ni le caractère violent de l'infraction⁹⁹⁴ ni les objectifs de la peine⁹⁹⁵, ne sauraient justifier l'application des peines dégradantes, affirma la Cour à propos des sanctions scolaires consistant à donner un certain nombre de coups aux postérieurs des écoliers au Royaume-Uni. Pour l'instant, sont considérées comme des peines inhumaines ou dégradantes, la lapidation et la flagellation⁹⁹⁶ ainsi que toutes les peines corporelles. *Les modalités d'exécution de*

⁹⁸⁵ A propos de l'expulsion de la Turquie vers l'Iran d'une femme risquant la mort par lapidation et flagellation pour avoir eu une relation adultère avec un homme marié, CEDH, *Jabari c. Turquie*, n°40035/98, CEDH 2000-VI.

⁹⁸⁶ CEDH, *Soering c. R.U.*, préc.

⁹⁸⁷ Ainsi un trafiquant de drogues expulsé vers un pays où des bandes organisées de trafic sont en guerre et l'Etat étant impuissant à y mettre fin, CEDH, *H.L.R. c. France*, préc.

⁹⁸⁸ Pour apprécier un tel risque, il faut tenir compte de la situation générale qui règne dans le pays visé et de la situation personnelle ; ainsi à propos de l'expulsion d'un militant sikh (arrêt *Chahal c. R.U.*, préc., § 106) ou l'expulsion d'un ressortissant espagnol basque, membre de l'organisation séparatiste basque Euskadi ta Askatasuna (ETA) (*Luis Loretagoyena c. France*, n° 32829/96, décision de la commission, 12.1.1998). Voir sur ce sujet l'article de Symeon KARAGIANNIS, « Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers. Vers une évolution de la jurisprudence européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 33 et s.

⁹⁸⁹ CEDH, *D. c. R.U.*, préc., § 45.

⁹⁹⁰ Dans l'arrêt *D. c. R.U.*, précité, la violation a été retenue parce que la Cour a estimé qu'il s'agissait de « circonstances très exceptionnelles ». Un malade du sida en phase finale qui, à son retour à son pays d'origine, serait privé de soins médicaux adéquats, mais aussi de soutien moral familial et social, et vivrait dans des conditions sanitaires néfastes pour sa santé. Dès lors, son expulsion risquait d'écourter la durée de sa vie et de l'exposer à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses.

⁹⁹¹ Cette question fut abordée dans les arrêts *T. c. R.U.*, [GC], précité, et *V. c. R.U.*, [GC], n° 24888/94, CEDH 1999-IX : les accusés (qui avaient tué un petit enfant), étaient âgés au moment des faits de 10 ans et, au moment du procès, de 11 ans.

⁹⁹² CEDH, *Alikhadzhiyeva c. Russie*, préc.

⁹⁹³ CEDH, *Macovei et autres c. Roumanie*, n° 5048/02, CEDH 2007-VI.

⁹⁹⁴ CEDH, *Tyrer c. R.U.*, préc., § 34.

⁹⁹⁵ Quant à leur conviction selon laquelle le châtement judiciaire corporel effraie les délinquants, la Cour a souligné qu'une peine ne perd pas son caractère dégradant par cela seul qu'elle constitue un moyen efficace de dissuasion ou de lutte contre la délinquance : « Le recours à des peines contraires à l'article 3 n'est jamais admissible, quels que soient leurs effets dissuasifs », *Ibid.*, § 31.

⁹⁹⁶ CEDH, *Jabari c. Turquie*, préc.

certaines peines. Des peines, compatibles en elles-mêmes avec l'article 3, peuvent cependant, lors de leur application, constituer des peines inhumaines ou dégradantes. Ainsi que nous allons le voir dans la section suivante, la peine privative de liberté peut le devenir en raison des conditions de son exécution, sa durée, ou l'état physique et l'état de santé de la personne.

2. La définition de la dignité au sein des droits nationaux

Au sein du droit grec **(a)** et du droit français **(b)**, la dignité est reconnue comme un principe à valeur constitutionnelle et plusieurs dispositions légales sont prévues pour lui assurer une garantie efficace.

a. En droit grec

Depuis la chute de la dictature, la Constitution grecque consacre la « valeur humaine » comme un des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel⁹⁹⁷ et proclame que « les tortures et tous les sévices corporels, tout atteinte à la santé ou contrainte psychologique, ainsi que toute autre atteinte à la dignité humaine sont interdits et punis conformément à la loi » (art. 7 §2). Ces dispositions sont restées intactes dans le texte révisé de la Constitution 1975/1986/2001.

Pourtant en ce qui concerne la mise en œuvre de sa protection, c'est seulement en 1984, soit dix ans après la Constitution de 1974, que le législateur grec a légiféré en cette matière. Ce fut par le vote de la loi 1500/1984 insérée dans douze dispositions du Code pénal (art. 137A à 137D). Cette loi montre un effort certain pour assurer à la dignité la garantie la plus large possible puisqu'elle dépasse la définition de la torture donnée cette même année par la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*, adoptée par l'ONU le 10 décembre 1984. En effet, pour ce qui est de la définition de la torture, celle-ci est entendue dans le sens souhaité par des auteurs déjà cités, à savoir qu'elle doit tenir compte de l'évolution des moyens techniques. Est considérée comme torture la « provocation méthodique de souffrance physique aiguë ou d'épuisement physique dangereux pour la santé, ou toute souffrance psychique capable d'entraîner des lésions psychiques graves, ainsi que tout usage illicite de substances chimiques, narcotiques ou d'autres moyens physiques ou techniques dans le but de briser la volonté de la victime » (137A §2 C. pén.). L'article 137A §1 du Code pénal précise le cadre d'application de cette notion. Les agissements mentionnés sont punis lorsqu'ils sont commis par des personnes chargées d'une fonction publique, sur une personne se trouvant sous leur dépendance, dans les buts suivants : a) arracher à elle-même ou à une tierce personne un aveu, une déposition, une information ou une déclaration de négation ou d'abdication d'une idéologie politique ou autre ; b) punir ; c) intimider cette personne ou une tierce

⁹⁹⁷ « Le respect et la protection de la valeur humaine constituent l'obligation primordiale de la République », (art. 2, § 2).

personne. La torture est punie de la réclusion, à savoir d'une privation de liberté de 5 à 20 ans (art. 137A §1), et plus sévèrement, jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité, en cas de circonstances aggravantes⁹⁹⁸.

La répression des atteintes contre la dignité ne se limite pas à la torture. Le Code pénal prohibe d'autres atteintes qui n'entrent pas dans la notion de torture, mais qui sont commises dans les circonstances précitées prévues par son article 137A §1. Il s'agit de *dommages corporels*, de *l'atteinte à la santé*, d'*exercice de violence illégale physique ou psychique* et de *toute autre atteinte à la dignité humaine* (notamment l'usage de détecteur de vérité, l'isolement prolongé, l'atteinte grave à la pudeur). Ces atteintes sont sanctionnées par la peine privative de liberté de trois ans minimum (art. 137A §3 C. pén.)⁹⁹⁹.

D'autres dispositions du Code pénal renforcent la protection de la dignité. D'abord, celle de l'article 137D §1 consacre le caractère absolu de ces interdits en excluant toute justification, y compris l'obéissance à l'ordre d'un supérieur hiérarchique : « Jamais, ni la nécessité, ni l'ordre d'un supérieur hiérarchique » n'excluent le caractère illicite des actes contraires à la dignité. Ensuite, la disposition de l'article 137D §3 relative à la prescription de ces actes prévoit qu'au cas où de tels actes seraient commis durant l'usurpation de pouvoir, leur prescription commence après le rétablissement du pouvoir légal. Enfin, celle de l'article 137D §4 prévoit la responsabilité solidaire de l'Etat et de l'auteur dans la réparation et l'indemnisation du préjudice matériel et moral.

b. En droit français

En droit français, l'année 1994 a marqué un tournant dans la protection de la dignité. C'est en 1994 que le Conseil des sages lui a reconnu une valeur constitutionnelle par sa décision n° 94-343 et 344 DC, 27 juillet 1994 à propos des lois sur la bioéthique¹⁰⁰⁰.

C'est au cours de cette même année qu'une protection pénale lui a été assurée, avec précisément l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal le 1er mars 1994. Outre la répression de la

⁹⁹⁸ Constituent des circonstances aggravantes des actes de torture, selon l'article 137B § 1, lorsque : a) ils ont eu lieu de manière systématique par l'usage, notamment, de moyens ou de méthodes tels que les coups à la plante des pieds (*falagga*), les électrochocs, les simulations d'exécution ou les substances psychotropes ; b) ils ont entraîné une lésion corporelle grave de la victime ; c) l'auteur les appliquait par habitude ou l'auteur était dangereux ; d) la personne qui les a ordonné agissait en sa qualité de supérieur. Selon l'article 137B § 3, lorsque ces actes ont provoqué la mort de la victime, la peine est celle de privation de liberté à perpétuité.

⁹⁹⁹ Sur l'analyse de la protection pénale de la dignité humaine dans le droit grec, voir K.-E. KONSTANTINIDIS, *Droit pénal et dignité humaine*, Athènes, Sakkoulas, 1987.

¹⁰⁰⁰ Voir sur la protection constitutionnelle et pénale de la dignité en France, M. DANTI-JUAN, « La notion de dignité humaine en droit pénal », in *Questions contemporaines de science criminelle*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, éd. Cujas, 1996-16, pp. 99-1110

torture et actes de barbarie (art. 222-1 à 222-6 C. pén.)¹⁰⁰¹, ce Code regroupe sous le chapitre intitulé *Des atteintes à la dignité de la personne*, la discrimination (art. 225-1 à 225-4), le proxénétisme (art. 225-5 à 225-12), les conditions de travail et d'hébergement contre la dignité (art. 225-13 à 225-16), le bizutage (225-16-1 à 225-16-3) et les atteintes au respect dû aux morts (art. 225-17).

Ce Code n'a pas assorti la répression de la *torture et des actes de barbarie* d'une définition¹⁰⁰². Il prévoit seulement que « le fait de soumettre une personne à des tortures ou des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle » (art. 222-1) ; ce fait est puni plus sévèrement, jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité en cas de circonstances aggravantes (art. 222-2 à 222-6)¹⁰⁰³. La tâche de la définir a été laissée à la circulaire du 14 mai 1993. Celle-ci définit la torture en se référant à la Convention des Nations Unies de 1984 comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques, psychiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne ». Mais à la différence de cette Convention, la circulaire française élargit le champ de répression puisqu'il ne le limite ni aux actes commis uniquement par les agents publics, ni à ceux commis pour certains motifs¹⁰⁰⁴.

Enfin, une disposition de la loi du 27 juillet 1994 relative au respect du corps humain, insérée dans le Code civil, permet à ce dernier d'étendre la protection à toutes les atteintes à la dignité : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie¹⁰⁰⁵. »

Si l'on s'en tient à ces textes, les droits français et grec disposent théoriquement des moyens nécessaires pour répondre dans une large mesure aux interdits du Conseil de l'Europe notamment grâce à leur référence au terme « dignité ». A condition que la législation et la jurisprudence suivent l'évolution européenne tant en matière d'interprétation de l'article 3 de la Convention qu'en matière de protection. Celle-ci, nous allons voir, requiert des garanties pénales renforcées ainsi que des garanties dépassant le domaine pénal.

L'article 3 de la Convention implique l'obligation non seulement de s'abstenir de porter atteinte à la dignité de la personne mais aussi, dans certains domaines, d'intervenir pour anticiper ou cesser une telle atteinte.

¹⁰⁰¹ Auparavant, elle ne constituait qu'une circonstance aggravante de certains crimes : l'assassinat (art. 303 C. pén.), le viol (art. 333-1 C. pén.), et la séquestration (art. 344 c. pén.).

¹⁰⁰² Ce qui n'a pas manqué de susciter des critiques. Voir P. Couvrat, *Livre II. Les Infractions contre les personnes dans le nouveau Code pénal*, RSC, 1993, p.447.

¹⁰⁰³ Au sein du *Code pénal français*, constitue une circonstance aggravante la qualité de la personne sur laquelle de tels actes ont été commis (désignées par l'article 222-3). S'ils ont précédé, accompagné ou suivi un crime, ils entraînent la peine de réclusion criminelle à perpétuité (art. 222-2) ; et s'ils ont entraîné une mutilation et une infirmité permanente, ils sont punis de trente ans de réclusion (art. 222-5).

¹⁰⁰⁴ *Code pénal*, Paris, Litec, 1994, pp. 397-398.

¹⁰⁰⁵ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994, JO du 30 juillet 1994/11056.

Nous constatons donc que la méthode d'interprétation de l'article 3 adoptée par la Cour, permet de renforcer la garantie contre les atteintes à la dignité les plus graves en élargissant le champ de type de traitement et en abaissant le seuil de gravité qualificatif des traitements dégradants. Toutefois, l'efficacité de son renforcement est également tributaire du mécanisme de protection contre de telles atteintes.

C. Le mécanisme européen de protection renforcée

Le système européen de protection de la dignité repose sur un double mécanisme : le mécanisme juridictionnel de la Convention qui vise à protéger toute personne et engage la responsabilité de l'Etat indépendamment de l'identité de l'auteur de la violation de l'article 3 (1) ; et le mécanisme préventif assuré par le CPT (Comité européen pour la prévention de la torture) mis en place par la Convention européenne contre la torture, réservé aux personnes privées de leur liberté (2). Ce mécanisme européen de protection contre les mauvais traitements est, de plus, efficace au niveau supranational. L'ONU, s'inspirant du CPT européen, a mis en place, le 22 juin 2006, un mécanisme de contrôle préventif international (par la création d'un Sous comité au comité contre la torture des Nations unies) et national. Ce mécanisme a été créé par le *Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (adopté le 18 décembre 2002). La France l'a signé le 16 septembre 2005, mais ne l'a pas encore ratifié. Elle a toutefois déjà créé une instance nationale de contrôle, le contrôleur général des prisons (Décret n°2008-246 du 12 mars 2008 pris conformément à la loi du 30 octobre 2007) et sa ratification est en cours. La Grèce n'a pas encore signé ce Protocole. Le contrôle s'exerce actuellement : par les procureurs de la République désignées pour assurer cette tâche (les seuls à avoir droit et l'obligation de s'y rendre régulièrement et de recevoir les plaintes) ; des commissions parlementaires constituées ad hoc ; la Commission nationale consultative des droits de l'homme (créée en 1998) et le défenseur du citoyen (créé en 1998). Ces deux dernières instances ne peuvent accéder dans les locaux de détention que sur autorisation. Notons que le CPT a, dans son rapport sur la dernière visite en Grèce, recommandé au gouvernement grec d'accorder à l'Ombudsman (défenseur du citoyen), la liberté de visite de ces lieux¹⁰⁰⁶.

1. Le mécanisme répressif renforcé par la Cour

Au fil de sa jurisprudence, la Cour, guidée par le but d'assurer une garantie efficace à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et de la torture, a dégagé un nombre de

¹⁰⁰⁶ CPT/Inf (2008) 3, *Rapport de visite*, Grèce, du 20 au 27 février 2007. Le site de Ombudsman grec : <http://www.synigoros.gr>.

garanties supplémentaires à celles de l'article 13 prévues pour tous les cas de violation des droits garantis par la Convention. Elle a, en premier lieu, dégagé des obligations préventives des Etats au titre de l'article 3 (a). Elle a, en second lieu, dégagé des obligations procédurales adaptées à la nature de ce droit aussi bien au titre de l'article 3 que des articles 13 et 34 de la Convention qui garantissent respectivement le droit de recours interne effectif et le recours européen (b).

a. Les obligations préventives au titre de l'article 3

La Cour estime que comme l'article 2, l'article 3 comporte également des obligations positives préventives. Combiné à l'article 1 de la Convention, il impose aux Hautes Parties contractantes de prendre des mesures propres à empêcher qu'une personne soit soumise à de mauvais traitements, même administrés par des particuliers¹⁰⁰⁷. Ces mesures doivent toujours comprendre des mesures de nature pénale, mais aussi dans certains cas, de nature non pénale.

Les obligations préventives pénales

Selon la Cour, seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine : la protection du droit civil est insuffisante pour des griefs relevant de l'article 3¹⁰⁰⁸. Cela implique des incriminations et des sanctions dissuasives quels que soient les auteurs (représentants de l'Etat, instituteurs, médecins, employés, parents, et en général, toute personne) et leur application effective.

Des incriminations et sanctions efficaces. Dans l'affaire *Siliadin*, par exemple, concernant la répression de *l'esclavage et de la servitude domestique*¹⁰⁰⁹, le manquement reproché à l'Etat français était l'absence d'incrimination propre à assurer une telle efficacité. Après avoir conclu que l'article 4 implique, à l'instar des articles 2 et 3, l'obligation positive d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent les pratiques visées par l'article 4 et de les appliquer en pratique¹⁰¹⁰,

¹⁰⁰⁷ CEDH, *A. c. R.U.*, préc., § 22 ; CEDH, *Z et autres c. R.U.*, [GC], n° 29392/95, CEDH 2001-V, §§ 73-75 ; et CEDH, *E. et autres c. Royaume-Uni*, n° 33218/96, CEDH, 2002-XI ; CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, préc., § 149.

¹⁰⁰⁸ « Les Etats ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale », CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, préc., § 153 ; CEDH, *X et Y c. Pays, Bas*, préc., § 27.

¹⁰⁰⁹ La requérante, âgée de 15 ans et sept mois, a été envoyée par ses parents en France chez des membres de sa famille pour travailler et étudier, mais elle a été leur domestique non rémunérée ; son passeport lui avait été confisqué ; elle travaillait dès 7 h 30 jusqu'à 22h30 ; elle dormait sur un matelas posé à même le sol, CEDH, *Siliadin c. France*, préc.

¹⁰¹⁰ « ... la Cour estime que limiter le respect de l'article 4 de la Convention aux seuls agissements directs des autorités de l'Etat irait à l'encontre des instruments internationaux spécifiquement consacrés à ce problème et reviendrait à vider celui-ci de sa substance. Dès lors, il découle nécessairement de cette disposition des obligations positives pour les Gouvernements, au même titre que pour l'article 3 par exemple, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent les pratiques visées par l'article 4 et de les appliquer en pratique », CEDH, *Siliadin c. France*, préc., § 89. Voir *M.C. c. Bulgarie*, précité, § 153.

la Cour a jugé que les infractions existantes en droit pénal français sont insuffisantes¹⁰¹¹. Concernant la répression du *viol et autres sévices sexuels*, la Cour a, plus d'une fois, mis en cause le système répressif des Etats aussi bien sous l'article 8¹⁰¹² que sous l'article 3¹⁰¹³. Dans l'affaire *M. C.*, elle a encore renforcé la protection contre le viol en exigeant de ne plus tenir compte dans les éléments constitutifs de viol la résistance physique de la victime¹⁰¹⁴. Encore faut-il que les incriminations aboutissent à une application et à des sanctions efficaces.

Application efficace des incriminations et sanctions. Des incriminations et sanctions pénales doivent non seulement être prévues mais aussi être effectivement appliquées. Ainsi, dans une affaire qui concernait des traitements infligés à un enfant par un des ses parents (des coups de bâton donnés régulièrement), qualifiés de mauvais traitements au sens de l'article 3, la Cour a estimé que, les juridictions nationales ayant acquitté l'auteur, le droit anglais ne mettait pas suffisamment le requérant à l'abri d'un traitement ou d'une peine contraires à l'article 3¹⁰¹⁵. De même, dans l'affaire *Siliadin* relative à la servitude au sens de l'article 4 §1, les auteurs ayant été relaxés en appel, et la victime n'ayant obtenu que des dommages et intérêts, cette instance a conclu à l'inefficacité du système pénal français¹⁰¹⁶.

Les obligations préventives des Etats peuvent inclure des mesures complémentaires de nature non pénale.

Les obligations préventives non pénales

Dans certains contextes, les manquements peuvent également résider dans l'absence et/ou l'insuffisance des moyens de contrôle de nature non pénale. La Cour estime qu'il incombe aux Etats l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables propres à empêcher la matérialisation de mauvais traitements. Précisément, il leur incombe, lorsqu'ils « savent ou doivent savoir » qu'il existe

¹⁰¹¹ « Qu'il s'agisse des peines prononcées ou des peines encourues, leurs insuffisances apparaissent clairement au regard de la gravité des faits caractérisant les situations d'esclavage moderne (...) » Compte tenu, d'une part, du rang constitutionnel des valeurs protégées par les articles 225-13 et 225-14 du code pénal et, d'autre part, de la gravité des faits lorsqu'ils sont caractérisés, l'insignifiance des peines encourues par les coupables de ces infractions est surprenante et conduit à s'interroger sur les priorités du système répressif français », CEDH, *Siliadin c. France*, préc., § 134.

¹⁰¹² « Les sévices sexuels constituent incontestablement un type odieux de méfaits qui fragilisent les victimes. Les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'Etat sous la forme d'une protection efficace les mettant à l'abri de formes aussi graves d'ingérence dans des aspects essentiels de leur vie privée », CEDH, *Stubbings et autres c. R.U.*, préc., § 64. V° *X et Y c. Pays Bas*, 26 mars 1985, Série A n°91, § 27.

¹⁰¹³ CEDH, *M. C. c. Bulgarie*, n°39272/98, CEDH 2003-XII.

¹⁰¹⁴ « Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique », CEDH, *M. C. c. Bulgarie*, préc., §§ 155-157 et §§ 165-166.

¹⁰¹⁵ Le beau-père, inculpé pour atteinte à l'intégrité physique, fut relaxé parce que l'accusation n'avait pas établi au-delà de tout doute raisonnable que les voies de fait ont dépassé un « châtiment raisonnable », CEDH, *A. c. R.U.*, préc., §§ 23-24.

¹⁰¹⁶ CEDH, *Siliadin c. France*, précité.

un « risque certain et immédiat » de mauvais traitements, de « faire tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles » pour empêcher la matérialisation¹⁰¹⁷. Une telle obligation pèse aux Etats en particulier à l'égard des personnes vulnérables. Tel est le cas des *personnes privées de leur liberté*. L'article 3 de la Convention « astreint les autorités des Etats contractants non seulement à s'abstenir de provoquer de tels traitements, mais aussi à prendre préventivement les mesures d'ordre pratique nécessaires à la protection de l'intégrité physique et de la santé des personnes privées de leur liberté¹⁰¹⁸ ». Tel est également le cas concernant les *enfants*. « Les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne¹⁰¹⁹ », et cela dans tous les contextes de vie, y compris dans leur vie familiale¹⁰²⁰. En se référant à la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989¹⁰²¹, la Cour a déclaré que cette protection implique la mise en place des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées¹⁰²².

Outre les obligations positives préventives, les Etats ont des obligations procédurales.

b. Les obligations procédurales

Les obligations procédurales incombent aux Etats tant au titre de l'article 3 que de l'article 13 de la Convention. Ce dernier reçoit une interprétation adaptée à ce type des griefs, comme pour les griefs relatifs au droit à la vie¹⁰²³. En particulier, il implique l'obligation de mener une enquête qui doit répondre aux exigences de l'article 3. De surcroît, ce type de griefs crée pour les Etats des obligations supplémentaires dans le cadre du recours national consacré par l'article 13 et du recours européen consacré par l'article 34 de La Convention.

Obligation de mener une enquête officielle et effective au titre de l'article 3

Pour que les droits consacrés par la Convention ne soient pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs, la Cour a dégagé de la combinaison de l'article 3 à l'article 1 de la Convention,

¹⁰¹⁷ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 190.

¹⁰¹⁸ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc. § 189. V° CEDH, *Mouisel c. France*, n° 67263/01, CEDH 2002, § 40 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 110.

¹⁰¹⁹ CEDH, *A. c. R.U.*, préc.

¹⁰²⁰ CEDH, *Z. et autres c. RU [GC]*, préc. ; CEDH, *E. et autres c. R.U.* n° 33218/96, CEDH 2002-XI.

¹⁰²¹ « 1. Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toutes formes de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, (...), de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié », (CIDE, art. 19).

¹⁰²² CEDH, *Z. et autres c. RU [GC]*, préc. ; CEDH, *E. et autres c. R.U.* n° 33218/96, CEDH 2002-XI ; CEDH, *D.P. et J.C. c. R.U.* préc., § 109.

¹⁰²³ CEDH, *Macovei et autres c. Roumanie*, préc., § 54

des obligations également procédurales¹⁰²⁴. Lorsqu'un individu allègue de « manière défendable » des sévices contraires à l'article 3, cette disposition combinée à l'article 1 implique qu'il y ait une « enquête officielle et effective »¹⁰²⁵ et la garantie d'engager des recours effectifs qui peuvent aboutir à des sanctions efficaces. Elle a déclaré que « s'il n'en allait pas ainsi, nonobstant son importance fondamentale, l'interdiction légale générale de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique, et il serait possible dans certains cas à des agents de l'Etat de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits soumis à leur contrôle¹⁰²⁶ ». De surcroît, cette obligation ne se limite pas aux seuls cas de mauvais traitements infligés par des agents de l'Etat ; elle s'étend aux particuliers¹⁰²⁷. Elle doit avoir lieu « quelle que soit la qualité des personnes mises en cause¹⁰²⁸ ».

Il incombe précisément aux Etats, en premier lieu, de mener une enquête approfondie et effective qui, en l'absence d'un recours exercé par les victimes¹⁰²⁹, doit être menée d'office¹⁰³⁰. Enquête approfondie et effective signifie que des investigations doivent porter sur tous les points susceptibles : d'établir l'exactitude des faits (les enquêteurs doivent, par exemple, procéder à l'interrogation de tous les témoins susceptibles de fournir des informations¹⁰³¹, et donner toutes les expertises nécessaires afin d'examiner de la manière la plus complète l'état de santé de la victime¹⁰³² et en tenir compte de leurs expertises¹⁰³³, et établir si la nature et la mesure de la force ont été justifiées dans les circonstances données d'une affaire¹⁰³⁴), afin d'aboutir à la recevabilité du

¹⁰²⁴ L'article 3 combiné avec l'article 1, impose l'obligation aux Etats de prendre des mesures propres à empêcher que les personnes relevant de leur juridiction ne soient soumises à des tortures ou à des peines inhumaines ou dégradants même administrés par des particuliers, CEDH, *Caloc c. France*, préc., § 89 ; V° CEDH, *H.L.R. c. France*, préc., § 40 ; CEDH, *A. R.U.*, 23 sept. 1998.

¹⁰²⁵ CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc., § 102 ; CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc., § 56 ; CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, n° 42023/98, CEDH 2004-II, § 110 ; CEDH, *Caloc c. France*, préc., § 89 ; CEDH, *Cafer Kurt c. Turquie*, préc., § 24 ; CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 199.

¹⁰²⁶ *Ibid.*

¹⁰²⁷ « Dans un certain nombre de cas, l'article 3 de la Convention entraîne l'obligation positive de mener une enquête officielle. Une telle obligation positive ne saurait en principe être limitée aux seuls cas de mauvais traitements infligés par des agents de l'Etat », CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, préc., § 151. V° CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc., § 102 ; CEDH, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], préc.

¹⁰²⁸ CEDH, *Macovei et autres c. Roumanie*, préc., § 46.

¹⁰²⁹ CEDH, *Zelilof c. Grèce*, préc., § 61.

¹⁰³⁰ CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc., § 102 ; CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc., § 156 ; CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, § 110 ; CEDH, *Caloc c. France*, préc., § 89 ; CEDH, *Cafer Kurt c. Turquie*, préc., § 24 ; CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 199.

¹⁰³¹ CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc., §§ 101-106 ; CEDH, *Sahin et autres*, préc., § 53 ; CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc., §§ 158-160 ; CEDH, *Zelilof c. Grèce*, préc., § 56.

¹⁰³² CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc. ; CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 207.

¹⁰³³ CEDH, *Zelilof c. Grèce*, préc., § 61. Ainsi, l'enquête est entachée d'ineffectivité : le refus d'une contre-expertise et le contentement à la seule expertise d'un médecin légiste appelé lors de la garde à vue, CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc., §§ 158-160 ; le rejet d'un examen médical suite à des allégations de mauvais traitements, CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 207, § 213 ; la non constitution d'un dossier permettant de tracer les étapes de l'enquête et des investigations effectuées, CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc., § 126 ; et évidemment, le refus non motivé d'enquêter, CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 207, § 213.

¹⁰³⁴ CEDH, *Zelilof c. Grèce*, préc., § 55. V° CEDH, *Corsacovc c. Moldavie*, n° 18944/02, CEDH 2006 IV, § 69.

recours (peut constituer une violation de l'article 3, le refus non motivé d'une plainte¹⁰³⁵, mais aussi un rejet du recours, exercé au titre de l'article 13, pour défaut de fondement dû aux défaillances de l'enquête¹⁰³⁶) et à l'identification et à la punition des responsables (Même si elles n'aboutissent pas forcément à ce résultat¹⁰³⁷, les investigations menées doivent être propres à conduire à l'identification des auteurs et à leur punition ainsi qu'à une réparation efficace¹⁰³⁸. Les investigations doivent pouvoir conduire à la punition des auteurs ; les sanctions uniquement pécuniaires ne sont pas suffisantes¹⁰³⁹).

En deuxième lieu, il incombe aux Etats de mener une enquête indépendante et impartiale, rapide, associant les victimes, et même comportant des mesures provisoires concernant les auteurs mises en cause.

Concernant précisément les garanties d'*indépendance et d'impartialité*, la Cour se réfère à l'article 12 de la Convention contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ONU), qui consacre l'obligation de procéder « immédiatement à une enquête impartiale » chaque fois qu'existent des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis. Elle estime qu'elles sont implicites dans la notion du « recours effectif » prévu par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁴⁰.

L'enquête doit être menée avec la plus grande diligence possible¹⁰⁴¹. Constituent des manquements à cette exigence de diligence, une enquête qui dure dix ans¹⁰⁴², un rapport d'expertise

¹⁰³⁵ CEDH, *Felhoratski c. Ukraine*, préc., § 126.

¹⁰³⁶ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 208.

¹⁰³⁷ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 207. V° CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc., § 156.

¹⁰³⁸ C'est encore dans l'arrêt *Aksoy* que la Cour a résumé que lorsque les auteurs ne sont pas identifiés par la victime, les investigations approfondies et effectives doivent être « propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comporter un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête », CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc., § 98. V° CEDH, *Aydın c. Turquie*, préc., § 103 ; CEDH, *Fedotov c. Russie*, préc., § 63 ; CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc., § 56 ; CEDH, *Selmouni c. France*, préc. ; CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc.

¹⁰³⁹ CEDH, *Aydın c. Turquie*, préc., § 103 ; CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc., § 66 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 123 ; CEDH, *Fedotov c. Russie*, préc., § 63 ; CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 199, § 209 ; CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc., § 56 ; CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, § 110.

¹⁰⁴⁰ CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc., § 98, CEDH, *Güleç c. Turquie*, préc., § 76.

¹⁰⁴¹ CEDH, *Dikme c. Turquie*, préc., §§ 93 et s. Dans l'affaire *Selmouni*, la Commission avait relevé que pour des faits commis entre le 25 et 29 novembre 1991 et portés à la connaissance des autorités nationales à ce moment, l'instruction avait commencé seulement le 22 février 1993, la mise en examen des auteurs, pourtant identifiés immédiatement par la victime, n'a eu lieu qu'en octobre 1996 et leur interrogatoire n'a commencé qu'en janvier 1997 (décision *Selmouni* n° 25803/94, du 25 nov. 1996)., CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., §§ 79 et s. Dans l'affaire *Labita c. Italie* [GC], précitée, le requérant, victime de mauvais traitements dans la prison, ne fut convoqué pour identifier les coupables seulement quatorze mois après sa plainte.

¹⁰⁴² « La Cour remarque d'emblée que la procédure diligentée contre les policiers mis en accusation a été très longue : elle a donné lieu, plus de dix ans après les faits, à un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 2004 qui a décidé de mettre fin à l'action pénale pour prescription », CEDH, *Fazıl Ahmet Tamer et autres c. Turquie*, n° 19028/02, CEDH 2007-VII.

médicale établi deux ans et sept mois après les faits dénoncés¹⁰⁴³, mais aussi un examen médical effectué deux mois¹⁰⁴⁴ et même dix jours¹⁰⁴⁵, après les allégations de sévices en prison.

Enfin, toujours pour préserver la confiance des personnes en la justice, et donc en l'état de droit, la Cour a jugé que, lorsque des accusations graves et défendables sont portées contre des fonctionnaires, l'article 3 peut impliquer *la suspension des fonctionnaires* durant l'enquête¹⁰⁴⁶.

Il arrive que la Cour examine les griefs à la fois sous le volet procédural de l'article 3 et sous l'article 13¹⁰⁴⁷. Cela s'explique par le fait que leur champ se recoupe. Mais le champ du droit de recours effectif est plus large.

Garanties complémentaires au titre du recours national effectif (art. 13)

L'article 13 prévoit que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. » (art. 13). Cette disposition comporte des garanties procédurales plus amples que l'article 3¹⁰⁴⁸. Elle peut être violée indépendamment de la violation de l'article 3¹⁰⁴⁹.

Lors de son application à des griefs relatifs à la violation de l'article 3, le droit de recours effectif reçoit une interprétation adaptée. La Cour a, à plusieurs reprises, souligné que « la portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention »¹⁰⁵⁰. En effet, dans ce type de griefs comme dans des griefs relatifs au droit à la vie consacré par l'article 2, l'article 13 comporte certaines exigences supplémentaires. L'enquête doit donc être *impartiale, approfondie et effective*¹⁰⁵¹, *rapide*¹⁰⁵² et à laquelle les victimes ont un accès effectif¹⁰⁵³. Des manquements à ces exigences lors de l'enquête peuvent compromettre l'effectivité des recours disponibles en droit national en débouchant sur un rejet pour défaut de fondement ou sur

¹⁰⁴³ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 205.

¹⁰⁴⁴ CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc., § 126.

¹⁰⁴⁵ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc.

¹⁰⁴⁶ « En effet, de telles mesures sont indispensables pour maintenir la confiance du public et assurer son adhésion à l'État de droit ainsi que pour prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux, ou de collusion dans leur perpétration », CEDH, *Fazil Ahmet Tamer et autres c. Turquie*, préc., § 93.

¹⁰⁴⁷ CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, préc. ; CEDH, *Angelova c. Bulgarie*, préc., §§ 158-162.

¹⁰⁴⁸ CEDH, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, n^{os} 57942/00 et 57945/00, CEDH, 2005-II, § 183.

¹⁰⁴⁹ CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc., §§ 156-160 ; CEDH, *Indelicato c. Italie*, n^o 31143/96, CEDH 2001-X.

¹⁰⁵⁰ CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc., § 95 ; CEDH, *Aydın c. Turquie*, préc., § 103 ; CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc., § 117 ; CEDH, *Ramirez Sanchez*, préc., § 128.

¹⁰⁵¹ CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 123.

¹⁰⁵² CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 200.

¹⁰⁵³ CEDH, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, préc., § 183.

l'impossibilité d'identifier et/ou de punir les responsables¹⁰⁵⁴. Les autres obligations supplémentaires concernent l'accès effectif à un tribunal, la *compétence et le pouvoir de sanction de celui-ci, et le cas échéant, l'existence des recours urgents assortis des mesures provisoires*.

Concernant *l'accès effectif à un tribunal*, on peut constituer une entrave à l'exercice d'un recours effectif aussi bien le classement sans suite et sans possibilité donnée aux victimes de contester une telle décision devant un organe indépendant et impartial, qu'une qualification en deçà de la gravité des faits¹⁰⁵⁵. Certes « aucun article de la Convention ne garantit le droit pour les victimes d'une agression d'imposer aux autorités internes leur *choix quant à la qualification juridique des faits* ». Mais la Cour peut contrôler si la qualification retenue a été « apte à conduire à la punition des responsables¹⁰⁵⁶ » telle qu'est exigée par l'article 3 de la Convention, puisque, au sein de cet article, les notions de torture, de traitements ou peines inhumains, et de traitements ou peines dégradants revêtent un sens autonome¹⁰⁵⁷.

Quant à l'étendue de la *compétence et du pouvoir de sanction*, l'instance saisie doit pouvoir contrôler tant la forme que le fond d'une affaire. Elle doit également pouvoir prononcer des sanctions de réparation du préjudice moral et matériel mais aussi des sanctions pénales¹⁰⁵⁸. Faute d'avoir pu identifier les responsables et établir leur responsabilité, l'instance de recours doit pouvoir ordonner la sanction minimale qui est la réparation du préjudice : « Une indemnisation pour le dommage moral provoqué par la violation doit en principe faire partie des formes de réparation disponibles. La victime doit toujours pouvoir au moins obtenir réparation¹⁰⁵⁹. » Outre des sanctions pénales, les obligations positives des Etats visant à prévenir les mauvais traitements par la dissuasion et la répression, commandent également des « sanctions disciplinaires¹⁰⁶⁰ ».

Enfin, le recours effectif peut également impliquer l'existence des *recours urgents assortis des mesures provisoires* afin d'anticiper ou de faire cesser une situation susceptible de porter atteinte à l'article 3. Ainsi, la Cour a jugé qu'il doit exister des recours urgents permettant de prononcer le sursis à l'exécution d'un arrêté d'expulsion si le dommage qui risque de se produire est irréversible¹⁰⁶¹ ou la suspension d'une sanction disciplinaire consistant en la mise en isolement, tout du moins lorsque la personne souffre de troubles mentaux et présente des risques de suicide¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁴ Vu les lacunes constatées lors de l'enquête, la Cour a conclu à la violation de l'article 13 au motif que ces lacunes ont privé le requérant de la possibilité d'exercer un recours effectif, CEDH, *Salman c. Turquie* [GC], préc.

¹⁰⁵⁵ CEDH, *Macovei et autres c. Roumanie*, préc., § 53.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, § 56.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, § 50.

¹⁰⁵⁸ CEDH, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, préc., § 183.

¹⁰⁵⁹ CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 66.

¹⁰⁶⁰ CEDH, *Fazil Ahmet Tamer et autres c. Turquie*, préc., § 98, § 99.

¹⁰⁶¹ CEDH, *Jabari c. Turquie*, préc.

¹⁰⁶² CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 127, § 130.

Un dernier point de renforcement réside dans la matière de preuves devant la Cour dans le cadre du recours européen (article 34).

Garanties complémentaires au titre du recours européen (art. 34)

Le recours européen individuel est consacré en ces termes par l'article 34 de la Convention¹⁰⁶³. Dans le cadre de ce recours, la Cour a tenté de faciliter les preuves en matière d'allégation de mauvais traitements en adoptant un critère autonome d'appréciation des preuves et en prévoyant la possibilité d'inversement de la charge de la preuve en faveur des requérants.

La preuve « au-delà de tout doute raisonnable »

La Cour exige que les allégations de mauvais traitements soient étayées par des éléments de preuve appropriés¹⁰⁶⁴. Plus précisément, elles doivent être établies « au-delà de tout doute raisonnable »¹⁰⁶⁵. La *preuve au-delà de tout doute raisonnable* revêt un sens européen autonome¹⁰⁶⁶. Elle peut résulter d'un *faisceau d'indices ou des présomptions non réfutés, suffisamment graves, précis et concordants*¹⁰⁶⁷.

La possibilité d'inversement de la charge de la preuve

La charge de cette preuve peut être inversée. La Cour affirme qu'elle n'applique pas rigoureusement le principe *affirmanti incumbit probatio* (celui qui allègue doit apporter la preuve)¹⁰⁶⁸. Il en va ainsi lorsque seul le gouvernement a accès à l'information capable de corroborer ou à réfuter les allégations¹⁰⁶⁹. Tel est notamment le cas s'agissant d'allégations de mauvais

¹⁰⁶³ « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

¹⁰⁶⁴ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 181 ; CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 88 ; CEDH, *Fedorov c. Russie*, préc., § 59 ; CEDH, *Martinez Sala et autres c. Espagne*, préc., § 146 ; CEDH, *Soner et autres c. Turquie*, préc., § 42.

¹⁰⁶⁵ CEDH, *Aydin c. Turquie*, préc., §§ 70-73 ; CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., §§ 88 ; CEDH, *Dikme c. Turquie*, préc., § 73 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 121 ; CEDH, *Fedotov c. Russie*, préc., § 59 ; CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 181.

¹⁰⁶⁶ CEDH, *Mathieu c. France*, n° 68673/01, CEDH 2005-X, § 156 ; CEDH, *Soner et autres c. Turquie*, préc. § 42.

¹⁰⁶⁷ R 21592/93 (A.Sur/Turquie), 3.9.96, § 35. V° CEDH, *Aydin c. Turquie*, préc., §§ 70-73 ; CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., §§ 88 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 121 ; CEDH, *Fedotov c. Russie*, préc., § 59 ; CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 181 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc., § 98 ; CEDH, *Soner et autres c. Turquie*, préc., § 42.

¹⁰⁶⁸ CEDH, *Fedotov c. Russie*, préc., § 60.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

traitements subis durant une privation de liberté¹⁰⁷⁰. Si la personne apporte la preuve des blessures, notamment par des pièces médicales, il existe de fortes présomptions de fait¹⁰⁷¹. Dans ces cas, il appartient aux Gouvernements de fournir une « explication plausible¹⁰⁷² » sur les origines de ces blessures et de produire des « preuves établissant des faits qui font peser un doute sur les allégations de la victime¹⁰⁷³ ». Lorsque aucune explication n'est donnée sur ces blessures, cette instance déduit qu'il y a de fortes présomptions quant au fait que ces traitements ont été infligés durant l'interrogatoire¹⁰⁷⁴. Tel peut être le cas également des personnes qui ne peuvent pas apporter la preuve faute d'investigations. Dans ce cas, elle peut accorder foi au récit de plaignants¹⁰⁷⁵. Dans ces cas, la Cour peut s'appuyer sur tout autre élément de preuve¹⁰⁷⁶.

Le manquement à l'obligation de mener une enquête répondant à l'ensemble de ces exigences peut emporter violation de l'article 3. Cette violation peut être uniquement procédurale ou également substantielle. Si l'absence de l'enquête a empêché d'établir les faits « au-delà de tout doute raisonnable », la Cour ne prononce que la violation procédurale de l'article 3¹⁰⁷⁷. En revanche, si malgré l'absence d'une enquête effective, elle considère que les faits sont établis « au-delà de tout doute raisonnable », elle peut conclure à la violation à la fois procédurale et substantielle de l'article 3¹⁰⁷⁸. Mais s'agissant de manquements procéduraux, il arrive que cette instance conclut à la violation de l'article 3 sans préciser si elle est substantielle ou procédurale¹⁰⁷⁹.

2. La protection complémentaire préventive assurée par le CPT

Afin de renforcer l'effet protecteur de l'article 3 de la Convention à l'égard des personnes privées de leur liberté, le Conseil de l'Europe a adopté, le 26 novembre 1987, la *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*

¹⁰⁷⁰ CEDH, *Biyan c. Turquie*, préc., § 41.

¹⁰⁷¹ « Lorsqu'une personne est blessée au cours d'une mesure privative de liberté, alors qu'elle se trouvait entièrement sous le contrôle de fonctionnaires de police, y compris lors de son arrestation, toute blessure survenue pendant cette période donne lieu à de fortes présomptions de fait », CEDH, *Soner et autres c. Turquie*, préc., § 4.

¹⁰⁷² « Lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'Etat de fournir une *explication plausible* pour l'origine des blessures, à défaut de quoi l'article 3 de la Convention se trouve manifestement appliqué », CEDH, *Tomasi c. France*, préc., §§ 108-111. V° CEDH, *Aksoy c. Turquie*, préc., § 61 ; CEDH, *Ribitsch c. Autriche*, n° 18896/91, 4 déc. 1995, Série A n° 336, § 34 ; CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 87 ; CEDH, *Dikme c. Turquie*, préc., § 78 ; CEDH, *Caloc c. France*, préc., § 84 ; CEDH, *Biyan c. Turquie*, préc., § 41.

¹⁰⁷³ CEDH, *Soner et autres c. Turquie*, préc., § 41. V° CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc., §§ 52, 53 ; CEDH, *Altay c. Turquie*, préc., § 50 ; CEDH, *Esen c. Turquie*, n° 29484/95, CEDH 2003-VII, § 25.

¹⁰⁷⁴ CEDH, *Salman c. Turquie* [GC], préc.

¹⁰⁷⁵ A propos des conditions matérielles de la détention (CEDH, *Fédotov c. Russie*, précité), et à propos des violences, (CEDH, *Altay c. Turquie*, précité).

¹⁰⁷⁶ CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc., §§ 38-42.

¹⁰⁷⁷ CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc., § 94.

¹⁰⁷⁸ CEDH, *Dikme c. Turquie*, n° 20869/92, CEDH 2000-VIII, §§ 68-104. Même s'il lui arrive de retenir la violation substantielle de l'article 3 et passer, pour la partie procédurale, à l'examen du droit au recours au sein de l'article 13, CEDH, *Ilhan c. Turquie* [GC], préc., §§ 84-92.

¹⁰⁷⁹ Par exemple, CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc., §§ 125-128.

assorti d'un mécanisme de protection préventif. Son préambule énonce : « Convaincus que la protection des personnes privées de liberté contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants pourrait être renforcée par un mécanisme non judiciaire, à caractère préventif, fondé sur des visites ».

En effet, la particularité du mécanisme de protection instauré par cette Convention réside dans le contrôle préventif de tout lieu privatif de liberté (art. 2)¹⁰⁸⁰. Ce contrôle est exercé par l'instrument mis spécialement en place par cette même Convention : le *Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants* (CPT). Il s'agit d'un organe pluridisciplinaire composé de juristes, de médecins, de psychologues et de personnes appartenant à d'autres disciplines.

Cet organe exerce son contrôle par des visites régulières ou inopinées (art. 7)¹⁰⁸¹ auxquelles les autorités nationales ne peuvent pas s'opposer (art. 3). Le pouvoir de contrôle du CPT est illimité en ce sens qu'il peut visiter l'ensemble des lieux de détention, se déplacer à l'intérieur de ces lieux sans aucune entrave et qu'il peut s'entretenir avec toute personne dans la confidentialité (art. 8).

A la fin de sa visite, le CPT rédige un rapport qu'il transmet au gouvernement. Ce rapport peut contenir des recommandations pour remédier aux situations jugées non conformes à la Convention. Le gouvernement est tenu de répondre pour s'expliquer et pour préciser les mesures qu'il compte prendre et dans quel délai afin de remédier aux insuffisances relevées.

Les rapports de visite, ainsi que les réponses du gouvernement sont confidentiels. Mais le gouvernement concerné peut donner son accord pour les publier¹⁰⁸². C'est ce qui se fait de plus en plus. Le refus de publication est jugé suspect, laissant présumer des conditions de détention constitutives de mauvais traitements. En tout cas, il est jugé contraire à la démocratie dont une de ses caractéristiques est la transparence de son fonctionnement.

Dans la pratique, c'est dans cette publication que réside le pouvoir de ce système de protection. Les Etats européens ne veulent pas être mis à l'index par l'opinion publique pour violation des droits de l'homme, qui devient l'indicateur majeur du déficit démocratique des pays européens. L'autorité

¹⁰⁸⁰ Article 2 : « Chaque Partie autorise la visite, conformément à la présente Convention, de tout lieu relevant de sa juridiction où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique. »

¹⁰⁸¹ Article 7 : « Le Comité organise la visite des lieux visés à l'article 2. Outre des visites périodiques, le Comité peut organiser toute autre visite lui paraissant exigée par les circonstances ».

¹⁰⁸² Article 11 : « 1. Les informations recueillies par le Comité à l'occasion d'une visite, son rapport et ses consultations avec la Partie concernée sont confidentiels. 2 Le Comité publie son rapport ainsi que tout commentaire de la Partie concernée, lorsque celle-ci le demande. 3 Toutefois, aucune donnée à caractère personnel ne doit être rendue publique sans le consentement explicite de la personne concernée.»

morale de ce Comité étant acquise au niveau européen, la publication de ses rapports est redoutée par les Etats.

Outre ces Rapports, le CPT rédige chaque année un rapport général sur ses activités qui, lui, est d'office public (art. 12)¹⁰⁸³. Par ce biais le CPT parvient au fil des années, à dégager ses propres critères d'appréciation des mauvais traitements, et donc de leur donner une définition qui n'est pas identique à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Il arrive que la Cour, en se référant au rapport du CPT, relève que cet organisme a qualifié une situation ou un traitement dans un lieu de détention comme constitutifs de mauvais traitement, mais elle n'adopte pas la même analyse que celle concernant l'article 3 de la Convention. Il n'empêche que, la Cour ayant adopté une interprétation évolutive de la Convention, les analyses du CPT lui servent de précurseur dans l'application de l'article 3 dans les lieux privés de liberté. En tout cas, en temps réel, son travail lui sert de moyen de preuve dans l'appréciation des conditions de détention dans un lieu visité par cet organisme. Les faits rapportés jouissent d'une sorte de présomption de véracité, faite pour le gouvernement visé de produire des preuves contraires convaincantes.

Après la présentation du cadre général de la définition et de la protection européenne de la dignité, nous allons examiner quels sont les principes qui régissent son application dans la prison et quelle est son application effective.

D. Les principes sur l'application du respect de la dignité dans les prisons

Au regard de droits internationaux, la peine privative de liberté même exécutée en détention n'est pas en soi incompatible avec le respect de la dignité. En effet, elle fait partie des « peines légitimes » selon l'expression de la Convention de l'ONU contre la torture (1984), dont l'incompatibilité avec le respect de la dignité de la personne est expressément exclue. Le dernier alinéa de la disposition de cette Convention qui définit la "torture" précise que ce terme n'englobe pas « la douleur ou les souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ». Or la peine privative de liberté fait partie de telles peines : elle est implicitement admise par la DUDH dès lors que son article 9 qui prévoit que « nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé », n'exclut pas la privation de liberté à titre de peine ; et elle est expressément autorisée par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 5)¹⁰⁸⁴. Ce qui signifie qu'elle est également compatible avec l'article 3 de cette dernière Convention.

¹⁰⁸³ Article 12 : « Chaque année, le Comité soumet au Comité des Ministres, en tenant compte des règles de confidentialité prévues à l'article 11, un rapport général sur ses activités, qui est transmis à l'Assemblée Consultative, ainsi qu'à tout Etat non membre du Conseil de l'Europe partie à la Convention, et rendu public ».

¹⁰⁸⁴ « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

a. il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ».

Cela bien que la Cour européenne reconnaisse que cette peine, à l'instar de quasiment toutes les sanctions pénales, comporte inévitablement un degré de souffrance et d'humiliation. En s'exprimant pour la première dans l'arrêt *Tyrer* sur les principes qui doivent régir la compatibilité des peines existantes dans les pays du Conseil de l'Europe avec l'article 3 de la Convention, elle a déclaré : « La Cour constate, d'abord, qu'un individu peut être humilié par le simple fait qu'on le condamne au pénal¹⁰⁸⁵ » ; et que cela est « l'un des effets du châtement judiciaire qui entraîne la soumission forcée aux exigences du système pénal¹⁰⁸⁶ ». Mais elle a refusé de tirer de ce constat une antinomie avec l'article 3 : « Il serait absurde de soutenir que toute peine judiciaire, en raison de l'aspect humiliant qu'elle présente d'ordinaire et presque inévitablement, revêt un caractère dégradant au sens de l'article 3¹⁰⁸⁷ ».

Et la Cour de préciser que pour que ces peines « légitimes » soient considérées comme incompatibles avec le respect de la dignité, elles doivent s'accompagner des conséquences qui dépassent le seuil d'humiliation « inhérent », « inévitable » ou « habituel » de ces peines. « L'humiliation ou l'avilissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation mentionné à l'alinéa précédent¹⁰⁸⁸ » ; « la souffrance ou l'humiliation doivent aller au-delà de ce que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitime », précisa-t-elle ultérieurement¹⁰⁸⁹. En tout état de cause, « il ne suffit pas que le traitement comporte des aspects désagréables¹⁰⁹⁰ ».

En ce qui concerne précisément la peine privative de liberté, si elle n'est pas en soi considérée comme une peine humiliante ou inhumaine, il est en effet admis qu'elle peut le devenir par les conditions de son exécution dès lors qu'elles entraînent des conséquences qui dépassent celles considérées comme normales¹⁰⁹¹. Ce risque est notamment reconnu lorsqu'elle est exécutée dans la prison. En effet, si les instances nationales et internationales refusent de voir dans l'incarcération une peine corporelle qu'elles reconnaissent, en revanche, que la prison est un lieu fragilisant le respect de la dignité et un lieu où l'individu connaît des risques accrus de subir des mauvais traitements. Le souci d'affirmer expressément l'obligation d'assurer le respect de la dignité à l'égard des détenus dans les textes pénitentiaires internationaux, supranationaux et nationaux est à cet égard symptomatique.

¹⁰⁸⁵ CEDH, *Tyrer c.R.U.*, préc., § 30.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ *Ibid.* V° parmi d'autres : CEDH, *Costello-Roberts c.R.U.*, préc. ; CEDH, *Kudla c.Pologne* [GC], préc., §§ 92-94 ; CEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH-2004-VIII ; CEDH, *Kalashnikov c. Russie*, préc., § 95 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], n° 59450/00, CEDH 2006-VII, § 119 ; CEDH, *Popov c. Russie*, n° 26853/04, CEDH 2006-VII, § 208 ; CEDH, *Kadiķis c. Lettonie (n° 2)*, n° 62393/00, CEDH 2006-V, § 56.

¹⁰⁸⁹ CEDH, *T. c. R.U.*, [GC], préc., § 69.

¹⁰⁹⁰ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., § 107.

¹⁰⁹¹ « Une peine d'emprisonnement régulièrement infligée peut soulever un problème sous l'angle de l'article 3, notamment par la manière dont elle est exécutée », D 7994/77 (*Kötalla/Pays-Bas*), D.R. 14, p. 238. V° R 9044/80 (*Cartier/Italie*, 8.12.1981, DR 33, p 41).

Cette obligation figure aussi bien dans le texte de *l'Ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus* (ONU), que dans celui des *Règles pénitentiaires* européennes révisées en 2006¹⁰⁹². De surcroît, au niveau européen, le *Comité européen pour la prévention de la torture* fut institué dans le but de renforcer le respect de la dignité dans les lieux de privation de liberté. Le même souci est exprimé par les droits nationaux.

En droit grec, le *Code pénitentiaire* consacre, dès son deuxième article, le principe selon lequel la dignité humaine doit être préservée durant le traitement des détenus (art. 2). Concernant la *protection pénale* des personnes détenues contre des actes de torture et des traitements inhumains ou dégradants, le droit grec est marqué par une évolution similaire à celle de la jurisprudence européenne. La privation de liberté est prise en compte dans le renforcement de la protection de la dignité. Cette condition fait partie de celles constitutives de l'infraction de torture et d'atteintes à la dignité humaine. Constituent de telles infractions, des actes commis par des fonctionnaires ou militaires chargés de l'« instruction des infractions pénales ou disciplinaires », mais aussi de la « garde des personnes » et de l'« exécution des peines » (art. 137A § 1)¹⁰⁹³. De plus, les atteintes de nature sexuelle constituent une infraction spéciale lorsqu'elles sont commises par des personnes en poste dans une institution publique destinée à la garde des personnes à but punitif ou thérapeutique (art. 343 al.b C. pén.)

En droit français, le respect de la dignité des détenus est également souligné dans les *dispositions pénitentiaires*. « A l'égard de toutes les personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à quelque titre que ce soit, le service public pénitentiaire assure le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et prend toutes les mesures destinées à faciliter leur réinsertion sociale. » (art. D 189 CPP). Une autre disposition interdit l'usage de dénominations injurieuses (art. D 220 CPP). Quant à la *protection pénale*, il faut voir une protection renforcée des détenus dans le fait que certaines infractions lorsqu'elles sont commises « par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission » est considéré comme une circonstance aggravante. Il s'agit de la torture et des actes de barbarie (art. 222-3, 7° et 222-8 7°), des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10 7°) et des violences ayant entraîné une incapacité de travail durant huit jours (art. 222-12 7°). Même sans conséquence physique handicapante, la qualité de l'auteur d'actes de violences suffit pour que celles-ci constituent une infraction pénale (art. 222-13 7°).

Aussi le principe régissant la protection des détenus au sein du droit européen et des droits nationaux est-il défini comme l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique et mentale que se

¹⁰⁹² Dans leur préambule et dans le premier et troisième article des principes fondamentaux.

¹⁰⁹³ Voir la partie de la présente étude consacrée sur cette question.

soit par des actions ou des omissions, la prison étant considérée comme un contexte fragilisant le respect de la dignité. Le principe est ainsi fixé par la Cour : *tout prisonnier doit être détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine*. Avec la précision, d'une part, que les modalités d'exécution ne doivent pas soumettre les prisonniers à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention¹⁰⁹⁴ et, d'autre part, que ces personnes se trouvent dans une situation de vulnérabilité : « La Cour a souligné que les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et que les autorités ont le devoir de les protéger¹⁰⁹⁵ ».

Aussi, dans la prison, les atteintes qui sont susceptibles de constituer un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention sont celles dépassant le niveau d'humiliation et de souffrance inhérent à la peine privative de liberté exécutée dans la prison. Il reste alors à déterminer de quel type d'atteintes il s'agit et où se situe ce seuil. Celui-ci est-il propre à assurer la même garantie qu'à l'extérieur ou tolère-t-il des atteintes d'une gravité plus élevée au point de compromettre le caractère absolu des interdits prévus par l'article 3 ?

Nous allons donc déterminer où se situe le seuil de violation de l'article 3 dans la prison et quelles sont les exigences européennes de protection et celles effectivement prévues par les droits nationaux. Nous allons d'abord, aborder cette question concernant la protection de l'intégrité physique et psychique en général (**Chapitre 1**), et ensuite celle de la santé en particulier. Comme nous l'avons noté, la Cour estime que dès lors qu'une détérioration de la santé implique la responsabilité de l'Etat, elle peut constituer un mauvais traitement¹⁰⁹⁶. Or, s'agissant des personnes détenues, la garantie des soins relève quasi exclusivement de la responsabilité de l'Etat créant alors un champ d'obligations aussi vaste que la garantie de l'intégrité physique de ces personnes. Par ailleurs, le domaine de la santé soulève des questions qui lui sont propres, comme le respect du secret et du consentement qui relèvent à la fois de l'article 3 et 8 de la Convention (**Chapitre 2**).

¹⁰⁹⁴ « L'article 3 impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier soit détenu dans des *conditions* qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les *modalités d'exécution* de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance *inhérent* à la détention », CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 59450/00, CEDH 2005-I, § 99. « Pour qu'une peine ou le traitement dont elle s'accompagne soient 'inhumains' ou 'dégradants', la souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitime. La question de savoir si le traitement avait pour but d'humilier ou de rabaisser la victime est un autre élément à prendre en compte. L'absence d'un tel but ne saurait toutefois exclure de façon définitive un constat de violation de l'article 3 », CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 121. V° CEDH, *V. c. R.U.*, [GC], préc., § 71 ; CEDH, *Raninen c. Finlande*, préc., § 55.

¹⁰⁹⁵ CEDH, *Rivas c. France*, préc., § 38. V° CEDH, *Mikadze c. Russie*, n° 52697/99, CEDH 2007-VI, § 109 ; CEDH, *Biyani c. Turquie*, préc., § 43 ; CEDH, *Berktaç c. Turquie*, préc., § 167.

¹⁰⁹⁶ « La souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut relever de l'article 3 si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement – que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables », CEDH, *Pretty c. R.U.*, n° 2346/02, CEDH, 2002-IV § 52. V° CEDH., *Keenan c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Bensaid c. R.U.*, n° 44599/98, CEDH 2000-I.

CHAPITRE 2. APPLICATION DES INTERDITS DANS LA GARANTIE DE L'INTEGRITE PHYSIQUE ET MENTALE DES DETENUS

Eu égard à la jurisprudence européenne, la protection de l'intégrité des personnes détenues se pose en des termes non identiques au regard des aspects suivants : les violences, qui sont des traitements nullement impliqués par les conséquences inévitables de la détention (**Section 1**) ; les conditions matérielles de vie en détention, à propos desquelles la Cour admet un certain seuil de souffrance comme inévitable (**Section 2**) ; les régimes de détention de sécurité renforcée, le plus connu étant celui d'isolement carcéral à propos duquel la Commission avait, dès 1973, reconnu qu'il constitue une mesure grave notamment s'il est de longue durée¹⁰⁹⁷ (**Section 3**) ; et, enfin, la capacité de certaines catégories de personnes à subir une détention de régime ordinaire (**Section 4**).

SECTION 1. LES GARANTIES CONTRE TOUS TYPES DE VIOLENCES

Rappelons que ce qui caractérise l'approche européenne des violences physiques commises à l'encontre des détenus est, d'une part, que ceux-ci sont considérés comme des personnes en situation de vulnérabilité en raison de la privation de liberté qui les placent entièrement dans les mains des autorités¹⁰⁹⁸. Cela milite pour une appréciation plus stricte de la nécessité de recours à l'usage des moyens de force. Mais d'autre part, leur champ d'exposition à la violence est plus large que celui d'une personne libre.

Il est plus large de fait, à cause de la cohabitation forcée et du climat général de tension qui règne dans les prisons. Il est aussi plus large de droit car les cas de recours autorisés à la force et les moyens de force sont plus nombreux qu'à l'extérieur. De surcroît, outre le recours à la force, est autorisé en prison le recours à des moyens coercitifs d'ordre et de sécurité (dits également moyens de contention ou de contrainte) comme les menottes, les entraves, les camisoles de force, les fouilles, etc. Certains d'entre eux, outre le fait qu'ils sont contraires à l'article 8, peuvent être constitutifs d'un traitement prohibé par l'article 3. Cependant tant le Conseil de l'Europe que les droits nationaux ne les interdisent pas. Ils se contentent de prévoir des garanties lors de leur usage.

¹⁰⁹⁷ « C'est assurément une mesure grave que de couper un détenu de tout ou pratiquement tout contact avec la collectivité carcérale pendant une longue période », D 7630/76 (Reed/RU), 6.12.1979, D.R. 19, p. 113 ; D 6038/73 (X/RFA), 11.7.1973, Rec. 44, p.115 ; D 18942/91 (S.Windsor/RU), 6.4.1993.

¹⁰⁹⁸ Voir entre autres, CEDH, *Rivas c. France*, préc., § 38 ; CEDH, *Biyan c. Turquie*, préc., § 43 ; CEDH, *Bursus c. Roumanie*, préc., § 94.

Nous allons présenter les éléments de la protection européenne et nationale des détenus, d'abord, contre la force physique (§ 1), et ensuite contre les moyens coercitifs (§ 2).

§ 1. La protection contre les violences physiques

Par force physique, nous entendons la violence infligée à main nue, mais aussi à l'aide d'instruments (matraques, pompes à eau, gaz lacrymogènes ou autres, à l'exception de celle des armes à feu qui est traitée dans la partie sur le droit à la vie). Pèse sur les autorités l'obligation de protéger l'intégrité physique des détenus tant contre l'usage de force de la part du personnel pénitentiaire que de celle des codétenus. Les personnes privées de leur liberté sont en état de vulnérabilité¹⁰⁹⁹ et sous la responsabilité des Etats¹¹⁰⁰. Il convient alors d'établir les exigences européennes (A) et de les comparer à celles prévues par les droits nationaux (B).

A. La protection européenne

Ce qui caractérise la protection européenne des détenus contre les violences, c'est d'abord le fait qu'elle impose aux Etats des obligations qui sont à la fois négatives et positives : « Il astreint les autorités des Etats contractants non seulement à s'abstenir de provoquer de tels traitements, mais aussi à prendre préventivement les mesures d'ordre pratique nécessaires à la protection de l'intégrité physique et de la santé des personnes privées de liberté »¹¹⁰¹. Ce qui la caractérise, ensuite, c'est le fait que ces personnes sont considérées comme vulnérables et que les autorités ont donc le devoir de protéger¹¹⁰². Jusqu'à présent, c'est surtout l'interdiction faite aux personnes chargées de l'autorité de recourir à la force qui a donné lieu à des recours devant la Cour de la part des détenus examinés sous l'angle de l'article 3 (1). Les recours pour violences de la part des codétenus demeure marginale (2).

1. Les obligations négatives

Les *obligations négatives* imposent, en premier lieu, de s'abstenir d'utiliser la force à l'encontre des personnes détenues et, en deuxième lieu, au cas où les autorités seraient amenées à en faire usage, de la limiter à la mesure strictement nécessaire. En effet, l'usage de la force n'est pas prohibé de manière absolue. La protection des détenus réside seulement dans la réglementation de son usage. Ce qui leur est propre, comme à toutes les personnes privées de leur liberté, c'est que du fait de leur état de vulnérabilité et parce qu'elles sont placées sous la protection des autorités, l'appréciation de

¹⁰⁹⁹ Voir entre autres, CEDH, *Rivas c. France*, préc., § 38 ; CEDH, *Biyan c. Turquie*, préc., § 43 ; CEDH, *Bursus c. Roumanie*, préc., § 94.

¹¹⁰⁰ CEDH, *Mikadzé c. Russie*, préc., § 109.

¹¹⁰¹ CEDH, *Pantea c. Roumanie* préc., § 189 ; *Mouisel c. France*, n° 67263/01, CEDH 2002-XI, § 40 ; CEDH, *Keenan c. R. U.*, préc., § 110.

¹¹⁰² CEDH, *Mikadzé c. Russie*, préc., § 109 ; CEDH, *Rivas c. France*, préc., § 38 ; CEDH, *Biyan c. Turquie*, préc., § 43 ; CEDH, *Bursus c. Roumanie*, préc., § 94.

la nécessité de recours à la force est plus stricte : « Lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3¹¹⁰³ ». En tout état de cause, la Cour considère que des coups multiples et d'une certaine gravité sont difficilement justifiables par le comportement d'une personne déjà privée de liberté de même que par celui d'une personne lors de son arrestation. Leur constat suffit pour les qualifier de mauvais traitements¹¹⁰⁴. D'autre part, la vulnérabilité des personnes privées de leur liberté facilite la preuve de mauvais traitements devant la Cour. Le raisonnement adopté à ce propos est que « lorsqu'une personne est blessée au cours d'une garde à vue, alors qu'elle se trouvait entièrement sous le contrôle de fonctionnaires de police, toute blessure survenue pendant cette période donne lieu à de fortes présomptions de fait¹¹⁰⁵ ». Cela crée à la charge des Etats l'obligation de produire des preuves susceptibles d'écarter de telles présomptions. Précisément, un tel événement étant, dans sa totalité ou pour une large part, connu exclusivement des autorités il appartient au gouvernement de fournir une « explication plausible » sur son origine et de produire des preuves établissant des faits qui font peser un doute sur les allégations de la victime¹¹⁰⁶. A défaut, la violation de l'article 3 et la responsabilité de l'Etat peuvent être retenues¹¹⁰⁷. Tel est notamment le cas si le requérant a apporté des preuves médicales¹¹⁰⁸. Le gouvernement doit être en mesure de les contredire, en principe, par le même type de preuves. Il résulte en effet de la jurisprudence de la Cour qu'il incombe au gouvernement de faire subir des *examens médicaux* aux personnes à l'issue d'une garde à vue¹¹⁰⁹ mais aussi d'une arrestation ou d'un incident violent dans la prison ou autre lieu de détention¹¹¹⁰. Ils peuvent aussi produire des *procès-verbaux détaillés*¹¹¹¹ afin de pouvoir comparer

¹¹⁰³ CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc., § 52, § 53 ; CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 180. Parfois la Cour a recours à des termes encore plus restrictifs : la force doit être rendue « strictement nécessaire » (*Altay c. Turquie*, préc., § 49 ; *Labita c. Italie* [GC], préc., § 120 ; *Indelicato c. Italie*, préc., § 31) ou « absolument nécessaire » (*Gömi et autres c. Turquie*, préc., § 72).

¹¹⁰⁴ CEDH, *Selmouni c. France* [GC], préc., § 99 ; CEDH, *Rehbock c. Slovaquie*, préc., §§ 76-77 ; CEDH, *R. L. et M. J.D., c. France*, préc., §§ 72-73 ; CEDH, *Sahin et autres c. Turquie*, préc., § 54 ; et CEDH, *Ribitsch c. Autriche*, préc.

¹¹⁰⁵ CEDH, *Altay c. Turquie*, préc., § 50 ; CEDH, *Rivas c. France*, préc., § 38 ; *Salman c. Turquie* [GC], préc., § 100.

¹¹⁰⁶ Voir, parmi d'autres, arrêts : CEDH, *Selmouni c. France*, préc. ; CEDH, *Berktaş c. Turquie*, préc., § 167 ; CEDH, *Altay c. Turquie*, préc., § 50 ; *Tomasi c. France*, préc., §§ 108-111 ; CEDH, *Ribitsch c. Autriche*, préc., § 31 ; CEDH, *Rivas c. France*, préc., §§ 38.

¹¹⁰⁷ « En l'absence d'une explication plausible, la Cour estime établi en l'espèce que les lésions dont les traces ont été constatées sur la personne du requérant ont été causées par un traitement dont le Gouvernement porte la responsabilité », CEDH, *Altay c. Turquie*, préc., § 56 ; CEDH, *Rivas c. France*, préc., § 38.

¹¹⁰⁸ *Fahriye Çaliskan c. Turquie*, n° 40516/98, CEDH, 2007-X.

¹¹⁰⁹ Ainsi, à propos des faits durant une garde à vue attestés par un certificat médical après la mise en liberté, la Cour a déclaré : « En ce qui concerne l'usage de la force au cours de l'arrestation, la Cour relève que l'intéressé n'a pas été soumis à un examen médical suite à celle-ci qui auraient pu déterminer les traces des blessures, s'il y en a eu », CEDH, *Altay c. Turquie*, préc., § 55.

¹¹¹⁰ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc.

¹¹¹¹ « Il échet de rappeler à cet égard que si les blessures de M. Altay résultaient de l'usage de la force lors de l'arrestation, il incomberait au Gouvernement d'apporter des preuves pertinentes, à savoir notamment des pièces médicales et des procès-verbaux détaillés démontrant que le recours à la force des policiers était proportionné et absolument nécessaire », CEDH, *Altay c. Turquie*, préc., § 54.

leur contenu avec le récit du plaignant. A défaut, le récit des plaignants constitue un élément fondamental pour déterminer les causes des blessures¹¹¹².

Toutefois, si tel est le raisonnement adopté par la Cour depuis l'arrêt *Tomasi* (1992), et renforcé tout au long des affaires concernant l'usage de la force durant la garde à vue¹¹¹³ ou dans des lieux de rétention des étrangers (*Selmouni*, 1999), pour ce qui est des prisons, la Cour n'a retenu la violation de l'article 3 qu'en 2007 lors d'une mutinerie (*Kurnaz et autres*)¹¹¹⁴. Jusqu'en 2000, aucune requête relative à des violences physiques commises à l'encontre des détenus n'était parvenue devant la Cour, bien que la Commission ait eu à déclarer recevables au moins deux requêtes¹¹¹⁵. De plus la venue de la jurisprudence de la Cour, avec son premier arrêt rendu en cette matière, l'arrêt *Labita* (2000), fut décevante.

Dans cet arrêt, le requérant avait allégué avoir été victime de *violences physiques*¹¹¹⁶ et d'*humiliations*¹¹¹⁷. En outre les transferts aux tribunaux se faisaient dans la cale des bateaux sans air, sans lumière ni nourriture, et dans de très mauvaises conditions d'hygiène. Le JAP de cette prison a rédigé un rapport qui faisait état de violations répétées des droits des détenus et de plusieurs épisodes de mauvais traitements. L'inspection de l'administration pénitentiaire avait également informé le département de l'administration pénitentiaire que « de graves incidents de mauvais traitements envers les détenus avaient eu lieu à la prison Pianosa ». Tout en rappelant le caractère absolu de l'article 3 et le caractère non déterminant de l'absence d'une volonté d'humilier ou de rabaisser les victimes, la

¹¹¹² « Or, il faut rappeler que lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement par des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle, le récit des plaignants constitue un élément fondamental pour déterminer les causes des blessures. Ainsi, les autorités d'enquête peuvent vérifier la véracité des allégations de mauvais traitements en comparant les séquelles constatées dans les preuves médicales avec le récit qui en est fait », CEDH, *Altay c. Turquie*, préc., § 55.

¹¹¹³ Voir entre autres arrêts : CEDH, *Öral c. Turquie*, préc., § 47 ; CEDH, *Velikova c. Bulgarie*, préc. ; CEDH, *Irfan Bilgin c. Turquie*, préc. ; CEDH, *İpek c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Altay c. Turquie*, préc., § 50 ; CEDH, *Rivas c. France*, préc. ; *Salman c. Turquie* [GC], préc., § 100.

¹¹¹⁴ CEDH, *Kurnaz et autres c. Turquie*, préc.

¹¹¹⁵ Dans la première, dirigée contre l'Allemagne, alors qu'un détenu alléguait être victime de violences graves de la part d'un gardien, il n'a pas été autorisé de voir un médecin ni d'engager des poursuites (D 2686/65, *Heinz Kommann/RFA*, 13.12.1966, Rec. 22, pp. 1 et s. Dans la seconde, dirigée contre le Royaume-Uni, la personne se plaignait d'avoir été victime de multiples brutalités violentes, notamment pendant une journée de la part d'une quarantaine des gardiens : douze gardiens ont été poursuivis pour association délictueuse, en vue de brutaliser les détenus, et le directeur adjoint a été poursuivi pour omission volontaire d'accomplir son devoir de fonction (D 5616/72, *Hilton/RU*, 5.3.1976, DR 4, pp.177 et s.). En revanche, cette instance n'avait pas retenu la requête d'un autre détenu qui s'était plaint d'avoir été maltraité dans une prison allemande suite à sa protestation (par des cris forts) pour porter secours à des codétenus en train de se faire maltraiter dans leurs cellules par huit gardiens. La Commission avait justifié l'usage de cette violence par le propre comportement du détenu. Celui-ci avait reconnu qu'il était excité et avait insulté les gardiens (D 4065/69, *X/RFA*, 14.7.1970, R 35, p. 117 et s.).

¹¹¹⁶ Gifles, coups, écrasement des organes génitaux, coups de matraque, coups ayant endommagé sa prothèse dentaire et ses lunettes, obligation de courir entre deux files des gardiens provoquant des chutes, CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 122.

¹¹¹⁷ Insultes, fouilles corporelles non nécessaires, port des menottes pendant les visites médicales, obligation de garder les yeux baissés devant les gardiens, de garder le silence et de se mettre au garde-à-vous, intimidations, menaces, *Ibid.*

vulnérabilité des personnes privées de leur liberté¹¹¹⁸, leurs difficultés de réunir des preuves¹¹¹⁹ ainsi que les pressions qui avaient pu être exercées sur elles pour les empêcher de porter plainte, la Cour n'avait pas retenu dans le cas d'espèce la violation substantielle de l'article 3 au motif d'absence de « preuves concluantes »¹¹²⁰. Elle avait estimé que le requérant s'était contenté de décrire une situation prétendument généralisée dans la prison en question et n'avait apporté ni preuves médicales ni explications détaillées. Seule la violation procédurale de l'article 3 avait été reconnue. L'enquête fut classée sans suite par le parquet pour « défaut de plainte et de prescription¹¹²¹ », alors que les premiers témoignages du requérant devant les autorités nationales « rendaient plausibles les soupçons qu'il avait subi de mauvais traitements » à la prison de Pianosa¹¹²².

Cette jurisprudence fut décevante car, de l'aveu même des huit juges (contre neuf), qui avaient exprimé leur désaccord, la conclusion d'une violation procédurale est « évidemment moins grave qu'une violation pour mauvais traitements ». Ils avaient estimé que la Cour devrait revoir l'application du critère des « preuves au-delà de toute raisonnable ». En effet, l'usage qu'elle en avait fait dans cet arrêt permettait de se demander si la distinction entre une violation procédurale et une violation substantielle de l'article 3 desservait plutôt la protection de l'article 3. Il pourrait alors suffire qu'un Etat ne mène pas d'enquête efficace pour priver les victimes des preuves nécessaires établissant la véracité des mauvais traitements¹¹²³. D'autant plus que, dans cette affaire, cette instance avait estimé que les preuves des requérants rendaient les soupçons de mauvais traitements « plausibles » et « défendables ». Dans ce cas, elle aurait dû mettre à la charge du gouvernement italien l'obligation d'apporter la preuve contraire.

Dans l'affaire *Indelicato*¹¹²⁴, qui portait sur les mêmes faits que l'affaire *Labita*, la Cour a de nouveau écarté la violation substantielle de l'article 3 au même motif, à savoir que les faits n'avaient pas été prouvés devant la Cour au-delà de toute raisonnable¹¹²⁵.

La Cour n'avait toujours pas précisé les cas dans lesquels le personnel pouvait faire usage de la force, ce qui aurait constitué une garantie supplémentaire. Elle avait seulement déclaré qu'elle pouvait être rendue nécessaire par le comportement de la personne. Pourtant l'article 2 de la

¹¹¹⁸ *Ibid.*, §§ 119-121.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, § 125.

¹¹²⁰ *Ibid.*, § 124.

¹¹²¹ *Ibid.*, §§ 48-49.

¹¹²² *Ibid.*, § 130.

¹¹²³ *Ibid.*, §§ 123-129.

¹¹²⁴ CEDH, *Indelicato c. Italie*, préc.

¹¹²⁵ En raison de l'absence de preuves médicales. Alors que, justement, le requérant alléguait qu'il n'avait pas été autorisé à voir un médecin, que des surveillants avaient été reconnus coupables par les juridictions nationales pour abus d'autorité à l'égard de personnes arrêtées ou détenues, que le juge de l'application des peines avait établi un rapport où il faisait état de mauvais traitements dans cette prison, et que le rapport d'Amnesty International sur l'année 1992 contenait la même information, CEDH, *Indelicato c. Italie*, préc., § 33.

Convention, qui consacre le droit à la vie, précise que l'usage de la force doit être rendu « strictement », voire « absolument » nécessaire par un comportement violent de la personne mettant en danger la vie ou l'intégrité physique d'autrui et visant à maîtriser cette personne et non à la punir.

C'est en 2006 que la Cour a, pour la première fois, eu recours aux dispositions de l'article 2 dans l'appréciation de la force utilisée au regard de l'article 3, dans l'affaire *Gömi et autres* qui concernait des faits survenus lors d'une mutinerie dans une prison turque. Elle a affirmé que le recours à la force pouvait être justifié dans le but de réprimer une mutinerie et même avant. La Cour a estimé que, étant donné le potentiel de violence qui existe dans un établissement pénitentiaire, une désobéissance des détenus peut dégénérer rapidement en mutinerie¹¹²⁶. Le recours à la force doit toutefois être rendu « absolument nécessaire » par le but recherché, en l'occurrence « la répression d'une émeute » et/ou « la défense de toute personne contre la violence¹¹²⁷. Dans cette affaire, en retenant le fait que le personnel n'avait pas eu recours aux armes à feu, alors qu'il s'agissait d'une mutinerie généralisée, mais à des projectiles à gaz lacrymogènes, des jets d'eau et des matraques, et vu le nombre d'agents blessés, qui témoigne de la gravité des événements, la Cour a jugé que la force utilisée était proportionnée au danger encouru par les agents.

C'est à une conclusion contraire que cette instance a abouti dans l'affaire *Kurnaz et autres*¹¹²⁸, qui concernait également une mutinerie survenue dans une prison turque. Tout en confirmant que l'article 3 ne prohibe pas le recours à la force car celui-ci peut dans certaines circonstances être rendu nécessaire, notamment au moment d'une arrestation, elle a réaffirmé qu'elle doit être rendue indispensable et ne pas être excessive¹¹²⁹. A cette occasion, cette instance a confirmé les considérations exposées dans l'arrêt *Gömi et autres* : « La Cour reconnaît qu'il existe un potentiel de violence dans la prison. Elle admet qu'une désobéissance des détenus peut dégénérer rapidement en une mutinerie, nécessitant ainsi l'intervention ferme des forces de l'ordre¹¹³⁰ ». Elle a précisé en même temps que les autorités doivent intervenir pour éviter qu'une désobéissance dégénère tout en préparant et en contrôlant l'opération. L'intervention sans préparation ne peut être justifiée que devant une « insurrection généralisée soudaine ayant évolué de manière inattendue ». Ce qui n'avait pas été le cas dans cette affaire. Alors qu'au début, l'incident avait éclaté dans un seul dortoir (ses occupants refusaient de se faire compter), le personnel avait fait appel aux forces de l'ordre qui avaient défoncé la porte et commencé à frapper les détenus ayant eu comme résultat de faire dégénérer la situation et à obliger les forces de l'ordre d'utiliser des moyens de force violents¹¹³¹.

¹¹²⁶ CEDH, *Gömi et autres c. Turquie*, préc., § 77.

¹¹²⁷ *Ibid.*, § 60.

¹¹²⁸ CEDH, *Kurnaz et autres c. Turquie*, préc.

¹¹²⁹ *Ibid.*, § 52.

¹¹³⁰ *Ibid.*, § 54.

¹¹³¹ *Ibid.*, § 56.

Notons à ce propos que les Règles pénitentiaires européennes (révisées en 2006) limitent, elles aussi, le recours à la force mais les restrictions qu'elles imposent sont moins strictes. Elles l'autorisent, en dernier recours, dans le cas de légitime défense mais aussi dans le cas de tentative d'évasion et même de résistance active ou passive à un ordre licite (64.1). Elles comportent en revanche un nombre de précisions visant à limiter le recours à la force : « La force utilisée doit correspondre au minimum nécessaire et être imposée pour une période aussi courte que possible » (64.2) ; les droits pénitentiaires doivent préciser les divers types de force envisageables, les circonstances dans lesquelles chaque type de force est autorisé, les membres du personnel habilités à appliquer tel ou tel type de force ainsi que la rédaction d'un rapport après chaque recours à la force (65).

Le CPT souligne quant à lui que le recours à la force ou à des moyens de contention témoigne de « situations clairement à haut risque pour ce qui est de possibles mauvais traitements de détenus¹¹³² ». Aussi, exige-t-il certaines garanties complémentaires comme l'examen médical après chaque recours à la force ou à un moyen de contention, l'administration des soins et la tenue d'un registre¹¹³³. Outre sa limitation à la « stricte nécessité », il préconise aussi, à titre préventif, l'entraînement du personnel pénitentiaire à la maîtrise manuelle des détenus sans recours à la force¹¹³⁴.

2. Les obligations positives

Il s'agit de la prévention et/ou de la cessation des violences de la part des codétenus mais aussi de la part du personnel pénitentiaire. Elles impliquent, comme l'a déclaré la Cour, un « devoir de surveillance » et « d'intervention ». Dans l'arrêt *Pantea*, la Cour avait conclu que « les autorités ont fait à leur obligation positive de protéger l'intégrité physique du requérant dans le cadre de leur devoir consistant à surveiller les personnes privées de liberté et à empêcher qu'il soit porté atteinte à leur intégrité physique »¹¹³⁵. Elle a, de surcroît, précisé que l'intervention doit être « prompte »¹¹³⁶.

Quant à l'appréciation concrète des obligations positives, la Cour ne charge pas les Etats d'une responsabilité illimitée, afin de ne pas leur imposer un fardeau excessif¹¹³⁷. Elle la limite à une

¹¹³² CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, du 1er janvier au 31 décembre 1991.

¹¹³³ *Ibid.*

¹¹³⁴ CPT/Inf(98) 7, *Rapport de visite*, France, du 6 au 18 octobre 1996, § 51 ; CPT/Inf (2002) 31, *Rapport de visite*, Grèce, préc., § 59.

¹¹³⁵ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 195

¹¹³⁶ « En deuxième lieu, la Cour note que les pièces du dossier font apparaître que le gardien S.A. n'est pas intervenu de manière prompte pour faire sortir le requérant de la cellule en question lors de l'incident avec 'Sisi' et 'Raj', ou pour faire cesser les agissements des codétenus à son encontre », CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 194.

¹¹³⁷ « Cependant, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif », *Ibid.*, § 190.

mesure raisonnable : « Il suffit à un requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque...¹¹³⁸ ». Cette obligation peut exiger une « surveillance accrue » à l'égard de certains détenus. Pour cela, il faut de surcroît établir que les autorités « connaissaient » l'existence d'un « risque certain et immédiat pour son intégrité physique » ou, dans certains cas, qu'elles « auraient dû connaître » l'existence d'un tel risque¹¹³⁹. Il en est ainsi notamment des personnes détenues vulnérables¹¹⁴⁰ et des détenus dangereux pour autrui.

Le meilleur moyen pour les autorités pénitentiaires de respecter cette obligation est la pratique d'examens médicaux¹¹⁴¹. Cela implique un examen psychologique de tous les entrants en prison afin de détecter ceux qui sont fragiles et ceux qui sont dangereux pour autrui, ainsi qu'un examen médical tout au long de la détention de ceux qui donnent de tels signes. Cela implique aussi que les autorités pénitentiaires doivent en être informées de la part des autorités ayant préalablement eu en charge le détenu pour pouvoir en tenir compte lors des décisions délicates. Il en est ainsi notamment des décisions d'affectation dans une cellule commune (*Pantea*¹¹⁴²) de l'organisation d'activités en commun et, concernant les détenus fragiles de l'application de sanctions disciplinaires telles que, en particulier, la mise en cellule d'isolement, reconnue comme étant le lieu le plus anxiogène et le plus suicido-gène de la prison¹¹⁴³.

C'est dans l'affaire *Pantea* (2003) qui portait sur l'usage de la force physique dans la prison non de la part des surveillants ou d'autres agents de l'Etat mais de la part de codétenus, que la responsabilité de l'Etat a été retenue pour manquement à l'obligation positive de protéger les détenus. Outre les mesures d'ordre général, les autorités auraient dû dans le cas de ce détenu, assurer une « surveillance accrue » car, d'une part, « l'état psychologique du requérant le rendait plus vulnérable que le détenu moyen » et, d'autre part, « sa détention pouvait exacerber dans une certaine mesure son sentiment de détresse, inhérent à toute mesure privative de liberté¹¹⁴⁴ ». Ainsi, il fallait éviter de le placer dans la même cellule que ses deux agresseurs puisque la situation conflictuelle

¹¹³⁸ *Ibid.*

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, § 192. Voir aussi *Keenan c. R.U.*, préc., § 111.

¹¹⁴¹ CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 191.

¹¹⁴² *Ibid.* § 192.

¹¹⁴³ « Dans ces conditions, le fait d'infliger tardivement une sanction disciplinaire lourde – *sept jours d'isolement dans le quartier disciplinaire et vingt-huit jours de détention supplémentaires* et seulement neuf jours avant la date prévue pour sa sortie, ce qui était susceptible d'ébranler sa résistance physique et morale-, n'est pas compatible avec le niveau de traitement exigé à l'égard d'un malade mental. Cette sanction doit donc passer pour constituer un traitement et une peine inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention », CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 116.

¹¹⁴⁴ « La Cour en conclut que les autorités internes auraient pu raisonnablement prévoir, d'une part, que l'état psychologique du requérant le rendait plus vulnérable que le détenu moyen et, d'autre part, que sa détention pouvait exacerber dans une certaine mesure son sentiment de détresse, inhérent à toute mesure privative de liberté, ainsi que l'irascibilité qu'il avait manifestée auparavant à l'égard de ses codétenus. Partant, la Cour estime qu'une surveillance accrue du requérant était nécessaire », CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 192.

avec eux était connue du personnel et de toute manière, il fallait surveiller de près cette personne et être vigilant. Or, la Cour a également reproché au personnel de ne pas être intervenu « de manière prompte » pour faire sortir le requérant de sa cellule lors de l'incident, et ainsi faire cesser les violences de la part de ses deux codétenus (ceux-ci auraient mis la radio à fond et l'auraient tabassé pendant la nuit avec des matraques), de même que de n'avoir pas pris les mesures adaptées qui s'imposaient pour venir à son secours après leur intervention. Au lieu de l'extraire de sa cellule et de lui assurer des soins, les surveillants l'y ont laissé jusqu'au matin, de surcroît, menotté à son lit et ne l'ont conduit à l'hôpital que 48 heures plus tard alors qu'il était très gravement blessé.

Les dispositions corrélatives des Règles pénitentiaires européennes (2006) vont dans le même sens. Elles recommandent une évaluation de la dangerosité de tous les détenus qui entrent en prison « aussi rapidement que possible » (52.1¹¹⁴⁵) ainsi que la détection de leur fragilité (42.1, 42.3.e¹¹⁴⁶). Elles recommandent également une vigilance dans la pratique de cocellulage. Elles prônent l'encellulement individuel, sauf si le cocellulage est jugé préférable pour un détenu (18.5). Mais dans ce cas, il faut que la personne puisse avoir le choix (18.7). En tout cas, ne doivent être mis en cellule commune que des personnes « reconnues aptes à colabiter » (18.6). Parmi les mesures préventives, elles prévoient également le devoir des médecins de signaler aux autorités compétentes tout signe ou indication permettant de penser que des détenus auraient pu subir des violences (42.3.c).

Le *CPT*, après avoir pointé le caractère courant dans tous les systèmes pénitentiaires des violences d'une grande variété (allant de formes subtiles de harcèlement à des intimidations patentes et des agressions physiques graves) et préconise aussi une attention particulière dans les décisions d'encellulement collectif en tenant compte de la vulnérabilité de certains détenus et de la dangerosité des autres. Mais il insiste aussi sur l'importance de relations positives entre le personnel et les détenus, qui dépendent dans une large mesure d'une qualification appropriée du personnel dans le domaine de la communication inter-personnelle¹¹⁴⁷.

C'est au regard de ces limitations du recours à la force de la part des autorités pénitentiaires et de ces précautions pour la prévention de la violence de la part des codétenus, que nous allons voir l'état de conformité des droits nationaux aux exigences européennes.

¹¹⁴⁵ « Aussi rapidement que possible après son admission, chaque détenu doit être évalué afin de déterminer s'il pose un risque pour la sécurité des autres détenus, du personnel pénitentiaire ou des personnes travaillant dans la prison ou la visitant régulièrement, ainsi que pour établir s'il présente un risque pour lui-même. »

¹¹⁴⁶ « 42. 3, e : Lorsqu'il examine un détenu, le médecin ou un(e) infirmier(ère) qualifié(e) dépendant de ce médecin, doit accorder une attention particulière : à l'identification de toute pression psychologique ou autre tension émotionnelle due à la privation de liberté ».

¹¹⁴⁷ *CPT/Inf (2001) 16, 11e rapport général d'activités du CPT*, du 1er janvier au 31 décembre 2000, § 27.

B. La protection nationale

Le droit grec et le droit français mettent à la charge des autorités pénitentiaires des obligations à la fois négatives (1) et positives (2) pour prévenir les violences à l'encontre des détenus, qui semblent cependant demeurer insuffisantes par rapport à celles exigées par le Conseil de l'Europe.

1. Les obligations négatives

Le principe qui régit la réglementation pénitentiaire est l'interdiction des violences contre les détenus. Ce principe, implicite en droit grec, est clairement affirmé en droit français : « Indépendamment des défenses résultant de la loi pénale, il est interdit aux agents des services extérieurs de l'administration pénitentiaire et aux personnes ayant accès à la prison de se livrer à des actes de violence sur les détenus » (art. D 220 CPP). Cette interdiction n'est toutefois pas absolue. Sous certaines conditions, le personnel pénitentiaire peut avoir recours à la force. La protection effective consiste dans les garanties contre l'usage abusif de la force.

Cette protection est caractérisée par un ensemble de dispositions du droit pénitentiaire qui vise à réduire au minimum l'usage de la force. En témoignent d'abord l'interdiction du personnel de surveillance à l'intérieur des locaux de porter des armes (art. D 218 al. 1 et D 267 al. 2 CPP¹¹⁴⁸) et, ensuite, les dispositions qui aussi bien en droit français qu'en droit grec, soumettent l'usage de la force dans l'enceinte de la prison à des conditions qui visent à le limiter. Ils émettent comme principe la limitation de son ampleur à la mesure *strictement nécessaire* (art. D283-5 al.2, CPP¹¹⁴⁹, art. 65 §2 C. pénit.), et limitent le *champ d'autorisation de recours à la force* et, dans une certaine mesure, déterminent la *nature de la force* à utiliser.

Le recours à la force est réservé pour des *motifs* de mise en cause de la sécurité dans les prisons. Le *droit* français limite le champ d'autorisation de recours aux armes dans les cas suivants : la tentative d'évasion, la violence ou les voies de faits exercées contre le personnel, les menaces à l'encontre du personnel par des individus armés, la défense des établissements pénitentiaires, la défense des postes ou des personnes qui leurs sont confiées et une résistance telle qu'elle ne puisse être vaincue que par la force des armes. *Le droit grec* est plus restrictif car il limite le recours à la

¹¹⁴⁸ En droit grec, les dispositions analogues qui figuraient dans le Code pénitentiaire précédent, intitulé Code de règles fondamentales pour l'exécution des peines, n'ont pas été reprises dans l'actuel Code pénitentiaire. Cette question devrait faire l'objet d'une décision commune des Ministres de la justice et du Ministre d'ordre public.

¹¹⁴⁹ « Le personnel de l'administration pénitentiaire ne doit utiliser la force envers les détenus qu'en cas de légitime défense, de tentative d'évasion ou de résistance par la violence ou par inertie physique aux ordres donnés. Lorsqu'il y recourt, il ne peut le faire qu'en se limitant à ce qui est strictement nécessaire. »

force aux cas de désobéissance collective, de mutinerie et de désobéissance à un ordre légal notamment en cas de refus de regagner les cellules (art. 65 § 1 C.pénit.)

Quant à la *nature des moyens de force*, elle n'est précisée ni en droit français ni en droit grec. Seule figure dans les deux droits la possibilité de faire appel à la police. C'est le chef d'établissement qui, en *droit français*, est habilité à le faire si la « gravité ou l'ampleur d'un incident survenu ou redouté » est telle que l'incident ne puisse être maîtrisé par les moyens dont dispose le personnel (art. D 266 al. 2 CPP). En *droit grec*, le recours à la police est prévu pour désobéissance collective, mutinerie et désobéissance à un ordre légal, notamment pour refus de regagner les cellules (art. 65 §1 C. pénit.). Pour les autres motifs de recours à la force, le Code pénitentiaire grec prévoit seulement la possibilité de faire appel au personnel de la surveillance extérieure (art. 65 §2, C. pénit.). Dans la pratique, il est fait usage également de bâtons, de lacrymogènes et de pompes à eau. En *droit français*, l'usage de tels moyens par le personnel est prévu par la circulaire du 1^{er} juillet 1998 qui réglemente l'accès du personnel à l'endroit où ils sont déposés afin que celui-ci n'y ait pas recours facilement¹¹⁵⁰.

Toutefois, ces garanties peuvent s'avérer insuffisantes. Certes, l'usage de la force est soumis à l'impératif du respect de la stricte nécessité. Mais le motif tel que celui de *résistance par l'inertie physique aux ordres*, prévu dans le droit français (art. D 283-5 al. 1 CPP), et le droit grec, permet de douter du respect de la stricte nécessité car ce motif peut être entendu au sens également de la résistance pacifique. A ce propos, le CPT a relevé qu'en *droit français*, il peut comprendre non seulement une résistance violente mais aussi une résistance pacifique, y compris individuelle. En effet, il a constaté que les lacrymogènes, bien qu'ils soient classés parmi les armes de 6^{ème} catégorie¹¹⁵¹, sont utilisés dans les cellules pour en faire sortir les détenus alors qu'ils provoquent des problèmes respiratoires et des séquelles au visage et aux yeux (brûlures cutanées, hyperémie conjonctivale et baisse d'acuité visuelle). Le CPT a recommandé aux autorités françaises d'interdire leur usage non seulement dans les cellules mais aussi dans toute la détention. Il ne doit en être fait usage que dans des circonstances exceptionnelles, et seulement si les détenus agissent de concert. Il précise que les surveillants ne doivent jamais les utiliser pour maîtriser un détenu, ceux-ci devant être formés à d'autres techniques de contrôle¹¹⁵².

¹¹⁵⁰ Circulaire NOR : JUSE9840004C du 1er juillet 1998 relative à l'usage de la force et des armes dans les établissements pénitentiaires. Le CPT avait, dans son Rapport de visite en France, en 1996, fait remarquer qu'il considère que « le recours au gaz lacrymogène pour maîtriser un détenu récalcitrant n'agissant pas de concert avec d'autres détenus est injustifiable. Les fonctionnaires pénitentiaires devraient avoir été formés à d'autres techniques de contrôle d'un tel détenu. Plus généralement, le CPT tient à ajouter que seules des circonstances exceptionnelles pourraient justifier l'utilisation de gaz comme moyen de contrôle à l'intérieur des locaux de détention », CPT/Inf (98) 7, *Rapport de visite*, France, du 6 au 18 octobre 1996.

¹¹⁵¹ Décret n° 95-589 du 6 mai 1995.

¹¹⁵² Dans son rapport au gouvernement français suite à la visite du 6 au 18 octobre 1996, le CPT avait recommandé de ne pas utiliser les lacrymogènes dans les cellules pour obliger les détenus de sortir. Celui-ci avait provoqué des brûlures cutanées, d'hyperémie conjonctivale et de baisse d'acuité visuelle lors d'un tel

2. Les obligations positives

Les droits grec et français assument leurs obligations positives par des mesures préventives prévues par leur réglementation pénitentiaire **(a)**, ainsi que par la répression de l'usage illégal et abusif de la force conformément au droit commun **(b)**.

a. Les obligations préventives

La protection préventive par des moyens d'ordre pratique est définie par rapport à celle exigée par le Conseil de l'Europe aussi bien en droit grec qu'en droit français. Certes, en plus de la surveillance permanente de tout l'espace de la détention, les deux droits nationaux prévoient l'examen médical des entrants en prison afin de déterminer, entre autres, les personnes dangereuses pour autrui ou pour soi-même, et les personnes fragiles exigeant une attention particulière. A ce propos, le droit grec impose cet examen au plus tard au lendemain de l'admission (art. 24 §1, C. pénit), et le droit français dans les vingt quatre heures¹¹⁵³. Toutefois, rien n'est prévu, ni pour l'examen médical après chaque usage de la force, ni pour la tenue d'un registre d'incidents. Quant à l'encellulement individuel, bien que les droits grec et français prévoient qu'il doit être le principe dans l'affectation des détenus, ils ne le reconnaissent ni comme un droit des détenus, ni n'assument une obligation de résultat. Dans la pratique, le fait que l'administration pénitentiaire soit obligée d'accueillir toutes les personnes qui font l'objet d'une décision privative de liberté, alors que les prisons accueillent régulièrement plus de détenus que ne leur permet leur capacité d'accueil, entraîne comme conséquence la surpopulation carcérale. Or, celle-ci est source de multiples dysfonctionnements de la prison allant, comme nous allons le voir, jusqu'à constituer en soi une atteinte à la dignité. Ce problème s'aggrave par la non reconnaissance de la possibilité des détenus à choisir leurs compagnons de cellule.

Cette protection est complétée par une législation répressive du droit commun dans lequel peut tomber l'usage de violence à l'encontre des personnes détenues.

b. Les obligations répressives

Elle est assurée par la répression des violences de la part des codétenus suivant les conditions du droit pénal, mais aussi par l'engagement de la responsabilité administrative du service

usage à Fleury Mérogis à l'encontre des jeunes refusant de se rendre au quartier disciplinaire, CPT/Inf(98) 7, *Rapport de visite*, France, préc., § 74.

¹¹⁵³ Circulaire relative à la « prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires », JUSE9840034C du 29 mai 1998 et JUSE0240075c du 24 avril 2002.

pénitentiaire pour usage abusif de la force, ainsi que par le renforcement de la responsabilité pénale du personnel pénitentiaire.

La *responsabilité administrative* du service pénitentiaire peut être engagée en *droit français* pour des atteintes à l'intégrité physique des détenus, même si la faute est imputable au détenu. Sa propre faute ne serait pas exonératoire de la responsabilité de l'administration, mais seulement une cause atténuante. C'est dans ce sens que le Conseil d'Etat avait jugé à propos d'un détenu qui avait été frappé à coups de crosse par des militaires, à la demande du directeur de l'administration pénitentiaire pour assurer l'ordre, à la prison de la Santé, alors qu'il participait à une rébellion des détenus¹¹⁵⁴. Et en *droit grec*, toute atteinte à l'intégrité physique ou à l'honneur de la personne peut engager la responsabilité de l'administration même sans faute des agents, lorsque l'acte ou omission a eu lieu durant l'exécution de leurs fonctions.

Le renforcement de la *responsabilité pénale* du personnel pénitentiaire réside dans l'importance accordée à l'auteur de violences. Au sein du *droit pénal français*, le fait que l'auteur soit une personne « dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission », constitue une circonstance aggravante des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10, al.7 CPP) et des violences ayant entraîné une incapacité de travail durant huit jours (222-12, al.7 CPP). Cette qualité de l'auteur suffit en soi pour que les violences soient punies même si elles n'ont pas eu des conséquences handicapantes (art. 222-13, al.7 CPP). Au sein du *droit pénal grec*, la responsabilité pénale est encore plus lourde. Les violences physiques constituent des actes de torture et des atteintes à la dignité lorsqu'elles sont infligées par des personnes chargées de la « garde des personnes » et de l'« exécution des peines » (art. 137A §1 C. pén.).

§ 2. La protection contre certains moyens coercitifs

Des moyens de coercition (isolement, menottes, entraves, camisoles de force et autres), mais aussi d'autres mesures d'ordre et de sécurité (telles que les fouilles corporelles, ou les transfèrements fréquents), en plus d'être humiliants, impliquent, pour certains d'entre eux, également de la violence. Or, le recours à ces moyens n'est pas non plus interdit. La protection européenne (A) et nationale (B) est limitée au respect d'un nombre de garanties lors de leur usage.

¹¹⁵⁴. C.E. Ass., 12 fév. 1971, Rebatel, *Leb.*, p. 123.

A. La protection européenne

Après la présentation des garanties générales qui régissent l'usage des moyens de contrainte (1), nous précisons celles concernant l'usage d'autres moyens sur lesquels les instances européennes se sont expressément prononcées (2).

1. Les garanties générales

Elles ne résident pas dans les précisions concernant la nature des moyens de coercition autorisés, mais dans les conditions qui doivent entourer leur usage.

Concernant *la nature des moyens*, seules les Règles pénitentiaires européennes (2006) contiennent quelques précisions. Elles interdisent les *chaînes* et les *fers* (68.1), mais elles autorisent la mise en isolement, l'usage des menottes, des camisolés de force ainsi que d'autres entraves (68.2), sans préciser lesquelles.

Pour ce qui est des *garanties de l'usage*, elles sont similaires à celles qui entourent le recours à la force. D'abord, en ce qui concerne les *motifs de leur usage*, les moyens de contrainte ne doivent être utilisés ni pour punir ni pour humilier la personne¹¹⁵⁵. Les Règles pénitentiaires précisent que ces moyens peuvent être utilisés durant les transfèrements pour prévenir les risques d'évasion (68.2.a.) et, dans la détention, pour maîtriser un détenu, si d'autres moyens ont échoué pour l'empêcher de porter préjudice à lui-même, à autrui, ou de causer des dégâts importants (68.2.b). En ce qui concerne *la mesure* dans l'usage des moyens de contrainte, tant la nature que la durée de leur usage doivent être limitées à la mesure nécessaire. Le temps, par exemple, de maîtriser un détenu dans la détention ou de le transférer¹¹⁵⁶. Pour apprécier cette mesure, la Cour a précisé qu'il faut tenir compte de la dangerosité de la personne, mais aussi de son âge, de son état de santé¹¹⁵⁷ et, pour une femme, éventuellement de son état de grossesse¹¹⁵⁸. Le CPT insiste quant à lui, sur le fait que l'application des moyens de contrainte doit être « rare », que ces moyens doivent être « ôtés le plus tôt possible », qu'ils ne doivent « jamais être utilisés à titre de sanction », et qu'une « surveillance constante et appropriée lors de leur usage », doit être assurée ainsi que la « tenue d'un registre »¹¹⁵⁹. Il a aussi eu

¹¹⁵⁵ CEDH, *Raninen c. Finlande*, préc., § 58 ; CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, du 1er janvier au 31 décembre 1991. Dans le même sens également les *Règles pénitentiaires européennes* : « Les moyens de contrainte ne doivent jamais être utilisés à titre de sanction » (60.6.)

¹¹⁵⁶ CEDH, *Raninen c. Finlande*, préc., § 58 ; *Règles pénitentiaires européennes*, (règle 68.3).

¹¹⁵⁷ CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 47

¹¹⁵⁸ Le fait de les faire porter à une femme jusque dans la salle d'attente pour ses visites à l'hôpital pour un contrôle prénatal ainsi que durant les visites qu'elle recevait dans la prison, ne constituent pas un traitement dégradant car elle était justifiée par le risque d'évasion et n'a pas constitué un usage de force ou d'exposition au public excédant la mesure nécessaire vue les circonstances, CEDH, *Kleuver c. Norvège* (déc.), n° 45837/99, CEDH 2002-IV.

¹¹⁵⁹ CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 53.

l'occasion d'insister, comme pour le recours à la force, sur leur limitation à la « stricte nécessité », ainsi qu'à leur prévention par l'entraînement du personnel pénitentiaire à la maîtrise manuelle des détenus sans recours à des moyens de force ou de contention¹¹⁶⁰.

2. Les garanties concernant certains moyens coercitifs

Les moyens à propos desquels les organes européens se sont prononcés sont l'isolement **(a)**, les menottes **(b)**, les fouilles corporelles **(c)** et les transfèrements fréquents **(d)**.

a. L'isolement

Il convient de souligner à propos de cette mesure qu'elle est classée par les Règles pénitentiaires européennes (2006) parmi les moyens de contrainte. Par conséquent, son usage punitif devrait être interdit. Cependant, un tel usage est autorisé par ces mêmes Règles¹¹⁶¹. Quant à la Cour et au CPT, leurs exigences se limitent, comme pour les autres moyens de contrainte, aux garanties entourant son usage. Certes, il y a plusieurs types d'isolement. Ainsi, le droit français et le droit grec en connaissent au moins trois : l'isolement administratif, qui sera examiné en détail plus loin, parmi les régimes de sécurité renforcée d'exécution de la peine privative de liberté ; la « mise en cellule disciplinaire » ou, en langue courante, « mitard » et l'enfermement dans une cellule spéciale à titre de mesure d'apaisement. Malgré leurs dénominations différentes, tous les trois se caractérisent par l'isolement de la personne dans une cellule individuelle de configuration spéciale et comportant un nombre des restrictions quant aux contacts et aux activités. Les lieux d'isolement sont également reconnus comme les endroits les plus anxiogènes, et par conséquent, les plus suicidogènes dans les prisons¹¹⁶². Or, si l'isolement administratif et l'enfermement dans une cellule spéciale ne sont pas, en théorie, considérés comme des moyens punitifs, tel est clairement le cas du « mitard » qui en droit français est une sanction encore plus grave qu'en droit grec. Au sein de ce dernier, la durée de cette sanction est limitée à dix jours, alors qu'en droit français elle peut aller jusqu'à quarante cinq jours. De surcroît, elle entraîne des conséquences défavorables sur les mesures d'aménagement des peines, notamment sur des réductions de peines et la libération conditionnelle.

Les seules limites émises, jusqu'à présent, par la Cour, ont trait à la fréquence, la durée, la motivation et la proportionnalité. En effet, dans l'affaire *Mikadzé* (2007), c'est en tenant compte de la fréquence du recours au « mitard » (19 fois en l'espace d'un an), des motifs (il faut des motifs

¹¹⁶⁰ Extrait de son dernier rapport publié sur la Grèce : CPT/Inf(2002)31, *Rapport de visite*, Grèce, préc., § 59.

¹¹⁶¹ « La mise à l'isolement ne peut être imposée à titre de sanction que dans de cas exceptionnels et pour une période définie et aussi courte que possible » (60.5).

¹¹⁶² *Rapport de mission Jean-Louis Terra pour la prévention du suicide des personnes détenues*, 10 décembre 2003 ; L. DEHEURLES-MONTMAYER Lisa, « Le suicide en milieu carcéral », *Mémoire*, IEP Grenoble, 2004.

d'une certaine gravité et non des motifs légers tel que « parce que le détenu a dormi toute la journée », du non respect de la proportionnalité (prononcé systématique de la durée maximale légale), ainsi que des conditions matérielles de détentions dans les cellules de punition et des conséquences sur la nourriture (cette mesure comportait un régime alimentaire réduit, de même que la privation de cantine et des colis alimentaires), que la Cour a estimé que le détenu concerné avait été soumis à un traitement inhumain : « La Cour n'estime pas qu'il soit acceptable de soumettre un détenu à une punition sous forme de privation de nourriture, fût-ce un contrevenant tenace au règlement interne », et pour conclure qu'au regard de l'ensemble de ces conditions, la personne a été soumise à un traitement inhumain ¹¹⁶³.

b. Les menottes

Rappelons que la Cour a, depuis l'arrêt *Raninen*¹¹⁶⁴, fixé le principe selon lequel l'usage des menottes à l'encontre d'une personne détenue n'est pas en soi contraire à l'article 3. Ce sont les conditions de leur usage, précisément le degré de leur usage et de l'exposition publique, qui peuvent soulever des questions de compatibilité avec cet article : « La Cour rappelle que le port de menottes ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une détention légale et n'entraîne pas l'usage de la force, ni l'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire¹¹⁶⁵ ».

Pour l'appréciation de la mesure de ce qui est *raisonnablement nécessaire*, il faut tenir compte d'une part de la nature du risque visé à éviter et, d'autre part, de la dangerosité de la personne. Le risque à éviter peut être le risque d'évasion, mais aussi le risque pour l'intégrité physique d'autrui ou de soi-même, ainsi que les risques de dommages matériels¹¹⁶⁶. Pour l'appréciation de la dangerosité de la personne, sont pris en compte l'infraction commise, mais surtout le comportement lors de la détention¹¹⁶⁷. Par ailleurs, certains critères peuvent être des indicateurs d'une faiblesse physique annulant un tel danger. A ce propos, la Cour a jugé que le jeune

¹¹⁶³ CEDH, *Mikadzé c. Russie*, préc., §§ 35-42.

¹¹⁶⁴ CEDH, *Raninen c. Finlande*, préc.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, § 56. Voir CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 47 ; CEDH, *D.G. c. Irlande*, n° 39474/98, CEDH 2002-III, § 99 ; CEDH, *Henaf c. France*, n° 65436/01, CEDH, 2003-XI.

¹¹⁶⁶ « A cet égard, il importe de considérer notamment le risque de fuite, de blessure ou de dommage », CEDH, *Henaf c. France*, préc., § 48 ; CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, préc., § 118.

¹¹⁶⁷ CEDH, *Henaf c. France*, préc., §§ 50-51.

âge de la personne est indifférent¹¹⁶⁸. En revanche, l'âge avancé et l'état de santé d'une personne¹¹⁶⁹ ou encore l'état de grossesse d'une femme¹¹⁷⁰ doivent être pris en compte.

Concernant *l'exposition au public*, le principe européen est de l'éviter le plus possible lors des transfèrements, des extractions ou des sorties sous escorte¹¹⁷¹ ainsi que lors des audiences au tribunal¹¹⁷². Toutefois, dans la pratique, cela n'est pas toujours respecté notamment lors des sorties escortées pour des événements familiaux graves, tels que pour rendre visite à un proche gravement malade ou pour assister à ses funérailles. Des personnes détenues mettent en cause le fait qu'elles restent menottées pendant ces moments intimes et douloureux, exposées à la honte de tous leurs proches présents ce qui, souvent, les pousse à renoncer à de telles sorties¹¹⁷³.

Quant au port des menottes lors des *extractions pour une hospitalisation*, la Cour estime qu'il faut tenir compte de la nature de la maladie et des soins¹¹⁷⁴. Dans l'arrêt *Mouisel*, la Cour a souligné : « En l'espèce, la Cour retient l'état de santé du requérant, le fait qu'il s'agit d'une hospitalisation, l'inconfort du déroulement d'une séance de chimiothérapie et la faiblesse physique de l'intéressé pour considérer que le port des menottes en l'espèce était disproportionné au regard des nécessités de la sécurité¹¹⁷⁵. Il en est de même dans l'arrêt *Henaf*¹¹⁷⁶.

Toutefois, jusqu'à l'arrêt *Mouisel*, la jurisprudence européenne n'avait jamais retenu la violation de l'article 3 pour cause de port des menottes. Dans l'arrêt *Raninen*, la Cour n'avait pas retenu la violation de cet article, malgré l'exposition de l'intéressé au public et bien que le gouvernement ait reconnu l'absence de motifs rendant l'usage des menottes nécessaire. Avant cet arrêt, la Commission n'avait pas non plus soulevé une question d'incompatibilité avec l'article 3 à propos de l'usage des menottes en public lors des transfèrements d'un détenu alors qu'il a été exposé à la vue de ses enfants¹¹⁷⁷. Dans une seule requête, la Commission avait estimé que le port des menottes faisait partie des griefs qui soulevaient des questions de fait et de droit. Il s'agissait du port de menottes d'un détenu gravement malade du sida pendant ses transfèrements à l'hôpital et durant

¹¹⁶⁸ «La condition de mineur du requérant n'est pas suffisante pour faire tomber le recours aux menottes sous le coup de l'article 3 », CEDH, *D.G. c. Irlande*, préc., § 99, CEDH, 2002-V, § 99 (le requérant présentait un danger pour lui-même et pour autrui dès lors qu'il avait commis par le passé des actes délictueux ainsi que des actes d'autodestruction et de violence envers d'autres personnes).

¹¹⁶⁹ CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 47 ; CEDH, *Henaf c. France*, préc., §§ 52-60.

¹¹⁷⁰ CEDH, *Kleuver c. Norvège*, précité. CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, Rapport de visite du 5 au 21 septembre 2005, Alvaro Gil-Roblès, Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, 15 février 2006, § 147.

¹¹⁷¹ CEDH, *Raninen c. Finlande*, préc., § 56 ; CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 47 ; CEDH, *D.G. c. Irlande*, préc., § 99 ; CEDH, *Henaf c. France*, préc. Les *Règles pénitentiaires européennes* (2006), recommandent également de recourir « aussi peu que possible à la vue du public », (règle 32.1).

¹¹⁷² CEDH, *Gorodnitchev c. Russie*, n° 52058/99, CEDH 2007-V.

¹¹⁷³ Voir des témoignages sur le site www.prison.eu.org.

¹¹⁷⁴ CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 47 ; CEDH, *Henaf c. France*, préc., §§ 52-60.

¹¹⁷⁵ CEDH, *Mouisel c. France*, préc., §47.

¹¹⁷⁶ CEDH, *Henaf c. France*, préc., §§ 52-60.

¹¹⁷⁷ D 2291/64 (X/Autriche), 1.6.1967, Rec. 24, pp. 20 et s.

les examens médicaux¹¹⁷⁸. Enfin, le fait de garder menottée une femme enceinte jusque dans la salle d'attente lors de ses visites à l'hôpital pour un contrôle prénatal, n'a pas non plus été jugé disproportionné¹¹⁷⁹. Quant à l'arrêt *Mouisel*, si le port de menottes a été jugé disproportionné eu égard à l'état de santé du requérant et à la nature de son traitement (chimiothérapie)¹¹⁸⁰, c'est l'ensemble des conditions de détention dont faisaient partie l'usage des menottes, et non le port des menottes séparément, qui a conduit la Cour à conclure à la violation de l'article 3¹¹⁸¹.

Il a fallu attendre l'arrêt *Henaf*¹¹⁸² et une interprétation clairement évolutive de la Convention¹¹⁸³, pour que la Cour change sa jurisprudence relative au port des menottes des détenus et considère que, dans les conditions de cette affaire, cette mesure a constitué un « traitement inhumain ». Mais il est vrai aussi que dans l'affaire *Henaf*, les circonstances étaient particulières. Le requérant, souffrant de cancer et âgé de 78 ans, était attaché à son lit d'hôpital (avec une chaîne reliant l'une de ses chevilles au montant du lit), la veille de son opération chirurgicale, alors que deux gardes étaient postés à la porte de sa chambre. La Cour, après avoir estimé que l'attachement au lit était, dans ces conditions, une mesure disproportionnée par rapport aux exigences de sécurité qui a ajouté de la souffrance inutilement à celle de la maladie¹¹⁸⁴, a conclu que cette personne avait été soumise à un traitement « inhumain »¹¹⁸⁵. Depuis, la Cour a condamné à deux reprises le port des menottes : lors de l'exposition au public pendant un procès, alors que cela n'était pas justifié par risque de violence, de dommage, de fuite ou encore d'enravage à la bonne marche de la justice¹¹⁸⁶ ; et lors de l'exposition publique au caractère non justifié (la personne a été menottée pendant une perquisition pour escroquerie), sur son lieu de travail, devant sa famille, ses patients et ses voisins. Dans cette dernière affaire, la Cour a conclu que le but du port des menottes était d'humilier la

¹¹⁷⁸ D 23663/94 (*Ayak v. Portugal*), 23 mai 1995. Mais cette requête a été réglée à l'amiable. Le requérant est décédé durant la procédure devant la Commission.

¹¹⁷⁹ CEDH, *Kleuver c. Norvège*, préc.

¹¹⁸⁰ CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 47.

¹¹⁸¹ « En définitive, la Cour est d'avis que les autorités nationales n'ont pas assuré une prise en charge de l'état de santé du requérant lui permettant d'éviter des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Son maintien en détention, surtout à partir du mois de juin 2000, a porté atteinte à sa dignité », CEDH, *Mouisel c. France* préc., § 48.

¹¹⁸² CEDH, *Henaf c. France*, préc.

¹¹⁸³ « La Cour rappelle que compte tenu de ce que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, certains actes autrefois exclus du champ d'application de l'article 3 pourraient présenter le degré minimum de gravité requis à l'avenir », CEDH, *Henaf c. France*, préc., § 55.

¹¹⁸⁴ « Compte tenu de l'âge du requérant, de son état de santé, de l'absence d'antécédents faisant sérieusement craindre un risque pour la sécurité, des consignes écrites du directeur du centre de détention pour une surveillance normale et non renforcée, du fait que l'hospitalisation intervenait la veille d'une opération chirurgicale, la Cour estime que la mesure d'entrave était disproportionnée au regard des nécessités de la sécurité, d'autant que deux policiers avaient été spécialement placés en faction devant la chambre du requérant », CEDH, *Henaf c. France*, préc., § 56.

¹¹⁸⁵ En définitive, la Cour est d'avis que les autorités nationales n'ont pas assuré au requérant un traitement compatible avec les dispositions de l'article 3 de la Convention. La Cour conclut en l'espèce à un traitement inhumain en raison de l'entrave imposée dans les conditions examinées ci-avant », CEDH, *Henaf c. France*, préc., § 59.

¹¹⁸⁶ CEDH, *Gorodnitchev c. Russie*, préc.

personne, cette victime ayant en outre développé des troubles psychopathologiques irréversibles qui l'ont rendue incapable de reprendre son travail¹¹⁸⁷.

Le CPT va encore plus loin que la Cour. A propos du port des menottes lors des extractions médicales, il recommande aux autorités nationales de généraliser l'interdiction de cette pratique, du moins, lors des consultations et des soins¹¹⁸⁸ de même que celle qui consiste à attacher au lit d'hôpital. Devant la persistance de cette pratique, constatée lors de sa visite en 2006, il a dû faire usage de l'article 8 § 5 de la Convention. Sa délégation a demandé sur-le-champ aux autorités françaises de réexaminer immédiatement les consignes de sécurité concernant les conditions dans lesquelles les détenus recevaient des soins médicaux à l'Unité d'Hospitalisation Sécurisée du Centre Hospitalier de Moulins-Yzeure et de lui communiquer copie des nouvelles consignes dans un délai d'un mois. Tant les conditions décrites étaient indignes. Malgré le dispositif sécuritaire mis en place au sein de cette structure de soins, les détenus qui y étaient soignés étaient systématiquement attachés à leur lit, sans interruption, le plus souvent avec des entraves aux chevilles et avec une main menottée au cadre du lit. Ces entraves et ces menottes étaient également portées aux toilettes et à la douche. Par ailleurs, trois fonctionnaires de police étaient présents aux côtés du patient pendant tout acte médical, même le plus intime¹¹⁸⁹. Gil Roblès, dans son rapport sur sa visite effectuée en France, en 2005, a rejoint le CPT sur ce point et a souligné que les statistiques démontrent sa nécessité pour des risques d'évasion : au cours de 2004, seuls quatre évasions ont eu lieu au cours d'une extraction médicale alors que 55 000 escorts réalisées en moyenne par an¹¹⁹⁰.

c. Les fouilles corporelles

La question du respect de la dignité a notamment été posée à propos des fouilles corporelles « intégrales » à savoir des fouilles qui s'effectuent sur des personnes dénudées et qui comportent parfois des postures embarrassantes. « La Cour n'a aucune difficulté à concevoir qu'un individu qui se trouve obligé de se soumettre à un traitement de cette nature se sente de ce seul fait atteint dans son intimité et sa dignité », a déclaré la Cour¹¹⁹¹. Toutefois, cette instance ne considère pas que ces fouilles constituent en elles-mêmes un traitement dégradant. Le degré d'indignité inhérente à cette pratique n'atteint pas le seuil minimum de gravité requise par l'article de la Convention. Parce que, estime-t-elle, « les fouilles à corps peuvent s'avérer nécessaires pour garantir la sécurité à l'intérieur

¹¹⁸⁷ CEDH, *Erdogan Yagiz c. Turquie*, préc.

¹¹⁸⁸ CPT/Inf (2001) 10, *Rapport de visite*, France, du 14 au 26 mai 2000.

¹¹⁸⁹ CPT/Inf (2007) 44, *Rapport de visite*, France, préc., §§ 204-205.

¹¹⁹⁰ Le Commissaire a demandé la suppression de la circulaire du 18 novembre 2004 qui, contrairement aux recommandations du CPT autorise le directeur de l'établissement pénitentiaire à imposer le port de menottes ainsi que la présence des surveillants pendant l'examen médical, afin de minimiser tout risque d'évasion, CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc., §§ 147-148.

¹¹⁹¹ CEDH, *Frérot c. France*, n°0204/01, CEDH-2007-VI, § 38.

de la prison ou pour prévenir des troubles ou des infractions¹¹⁹² ». Les Règles pénitentiaires européennes (2006) vont dans le même sens (54.2) en précisant que les fouilles corporelles peuvent être menées pour « détecter et prévenir les tentatives d'évasion ou de dissimulation d'objets entrés en fraude » (54.3).

Les fouilles peuvent toutefois constituer un traitement dégradant soit lorsqu'elles ne sont pas justifiées, soit lorsqu'elles se déroulent suivant des modalités qui aggravent leur caractère humiliant, soit lorsqu'elles ont lieu fréquemment.

Concernant *les motifs*, une fouille à corps exige des motifs « convaincants¹¹⁹³ ». Plus l'intrusion dans l'intimité du détenu est importante, plus la fouille doit être justifiée par des motifs impérieux¹¹⁹⁴. Une fouille comportant une inspection anale visuelle, n'est admissible que si elle est « absolument nécessaire » au regard des circonstances particulières et s'il existe des « soupçons concrets et sérieux » selon lesquels l'intéressé dissimulerait des objets ou substances dans une partie de son corps¹¹⁹⁵.

Cette mesure étant par nature humiliante, elle doit également avoir lieu suivant des *modalités qui évitent d'aggraver l'humiliation*. Aussi, même si elle est justifiée, la manière dont une fouille se déroule peut la rendre dégradante. Tel, a estimé la Cour, avoir été le cas d'une perquisition chez une personne accusée par son épouse d'abus sexuel sur sa belle fille et d'être armée. Des policiers masqués l'ont menottée, dénudée, couchée par terre et fouillée¹¹⁹⁶.

Les mêmes principes s'appliquent dans la prison. Ce lieu ne justifie en lui-même ni fouilles intégrales ni modalités portant atteinte à la dignité des détenus. Ainsi, à deux reprises, la Cour a jugé que les fouilles des détenus ont constitué des traitements dégradants en raison des motifs invoqués et de leurs modalités. Dans l'arrêt *Valasinas*, la Cour a retenu la violation de l'article 3 parce que le détenu concerné avait été contraint de se dévêtir complètement en présence d'une gardienne pour l'humilier. Ensuite, on lui a ordonné de s'accroupir et des gardiens, qui ne portaient pas de gants, ont examiné ses organes sexuels et ensuite sans se laver les mains, la nourriture qu'il avait reçue de son visiteur. Ces conditions révèlent une intention délibérée de l'humilier, a déclaré la Cour en les qualifiant de traitements dégradants¹¹⁹⁷. Dans l'affaire *Iwańczuk*, c'est l'absence de motif légitime et nécessaire (absence d'une telle pratique dans d'autres prisons lors du vote des détenus, le caractère

¹¹⁹² CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, n°50901/99 CEDH 2003-II ; CEDH, *Valasinas c. Lituanie*, n° 44558/98, CEDH 2001-VIII, § 117 ; CEDH, *Iwańczuk c. Pologne*, préc., § 59 ; CEDH, *McFeeley et autres c. Royaume-Uni*, préc., §§ 60-61.

¹¹⁹³ CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 62.

¹¹⁹⁴ CEDH, *Frérot c. France*, préc., § 38.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, § 41.

¹¹⁹⁶ CEDH, *Wieser c. Autriche*, préc.

¹¹⁹⁷ CEDH, *Valasinas c. Lituanie*, préc.

pacifique de ce détenu et le caractère non violent de l'infraction pour laquelle il était détenu) associé au caractère « délibérément humiliant » (l'intéressé a été obligé de se mettre en sous-vêtements, sous le regard des quatre gardiens, accompagnés de propos insultants et humiliants), qui ont amené la Cour à retenir la qualification de traitement dégradant¹¹⁹⁸. La Cour a fait remarquer qu'elle comprenait que l'exercice de certains droits fondamentaux par les détenus peuvent être soumis à des conditions autres que celles édictées par des nécessités de sécurité normales de la prison. Mais elle ne conçoit pas qu'elles puissent inclure le déshabillage d'un détenu en présence d'un groupe de gardiens, de surcroît hilares et moqueurs¹¹⁹⁹.

De manière générale, la jurisprudence européenne a, depuis l'affaire *McFeely et autres*¹²⁰⁰, établi que les fouilles dans la prison doivent avoir lieu dans le respect de l'intimité, à savoir, dans un espace mettant la personne à l'abri des regards et en la seule présence des personnes nécessaires pour effectuer la fouille ainsi que d'un médecin. Elle exige aussi qu'elles soient effectuées par une personne du même sexe et que l'attitude générale des personnes présentes aux fouilles soit la plus respectueuse possible de la personne. Les Règles pénitentiaires recommandent également que les détenus soient fouillés par un membre du personnel du même sexe (54. 5), et que de manière générale, les droits pénitentiaires prévoient des procédures détaillées pour des fouilles tant des détenus que des visiteurs (54.1. b, c) qui ne doivent pas être humiliantes (54.4). L'examen par un médecin est également recommandé par les Règles pénitentiaires européennes¹²⁰¹.

A propos des fouilles dans la prison, la Cour a dû émettre une garantie supplémentaire : la *prohibition des fouilles fréquentes et/ou systématiques*. Alors même que les modalités des fouilles sont respectueuses, en tout cas, elles se déroulent conformément à la légalisation interne, la fréquence peut les rendre dégradantes. Etant par nature humiliantes, elles ne peuvent pas faire partie des modalités ordinaires d'exécution des peines, ni même d'un régime d'exécution des peines de sécurité renforcée en ce sens qu'elles ne peuvent pas avoir lieu systématiquement sans raison spéciale. Elles ne peuvent précisément avoir lieu sans raisons « convaincantes » (*Van der Ven*¹²⁰²) et, lorsqu'elles comportent une inspection anale sans avoir été rendues « absolument nécessaires » au regard des circonstances particulières par des « soupçons concrets et sérieux¹²⁰³ ». Outre le fait qu'elles soient humiliantes, les fouilles donnent dans ces conditions le sentiment aux détenus concernés d'être « victimes de mesures arbitraires¹²⁰⁴ ».

¹¹⁹⁸ CEDH, *Iwanczuk c. Pologne*, préc., §§ 54-60.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, § 54.

¹²⁰⁰ D 8317/78 *McFeeley et autres/RU*, 15.5.80, D.R., 20, p. 44-160 (p. 142).

¹²⁰¹ « Aucun examen des cavités corporelles ne peut être effectué par le personnel pénitentiaire » (54.6.)

« Un examen intime dans le cadre d'une fouille ne peut être réalisé que par un médecin » (54. 7).

¹²⁰² CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 62.

¹²⁰³ CEDH, *Frérot c. France*, préc., § 41.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, § 47.

C'est ce que la Cour a affirmé dans les affaires *Van der Ven* et *Frerot*. Les requérants subissaient des fouilles systématiques imposées, pour le premier, par le régime de sécurité maximale aux Pays-Bas¹²⁰⁵ et, pour le second, par le régime de détenus particulièrement surveillés (DPS) en France. Si pour le premier, la Cour a pu évaluer le nombre des fouilles subies (elles étaient au moins hebdomadaires), dans l'affaire *Frerot*, elle a déduit leur nombre important en s'appuyant sur la réglementation française¹²⁰⁶. Celle-ci prévoit que tout détenu est susceptible de subir des fouilles intégrales chaque fois qu'il quitte sa cellule et entre en contact avec une personne de l'extérieur ou lorsqu'elle sort de la prison¹²⁰⁷ ; de surcroît, les « détenus spécialement signalés », tel le requérant, sont plus exposés encore à ce type de fouilles¹²⁰⁸.

Ainsi dans l'arrêt *Van der Ven*, la Cour a estimé que le fait d'avoir soumis un détenu, en plus d'un grand nombre de mesures de contrôle que comportait le régime spécial de sa détention, à des « fouilles à corps routinières » (celles-ci constituaient une pratique hebdomadaire pendant environ trois ans et demi) sans « impératif de sécurité convaincant », a constitué des *traitements inhumains et dégradants* contraires à l'article 3¹²⁰⁹. Dans l'affaire *Frerot*, elle a qualifié les fouilles litigieuses de *dégradantes*. Combinés, « le sentiment d'arbitraire », le « sentiment d'infériorité et d'angoisse » qui y sont souvent associés, et celui d'une « profonde atteinte à la dignité » que provoque indubitablement l'obligation de se déshabiller devant autrui et de se soumettre à une inspection anale visuelle, en sus des autres mesures intrusives dans l'intimité que comportent les fouilles intégrales, caractérisent un « degré d'humiliation dépassant celui – tolérable parce qu'inéluctable – que comporte inévitablement la fouille corporelle des détenus¹²¹⁰ ».

¹²⁰⁵ La Cour a examiné non pas une fouille intégrale en particulier, comme dans des précédentes affaires, mais le régime général des fouilles intégrales auxquelles étaient soumises des personnes détenues dans un « établissement de sécurité maximale ».

¹²⁰⁶ L'article D. 275 du code de procédure pénale prévoit que « les détenus doivent être fouillés fréquemment et aussi souvent que le chef de l'établissement l'estime nécessaire » ; qu'« ils le sont notamment à leur entrée dans l'établissement et chaque fois qu'ils en sont extraits et y sont reconduits pour quelque cause que ce soit [et] peuvent également faire l'objet d'une fouille avant et après tout parloir ou visite quelconque ». D'autres dispositions du code de procédure pénale prévoient la fouille des détenus à leur arrivée dans l'établissement (art. D. 284 CPP), avant transfèrement ou extradition (article D. 294 CPP) et avant et après entretien au parloir (art. D. 406 CPP), à l'occasion des mouvements en détention (promenades, ateliers, salles d'activités).

¹²⁰⁷ « En l'espèce, ne sont connus avec précision ni la fréquence des fouilles subies par le requérant (fouilles par palpation et fouilles intégrales confondues), ni la proportion de fouilles intégrales, ni le nombre de celles à l'occasion desquelles il lui fut ordonné 'de se pencher et de tousser' », CEDH, *Frerot c. France*, préc., §43.

¹²⁰⁸ Il n'est pas contesté que, comme tout détenu, le requérant est soumis au régime des fouilles défini pour l'essentiel par la circulaire du 14 mars 1986 et la note technique y annexée (...); « elles concernent principalement, mais non exclusivement, les *détenus particulièrement signalés*, les prévenus, ainsi que ceux dont la personnalité et les antécédents rendent nécessaire l'application de mesures de contrôle approfondies », CEDH, *Frerot c. France*, préc. §§ 40, 44.

¹²⁰⁹ CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 63.

¹²¹⁰ CEDH, *Frerot c. France*, préc., §§ 47-48.

d. Les transfèrements

S'ils peuvent constituer un traitement inhumain ou dégradant en raison des modalités de leur déroulement (menottes, exposition au public), ils peuvent également l'être en raison des motifs mais aussi de leur fréquence.

Mais le CPT a relevé que la *fréquence* peut également les rendre inhumains ou dégradants. Pour être nécessaires au maintien de l'ordre et de la sécurité, il n'empêche pas, considère-t-il, que « l'effet de transferts successifs sur un prisonnier pourrait, dans certaines circonstances, constituer un traitement inhumain et dégradant ». Car « le transfert continuuel d'un prisonnier d'un établissement vers un autre peut avoir des conséquences très néfastes sur son bien-être psychique et physique. De plus, ce prisonnier aura des difficultés pour maintenir des contacts appropriés avec sa famille et son avocat »¹²¹¹.

Enfin, les obligations de *porter l'uniforme pénitentiaire et/ou de se raser le crâne* sont également des actes *a priori* dégradants étant susceptibles d'humilier et d'avilir la personne. Tel est le cas, lorsqu'ils sont imposés à titre de sanction disciplinaire et/ou dans le but d'humilier la personne. De tels actes ne peuvent être justifiés que lorsqu'ils sont imposés au titre de mesures d'hygiène¹²¹².

B. La protection nationale

La réglementation générale (1) de l'usage des moyens de coercition, des moyens d'ordre et de sécurité par les droits nationaux mais aussi celle concernant certains de ces moyens (2), ne manque pas non plus de soulever des problèmes de conformité avec les exigences européennes.

1. Les garanties générales

Les motifs pour lesquels l'usage des moyens coercitifs peuvent être utilisés correspondent à peu près à ceux prévus par les instances du Conseil de l'Europe. Le *droit français* prévoit qu'ils peuvent être utilisés à l'encontre des détenus en cas de fureur, de violence grave, de menaces, d'injures, de violences ou d'infractions à la discipline, ou simplement pour les maîtriser, les empêcher de causer des dommages ou de porter atteinte à eux-mêmes ou à autrui, ou lorsque les circonstances ne permettent pas d'assurer efficacement leur garde d'une autre manière (art. 726 et D 283-3 al. 2 CPP), ainsi que pendant leur transfèrement ou leur extraction (art. D 283-4 CPP). Le

¹²¹¹ CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 57.

¹²¹² CEDH, *Yankov c. Bulgarie*, n° 39084/97, CEDH 2003-XI.

droit grec se contente d'énoncer qu'ils visent à « sauvegarder et rétablir l'ordre » (art. 65 §2 C. pénit.).

En revanche, alors que le droit grec (art. 65 § 3 C. pénit.) et le droit français (art. D 283-3 al.1 CPP) interdisent l'usage des moyens coercitifs à titre punitif, et que ce dernier réitère spécialement cette interdiction à propos de l'isolement (art. 283-1-2 CPP), les deux droits nationaux prévoient le recours à l'isolement à titre de sanction disciplinaire (art. D 250-3 et D 251-5 CPP, art. 69, §1, al.a C. pénit.). Le droit grec prévoit également les transfèrements à titre punitif (art. 69 §1, al. c, C. pénit.). Dans la pratique, des transfèrements disciplinaires ont également lieu en France. Dans le rapport du Commissaire européen aux droits de l'homme concernant la France (2006), il est question de « sanctions disciplinaires voilées »¹²¹³.

Quant à la *nature des moyens de contention*, le *droit grec* prévoit seulement l'enfermement dans une cellule spéciale et les menottes (art. 65 §2, C. pénit.). Dans la pratique, il est également fait usage de tout autre moyen jugé nécessaire. L'application de ces mesures est décidée par le Conseil de la prison¹²¹⁴. Mais en cas d'urgence, pour faire face à des actes violents mettant en danger la vie, la santé et la liberté des codétenus et du personnel, cette décision peut être prise par le directeur et doit être approuvée par le conseil de la prison dans les vingt-quatre heures (art. 65 §2 C. pénit.). Le *droit français* mentionne, en plus de ces deux moyens, les entraves qui constituent un moyen encore plus humiliant que les menottes, tant elles réduisent l'image de l'homme à celle de l'animal. Elles consistent en l'enchaînement des pieds ; mais peuvent aussi comporter deux chaînes attachant les pieds aux mains. L'enfermement dans une cellule spéciale est prévu pour les cas où un détenu use de menaces, injures ou violences ou commet une infraction à la discipline (art. 726 CPP¹²¹⁵). Les menottes et les entraves sont prévues pendant les transfèrements, les extractions, ou lorsque les circonstances ne permettent pas d'assurer efficacement la garde des détenus d'une autre manière (art. D283-4 CPP). Mais l'article 726 du Code de procédure pénale fait mention d'autres moyens de contrainte sans préciser lesquels. Dans la pratique, il est également fait usage d'une *cellule de force*, repérée par le CPT lors de sa visite en France, en 2003, qui a demandé des explications sur son usage et sa réglementation¹²¹⁶.

¹²¹³ CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc., § 108.

¹²¹⁴ Composé du directeur de la prison, un assistant social et un scientifique (qui peut être un criminologue ou un juriste, mais aussi un psychologue, sociologue, enseignant, ou un vétérinaire), (art 10 § 1, C. pénit.).

¹²¹⁵ « Si quelque détenu use de menaces, injures ou violences ou commet une infraction à la discipline, il peut être enfermé seul dans une cellule aménagée à cet effet ou même être soumis à des moyens de coercition en cas de fureur ou de violence grave, sans préjudice des poursuites auxquelles il peut y avoir lieu. »

¹²¹⁶ « La délégation a observé au quartier disciplinaire (à la prison de Loos), l'existence d'une cellule dite de force, privée de tout équipement à l'exception de toilettes. Les seules explications de membres du personnel qu'elle ait pu recueillir sur ce point était qu'il s'agissait d'un lieu destiné "aux incorrigibles", ce qui ne constitue pas pour le CPT une explication satisfaisante. Le CPT souhaite obtenir des informations détaillées sur les raisons d'être de cette cellule, l'utilisation qui en est faite et les moyens de recours dont dispose un détenu pour contester son placement dans celle-ci », CPT/Inf (2004)7, *Rapport de visite*, France, du 11 au 17 juin 2003.

2. Les garanties supplémentaires concernant certains moyens coercitifs

Outre l'avis médical, requis en droit grec, pour recourir à l'*enfermement cellulaire* des personnes ayant fait une tentative de suicide ou ingurgité des objets ou présentant des réactions psychiques à la détention ou souffrant de troubles mentaux ou des maladies transmissibles (art. 65 §3 C. pénit.), tant ce droit national que le droit français prévoient un certain nombre de garanties dans le cadre de recours aux moyens de sécurité suivants : l'usage des menottes et des entraves (**a**), les fouilles corporelles (**b**) et les transfèrements (**c**).

a. Les garanties lors de l'usage des menottes et des entraves

Le *droit grec* prévoit que l'appréciation de la nécessité de l'usage des menottes lors des transfèrements et extractions est laissée au personnel qui en est chargé et que, dans la mesure du possible, cette mesure doit être évitée dans le cas de personnes âgées, mineures, malades, et des femmes enceintes et, selon le décret pour l'application de cet article¹²¹⁷, dans le cas de prêtres et des personnes handicapées (art. 77 §1 C. pénit.).

Le *droit français* limite, dans l'article 803 du Code de procédure pénale, le port des menottes et des entraves aux détenus dangereux pour eux-mêmes ou pour autrui et dans le cas de risque de fuite (art. 803, al.1, CPP)¹²¹⁸. Il prévoit également que des mesures doivent être prises pour assurer le respect de la personne lors de l'usage des menottes en public, en particulier l'interdiction à la presse de prendre des photographies ou d'enregistrer l'image par tout autre moyen¹²¹⁹. La circulaire du 1er mars 1993 recommandait de soumettre la décision de leur usage à l'appréciation de la dangerosité de chaque personne en tenant notamment compte de son âge et de son état de santé. Mais un décret du 8 décembre 1998 a permis de les rendre systématiques lors des transfèrements et des extractions en laissant une grande marge d'appréciation aux directeurs de prisons et aux chefs de l'escorte (art. D283-4 et D294 CPP)¹²²⁰. Une circulaire du 18 novembre 2004, dont le commissaire aux droits de l'homme Gil-Foules a demandé l'abrogation¹²²¹, autorise le directeur de l'établissement pénitentiaire à imposer le port de menottes ainsi que des entraves lors des extractions médicales, y compris

¹²¹⁷ Décret présidentiel n°141/1991 30.4.1991 (art. 147).

¹²¹⁸ « Nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite » (art. 803, al.1, CPP).

¹²¹⁹ Dans ces deux hypothèses, toutes mesures utiles doivent être prises, dans les conditions compatibles avec les exigences de sécurité, pour éviter qu'une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel (art. 803, al. 2, CPP).

¹²²⁰ Selon l'article D 294 du code de procédure pénale, « Des précautions doivent être prises en vue d'éviter les évasions et tous autres incidents lors des transfèrements et extractions de détenus. Ces derniers sont fouillés minutieusement avant le départ. Ils peuvent être soumis, sous la responsabilité du chef d'escorte, au port des menottes ou, s'il y a lieu, des entraves, dans les conditions définies à l'article D. 283-4. »

¹²²¹ CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc.

pendant les consultations et les soins¹²²². Seules les femmes enceintes sont épargnées mais seulement lors de leur accouchement¹²²³. Concernant les mineurs, il est demandé « un examen particulièrement attentif¹²²⁴ ».

b. Les garanties lors du recours aux fouilles corporelles

Les deux droits nationaux prévoient que les fouilles corporelles doivent avoir lieu dans le respect de la dignité : « Les détenus ne peuvent être fouillés... que dans des conditions qui, tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la dignité humaine » précise le droit français (article D. 275, al. 3 CPP). Le même principe les régit en droit grec (art. 23 §6, C. pénit.). Cependant, concernant les garanties précises, tant le droit français que le droit grec se contentent de prévoir qu'elles doivent être effectuées par une personne du même sexe (art. D 275, al. 3 CPP, en droit français¹²²⁵ et art. 23 §6 C. pénit., en droit grec). Le droit grec prévoit également que les fouilles anales ou par radiographie doivent être faites par un médecin, après ordre du juge de l'application des peines (art. 23 §6 C. pénit. ; art. 10 § 5 du Règlement intérieur).

Il est à noter, à propos des garanties de la dignité, que lors de sa visite à la Santé (prison française) le CPT a constaté des manquements graves et a invité le gouvernement français à prendre sans délais des mesures pour que les « fouilles à corps soient effectuées dans des conditions respectant la dignité humaine¹²²⁶ ». Il a constaté d'une part, que des précautions ne sont pas prises pour qu'elles se déroulent en dehors de la vue des codétenus et des gardiens qui ne participent pas aux fouilles¹²²⁷. D'autre part, les arrivants sont, en attendant la fouille, entassés dans le local des « cabines arrivants » composé de dix « cages » de 1,49 m². Ces cabines sont sales et ne comportent aucun équipement pour s'asseoir. De plus, le jour de la visite du CPT, cinq à six détenus étaient entassés dans une cage alors que d'autres étaient vides.

Quant aux motifs et à la fréquence, les garanties même théoriques ne sont pas suffisantes. Aucune précision ne figure dans ces deux droits nationaux concernant la fréquence. En plus des

¹²²² Circulaire relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, AP 2004-7 CAB/18-11-200.

¹²²³ « C'est à dire tant dans la salle de travail que pendant la période de travail elle-même. La surveillance pénitentiaire ne doit pas s'exercer à l'intérieur même de la salle d'accouchement », *Ibid.*

¹²²⁴ « A6 l'égard des mineurs, l'utilisation des moyens de contrainte doit, conformément à la circulaire du 1er mars 1993, être prise en application de l'article 803 du CPP, faire l'objet d'un examen particulièrement attentif », *Ibid.*

¹²²⁵ « Les détenus ne peuvent être fouillés que par des agents de leur sexe et dans des conditions qui, tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine » (art. D 275 CPP).

¹²²⁶ CPT/Inf(98) 7, *Rapport de visite*, France, préc., §166.

¹²²⁷ La fouille à corps des arrivants avait lieu dans la cour au vu des gardiens et des autres détenus, CPT/Inf(98) 7, *Rapport de visite*, France, préc., §165. Dans les quartiers disciplinaires, les détenus sont obligés de se dénuder devant les cellules pour subir la fouille à corps, CPT/Inf(98) 7, *Rapport de visite*, France, préc., § 165.

fouilles routinières, avant et après chaque visite privée, les directeurs des prisons peuvent les ordonner chaque fois qu'ils les jugent nécessaires pour des motifs d'ordre et de sécurité sans autres précisions¹²²⁸. Ce qui comme nous venons le voir a valu à la France une condamnation pour traitement dégradant dans l'affaire *Frerot* (2007). Le CPT estime que de manière générale, « une fréquence élevée de fouilles à corps - avec mise à nu systématique - d'un détenu comporte un risque élevé de traitement dégradant¹²²⁹ ».

c. Les garanties entourant les transfèrements

Rappelons-le, les transfèrements peuvent être contraires à l'article 3, à cause des modes d'exécution, mais aussi des motifs et de leur fréquence, ce qui peut les faire entrer dans les moyens coercitifs exigeants alors des garanties contre des transfèrements abusifs.

A ce propos, le *droit grec* a créé un organe central auquel sont attribuées toutes les décisions de transfèrement. Il s'agit du « comité central des transfèrements » (art. 9 C. pénit.), qui est un service du ministre de la justice composé de trois membres¹²³⁰. De surcroît, les propositions du directeur des prisons de transférer un détenu doivent au préalable être soumises à l'avis du conseil de la prison (art. 9 C. pénit.). En cas d'urgence, si l'ordre et/ou la sécurité d'une prison est menacé, le ministre de la justice peut également ordonner ou interdire un transfèrement. Dans ce cas, le comité central doit être saisi « au plus tôt » (art. 9 §5, C. pénit.).

Quant aux *motifs*, les transfèrements sont prévus pour des motifs favorables pour le détenus (personnels, familiaux, éducatifs, de travail, de soins, les besoins du procès), mais aussi pour le bon ordre de l'établissement (72 à 77 C. pénit), y compris à des fins disciplinaires (art. 69 §1, al. c, C. pénit.).

Quant aux *modalités*, l'article 77 §1 du Code pénitentiaire prévoit qu'ils doivent avoir lieu de manière à préserver la dignité des détenus et à lui éviter des souffrances supplémentaires. A part les précautions en cas d'usage des menottes, présentées plus haut, ce Code prévoit également qu'en cas de risque pour la santé ou pour la vie de la personne, le transfèrement doit, sur avis médical, être reporté (art. 77 §2).

¹²²⁸ « Les détenus doivent être fouillés fréquemment et aussi souvent que le chef de l'établissement l'estime nécessaire. Ils le sont notamment à leur entrée dans l'établissement et chaque fois qu'ils en sont extraits et y sont reconduits pour quelque cause que ce soit. Ils doivent également faire l'objet d'une fouille avant et après tout parloir ou visite quelconque », (art. D 275 CPP). Voir aussi M. HERZOG, « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », *RSC* (4), oct. -déc., 1998, pp. 735-747.

¹²²⁹ CPT/Inf (2007) 44, *Rapport de visite*, France, préc., § 168.

¹²³⁰ Le secrétaire général de ce ministère, le substitut de procureur près la Cour d'appel responsable de l'inspection de la prison de Korydalos et le président du conseil central scientifique des prisons.

En *droit français*, la décision relève toujours de la compétence des directeurs régionaux de l'administration pénitentiaire et du ministère de la Justice. Ce dernier dispose d'une compétence générale en matière de transfère­ments administratifs et d'une compétence exclusive dans certains types de transferts (art. D 80 et D 300 CPP)¹²³¹. Les directeurs régionaux sont compétents pour les transfère­ments à l'intérieur de leur région. Quant aux motifs, ils ne sont pas précisés. On déduit du texte de l'article D282 du Code de procédure pénale, qui prévoit que « l'affectation peut être modifiée soit à la demande du condamné, soit... », que cette mesure peut avoir lieu, non seulement pour des motifs d'ordre et de sécurité, et donc avoir un caractère contraignant, mais aussi pour des motifs favorables pour les détenus. Toutefois, le Commissaire aux droits de l'homme a, en 2005, mis l'accent sur la pratique des transfère­ments disciplinaires : il parle à ce propos de « sanctions voilées¹²³² ».

En ce qui concerne la *fréquence des transfère­ments*, le gouvernement français a reconnu, en réponse aux observations du Commissaire aux droits de l'homme (mars 2006), qu'un petit nombre de détenus est en effet concerné. Il s'agit de ceux qui sont inscrits dans le répertoire de « détenus particulièrement signalés » par décision du Gendarme des Sceaux conformément à l'article D-276-1 du code de procédure pénale. Ces personnes sont transférées tous les trois mois. Mais le petit nombre de personnes concernées ne diminue pas la gravité de ce rythme de transfère­ments.

Pour ce qui est des *modalités*, nous avons mentionné les précautions exigées contre l'exposition des détenus au public et celles concernant le port des menottes et entraves (art.D300 CPP). Nous devons y ajouter que, comme le droit grec et le *droit français* prévoit une précaution liée à la protection de la santé. Il prévoit la suspension de l'exécution d'un transfère­ment lorsqu'il est établi par un médecin, habilité ou autorisé à intervenir dans l'établissement pénitentiaire, que l'état de santé du détenu ne permet pas son transfère­ment ou son extraction¹²³³.

Les garanties assurées dans le cadre de l'ensemble de ces ingérences ne nous paraissent pas suffisantes. Le port des menottes et des entraves, ainsi que l'exercice des fouilles corporelles, ne sont pas suffisamment réglementés. Dans la pratique, l'usage des menottes dans le lieu de détention est systématique. Ainsi, en France, elles sont utilisées pour tout déplacement des détenus (quartier disciplinaire, prétoire, parloir, etc.), et aussi bien les menottes que les entraves sont utilisées lors des

¹²³¹ « La compétence du ministre de la justice est exclusive en ce qui concerne :

1° Le transfère­ment à titre administratif de tout détenu d'une région pénitentiaire à une autre ; 2° Les transfère­ments vers ou à partir d'une maison centrale ou d'un quartier maison centrale » (art. D 300 CPP).

Le ministre de la Justice a également l'exclusivité de la décision pour des affectations initiales et les changements d'affectation, concernant les détenus condamnés à plus de 10 ans et dont la peine restante à subir est supérieure à 5 ans, ainsi que des condamnés pour d'actes de terrorisme et de ceux ayant fait l'objet d'une inscription au répertoire des détenus particulièrement signalés, prévu par l'article, (art. D. 276-1 CPP).

¹²³² CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc., § 108.

¹²³³ Le certificat délivré par ce praticien permet l'application éventuelle des dispositions de l'article 416 (art. D 292 CPP).

transfèrements, les extractions et les sorties escortées. Quant aux fouilles, elles peuvent également être fréquentes, voire quotidiennes¹²³⁴. Le directeur d'établissement dispose d'un pouvoir d'appréciation quasi discrétionnaire. Des recours ne sont pas clairement prévus. Mais à supposer qu'un recours soit ouvert au détenu, il ne pourra pas passer pour effectif car il sera difficile d'en démontrer le caractère abusif. Quant au contrôle médical de l'application de moyens de force, il n'est prévu que par le droit grec à propos de l'enfermement en cellule à l'égard de certaines catégories de détenus. Aucun de droits de ces deux pays ne prévoit d'autres garanties, comme un examen médical systématique après l'usage de la force ou des moyens de contrainte ou la tenue d'un registre de tels incidents.

Mais, dans ce domaine, même le Conseil de l'Europe doit encore marquer des progrès pour limiter le recours à l'usage de force et des moyens de contrainte. Il est nécessaire de mieux préciser les motifs du recours à des armes et à des moyens de contrainte autorisés, interdire les entraves et limiter l'isolement au temps nécessaire pour l'apaisement de la personne ou le retour à l'ordre, et mieux l'encadrer.

Outre les moyens de force et de contrainte, les conditions matérielles de la vie en prison peuvent également être compromettantes pour la dignité humaine.

SECTION 2. LES GARANTIES CONTRE LES CONDITIONS MATERIELLES DEGRADANTES

Par conditions de détention nous entendons à la fois *les conditions matérielles proprement dites* (telles que la superficie des cellules, les sanitaires, l'hygiène, le matériel de couchage, l'aération, le chauffage, la lumière, la nourriture ou le nombre de détenus par cellule), et *le régime de l'organisation de la vie quotidienne en prison* (comme l'affectation des détenus, les promenades, les activités, les contacts humains, les mesures de contrôle, la discipline). Ces conditions font l'objet des Règles minima pour le traitement des détenus depuis 1955 au sein des Nations-Unies et, depuis 1973, au sein du Conseil de l'Europe, intitulées depuis leur révision en 1987, « Règles pénitentiaires européennes¹²³⁵ ». Les normes fixées par ces Règles tentent de garantir des conditions de détention décentes et servent, depuis l'existence de la Cour et du CPT, de référence lors de leurs contrôles respectifs.

Toutefois, c'est seulement en 2001 que la Cour a, pour la première fois, sanctionné le manquement aux conditions de détention décentes. En effet, si c'est depuis 1969 que la Commission a reconnu que « les conditions de détention peuvent tomber sous le coup de l'article 3 de la

¹²³⁴ En droit français, elles peuvent être quotidiennes, M. HERZOG, « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », *préc.*

¹²³⁵ Au sein de la dernière révision de ces règles, la Recommandation *Rec (2006)2 sur les Règles pénitentiaires européennes*, ces conditions font l'objet des dispositions 18 et 19.

Convention¹²³⁶ » et, qu'en 1991, elle avait déclaré recevable une requête portant sur de tels griefs¹²³⁷, c'est seulement dans l'arrêt *Dougoz*, rendu en mars 2001 que la Cour a reconnu le droit à des conditions de détention décentes à propos des conditions matérielles¹²³⁸. Cette jurisprudence est, depuis lors, largement consolidée, notamment dans l'arrêt *Peers* rendu un mois plus tard (avril 2001¹²³⁹) et l'arrêt *Kalachnikov* (juillet 2002) dans lequel la Cour a explicitement reconnu ce droit : « L'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine¹²⁴⁰ ». Le principe adopté est que si la détention en soi n'est pas incompatible avec le respect de la dignité au sens de l'article 3 de la Convention¹²⁴¹, les conditions et les méthodes dans lesquelles elle s'exécute peuvent la rendre incompatible¹²⁴². Il convient alors de déterminer le seuil de gravité des conditions de détention qui soit qualificatif de mauvais traitements au sein de la jurisprudence européenne (§ 1) et la garantie assurée dans ce domaine en droit grec et droit français (§ 2).

¹²³⁶ Dans le Rapport rendu dans l'affaire grecque, la Commission était parvenue à cette conclusion au sujet de la surpopulation et des installations inappropriées concernant le chauffage, les conditions sanitaires, le couchage, la nourriture, les loisirs et les contacts avec le monde extérieur, R 3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3344/67, « affaire grecque », 5-11-1969, Annuaire 12). Cette jurisprudence fut confirmée en 1977 : D 7754/77 (*X c. Suisse*), 9-5-1977, D.R. 11, p. 219.

¹²³⁷ La requérante avait dénoncé, entre autres conditions de détention en Grèce : le surpeuplement, les conditions dans lesquelles se déroulent les visites et l'indigence. Etant d'origine étrangère, elle ne disposait pas de ressources pour continuer à téléphoner. Cette affaire avait été réglée à l'amiable et la prison en question fut fermée, *Petronella Van Ewijk/Grèce*, n°14986/89, décision du 3.7.1991 et rapport du 19 février 1992.

¹²³⁸ « La Cour estime que les conditions de détention peuvent quelquefois s'apparenter à un traitement inhumain ou dégradant », CEDH, *Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98, CEDH 2001-III, § 46. Il avait été reconnu, expressément un an auparavant, dans l'affaire *Kudla*, à propos de la détention d'une personne malade (CEDH, *Kudla c. Pologne* [G.C], préc., §§ 92-94), et implicitement en 1998 dans l'affaire *Aerts* à propos de la détention d'une personne souffrant de troubles psychiatriques graves (CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., §§ 64 et s.).

¹²³⁹ CEDH, *Peers c. Grèce*, préc.

¹²⁴⁰ CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc., § 95.

¹²⁴¹ « Les mesures privatives de liberté s'accompagnent ordinairement de pareilles souffrances et humiliation. Toutefois, on ne saurait considérer qu'un placement en détention provisoire pose en soi un problème sur le terrain de l'article 3 de la Convention », CEDH, *Kudla c. Pologne*, [G.C], n° 30210/96, CEDH 2000-X, § 93 ; CEDH, *Kalachnikov c. Russie* préc., § 95.

¹²⁴² « Les modalités et les méthodes d'exécution de la mesure ne doivent pas soumettre l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate », CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc., § 95 ; CEDH, *Mayzit c. Russie*, n°63378/00, CEDH 2005-I.

§ 1. Les exigences européennes

En dehors des cas exceptionnels, à savoir la privation relativement longue des besoins vitaux élémentaires de l'homme, que sont la nourriture et l'eau, ainsi que l'accès aux sanitaires, qui suffisent pour qualifier ces conditions d'inhumaines¹²⁴³ la Cour tient compte d'un nombre de critères au cœur desquels se trouve l'espace.

Ces critères font référence aux normes dictées par les Règles pénitentiaires européennes. Toutefois, le simple constat de leur violation ne suffit pas pour qualifier les conditions de détention d'inhumaines ou dégradantes. Pour cela, il faut encore que la Cour constate que leur violation ait atteint le minimum de gravité constitutif de mauvais traitement au titre de l'article 3 de la Convention dont le seuil doit dépasser celui de la souffrance et de l'avilissement habituel et inévitable de l'exécution d'une peine privative de liberté¹²⁴⁴. Dans cette appréciation, l'élément central est l'espace : « La Cour considère le manque extrême d'espace comme un facteur central dans son analyse de conformité des conditions de détention du requérant avec l'article 3¹²⁴⁵ ». Il est combiné à un certain nombre de critères : les *conditions matérielles* dans la cellule (sanitaires, salubrité, aération, lumière, matériel de couchage et mobilier dans la cellule), le *nombre de détenus* dans la même cellule, le *temps passé hors la cellule* (en promenade ou en activités), la *durée* de la détention dans les conditions dénoncées, ainsi que *l'âge, l'état physique, ou la santé* des personnes concernées. Ces aspects, même si considérés séparément ne suffisent pas pour qualifier une détention d'inhumaine ou dégradante, combinés, ils peuvent aboutir à un tel traitement. En effet la Cour réitère que ce sont les effets cumulatifs qui sont déterminants dans l'appréciation du seuil de gravité des conditions de la détention : « Lorsqu'on évalue les conditions de détention, il y a lieu de prendre en compte leurs effets cumulatifs ainsi que les allégations spécifiques du requérant¹²⁴⁶ ».

¹²⁴³ Le fait pour une personne en garde à vue d'être privée de nourriture et d'eau pendant 32 heures, et ne pas avoir accès aux toilettes, s'analyse en un traitement inhumain, CEDH, *Fedotov c. Russie*, préc. Dans l'affaire *Kadiķis*, la Cour a rappelé, à propos de la limitation de la nourriture d'un détenu à un repas par jour, l'obligation des États à nourrir convenablement les détenus : « La Cour estime que l'obligation des autorités nationales d'assurer la santé et le bien-être général d'un détenu implique, entre autres, l'obligation de le nourrir convenablement », CEDH, *Kadiķis c. Lettonie (n°2)*, préc., §§ 55-56.

¹²⁴⁴ « La Cour a toujours souligné que la souffrance et l'humiliation infligées doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes. Les mesures privatives de liberté s'accompagnent ordinairement de pareilles souffrance et humiliation », CEDH, *Ilașcu et autres [GC]*, préc. Voir CEDH, *Kudla c. Pologne*, [G.C.], préc., §§ 92-94 ; CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc., § 95 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France [GC]*, préc., § 119 ; CEDH, *Popov c. Russie*, préc., § 208 ; CEDH, *Kadiķis c. Lettonie (n°2)*, préc., § 56.

¹²⁴⁵ CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc. Dans l'affaire *Valašinas c. Lituanie*, précitée, cette instance avait estimé que les effets du manque d'espace dans la cellule étaient récompensés par les sorties. Ce qui n'a pas été le cas dans l'affaire *Peers* ni dans l'affaire *Kalachnikov* : l'étroitesse de la cellule était couplée par le manque d'aération et de lumière, dans la première affaire, et l'étroitesse de la cellule était couplée par les effets de la durée de vie en cellule, dans la seconde affaire.

¹²⁴⁶ « Lorsqu'on évalue des conditions de détention, il y a lieu de prendre en compte leurs effets cumulatifs, ainsi que les allégations spécifiques du requérant », CEDH, *Dougoz c. Grèce*, préc., § 46. Voir CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc. ; CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, § 135 ; CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, n° 54825/00, 2005-IV, § 81 ; CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc., § 40 ; CEDH, *Ostrovar c. Moldavie*, n° 35207/03,

Enfin, la Cour a, d'une part, confirmé le caractère non déterminant de l'absence d'*intention d'humilier ou d'avilir* quelqu'un¹²⁴⁷ : « Le fait qu'une personne soit détenue dans des conditions insatisfaisantes suffit en soi de créer un sentiment de détresse et de souffrance d'une intensité excédant le niveau inévitable inhérent à la détention »¹²⁴⁸. Elle a, de l'autre, refusé de justifier les mauvaises conditions de détention par les *difficultés économiques d'un pays* : tout en tenant compte des problèmes économiques d'un pays, la Cour a déclaré que « les contraintes financières ne sauraient en principe justifier l'existence de conditions de détention précaires au point d'atteindre le niveau de traitement interdit par l'article 3 de la Convention¹²⁴⁹ ».

En examinant l'application de ces critères, nous constaterons que, après l'espace (A), c'est le nombre de détenus qui est le critère le plus déterminant des conditions de vie en détention (B) et que certains critères, comme la durée passée dans les conditions dénoncées, le temps passé quotidiennement en cellule, l'âge, l'état physique, et la santé de l'intéressé contribuent à moduler la gravité de ces conditions (C).

A. Espace et conditions matérielles

Le droit à des "conditions de détention décentes" s'applique à l'ensemble de l'espace d'une prison : cellule, sanitaires, cuisines, aires de promenade, lieux de travail, couloirs, parloirs, etc. Parmi ces espaces, ce sont en particulier les cours de promenade et les cellules qui ont retenu l'attention de la jurisprudence européenne. Celui de *promenade* a notamment été porté à l'attention de la Commission qui, tout en ayant parfois exprimé sa désapprobation, n'avait jamais déclaré recevable les requêtes corrélatives : ni à propos de la promenade en préau grillagé où les détenus pouvaient se promener deux par deux¹²⁵⁰, ni à propos de la promenade dans une cellule ordinaire (s'agissant des détenus qui vivaient dans des cellules d'isolement avec des fenêtres opaques¹²⁵¹).

CEDH 2005-IX, § 89 ; CEDH, *Mikadzé c. Russie*, préc. ; CEDH, *Popov v. Russie*, préc., § 209 ; CEDH, *Trepachkine c. Russie*, n° 36898/03, CEDH 2007-VII, § 91.

¹²⁴⁷ « Toutefois s'il convient de prendre en compte la question de savoir si le but du traitement était d'humilier ou de rabaisser la victime, l'absence d'un tel but ne saurait exclure de façon définitive le constat de violation de l'article 3 ». L'attitude passive dans ce cas, à savoir l'omission de prendre des mesures pour améliorer les conditions de détention, dénote un manque de respect envers la personne concernée, CEDH, *Peers c. Grèce*, préc., §§ 74-75 ; CEDH, *Kalachinkov c. Russie*, § 95, § 101 ; CEDH, *Mayzit c. Russie*, préc., § 24 ; CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, § 132 ; CEDH, *Kantjyrev c. Russie*, n° 37213/02, CEDH 2007-VI, § 53.

¹²⁴⁸ CEDH, *Kantjyrev c. Russie*, préc., § 53.

¹²⁴⁹ En outre, les difficultés économiques auxquelles était confrontée l'Ukraine ne peuvent en tout état de cause expliquer ni excuser les conditions de détention que la Cour a jugé inacceptables en l'espèce », CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc., §§ 135-149. Voir aussi CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, n° 41707/98, § 181, CEDH 2003-IV, CEDH, *Kuznetsov c. Ukraine*, n°39042/97, CEDH, 2003-IV, § 128.

¹²⁵⁰ D 6337/73 (X/Belgique) 10.7.1975, DR 3, pp. 83 et s.

¹²⁵¹ R 8463/78 (Möller et Kröcher/Suisse), 16.12.1982, DR 34, p. 36 et s.

Au sein de la jurisprudence de la Cour, c'est surtout *l'espace de la cellule* qui a, jusqu'à présent, été mis en cause. Etant le lieu où la plupart des détenus passent la majeure partie de leur journée (faute d'activités suffisantes, notamment dans les maisons d'arrêt), la vie en cellule est en effet le facteur le plus déterminant de la qualité des conditions matérielles de la détention. La configuration de la cellule doit répondre à un minimum de prescriptions concernant notamment la superficie, l'aération, la lumière, le mobilier, l'hygiène et la propreté.

La superficie de la cellule. La taille de la cellule doit répondre au besoin de chaque être vivant de disposer d'un espace minimum vital pour dormir, se reposer et avoir une vie privée. Cette taille est fixée par le Conseil de l'Europe à 7 m² par personne¹²⁵². Mais la superficie peut poser un problème, par rapport également, au nombre d'occupants, dès lors que celui-ci peut diminuer cet espace minimum vital. La Cour a, par exemple, estimé que lorsque la superficie revient à moins de 2 m² par personne, il s'agit d'une condition qui soumet la personne à une souffrance suffisante pour constituer un traitement inhumain ou dégradant¹²⁵³.

Aération, température, et éclairage de la cellule. Celle-ci doit être suffisamment aérée, chauffée ou climatisée, suivant les saisons et le climat de chaque pays, et suffisamment éclairée par la lumière naturelle et la lumière artificielle. Les Règles pénitentiaires européennes imposent un certain nombre de normes concernant ces aspects¹²⁵⁴. Pour les apprécier, la Cour tient également compte des facteurs climatiques. Ainsi, dans l'affaire *Peers*, la Cour a souligné que dans les pays chauds, les moyens d'aération de la cellule, notamment pendant l'été, est un facteur déterminant des conditions de détention. Les cellules doivent disposer, soit de fenêtres de taille suffisante, soit d'un système de climatisation¹²⁵⁵. Il en est de même du froid, pendant l'hiver dans des pays du Nord. Ainsi, constitue un traitement dégradant, la détention dans une cellule insuffisamment chauffée en Russie¹²⁵⁶ ou en Ukraine¹²⁵⁷. A plus forte raison, la personne doit être détenue dans un espace la mettant à l'abri du soleil et des intempéries, à savoir dans un espace fermé disposant d'un toit en bon état¹²⁵⁸. A l'exception du climat, la Cour tient compte d'autres facteurs, comme la présence des fumeurs dans une cellule commune qui peut aussi créer un problème d'aération ce qui peut être

¹²⁵² CEDH, *Mayzit c. Russie*, préc., §§ 36-42 (violation). Entre 6 et 10 détenus partageaient une cellule dans laquelle chacun d'eux disposait entre 1.3 et 2.51 mètres ce qui en soi a atteint les standards acceptables. A ce propos, elle rappelle que le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) a fixé à 7 m² par personne la surface minimum approximative souhaitable pour une cellule de détention, dès lors que le séjour dépasse quelques heures », CEDH, *Mikadzé c. Russie*, préc., § 116.

¹²⁵³ CEDH, *Mayzit c. Russie*, préc., §§ 36-4. Voir aussi les affaires *Peers c. Grèce* et *Kalachnikov c. Russie* précitées.

¹²⁵⁴ *Règles pénitentiaires européennes*, 2006, (règles 17-19).

¹²⁵⁵ CEDH, *Peers c. Grèce*, préc.

¹²⁵⁶ CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc.

¹²⁵⁷ CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, préc.

¹²⁵⁸ CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, n° 24919/03, CEDH 2005-IX.

nuisible surtout pour les personnes souffrant de problèmes respiratoires¹²⁵⁹. Enfin, l'éclairage de jour et de nuit doit être suffisant pour le bien-être général de la personne, au moins pour permettre la lecture sans fatiguer les yeux¹²⁶⁰. En tout état de cause, la cellule doit toujours avoir accès à la lumière naturelle, et la lumière artificielle doit être éteinte la nuit pour assurer la perception de la variation du jour et de la nuit. Sont nuisibles pour la santé, aussi bien la privation totale de la lumière, les cachots sont d'ailleurs prohibés, que la permanence de la lumière : celle-ci prive la personne d'un sommeil reposant¹²⁶¹ et perturbe le biorythme, notamment lorsque l'éclairage est entièrement artificiel¹²⁶².

Mobilier de la cellule. La cellule doit disposer du mobilier de base : matériel de couchage, table et chaise. La Cour a eu l'occasion de juger que le manque de matériel de couchage suffisant, et notamment l'absence de lits en nombre équivalent au nombre d'occupants de la cellule, sont des conditions de détention inacceptables¹²⁶³.

Hygiène, sanitaires et salubrité en général de la cellule. Les personnes doivent être détenues dans un lieu non vétuste, sain, propre, et doivent disposer des moyens pour assurer la propreté des lieux, des vêtements et la propreté corporelle¹²⁶⁴. *La salubrité de l'espace de la cellule.* La Cour reconnaît le droit à la détention dans un environnement sain¹²⁶⁵. Celle-ci doit être propre et certainement débarrassée des cafards et autres insectes¹²⁶⁶, et elle doit être désinfectée pour éviter le développement et la propagation des maladies de peau et d'autres maladies contagieuses (syphilis, tuberculose)¹²⁶⁷. Cependant l'insalubrité a toujours fait partie des effets cumulatifs des conditions de détention combinées, en particulier, à la surpopulation. Mais l'affaire *Nevmerzhitsky* permet de déduire que lorsque l'insalubrité a eu comme effets avérés la contraction de maladies, en l'occurrence de maladies de peau, elles peuvent suffire pour conclure aux conditions de détention inhumaines ou dégradantes¹²⁶⁸. *La propreté individuelle.* C'est le seul aspect concernant la propreté en prison, à propos duquel la Commission avait retenu la violation de l'article 3 de la Convention.

¹²⁵⁹ CEDH, *Orlovov c. Moldavie*, préc., §§ 85-89 ; CEDH, *Kalachnikovc. Russie*, préc. ; CEDH, *Kadiķis c. Lettonie (n°2)*, préc., § 53 ; *Trepachkine c. Russie*, préc., § 94.

¹²⁶⁰ « La Cour constate ensuite que la cellule en cause était dépourvue d'éclairage naturel, de sorte que la lumière du jour n'y pénétrait jamais », CEDH, *Kadiķis c. Lettonie (n°2)*, n° 62393/00, CEDH 2006-V, § 53.

¹²⁶¹ CEDH, *Kalachnikovc. Russie*, préc.

¹²⁶² CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Kuznetsov c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Ilașcu et autres c. Moldavie et Russie* [GC], préc. ; CEDH, *Iorgov c. Bulgarie*, n° 40653/98, CEDH 2004-VII ; CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, préc.

¹²⁶³ CEDH, *Kadiķis c. Lettonie (n°2)*, préc., § 54 ; CEDH, *Kantjyrev c. Russie*, préc., § 52.

¹²⁶⁴ Règles 19.4 et 19.6.

¹²⁶⁵ CEDH, *Kalachnikovc. Russie*, préc., § 97, §§ 101-103 ; CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc., § 87.

¹²⁶⁶ CEDH, *Kalachnikovc. Russie*, préc. ; CEDH, *Mayzit c. Russie*, préc.

¹²⁶⁷ CEDH, *Kalachnikovc. Russie*, préc. ; CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, préc. Notons que la Commission n'avait pas, dans l'affaire *FcFeely*, retenu la violation de l'article 3 à propos des conditions de détention des détenus qui, dans le cadre d'une protestation contre la saleté, dite « dirty protest », étaient arrivés à vivre dans leurs propres excréments. Alors qu'elle avait qualifié ces conditions d'inacceptables et reproché aux autorités britanniques leur intransigeance, cette instance les avait justifiées estimant que les détenus étaient responsables de cette situation, D 8317/78 (McFeeley/RU), 1980, p.139. préc.

¹²⁶⁸ CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc., § 87.

C'était dans l'affaire *Hurtado*¹²⁶⁹. Le requérant, détenu en Suisse, avait été obligé de porter durant quatre jours des vêtements souillés, consécutivement aux conditions de son arrestation. De surcroît, c'est grâce à des vêtements prêtés par un codétenu qu'il a pu se changer¹²⁷⁰. Outre qu'ils doivent pouvoir porter des vêtements propres et disposer des facilités adéquates pour les nettoyer, il va de soi que les détenus puissent disposer du papier hygiénique, et les femmes des articles d'hygiène adaptés, des produits de toilette et accéder aux douches¹²⁷¹. A propos des douches, alors que la norme fixée par les Règles pénitentiaire est l'accès quotidien aux douches, et au minimum deux fois par semaine¹²⁷², la Cour a connu des cas d'accès aux douches limités à une fois par semaine¹²⁷³, et parfois plus rarement¹²⁷⁴, voire pendant toute la durée de la détention¹²⁷⁵.

Les sanitaires propres et intimes. C'est le problème le plus fréquemment soulevé par les plaignants et celui qui occupe une place des plus déterminantes dans l'appréciation des conditions matérielles de détention, en particulier, lorsque les toilettes sont dans les cellules. Outre les questions d'hygiène, la présence des toilettes dans la cellule pose un problème d'intimité et de dignité. Cela est incontestablement le cas lorsqu'elles ne sont pas cloisonnées, alors que la cellule ou le dortoir sont occupés par plus d'un détenu. En effet, alors que la Commission n'avait pas considéré que des dortoirs qui ne disposaient que de pots de chambre et de toilettes non cloisonnées, constituent des conditions indignes au regard de l'article 3 de la Convention¹²⁷⁶, la Cour y accorde une grande importance depuis 2001. Le fait d'être obligé d'utiliser des toilettes non cloisonnées situées dans la cellule, peut suffire, a-t-elle déclaré, « pour créer un sentiment de détresse et de souffrance d'une intensité excédant le niveau inévitable inhérent à la détention et de créer chez le requérant des sentiments de crainte, d'angoisse et d'incertitude capables de l'humilier et le rabaisser¹²⁷⁷ ». Cette situation ne peut qu'être aggravée par l'absence de papier hygiénique et de moyens de nettoyage,

¹²⁶⁹ CEDH, *Hurtado c. Suisse*, 28 janv. 1994, Série A n° 280-7.

¹²⁷⁰ La Commission a estimé, par quinze voix contre une, que la conduite des autorités à savoir, leur négligence de prendre les mesures d'hygiène les plus élémentaires, qui consisteraient à mettre à la disposition du requérant des vêtements propres pour remplacer les vêtements souillés suite à leur action, revêt un caractère humiliant et avilissant pour l'intéressé et donc dégradant au sens de l'article 3 de la Convention, CEDH, *Hurtado c. Suisse*. Cette affaire a été réglée à l'amiable.

¹²⁷¹ CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc.

¹²⁷² Les *Règles pénitentiaires européennes* prévoient la possibilité de prendre une douche quotidiennement, au moins deux fois par semaine et les autorités pénitentiaires doivent leur fournir des articles de toilette nécessaires et pour les femmes des articles d'hygiène adaptés (règles 19.4 et 19.6).

¹²⁷³ CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc., § 40; CEDH, *Popov c. Russie*, préc.

¹²⁷⁴ Les requérants ont dû rester plusieurs mois sans se laver, CEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie* [GC], préc.

¹²⁷⁵ La détention avait duré six mois, CEDH, *Kantjyrev c. Russie*, préc. Le CPT s'est contenté, dans un de ses rapports de visite, de recommander une douche minimum par semaine, CPT/Inf (2008) 3, *Rapport de visite*, Grèce, préc., § 56.

¹²⁷⁶ R 6870/75, (Y/RU), 14.5.1977, DR 10, p. 37, § 178 et § 181.

¹²⁷⁷ CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc. Voir CEDH, *Peers c. Grèce*, préc., § 73 et § 75 ; CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Kehayov c. Bulgarie*, n° 41035/98, CEDH 2005-I, § 71 ; CEDH, *Georgiev c. Bulgarie*, n° 47823/99, CEDH 2005-XII, § 62 ; CEDH, *Ostrovar c. Moldavie*, préc., §§ 85-89.

ainsi que par la proximité des toilettes avec les lits et les tables à manger¹²⁷⁸. Signalons à propos des toilettes non fermées dans les cellules, que la position du CPT est encore plus tranchante : « ...Toutefois, quand bien même les détenus disposent d'une cellule individuelle équipée d'un annexe sanitaire non cloisonnée ou partiellement cloisonnée, l'on peut dire de ceux-ci qu'ils vivent - et mangent - dans des toilettes¹²⁷⁹ ». La limitation d'accès aux toilettes, lorsque celles-ci sont à l'extérieur, est également inacceptable, surtout lorsque l'accès est réduit à trois fois par jour ; le reste de la journée, les détenus devant s'en sortir par les bouteilles en plastique et autres moyens de bord, de surcroît, dans une cellule surpeuplée¹²⁸⁰.

Si ces éléments sont importants en eux-mêmes, c'est le plus souvent en liaison avec le nombre des occupants d'une cellule ou dortoir, que la Cour a retenu la violation de l'article 3. Le nombre des occupants aggrave forcément les effets de tous ces problèmes, voire, il en est souvent la source.

B. Espace et nombre : la surpopulation carcérale

La règle en matière de logement est que « chaque détenu puisse être logé pendant la nuit dans une cellule individuelle » (Règle 16.5) et disposer d'un lit individuel (Règle 21). Toutefois dans la réalité cela est loin d'être la règle. C'est la surpopulation qui sévit. Ce « fléau », comme l'appelle le CPT, « ronge les systèmes pénitentiaires » de toute l'Europe¹²⁸¹ de manière persistante depuis le début des années 1990¹²⁸². Ce problème est en effet considéré de la part de l'ensemble des organes du Conseil de l'Europe comme un facteur qui non seulement « mine gravement les tentatives faites pour améliorer les conditions de détention », mais génère également des conditions de détention dégradées voire inhumaines. Pour l'Assemblée parlementaire, « le surpeuplement des prisons est l'une des causes principales de la dégradation actuelle des conditions de détention »¹²⁸³. Pour le Comité des Ministres, le surpeuplement constitue un défi majeur pour le respect de l'ensemble des droits de l'homme¹²⁸⁴. Aussi, a-t-il jugé important d'adopter le 30 septembre 1999, une

¹²⁷⁸ Elle se situait à 1,5 mètres du lit, a relevé la Cour dans l'affaire *Ostrovar*, CEDH, *Ostrovar c. Moldavie*, préc., §§ 85-89.

¹²⁷⁹ CPT/Inf (2001)10, *Rapport de visite*, France, du 14 au 26 mai 2000, § 85.

¹²⁸⁰ CEDH, *Kadiķis c. Lettonie* (n°2), préc.

¹²⁸¹ CPT/Inf (97) 10, *7e rapport général d'activités*, préc., § 12.

¹²⁸² En effet, le CPT n'a de cesse de le rappeler depuis 1992 : « Le phénomène du surpeuplement carcéral continue de ronger les systèmes pénitentiaires à travers l'Europe et mine gravement les tentatives faites pour améliorer les conditions de détention », CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 46. Dans le *11e rapport général d'activités*, précité, § 28, il rappelait : « Les effets négatifs du surpeuplement carcéral ont déjà été mis en exergue dans des rapports généraux d'activités précédents ». Ce constat est confirmé par les statistiques du Conseil de l'Europe, *SPACE I (Statistique pénale annuelle du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, 2005.

¹²⁸³ *Recommandation n°1257(1995) relative aux conditions de détention dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, point 4.

¹²⁸⁴ R(99)22 *concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale*, Comité des ministres, 30 septembre 1999.

Recommandation spécialement consacrée à ce problème, la Recommandation R(99)22 concernant le *surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale*, appelant les gouvernements européens à prendre toutes les mesures nécessaires afin de diminuer le nombre de la population carcérale¹²⁸⁵. Quant au CPT, il a clairement affirmé dans ses rapports d'activités que « le degré de surpeuplement d'une prison ou dans une partie de celle-ci, peut être tel qu'il constitue, à lui seul, un traitement inhumain ou dégradant » et que, « à plus d'une reprise, le CPT a été amené à conclure que les effets néfastes du surpeuplement avaient abouti à des conditions de détention inhumaines et dégradantes »¹²⁸⁶.

Quant à la jurisprudence européenne, la Commission, tout en ayant reconnu que le surpeuplement prive les détenus de toute vie privée, détériore les conditions d'hygiène et génère une crainte constante de violence de la part des codétenus¹²⁸⁷, n'avait jamais retenu la violation de la Convention que ce soit au titre de l'article 8 ou 3 de la Convention¹²⁸⁸. Quant à la Cour, si c'est depuis l'arrêt *Dougoz* (2001) qu'elle a attiré l'attention sur l'importance de ce problème dans la détermination des conditions de vie en détention¹²⁸⁹, c'est dans l'arrêt *Kalashnikov* (2002), qu'elle a reconnu que « la surpopulation en soi peut soulever des questions au regard de l'article 3 »¹²⁹⁰. Pour l'appréciation de la surpopulation, elle se réfère à la norme appliquée par le CPT : 7 m² par personne. Aussi, a-t-elle souligné, peu importe de savoir le nombre exact des occupants d'une cellule à un moment précis, lorsqu'elle connaît la moyenne habituelle des occupants d'une cellule. Lorsque par exemple celle-ci ne laisse guère plus de 2 m² par personne, il s'agit d'un taux de surpopulation suffisant pour dépasser le seuil de souffrance et d'humiliation habituelle d'une détention, et par conséquent, constituer un traitement inhumain ou dégradant¹²⁹¹.

En effet, outre la privation évidente d'intimité et d'espace vital minimum pour circuler et respirer, la surpopulation génère un environnement insalubre créant, des problèmes de propreté,

¹²⁸⁵ Parmi les points à revoir afin de maîtriser la population carcérale et la diminuer : l'éventail des peines prévues par les textes législatifs, la sévérité des peines prononcées, la fréquence du recours aux sanctions et mesures appliquées dans la communauté, l'usage de la détention provisoire, l'efficacité et l'efficacé des organes de la justice pénale et, en particulier, l'attitude du public vis-à-vis de la criminalité et de sa répression ; une politique pénale cohérente et rationnelle axée sur la prévention du crime et des comportements criminels, l'individualisation des sanctions et des mesures et la réintégration sociale des délinquants.

¹²⁸⁶ CPT/Inf (92), *2e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 46 ; CPT/Inf (97) 10, *7e rapport général d'activités du CPT*, du 1^{er} janvier au 31 décembre 1996.

¹²⁸⁷ R 6870/75, (Y/RU), préc., § 177.

¹²⁸⁸ G. BECHLIVANOU, « La surpopulation carcérale au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La surpopulation carcérale en Europe*, (dir., Ph. MARY et Th. PAPTAEODOROU), Bruxelles, éd. Bruylant, 1999.

¹²⁸⁹ « Les conditions de détention du requérant... notamment la surpopulation importante et l'absence de matériel de couchage, combinées à la durée excessive de sa détention en de pareilles conditions, s'analysent en un traitement dégradant contraire à l'article 3 », CEDH, *Dougoz c. Grèce*, § 48.

¹²⁹⁰ « L'espace par détenu dans la cellule du requérant était de 0,9-1,9 m². Dès lors, de l'avis de la Cour, la cellule a été continuellement, sévèrement surchargée. Cette situation soulève en soi une question sous l'Article 3 de la Convention », CEDH, *Kalashnikov c. Russie*, § 97. Voir CEDH, *Mayzit c. Russie*, préc., § 23 ; CEDH, *Ostrovar c. Moldavie*, préc., § 84 ; CEDH, *Popov c. Russie*, préc., § 216.

¹²⁹¹ CEDH, *Mayzit c. Russie*, préc., §§ 36-42 violation). Voir aussi, CEDH, *Ostrovar c. Moldavie*, préc., § 84 ; CEDH, *Popov c. Russie*, préc., § 216 ; CEDH *Peers c. Grèce*, préc. ; CEDH, *Kalashnikov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc. ; CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc.

d'aération (surtout en présence des fumeurs¹²⁹², de développement et de transmission des maladies contagieuses (comme celles rapportées à la Cour, à savoir la syphilis et la tuberculose¹²⁹³), de repos et de sommeil réparateur à cause du bruit et de la présence de lumière quasiment constants¹²⁹⁴, et même des problèmes de couchage obligeant les détenus à dormir à tour de rôle¹²⁹⁵. Enfin, l'existence des toilettes non cloisonnées dans une cellule surpeuplée constitue une atteinte à la dignité¹²⁹⁶ qui ne peut qu'être aggravée par l'absence de papier de toilettes et/ou des produits de nettoyage¹²⁹⁷.

Aussi certains facteurs, dont la durée passée dans des conditions dénoncées par les détenus, peuvent être déterminants de la gravité de ces conditions.

C. Critères modulant la gravité des conditions matérielles et de la surpopulation

La durée de détention dans les conditions dénoncées par les détenus, mais aussi le temps passé hors la cellule, l'état de la santé, l'état physique, ou l'âge, font partie des critères susceptibles de réduire leur gravité, ou au contraire de l'aggraver.

Critères liés à la condition physique de la personne : âge, santé et intégrité physique. Le jeune âge peut limiter les effets de mauvaises conditions matérielles¹²⁹⁸. Alors que le mauvais état de santé les aggrave. Ainsi, le fait de souffrir d'asthme constitue un facteur aggravant les effets d'une mauvaise aération et surtout de la présence de fumeurs dans une cellule commune¹²⁹⁹. Le fait de souffrir de problème de dos rendant les déplacements pénibles, rend inacceptable la détention de la personne concernée à l'étage d'une prison dépourvue d'ascenseur alors que la cour de promenade se situe au rez-de-chaussée¹³⁰⁰. De manière générale, les problèmes d'intégrité physique demandent de mettre à la charge des Etats les obligations positives à savoir la mise en place des moyens nécessaires pour permettre aux personnes de suivre une « vie normale en détention », à savoir de pouvoir se rendre en promenade, aux activités, aux parloirs, à l'infirmerie, aux sanitaires, etc¹³⁰¹.

¹²⁹² CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc.

¹²⁹³ *Ibid.* Voir aussi CEDH *Khechlich c. Ukraine*, préc.

¹²⁹⁴ CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc., § 97.

¹²⁹⁵ CEDH, *Mayzit c. Russie*, préc., §§ 36-42.

¹²⁹⁶ CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc. Voir CEDH *Peers c. Grèce*, préc., § 73 et § 75 ; CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Kehayov c. Bulgarie*, préc., § 71 ; CEDH *Georgiev c. Bulgarie*, préc., § 62 ; CEDH, *Ostrovar c. Moldavie*, préc., §§ 85-89 ; CEDH *Trepachkine c. Russie*, préc.

¹²⁹⁷ CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc.

¹²⁹⁸ Tout en estimant que la détention dans des conditions semblables à celles de la présente espèce pourrait, pour une période plus longue, aboutir à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, la Cour a considéré que le traitement litigieux réservé à un jeune d'environ dix-sept ans et demi, n'a pas atteint le minimum de gravité requis pour tomber sous le coup de cette disposition en raison notamment de sa durée relativement brève et de l'état de santé du requérant, CEDH, *Georgiev c. Bulgarie*, préc., §§ 61-67. Voir CEDH, *Saday c. Turquie* (déc.), n° 32458/96, CEDH 2003-IV ; CEDH, *Valašinas c. Bulgarie*, préc., § 12.

¹²⁹⁹ CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Ostrovar c. Moldavie*, préc., §§ 85-89.

¹³⁰⁰ CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 217.

¹³⁰¹ Cette question est traitée plus en détail dans la section plus loin relative à la capacité de certains détenus à subir une détention.

Critères d'organisation de la journée : promenade et activités. L'absence de possibilité d'activité physique est un des facteurs à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier la sévérité du traitement allégué, affirme la Cour¹³⁰². Lorsqu'elles sont mauvaises, le temps passé hors la cellule en promenade et en activités peuvent contrebalancer les effets de la cellule. Ainsi, dans l'arrêt *Valasinas*, la Cour a jugé que la possibilité de se promener dans le quartier de sa détention toute la journée a diminué les effets néfastes des conditions de vie en cellule, en particulier la surpopulation¹³⁰³. En revanche, dans d'autres affaires, la sortie en promenade, une à deux heures par jour¹³⁰⁴, mais aussi fait que la porte de la cellule soit restée ouverte pratiquement toute la journée¹³⁰⁵, n'ont suffi à contrebalancer la gravité des conditions de vie en cellule.

Enfin, *la durée* totale de la détention dans les conditions dénoncées peut être déterminante. Une courte durée peut diminuer les effets (*Georgiev*¹³⁰⁶, *Valasinas*¹³⁰⁷), mais pas toujours. Certaines conditions sont, eu égard aux effets cumulatifs, d'une telle gravité que, malgré une durée courte, elles sont constitutives de mauvais traitements. Tel a jugé la Cour, être le cas de la détention préventive pendant neuf mois, dans des conditions de surpopulation importante¹³⁰⁸ de sept mois dans une cellule sans toiture au dernier étage, d'un détenu souffrant de problèmes aigus de dos¹³⁰⁹, mais aussi d'une détention de trois mois¹³¹⁰ de quinze jours¹³¹¹ de dix jours¹³¹² et même d'une détention de trente deux heures en garde à vue¹³¹³.

En définitive, dans quasiment tous les cas, c'est la combinaison de plusieurs *effets cumulatifs* qui ont donné lieu au constat de violation de l'article 3 de la part de la Cour. La Cour a jugé que tel était le cas, lorsque la surpopulation était accompagnée de : manque de matériel de couchage suffisant¹³¹⁴ parfois au point que les détenus étaient obligés de dormir à tour de rôle, de surcroît,

¹³⁰² CEDH, *Kehayo c. Bulgarie*, préc., § 69 ; CEDH, *Georgiev c. Bulgarie*, préc., § 62 ; CEDH, *Kadiķis c. Lettonie (n°2)*, préc. ; CEDH, *Trepachkine c. Russie*, préc.

¹³⁰³ CEDH, *Valasinas c. Lituanie*, préc., § 102.

¹³⁰⁴ CEDH, *Trepachkine c. Russie*, préc.

¹³⁰⁵ CEDH, *Peers c. Grèce*, préc.

¹³⁰⁶ Un mois et demi dans les locaux du service de l'instruction, alors « qu'il ne bénéficiait pas de possibilité de promenade ou d'autre activité hors cellule, qu'il n'avait pas accès à la lumière naturelle et que son accès aux sanitaires était restreint », CEDH, *Georgiev c. Bulgarie*, préc.

¹³⁰⁷ Un an, combiné avec la faculté de circuler hors de la cellule.

¹³⁰⁸ CEDH, *Mayzit c. Russie*, préc.

¹³⁰⁹ CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 217.

¹³¹⁰ Deux détenus partageaient une petite cellule mal aérée, pendant l'été dans un pays chaud, et avec des toilettes partagées et non cloisonnées, CEDH, *Peers c. Grèce*, préc.

¹³¹¹ Dans une cellule de 6m2, où logeaient entre 4 et 6 personnes, sans sortie en promenade, sans lits, sans air frais ni lumière naturelle et mal nourris, CEDH, *Kadiķis c. Lettonie (n° 2)*, préc.

¹³¹² CEDH, *Trepachkine c. Russie*, préc.

¹³¹³ CEDH, *Fedotov c. Russie*, préc.

¹³¹⁴ « Les conditions de détention du requérant... notamment la surpopulation importante et l'absence de matériel de couchage, combinées à la durée excessive de sa détention en de pareilles conditions, s'analysent en un traitement dégradant contraire à l'article 3 », CEDH, *Dougoz c. Grèce*, préc., § 48 ; CEDH, *Kadiķis c. Lettonie (n°2)*, préc. ; *Trepachkine c. Russie*, préc.

dans le bruit et la lumière permanents¹³¹⁵ ; des conditions sanitaires défectueuses (toilettes non cloisonnées combinées ou pas au nombre de douches insuffisant¹³¹⁶ et au matériel de propreté insuffisant)¹³¹⁷ ; de la présence de personnes souffrant des maladies infectieuses (syphilis, tuberculose¹³¹⁸), ou de fumeurs (lorsque la cellule comprenait des personnes souffrant d'asthme¹³¹⁹). Le plus souvent c'est la combinaison de l'insalubrité de la cellule, du nombre de détenus présents, des toilettes non cloisonnées et de la durée, qui a donné lieu à la qualification des conditions de détention inhumaines et dégradantes¹³²⁰. L'affaire *Ilaşcu et autres*¹³²¹ est, du point de vue, des conditions de détention, la pire que la Cour ait, jusqu'à présent, connue pour les avoir qualifiées, pour la première fois, de torture. Mais du fait qu'elle concerne des conditions de détention liées à un régime d'isolement, nous la présenterons lors de l'examen de la compatibilité de ce régime avec l'article 3 de la Convention.

A la lumière de ces exigences européennes, nous allons voir l'état des conditions de détention matérielles en Grèce et en France.

§ 2. Les garanties au sein des droits nationaux

Aussi bien le droit grec que le droit français consacrent, expressément ou implicitement, le droit à des conditions de détention dignes (B). Mais la réalité est loin d'y être conforme (A). Tant la France que la Grèce font partie des Etats qui sont mis à l'index pour les conditions matérielles de leurs prisons de la part du Conseil de l'Europe.

A. La réglementation

Le droit français prévoit que « l'incarcération doit être subie dans des conditions satisfaisantes d'hygiène et de salubrité » (art. D349 CPP)¹³²². Les cellules en particulier doivent répondre aux exigences de l'hygiène, compte tenu du climat, notamment en ce qui concerne le

¹³¹⁵ CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc., §§ 36-42 ; CEDH, *Mayzit c. Russie*, préc.

¹³¹⁶ Une fois par semaine, CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc., § 40 ; CEDH, *Popov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Kantjrev c. Russie*, préc.

¹³¹⁷ CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc.

¹³¹⁸ CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, préc.

¹³¹⁹ CEDH, *Ostrovar c. Moldavie*, préc., §§ 85-89 ; CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc.

¹³²⁰ Des conditions de détention qui peuvent être acceptables pour la durée de la garde à vue, deviennent traitement dégradant, lorsqu'elles se prolongent jusqu'à 17 mois (en l'occurrence dans le cadre d'une personne en attente d'expulsion), CEDH, *Dougoz c. Grèce*, préc., § 48. Voir aussi CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc., § 97, §§ 101-103 ; CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc., § 86 ; CEDH, *Ostrovar c. Moldavie*, préc., § 89 ; CEDH, *Karalevičius c. Lituanie*, préc. ; *Popov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Lind c. Russie*, n° 25664/05, CEDH 2007XII.

¹³²¹ CEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie* [GC], préc.

¹³²² « L'incarcération doit être subie dans des conditions satisfaisantes d'hygiène et de salubrité, tant en ce qui concerne l'aménagement et l'entretien des bâtiments, le fonctionnement des services économiques et l'organisation du travail, que l'application des règles de propreté individuelle et la pratique des exercices physiques », (art. D 349 CPP).

cubage d'air, l'éclairage, le chauffage et l'aération (art. D350 CPP). Les *fenêtres* doivent être suffisamment grandes pour permettre l'entrée d'air frais et de la *lumière naturelle*. Celle-ci, comme la lumière artificielle, doivent être suffisantes pour permettre aux détenus de lire et de travailler sans altérer leur vue. Des produits doivent être fournis aux détenus pour l'entretien de la *propreté des cellules* (art. D352 CPP). Pour ce qui est des *sanitaires*, il est seulement prévu qu'ils doivent être « propres et décents » et être répartis en nombre proportionné à l'effectif des détenus (art. D351 CPP). Quant à la *propreté et l'hygiène personnelle*, les détenus doivent pouvoir prendre au moins trois douches par semaine et plus souvent s'il le faut (art. D 358 CPP). Une trousse de toilette est remise à chaque détenu au moment de son arrivée dont le renouvellement est, par la suite, assuré aux indigents (art. D357 CPP). En revanche, les détenus n'ont pas la possibilité de laver leur linge hors de leur cellule¹³²³. Enfin, ils doivent pouvoir faire des *exercices physiques*, du moins effectuer une promenade d'une heure par jour en plein air (art. D359 CPP).

Le *droit grec* prévoit également un nombre de garanties corrélatives (art. 21 et 25 C. pénit.). Les *cellules* doivent être de 35 m² et disposer d'un lit, d'une chaise, d'une table et d'une armoire (art. 21 C. pénit.) ainsi que du chauffage (art. 25 C. pénit.). Les mères accompagnées de leurs enfants doivent pouvoir vivre dans des cellules individuelles de 40 m² aménagées spécialement pour leurs besoins. Les dortoirs conçus pour six personnes maximum, doivent assurer à chaque personne 6 m² minimum. Ils doivent être équipés d'un nombre de lits, de chaises et d'armoires équivalents au nombre des personnes présentes ainsi que des tables suffisamment larges (art. 21 C. pénit.). Pour ce qui est des *sanitaires*, comme en droit français il est seulement prévu que les cellules et les dortoirs disposent de sanitaires (un pour trois personnes), sans exiger qu'ils soient cloisonnés et qu'ils disposent d'un système d'aération (art. 21 C. pénit.). Concernant, plus généralement, *l'hygiène et la propreté*, il est prévu que : celles des locaux sont assurées par la direction ; les cellules et les dortoirs disposent d'un robinet ; l'eau est assurée par les établissements et qu'une inspection sanitaire doit avoir lieu tous les trois mois et plus si nécessaire (art. 25 §2 C. pénit.). Quant à la *propreté personnelle* : les détenus ont accès aux douches quotidiennement (art. 21 C. pénit.) ; une trousse de toilette est fournie à tous les nouveaux arrivants comprenant du papier hygiénique, du savon, du coton, de la mousse de rasage, des rasoirs plastiques, de la pâte dentifrice, la brosse à dents, du shampoing (art. 15 §1, Règlement intérieur). Par la suite, l'ensemble de ces produits est fourni seulement aux indigents. Aux autres détenus, il n'est fourni que du savon et du papier hygiénique. En ce qui concerne, le linge, les détenus peuvent normalement le laver dans les buanderies. Il est prévu que les détenus ont quotidiennement accès à l'eau chaude dans les douches et les buanderies (art. 15 §7, Règlement intérieur). Enfin quant aux *activités*, il est prévu, comme en droit français, que les détenus doivent bénéficier au moins d'une promenade d'une heure par jour (art. 36 C. pénit.).

¹³²³ Ce qui, comme l'a relevé le Commissaire européen aux droits de l'homme pousse les détenus de s'en sortir avec les moyens du bord. Ainsi le linge accroché aux fenêtres des cellules, donne un spectacle « pittoresque », CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc.

En ce qui concerne *l'affectation des détenus dans les cellules*, tant le droit français que le droit grec prévoient la séparation entre prévenus et condamnés (art. D59 CPP), mineurs et adultes (art. D516 CPP, art. 12 C. pénit.), femmes et hommes (art. D248 CPP français, art. 13 et 14 C. pénit. grec), ainsi que le logement en cellule individuelle¹³²⁴. Le droit grec le consacre même comme un droit des détenus¹³²⁵. Toutefois, ces droits nationaux assortissent immédiatement ce principe de la possibilité de déroger pour des raisons d'encombrement mais à titre temporaire¹³²⁶.

Or, concernant l'application pratique de ces règles, s'il est facile de connaître le respect de cette dernière condition puisqu'il suffit de connaître la capacité des prisons d'un pays et le nombre de personnes détenues à un moment donné, il n'en est pas de même des autres conditions de détention. Elles ne sont connues que partiellement à travers les rapports du CPT, les Rapports du commissaire européen aux droits de l'homme, les arrêts de la Cour ainsi que par les publications des organisations non gouvernementales.

B. La réalité

Soulignons d'emblée que ces deux pays ont eu droit, en 2006, à des qualificatifs peu honorables, voire honteux, pour des pays démocratiques et prospères : « Surpopulation carcérale et conditions de détention affligeantes » pour la Grèce¹³²⁷, et situation des prisons « indignes » pour la France¹³²⁸.

Concernant la *surpopulation*, alors que le droit français prévoit le principe d'encellulement individuel et le droit grec le reconnaît même comme un droit, ces deux pays font partie des plus surpeuplés en Europe. Les prisons en Grèce demeurent les plus surpeuplées ces dernières années¹³²⁹, après celles de Chypre. Selon les statistiques comparées du Conseil de l'Europe de 2004, alors que la

¹³²⁴ Le droit français prévoit pour les maisons d'arrêt l'encellulement individuel jour et nuit « dans toute la mesure où la distribution des lieux le permet et sauf contre-indication médicale », (art. D 83 CPP) et pour les établissements pour peines (maisons centrales et centres de détention), et l'isolement de nuit. Il n'e peut être dérogé à cette dernière règle que « sur indication médicale ou, à titre exceptionnel et provisoire, en raison de la distribution des locaux », (art. D 95 CPP).

¹³²⁵ « L'encellulement individuel est un droit », (art. 21, C. pénit.).

¹³²⁶ Article D58 et D84 Code de procédure pénale français. Le Code pénitentiaire grec prévoit que « l'encellulement individuel est un droit qui est satisfait si les besoins de l'intéressé le justifient et si la capacité d'accueil le permettent », « le placement d'un deuxième détenu est autorisé exceptionnellement et pour une période limitée ou en permanence à condition que la taille de la cellule soit 40 m² », (art. 21, C. pénit.). Il y est également précisé que les dortoirs peuvent accueillir jusqu'à six personnes maximum et chaque personne doit disposer de 6 m² minimum.

¹³²⁷ Rapport de suivi sur la République hellénique (2002-2005), CommDH(2006)13).

¹³²⁸ CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc.

¹³²⁹ Le nombre de détenus a doublé entre 1983 et 1992, et la durée moyenne de détention était, en 1989, de 9,6 mois. Avec cette moyenne, la Grèce occupait, en 1992, le deuxième rang, parmi ceux du Conseil de l'Europe, après le Portugal, où, la même période, la moyenne de détention était de 10,1 mois. K. SPINELLI, « Le problème du surpeuplement et de dépeuplement des prisons grecques », in *Détenus et droits de l'homme*, Athènes, Fondation Marangopoulos, 1996, pp. 65-78.

Grèce a un faible taux d'incarcération (82 pour 100 000 habitants pour une moyenne de 101,3¹³³⁰), la densité carcérale s'élevait à 144 pour 100 places. En 2007, elle s'élèverait à 168%, selon un rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 21 avril 2008¹³³¹. Concrètement, les prisons d'une capacité de 5 584 places, doivent loger 7 091 détenus¹³³². Celle de Korydallos, la maison d'arrêt la plus grande et la plus proche d'Athènes, d'une capacité de 640 places, accueille depuis 2001, plus de 2 000 personnes¹³³³. Au point que le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a, lors de sa visite en 2002, fermement invité le gouvernement grec à résoudre rapidement ce problème¹³³⁴. La Grèce avait alors promis l'extension du parc pénitentiaire par la construction de dix-sept nouvelles prisons¹³³⁵. Toutefois, la population carcérale n'a cessé d'augmenter, ayant atteint en 2005 des pics de 10 000 détenus. Les autorités grecques ont, par ailleurs, fait un effort législatif pour désengorger les prisons. Elles ont, en 2005, décriminalisé certaines infractions et ont incité les tribunaux à prononcer des peines alternatives à la prison¹³³⁶. Elles ont également proposé aux autorités albanaises, toutefois sans succès, d'accepter le transfert dans leurs prisons, si besoin en finançant la construction d'une nouvelle structure, d'un certain nombre de détenus d'origine albanaise. Ces derniers représentent la moitié des détenus étrangers, sur un total de 40 % de détenus étrangers en Grèce¹³³⁷.

La France, connaît également un problème de surpopulation persistant depuis les années 2002. Une baisse significative entre 1999 et 2001 (avec un taux de densité de 77,1 pour 100, en 2001), a été suivie à partir de 2002 d'une nouvelle hausse, passant de 87,6 en 2002, à 118 en 2005¹³³⁸. Un premier pic, en 2003, avec 60.963 détenus pour 48.603 places opérationnelles (soit une surpopulation de plus de 25 %) ainsi que l'augmentation du nombre de suicides en milieu carcéral, avait amené le CPT à effectuer une visite « ad hoc » en France. Le nombre de détenus s'est depuis

¹³³⁰ Avec des écarts considérables qui vont de 39 pour 100 000 en Islande, à 548 pour 1 000 000 en Russie, source *Space I*, 2005, préc.

¹³³¹ http://www.cpt.rg/category.php?category_id=2.

¹³³² *Space I, Statistique pénale annuelle du Conseil de l'Europe*, 2005, préc.

¹³³³ 2 170 en 2001, et 2 224 en 2002, *Tableau des statistiques des mouvements des détenus*, Ministère de la Justice (grec). Ils étaient 2 034 lors de la dernière visite du CPT en Grèce, en février 2007, CPT/Inf (2008) 3, *Rapport de visite*, Grèce, du 20 au 27 février 2007.

¹³³⁴ CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc.

¹³³⁵ CommDH(2006)13, *Rapport de suivi sur la République Hellénique*, (2002-2005), Strasbourg, 29 mars 2006.

¹³³⁶ Loi, n° 3346/2005, 16.06.2005.

¹³³⁷ CommDH(2006)13, *Rapport de suivi sur la République Hellénique*, préc. Parmi d'autres éléments statistiques intéressants, il convient de noter que la moitié de la population carcérale est constituée d'étrangers (5 902), dont la majorité écrasante est condamnée pour des infractions relatives aux stupéfiants (4 439). Parmi la population globale, on compte : 371 mineurs, 579 femmes, 1 005 condamnés des peines supérieures à 20 ans, et 703 condamnés à la perpétuité à vie. La majorité des condamnés (2 163) exécutent des peines de 5 à 10 ans, *Rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, du 21 avril 2008, préc.

¹³³⁸ Selon les statistiques de Pierre TOURNIER, démographe, spécialiste des questions pénales. Elles sont régulièrement publiées dans la revue électronique ACP - ARPENTER LE CHAMP PENAL, *Lettre d'information sur les questions pénales et criminologiques*, <http://www.eleves.ens.fr>.

stabilisé autour de 58 500 détenus¹³³⁹. Cette situation a valu le commentaire du Commissaire Gil-Roblès que les prisons sont de simples lieux de « dépôt », faute de pouvoir réellement appliquer une politique de réinsertion¹³⁴⁰. Ce pays compte essentiellement sur l'extension du parc pénitentiaire pour résoudre ce problème. Un programme de construction de nouvelles prisons est en cours.

Quant aux *conditions matérielles*, concernant la Grèce, le CPT, lors de sa première visite¹³⁴¹, avait trouvé les conditions de détention à la prison de Korydallos de loin insatisfaisantes. Les gouvernements grecs ont depuis fait des efforts. Lors de sa dernière visite, en 2001, le CPT avait apprécié positivement les conditions matérielles de détention dans l'ensemble des prisons visitées, y compris celles de la prison de Korydalos¹³⁴². En revanche, concernant certains aspects, notamment les soins médicaux et les modalités d'exécution de la sanction de « mitard », cet organe a sévèrement épinglé cette dernière prison lors de son rapport de 2008¹³⁴³. En revanche, il avait trouvé, lors de sa précédente visite, la nouvelle prison (Malandrino) de « haut standing »¹³⁴⁴. Ce qui contraste, en particulier, avec les conditions dans les locaux de police¹³⁴⁵. Depuis 2005, le gouvernement appuie une campagne de sensibilisation de l'opinion publique aux conditions de détention, par le biais des débats et des manifestations culturelles dans les prisons, avec le slogan « la vie est partout », s'appuyant sur un objectif : donner « une seconde chance » aux personnes détenues de se réintégrer. A ce propos, le ministre de la Justice a souligné que les efforts ne doivent pas être limités au financement des murs, mais aussi et surtout, au financement des soins et des moyens de réinsertion (éducation, formation, travail et accompagnement à la sortie) afin de garantir le « droit à l'avenir » de ces personnes ainsi que la sécurité durable de toute la société¹³⁴⁶.

¹³³⁹ Selon le CPT, au 1^{er} janvier 2007, ils étaient 58.402 détenus pour une capacité carcérale opérationnelle totale de 50.588 places, CPT/Inf (2007) 44, *Rapport de visite*, France, préc., § 146.

¹³⁴⁰ « La surpopulation empêche donc de mettre en pratique une véritable politique pénitentiaire, de séparer les prévenus des condamnés, les mineurs des adultes. Elle ne permet pas la mise en œuvre d'un traitement social, psychologique... ni d'une action spécifique à la situation de chaque détenu. Cela a un effet totalement négatif sur le principe de réinsertion. Si on ne peut pas faire un travail dans ce sens, on touche à la sécurité future, car la prison devient un dépôt et non un lieu où se prépare la réinsertion », CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc., § 81.

¹³⁴¹ CPT/Inf (94) 20, *Rapport de visite*, Grèce, du 14 au 26 Mars 1993.

¹³⁴² CPT/Inf (2002) 31, *Rapport de visite*, Grèce, du 23 septembre au 5 octobre 2001.

¹³⁴³ Si la durée de cette sanction en droit grec, 10 jours maximum, est courte par rapport au droit français (45 jours maximum), son régime d'exécution est contraire à toutes les normes européennes établies en cette matière : elle peut comporter privation de matériel d'écriture, privation de promenade et même de douche pendant toute la durée de son exécution, CPT/Inf (2008) 3, *Rapport de visite*, Grèce, préc., § 56. Nous reviendrons sur la question des soins dans le Chapitre suivant, *infra*.

¹³⁴⁴ CPT/Inf (2002) 31, *Rapport de visite*, Grèce, préc.

¹³⁴⁵ CPT/Inf (94) 20, *Rapport de visite*, Grèce, préc. ; CPT/Inf (2001) 17, *Rapport de visite*, Grèce, du 4 novembre 1996 au 6 juin 1996 ; CPT/Inf (2001) 18, *Rapport de visite*, Grèce, 26 octobre au 2 novembre 1999 ; CPT/Inf (2002) 31, *Rapport de visite*, Grèce, préc. ; CPT/Inf (2006) 41, *Rapport de visite*, Grèce, du 27 août au 9 septembre 2005 ; CPT/Inf (2008) 3, *Rapport de visite*, Grèce, du 20 au 27 février 2007.

¹³⁴⁶ Discours du Ministre de la justice, 8 juin 2006 à l'occasion du 3^e cycle des manifestations culturelles « la vie est partout ».

Pour ce qui est des conditions de détention en France, dans les rapports rendus depuis sa première visite¹³⁴⁷, le CPT a constamment mis en cause les conditions de vie dans la plupart de lieux visités. Par exemple, il a qualifié les conditions de détention à la prison Paris-La Santé, en 1996, de « misérables et comportant des risques pour la santé des détenus¹³⁴⁸ » et qui dans certaines divisions, « pourraient être qualifiées d'inhumaines et de dégradantes¹³⁴⁹ ». Suite à ces rapports, le Sénat et le Parlement français avaient entrepris une enquête sur les conditions de détention en exerçant leur droit de visite. Ces deux enquêtes ont abouti, en 2000, à un constat alarmant reflété dans le titre même du rapport du Sénat intitulé « Prisons : une humiliation pour la République »¹³⁵⁰. Aussi bien le Sénat que le Parlement¹³⁵¹ avaient formulé un nombre de propositions pour y remédier, allant de mesures contre la surpopulation (en invitant à revoir la législation concernant la détention des étrangers, des toxicomanes, des personnes âgées, des mineurs), aux mesures pour améliorer les conditions matérielles, les soins, la discipline, le régime d'isolement, et à des mesures de lutte contre le suicide et l'indigence (en préconisant la création d'un revenu minimum carcéral) ou encore à la proposition d'un contrôle extérieur du fonctionnement des prisons. Toutefois, malgré ces recommandations, le CPT, lors de sa visite en 2004, et celle du Commissaire, en 2005, n'ont constaté aucune amélioration notable. Le CPT est même allé jusqu'à parler, concernant les conditions dans certaines prisons visitées, qu'elles peuvent « légitimement être décrites comme s'apparentant à un traitement inhumain et dégradant¹³⁵² ». Le Commissaire, dans son rapport rendu en 2006, écrit à propos des conditions de vie à la Santé et aux Baumettes, que « le maintien de détenus en leur sein me paraît être à la limite de l'acceptable, et à la limite de la dignité humaine¹³⁵³ ».

La jurisprudence européenne et l'exemple des droits grec et français montrent que, hormis les actes délibérés (comme l'obturation des fenêtres pour priver les détenus de la lumière naturelle, ou la privation des contacts et de promenade), les mauvaises conditions résultent de la vétusté des établissements mais aussi et surtout de la surpopulation. Celle-ci restreint l'espace vital, prive les personnes de toute intimité, génère de l'insalubrité (saleté, bruit, maladies, etc.), et rend insuffisantes les activités. Le problème économique, la Cour l'a confirmé, ne pouvant plus justifier des conditions de détention indignes, la solution devrait alors être cherchée dans le remplacement des prisons vétustes par des nouvelles. Mais en ce qui concerne le problème de surpopulation, la meilleure

¹³⁴⁷ CPT/Inf (93) 2, *Rapport de visite*, France, du 27 octobre au 8 novembre 1991 ; CPT/Inf(96) 2 ; *Rapport de visite*, France, du 20 au 22 juillet 1994 ; CPT/Inf(98)7, *Rapport de visite*, France, préc. ; CPT/Inf (2001)10, *Rapport de visite*, France, du 14 au 26 mai 2000.

¹³⁴⁸ CPT/Inf(98)7, *Rapport de visite*, France, préc., § 104.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, § 107.

¹³⁵⁰ SENAT, *Prisons : une humiliation pour la République*, préc.

¹³⁵¹ ASSEMBLEE NATIONALE, *La France face à ses prisons*, Rapport, t.I, n° 2521, 2000.

¹³⁵² « En effet dans les maisons d'arrêt de Loos et de Toulon, les détenus étaient soumis à un ensemble de facteurs néfastes -surpeuplement, conditions matérielles déplorables, conditions d'hygiène créant un risque sanitaire indéniable, sans même mentionner la pauvreté des programmes d'activités - qui peuvent légitimement être décrits comme s'apparentant à un traitement inhumain et dégradant », CPT/Inf(2004) 6, *Rapport de visite*, France, § 12.

¹³⁵³ CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc.

solution serait non pas l'extension du parc pénitentiaire, mais la maîtrise du nombre des détenus. Ainsi que l'a suggéré le CPT : « Investir des sommes considérables dans le parc pénitentiaire ne constitue pas une solution. Il faut plutôt, revoir les législations et pratiques en vigueur en matière de détention provisoire et de prononcé des peines, ainsi que l'éventail des sanctions non privatives de liberté disponible¹³⁵⁴ ». En effet, il ne suffit pas de placer un détenu par cellule ; il faut encore pouvoir lui offrir le maximum de moyens pour pouvoir se réinsérer, qui est rappelons-le, le deuxième objectif de la peine privative de liberté avec celui de la punition.

Enfin, pour la mise en conformité des conditions de détention aux exigences européennes, il est à noter qu'elles impliquent, outre des améliorations matérielles et la maîtrise du nombre, également l'ouverture des recours effectifs¹³⁵⁵. A ce propos, soulignons que le droit pénal français sanctionne les « conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine » (art. 225-14 C. pénal)¹³⁵⁶. Un tel constat concernant les conditions de détention, certes ne peut pas engager la responsabilité pénale de l'administration pénitentiaire. Il peut, en revanche, engager sa responsabilité administrative. D'ailleurs, la Cour de Cassation a implicitement reconnu une telle responsabilité. Dans un arrêt du 29 mai 2006¹³⁵⁷, elle a estimé que la vétusté d'une prison doit être prise en compte lors de l'évaluation de l'indemnisation versée en réparation d'une détention injustifiée, subie pour des faits ayant donné lieu à une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement. Il restait à reconnaître le droit à indemnisation également à l'égard de toutes les personnes détenues, victimes de mauvaises conditions de détention. Cela s'est en effet produit le 27 mars 2008. Le tribunal administratif de Rouen a condamné l'Etat français à verser à un détenu 3 000 euros pour « préjudice moral » considérant que la victime, détenue dans une cellule surpeuplée, donc dans la promiscuité et absence d'intimité, de surcroît insalubre, avait été incarcérée « dans des conditions n'assurant pas le respect de la dignité inhérente à la personne humaine » (art. D189 cpp)¹³⁵⁸. Notons aussi que, d'après le Commissaire européen aux droits de l'homme, une détention qui ne respecte pas les conditions d'exécution prévues par les textes constitue une double peine¹³⁵⁹.

Il peut en être de même de régimes de sécurité renforcée dont le degré de privation de liberté peut être tellement plus strict que celui de détention en régime ordinaire qu'il dépasse le niveau de détention légale pour devenir un traitement inhumain ou dégradant.

¹³⁵⁴ CPT/Inf (2001) 16, *11e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 28.

¹³⁵⁵ CEDH, *Valašinas c. Lituanie*, préc.

¹³⁵⁶ « Le fait de soumettre une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine ».

¹³⁵⁷ Cité dans le quotidien *Républicain lorrain* du 7/6/06.

¹³⁵⁸ OIP, *Dedans-Dehors*, n°65 Avril 2008, pp. 12-14.

¹³⁵⁹ CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc., § 76.

SECTION 3. LES GARANTIES CONTRE LES REGIMES DE SECURITE RENFORCEE

Il s'agit de régimes de détention caractérisés par des restrictions supplémentaires et une surveillance plus intensive par rapport au régime de détention ordinaire dans un pays donné. Il peut s'agir de régimes qui s'appliquent soit à une prison entière (prisons de haute de sécurité), soit à certaines unités au sein d'une prison, soit à des détenus individuellement, qui vivent au sein de la détention ordinaire. Ils peuvent revêtir différents degrés de sévérité concernant les contacts humains dans la prison et avec l'extérieur, les communications, les activités, la surveillance, les promenades, les fouilles, etc. Suivant les règlements intérieurs ou dans des cas précis, les privations peuvent aller jusqu'à comprendre la privation de tout contact avec l'extérieur (y compris avec les visiteurs des prisons et parfois avec la famille et l'avocat). De plus, l'accès à des moyens d'information (journaux, radio, télévision) peut être réduit, voire supprimé¹³⁶⁰.

Les organes du Conseil de l'Europe, tout en se disant préoccupés de l'application de tels régimes, et notamment de l'isolement, ne condamnent pas leur usage : « Dans tous les pays, il y a un certain nombre de détenus considérés comme présentant des risques particuliers en matière de sécurité et qui requièrent en conséquence des conditions particulières de détention », souligne le CPT¹³⁶¹. La Cour précise que ces régimes de détention sont jugés utiles pour des raisons d'ordre public¹³⁶², de sécurité, de discipline et de protection¹³⁶³, et plus exactement pour prévenir les risques d'évasion, d'agression ou de perturbation de la vie en détention voire pour protéger un prisonnier de ses codétenus¹³⁶⁴. La Cour ne prohibe que l'isolement total, à savoir l'isolement social total (privations des contacts sociaux) combiné à l'isolement sensoriel complet (privation des moyens de stimulation des sens physiques et intellectuels). Concernant les autres degrés d'isolement ou régimes

¹³⁶⁰ D 7630/76 (Reed/RU), D.R. 1, p. 165 ; D 7572/76, 7586/76, 7587/76 (Ensslin, Baader, Raspe/RFA), D.R., p. 14, p. 64 et s ; D 8095/78 (X/Danemark), 16.12.1981, D.R. 27, p. 57 ; D 8518/78 (X/RU), p. 106 ; R 8455/78 (Möller et Kröcher/Suisse), préc., p. 36 ; D 8231/78 (T/RU), 6.3.1982, D.R. 28, p. 5 et s. Rapport sur cette affaire le 12 janv. 1983, D.R. 49, p. 5 et s. ; D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 158 ; D 17525/90 (Lazarus/RU), 6.2.1993 ; D 18942/91 (Windsor/RU), préc. ; D 22938/93 (Cacciotti/RFA), déc. 20.01.97 ; D 8158/78 (X/RU), 10.07.80, D.R. 21, p. 103 et s ; D 25498/94 (Messina/Italie), 8.6.1999.

¹³⁶¹ CPT/Inf (2001) 16, *11e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 32. Voir à ce propos, M. ZINGONI-FERNANDEZ et N. GIOVANNINI (dir.), *La détention en isolement dans les prisons européennes*, éd. Bruylant, 2004.

¹³⁶² « La Cour souligne que des considérations d'ordre public peuvent amener des Etats à créer des prisons de haute sécurité pour des catégories particulières de détenus », *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 50.

¹³⁶³ CEDH, *Messina c. Italie* (déc.), préc.

¹³⁶⁴ « La Cour rappelle, comme la Commission avant elle, que l'exclusion d'un détenu de la collectivité carcérale ne constitue pas en elle-même une forme de traitement inhumain. Dans de nombreux Etats parties à la Convention existent des régimes de plus grande sécurité à l'égard des détenus dangereux. Destinés à prévenir les risques d'évasion, d'agression ou la perturbation de la collectivité des détenus, ces régimes ont comme base la mise à l'écart de la communauté pénitentiaire accompagnée d'un renforcement des contrôles (rapport Kröcher-Möller précité) », CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc., § 110. Telle est également la recommandation du CPT : « Le CPT porte une attention particulière aux prisonniers tenus, pour n'importe quelle raison (disciplinaires; état dangereux, comportement perturbant, intérêts d'une enquête criminelle ; ou à leur propre demande), dans conditions apparentées à régime d'isolement cellulaire », CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 56. Voir aussi : D 7572/76, 7586/76, 7587/76 (Ensslin, Baader, Raspe/RFA), préc., p. 84 ; R 8463/78 (Möller et Kröcher/Suisse), préc., p. 35 ; D 22938/93 (Cacciotti/Allemagne), 20 janv. 1997.

spéciaux, le principe adopté par cette instance est qu'ils ne sont pas en eux-mêmes contraires à l'article 3, mais dans certaines circonstances, ils peuvent le devenir en raison notamment de leur sévérité, leurs conditions matérielles et leur durée. Le CPT estime pour sa part que tous ces régimes, dès lors qu'ils diminuent les stimulations mentales et physiques, sont sur une longue durée nuisibles pour la santé physique et mentale. Aussi, se déclare-t-il « particulièrement préoccupé » car « la nécessité de prendre des mesures exceptionnelles à leur égard comporte un risque de traitement inhumain et dégradant plus élevé¹³⁶⁵ ». Enfin, les Règles pénitentiaires révisées en 2006 recommandent de réserver leur usage dans des circonstances exceptionnelles (53.1).

Toutes ces réserves et précautions montrent que ces régimes sont considérés comme potentiellement nuisibles pour l'être humain. Toutefois, alors que ces régimes n'ont pas cessé d'être critiqués depuis le début du XIX siècle, exception faite de l'isolement total, ces trois organes justifient leur usage pour certains motifs. Les garanties se limitent à l'encadrement de leur usage (§ 1). Si bien que le droit européen n'étant pas incitateur de la suppression de tels régimes, les efforts demandés aux droits nationaux se limitent à l'amélioration des garanties existantes (§ 2).

§ 1. Des régimes à risque mais non prohibés au sein du Conseil de l'Europe

Les garanties européennes contre les régimes de détention de sécurité renforcée, que ce soient celles de la jurisprudence européenne, du CPT ou du Comité des Ministres, se concentrent à celles visant à limiter leur gravité et à assurer la protection contre un usage arbitraire (B). Mais il est intéressant de présenter auparavant les critères d'appréciation de la gravité de ces régimes au regard de l'interdiction de traitement inhumains ou dégradants (A).

A. L'isolement : un régime susceptible de constituer un traitement inhumain ou dégradant

Au sein de la jurisprudence européenne, l'isolement carcéral et les autres régimes spéciaux ne sont pas en eux-même contraires à la Convention. Ils ne sont pas considérés comme un dépassement du cadre légal de la peine privative de liberté pour poser des questions de conformité à l'article 5 de la Convention. La Commission analysait l'isolement comme une modalité de l'application de la privation de liberté, tout au plus comme une modalité aggravée¹³⁶⁶. Soulignons toutefois que la Cour a parlé dans l'arrêt *Ramirez Sanchez* (2006) d'« emprisonnement dans la prison »¹³⁶⁷. Ils ne sont pas non plus considérés comme un traitement inhumain ou dégradant au regard de l'article 3 : « La Cour réitère que l'isolement cellulaire n'est pas en soi contraire à l'article

¹³⁶⁵ CPT/Inf (2001) 16, *11e Rapport général d'activités du CPT*, préc., § 32.

¹³⁶⁶ A propos de la punition de cellule D 11691/85 (Pelle/France), 10.1.1986, DR 50, p. 263 ; D 20978/92 (J.U/France), 21.11.1993. Voir le chapitre sur le droit à la liberté.

¹³⁶⁷ CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 139.

3¹³⁶⁸ ». Dans leur principe, les régimes sont qualifiés de simples exclusions de la communauté carcérale¹³⁶⁹. Ils ne sauraient donc au mieux être qualifiés dans leur principe que d'ingérences dans la vie privée et familiale¹³⁷⁰. Sans pour autant que cette qualification permette d'aboutir à une conclusion concernant leur conformité à la Convention différente de celle faite au sein de l'article 3. Lorsque la Cour conclut qu'un tel régime n'a pas constitué un traitement contraire à l'article 3, elle conclut que pour les mêmes raisons, il ne constitue pas non plus une mesure qui viole l'article 8¹³⁷¹. Aussi, la protection conventionnelle contre cette mesure se limite à celle de l'article 3 puisque la Cour admet que, dans certaines circonstances, l'isolement et autres régimes spéciaux peuvent constituer un traitement inhumain ou dégradant. Si des considérations d'ordre public peuvent amener les Etats à créer des prisons de haute sécurité pour des catégories particulières de détenus, l'article 3 de la Convention leur impose toutefois de s'assurer que « tout prisonnier soit détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis¹³⁷² ». Avant de décrire le processus d'appréciation du seuil de gravité critique de l'isolement carcéral (2), il conviendrait de souligner le recours à plusieurs expressions dans la jurisprudence européenne pour désigner ce régime (1).

1. L'absence de définition de l'isolement

En ce qui concerne la terminologie, la jurisprudence européenne n'est pas rigoureuse. Le raisonnement de la Cour peut même parfois laisser comprendre qu'elle réserve le terme « isolement » à l'isolement total. Il est arrivé que, après l'examen des restrictions imposées durant un

¹³⁶⁸ CEDH, *Rohde c. Danemark*, n° 69332/01, CEDH 2005-VII, § 93 ; CEDH, *Valašinas c. Lituanie*, préc. ; CEDH, *Peers c. Grèce*, préc.

¹³⁶⁹ « L'exclusion d'un détenu de la vie carcérale ne constitue pas en soi une forme de traitement inhumain ou dégradant », D 7630/76 (Reed/RU), p. 165. Dans le même sens : D 7572/76, 7586/76, 7587/76 (Ensslin, Baader, Raspe/RFA), préc., t. 64 et s ; D 8395/78 (X/Danemark), 16.12.1981, DR 27, p. 57 ; D 8518/78 (X/RU), p. 106 ; R 8463/78 (Möller et Kröcher/Suisse), préc., p. 36 ; D 8231/78 (T/RU), 6.3.1982, D.R. 28, p. 5 et s., et Rapport du 12 janv. 1983, DR 49, p. 5 et s. ; D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 158 ; D 17525/90 (Lazarus/RU) 16.2.1993 ; D 18942/91 (Windsor/RU), préc. ; D 22938/93 (Cacciotti/RFA), déc. 20.01.97. De même la Cour : CEDH, *Messina c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Bonura c. Italie* (décision), n°57360/00, CEDH 2002-V ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 51 ; CEDH, *Öcalan c. Turquie* [GC], préc., § 191 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc., § 100.

¹³⁷⁰ D 25498/94 (Messina/Italie), préc. ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc. ; CEDH, *Gallico c. Italie*, n° 53723/00, CEDH 2005-VI, § 21.

¹³⁷¹ La Cour est de l'avis que les raisons qui l'ont amenée à conclure que l'application prolongée des restrictions ne méconnaissait pas l'article 3 doivent être évoquées ici et l'amènent à statuer dans le même sens, CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), n° 25498/94, CEDH, 2000-X, § 66. Voir aussi D 22938/93 (*Cacciotti/Allemagne*), 20 janv. 1997 ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc. ; CEDH, *Gallico c. Italie*, préc., § 29.

¹³⁷² CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 50. Voir CEDH, *Bonura c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Messina c. Italie*, (déc.), préc. ; D 8158/78 (X/RU), 10.7.1980, D.R. 21, p. 106 ; CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc., §§ 92-94 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 119.

régime spécial, elle écarte la violation de l'article 3 en déclarant que la personne n'a pas été soumise à l'isolement et, par conséquent, elle n'a pas été soumise à un traitement inhumain¹³⁷³. Cette jurisprudence de la Cour reviendrait à dire que la CEDH prohibe l'isolement carcéral.

En réalité, la Cour distingue deux types de régimes de sécurité renforcée : l'isolement total et l'isolement relatif. Pour distinguer ce dernier du premier, la Cour, et la Commission, ont plus volontiers recours à des expressions telles que « exclusion carcérale¹³⁷⁴ », « privation de réunion avec d'autres détenus » ou « suppression de contacts¹³⁷⁵ » « interdiction de contacts¹³⁷⁶ », régimes de haute sécurité¹³⁷⁷, régimes de détention spéciale¹³⁷⁸. Ces dénominations regroupent tous les régimes de détention spéciaux, y compris l'isolement tel qu'il est réglementé dans les droits grec et français.

La distinction de la Cour entre isolement total et isolement relatif est fondé sur la rigueur des privations des contacts sociaux et des moyens de stimulation des sens physiques et intellectuels. Isolement total signifie privation ou réduction considérable des contacts humains combinée à un isolement sensoriel complet, à savoir la privation ou la réduction considérable de stimulation des organes des sens. C'est ce type d'isolement qui est prohibé. Commission et Cour ont tour à tour, affirmé que « l'isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total peut détruire la personnalité et constitue une forme de traitement inhumain qui ne saurait se justifier par des exigences de sécurité ou toute autre raison¹³⁷⁹ ». Cette forme d'isolement est contraire à l'article 3 dans toutes les circonstances¹³⁸⁰. Les autres types d'isolement ne sont pas prohibés¹³⁸¹. C'est seulement dans certaines circonstances que ce régime peut constituer un traitement inhumain ou

¹³⁷³ CEDH, *Messina c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Bonura c. Italie* (déc.) préc.

¹³⁷⁴ D 8158/78 (X/RU), préc., p. 106.

¹³⁷⁵ D 8317/78 (McFeeley/RU), préc., p. 139.

¹³⁷⁶ CEDH, *Messina c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc. § 100 ; CEDH, *Öcalan c. Turquie* [GC], préc. § 191 ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 51, CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 199.

¹³⁷⁷ CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc.

¹³⁷⁸ Comme le régime appliqué en Italie a des détenus condamnés ou accusés d'appartenir à la mafia : CEDH, *Messina c. Italie*, (déc.) préc. ; CEDH, *Bastone c. Italie*, n° 59638/00, CEDH 2005-I ; CEDH, *Gallico c. Italie*, préc.

¹³⁷⁹ Voir entre autres, CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 199 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc., § 100 ; CEDH, *Öcalan c. Turquie* [GC], préc., § 191 ; CEDH, *Messina c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Bonura c. Italie*, n° 57360/00, (décision), préc. ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 51. Voir aussi jurisprudence de la Commission : D 4448/70, deuxième affaire grecque Recueil, 34, p. 70 ; D 7572/76, 7586/76, 7587/76 (Ensslin, Baader, Raspe/RFA), préc., pp. 84-85 ; R 8463/78 (Möller et Kröcher/Suisse), préc., p. 36 ; D 8395/78 (X/Danemark), préc., p. 58 ; D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 158 ; D 8317/78 (McFeeley/RU), préc., p. 39 ; D 8158/78 (X/RU), 10.7.1980, D.R.. 21, p. 106.

¹³⁸⁰ D 7630/76 (Reed/RU), préc., p. 165.

¹³⁸¹ « En revanche, l'interdiction de contacts avec d'autres détenus pour des raisons de sécurité, de discipline et de protection ne constitue pas en elle-même une forme de peine ou traitement inhumain », avait déclaré la Cour dans sa décision sur l'affaire *Messina* contre l'Italie, précitée, concernant le régime de détention spéciale applicable en Italie à l'égard des membres de la mafia. Voir aussi : CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc., § 100 ; CEDH, *Öcalan c. Turquie* [GC], préc., § 191 ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 51 et § 63, CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 199. Auparavant, même position de la Commission : R (Dhoest c. Belgique), 14.5.87, § 116, D.R. 55, pp. 6 et 42 ; D, n° 10486/83, (Hauschildt c. Danemark), déc. 9.10.1986, D.R. 49, pp. 87 et 116 ; R (Kröcher et Möller c. Suisse), 16.12.1982, § 60, D.R. 26, p. 24 ; D 8317/78 (McFeeley/RU), préc.

dégradant, voire une torture, et notamment lorsqu'il est appliqué pour une longue durée. La Cour reconnaît qu'un isolement prolongé peut avoir des répercussions importantes sur un détenu¹³⁸², et même il « peut placer un détenu dans une situation qui pourrait constituer un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 3¹³⁸³. De manière générale, pour qu'un isolement « relatif » constitue un traitement inhumain ou dégradant, il doit atteindre un minimum de gravité, apprécié *in concreto* dans chaque cas d'espèce¹³⁸⁴.

Concrètement, la qualification des formes d'isolement est la résultante du même processus appliqué dans tous les types d'isolement ou régimes de sécurité renforcée. La rigueur de l'isolement est appréciée au regard des critères suivants : contacts humains, activités, promenade, durée, effets, motifs, conditions matérielles, statut pénal (prévenus, condamnés, condamnés à la peine de mort) et parfois sexe, âge, état physique et état de santé. L'ensemble de ces critères est apprécié au regard du critère de proportionnalité¹³⁸⁵. Nous les présenterons avant de voir quelle est l'application faite, *in concreto*, au sein de la jurisprudence européenne.

2. Les critères d'appréciation de la gravité de l'isolement

Les motifs. Toute forme d'isolement étant considérée comme aggravant les conditions ordinaires de la détention, et donc potentiellement nuisible, son usage doit reposer sur des motifs graves. Il résulte de la jurisprudence de la Cour et de la Commission, ainsi que des Rapports du CPT, que ces motifs sont liés aux risques d'évasion, de commission de nouvelles infractions, des troubles à l'ordre et à la sécurité de la prison ainsi qu'aux besoins d'instruction¹³⁸⁶. La dangerosité de la personne au regard de ces risques peut être appréciée compte tenu, d'une part, de la nature de l'infraction commise (comme les actes terroristes¹³⁸⁷, les activités mafieuses¹³⁸⁸ et, en général, les crimes très violents¹³⁸⁹), et d'autre part, du comportement dans le lieu de la détention (des comportements violents¹³⁹⁰), ainsi que du profil psychologique¹³⁹¹. D'après la Cour, cette

¹³⁸² CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 165.

¹³⁸³ CEDH, *Gallico c. Italie*, préc., § 21.

¹³⁸⁴ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A n° 25, § 162 ; CEDH, *Tyrer c. R.U.*, préc., §§ 29-30. Dans cette perspective, il ne suffit pas que le traitement comporte d'aspects désagréables, CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., § 107 ; CEDH, *Messina c. Italie* (déc.), préc.

¹³⁸⁵ Voir entre autres, CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc. ; CEDH, *Rohde c. Danemark*, préc. ; CEDH, *Messina c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Rohde c. Danemark*, préc., § 93.

¹³⁸⁶ La Cour a, dans l'affaire *Ramirez Sanchez*, estimé que l'isolement était généralement justifié par la dangerosité du détenu, la nécessité de maintenir l'ordre et la sécurité dans la prison, le risque d'évasion, les nécessités de l'enquête ou pour la propre protection de la personne concernée, CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc. ; D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 159.

¹³⁸⁷ R 8463/78 (Möller et Kröcher/Suisse), préc., p.36.

¹³⁸⁸ CEDH, *Messina c. Italie*, (déc.), préc. ; CEDH, *Bonura c. Italie* (déc.), préc.

¹³⁸⁹ Condamné pour meurtre, homicide involontaire, coups et blessures graves, viol et pou plusieurs infractions à la législation sur les stupéfiants, CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 56.

¹³⁹⁰ La porte grillagée répondait à l'objectif légitime « d'assurer le degré de sécurité que les autorités pénitentiaires estiment nécessaires pour prévenir ou empêcher tout excès de violence de la part du requérant » D 9907/82 (M/RU) 12 déc. 1983, D.R. 35, p. 140.

appréciation doit être laissée au pouvoir discrétionnaire des Etats¹³⁹². En revanche, les motifs de simple gestion des prisons, admis auparavant par la Commission, comme les protestations sous diverses formes, y compris le refus de porter l'uniforme pénitentiaire¹³⁹³, et de manière générale, tout comportement perturbant l'ordre carcéral¹³⁹⁴, peuvent au regard de la jurisprudence de la Cour dans l'arrêt *Mathew*, ne plus être admis. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que l'inadaptation du détenu au régime de la détention ordinaire, même s'il s'est montré violent et agressif, est insuffisant pour justifier le recours à l'isolement. Le statut de prévenu, ajoute un motif supplémentaire dans la justification de tels régimes : les besoins de l'instruction peuvent justifier la détention d'un prévenu sous le régime d'isolement¹³⁹⁵. En revanche, nous verrons que la condamnation à la peine de mort constitue une raison aggravant les conditions de détention.

Les contacts humains et la stimulation des sens. Quels que soient les motifs du recours à l'isolement, il est conseillé de maintenir des contacts humains avec les proches, les codétenus, le personnel pénitentiaire, et autres personnes intervenant dans la prison. Ces contacts sont vitaux pour l'équilibre psychique de toute personne. La Cour a déclaré à propos de telles restrictions qu'elles sont « problématiques et préoccupantes notamment lorsqu'elles sont appliquées pour des longues périodes¹³⁹⁶ ». Comme sont vitaux également tous les moyens stimulants des sens physiques et mentaux. A ce propos, le CPT préconise en particulier que les personnes puissent avoir « la possibilité de rencontrer les codétenus de leur unité et se voir proposer un large choix d'activités¹³⁹⁷. Quant au travail, ce même organe du Conseil de l'Europe, tout en reconnaissant que certains types de travaux peuvent être exclus pour des raisons de sécurité, insiste sur ce que les détenus ne soient pas uniquement occupés à des travaux d'une nature fastidieuse¹³⁹⁸ et qu'ils doivent, au moins, disposer d'occupations dans la cellule : de la lecture¹³⁹⁹, de la radio ou de la télévision¹⁴⁰⁰. En tout état de cause, il doit leur être assuré le minimum vital : la sortie en promenade, l'accès à la lumière naturelle et la garantie de la perception de la variation du jour et de la nuit.

¹³⁹¹ Le haut risque estimé en termes de sécurité de tels détenus peut résulter de la nature des infractions qu'ils ont commises, de la manière dont ils réagissent aux contraintes de la vie en prison ou de leur profil psychologique/psychiatrique, CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc. § 32.

¹³⁹² CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 54.

¹³⁹³ Le refus d'accepter l'« état de délinquant légalement condamné », essentiellement par le refus de porter l'uniforme pénitentiaire, était considéré par les autorités pénitentiaires comme un exemple menaçant le maintien de l'ordre et de la discipline dans l'établissement », D 8231/78 (T/RU), préc., p. 66.

¹³⁹⁴ La Commission reconnaît que le régime était de nature rigoureuse mais « nécessaire en raison d'une série de perturbations à la prison », D 18942/91 (Windsor/RU), préc.

¹³⁹⁵ D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 159 ; CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc.

¹³⁹⁶ CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 54, § 57.

¹³⁹⁷ « L'existence d'un programme d'activités satisfaisant est tout aussi importante - sinon plus - dans une unité de haute sécurité que dans une unité ordinaire. Un tel programme peut faire beaucoup pour contrecarrer les effets délétères qu'entraîne sur la personnalité du détenu, la vie dans l'ambiance confinée d'une telle unité », CPT/Inf (92) 3, *2e Rapport general*, préc., § 32.

¹³⁹⁸ CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc.

¹³⁹⁹ D 8395/78 (X/Danemark), préc., p. 58 ; D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 158.

¹⁴⁰⁰ D 10263/83 (R/Danemark), 11.3.1985, D.R., 41, p. 149.

La durée. La Cour partage la thèse de la Commission selon laquelle un isolement cellulaire prolongé n'est pas souhaitable...¹⁴⁰¹ », ainsi que celle du CPT que « l'application prolongée des restrictions peut placer un détenu dans une situation qui pourrait constituer un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 3¹⁴⁰² ». Aussi, souligne-t-elle, la durée doit être « la plus courte possible¹⁴⁰³ ». En tout état de cause, un isolement, même relatif, ne saurait être imposé indéfiniment¹⁴⁰⁴. Toutefois, la Cour ne fixe pas de durée maximale¹⁴⁰⁵.

Les effets. Pour le CPT tout type d'isolement est « une mesure pouvant avoir des conséquences très néfastes pour la personne concernée »¹⁴⁰⁶. La Cour admet, comme nous venons de le voir, que dans certaines circonstances, l'isolement peut devenir nuisible. Son application doit alors cesser si de tels effets sont prévisibles au moins dès la manifestation des symptômes nuisibles pour la santé mentale ou physique de la personne¹⁴⁰⁷.

La santé, l'état physique, le sexe et l'âge entrent également dans l'appréciation de la gravité. Ils contribuent à évaluer la capacité de la personne à subir un tel traitement ainsi que la garantie de la proportionnalité entre la gravité de l'isolement et les motifs de son application¹⁴⁰⁸. Ainsi, l'état de santé, le jeune âge, l'âge avancé ou l'état de grossesse, peuvent rendre une personne plus vulnérable.

Les conditions matérielles. Enfin, plus encore que pour le reste de la détention, les conditions matérielles, et en général, les conditions de vie en cellule, acquièrent une importance capitale, les isolés étant forcés d'y passer plus de temps que les autres détenus. Elles doivent alors répondre au minimum des standards fixés par les Règles pénitentiaires européennes et le CPT concernant notamment la superficie de la cellule, l'hygiène (toilettes, douches, produits d'hygiène), le matériel de couchage, l'aération, la nourriture ou l'éclairage. Pour ce qui est de l'éclairage, sont jugés nuisibles par la Cour et la Commission, aussi bien la privation de la lumière naturelle (par la pose de

¹⁴⁰¹ D 7630/76 (Reed/TU), préc. p. 165 ; D 8395/78 (X/Danemark), préc., p. 57.

¹⁴⁰² CEDH, *Gallico c. Italie*, préc., § 21. Voir aussi CEDH, *Rohde c. Danemark*, préc., § 195 ; *Iorgov c. Bulgarie*, préc., § 83 ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc. ; CPT/Inf (92) 3, 2e rapport général d'activités du CPT, préc.

¹⁴⁰³ CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 199 ; CPT/Inf (92) 3, 2e rapport général d'activités du CPT, préc.

¹⁴⁰⁴ « La Cour tient néanmoins à souligner qu'un maintien à l'isolement, même relatif, ne saurait être imposé à un détenu indéfiniment », CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 145.

¹⁴⁰⁵ « La Cour admet que l'application prolongée des restrictions peut placer un détenu dans une situation qui pourrait constituer un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 3. Cependant, elle ne saurait retenir une durée précise comme le moment à partir duquel est atteint le seuil minimum de gravité pour tomber dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention », CEDH, *Gallico c. Italie*, préc., § 21.

¹⁴⁰⁶ Formulé dès son 2e Rapport général d'activités, (CPT/Inf (92) 3, précité), il est rappelé à l'occasion de ses visites ultérieures, comme dans ses Rapports de visite en France en 1996 et 2000, précités.

¹⁴⁰⁷ « Ce que laisse déduire la lecture a contrario de cet extrait : « Même s'il est vrai qu'après le 13 juillet 2000, les médecins ne cautionnaient plus la mise à l'isolement, aucun des certificats médicaux rédigés à l'occasion des décisions de maintien à l'isolement du requérant jusqu'en octobre 2002 n'a mentionné expressément la constatation de conséquences néfastes de l'isolement sur la santé du requérant, que ce soit physique ou psychique, ni demandé expressément une expertise psychiatrique », CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 141.

¹⁴⁰⁸ Voir entre autres, CEDH, *Bonura c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc.

fenêtres opaques¹⁴⁰⁹ ou par la fermeture des volets¹⁴¹⁰), que le maintien de la lumière constamment allumée¹⁴¹¹. Comme est également jugée nuisible, une surveillance continue. Si à l'époque des cachots, le mot isolement était synonyme d'obscurité et d'oubli des détenus au fond de leur cellule, actuellement, il peut être synonyme d'éclairage et de surveillance permanente, car ces dernières formes ne sont pas moins nuisibles. La surveillance permanente prive l'homme du minimum vital d'intimité, et l'éclairage permanent le prive de la variation de jour et de nuit, également vitale pour l'équilibre physique et psychologique.

La proportionnalité. Enfin, partant du principe que « l'isolement est une mesure pouvant avoir des conséquences très néfastes pour la personne concernée », aussi bien la jurisprudence européenne que le CPT, soulignent que, tant la durée, que la rigueur du régime doivent être proportionnées à la gravité du risque présenté par la personne intéressée¹⁴¹². Concernant en particulier la mise en isolement des prévenus pour les besoins de l'instruction, la Commission avait précisé qu'il faut « mettre en balance les exigences de l'instruction et les effets que l'isolement aura sur le détenu », et veiller à ce que sa durée soit limitée à ces besoins et qu'elle ne devienne pas excessive¹⁴¹³.

Appréciation in concreto de la gravité de l'isolement

La jurisprudence européenne n'a jamais condamné l'isolement en raison uniquement de son régime, à savoir en raison du degré de restrictions des contacts humains et des activités ou occupations stimulantes. Dans aucune affaire, ces instances n'ont estimé qu'un détenu ait été soumis à un isolement social total et sensoriel complet. La Commission n'avait jamais estimé qu'un isolement aurait atteint un niveau assez critique pour déclarer la requête recevable et saisir la Cour. Elle avait toujours justifié les conditions d'isolement, alors qu'elle avait parfois exprimé l'inquiétude concernant la rigueur du régime¹⁴¹⁴, constaté des effets nuisibles rapportés par des preuves médicales (tels que des troubles mentaux, des insomnies¹⁴¹⁵, de dégradation de la vue¹⁴¹⁶, de perte importante

¹⁴⁰⁹ R 8463/78 (Möller et Kröcher/Suisse), préc., p. 36 et s.

¹⁴¹⁰ CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc.

¹⁴¹¹ R 8463/78 (Möller et Kröcher/Suisse), préc., p. 37. C'est sur l'intervention des médecins, en raison de troubles constatés chez les requérants, que l'éclairage nocturne avait été supprimé pour être remplacé par un système optique à infrarouge.

¹⁴¹² CEDH, *Gallico c. Italie*, préc., § 22. Voir CPT : « Le principe de proportionnalité demande à ce qu'un équilibre soit trouvé entre les exigences de la cause et la mise en œuvre du régime d'isolement, qui est une mesure pouvant avoir des conséquences très néfastes pour la personne concernée », (CPT/Inf (92) 3, 2e Rapport général d'activités, préc. Voir aussi les rapports du CPT sur ses visites en France, en 1996 et en 2000, précités.

¹⁴¹³ D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 159.

¹⁴¹⁴ Comme dans l'affaire *Möller et Kröcher* (Rapport précité) et dans l'affaire *Ensslin, Baader, Raspe* (Rapport précité).

¹⁴¹⁵ D 8158/78 (X/RU), préc., p. 104.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

de poids¹⁴¹⁷ ou encore des troubles de concentration, des troubles moteurs et de vieillissement précoce¹⁴¹⁸) et trouvé certains cas d'isolement longs, voire très longs (quatorze semaines¹⁴¹⁹, neuf mois¹⁴²⁰, dix mois¹⁴²¹, un an¹⁴²², deux ans¹⁴²³, trois ans¹⁴²⁴, et même pour une durée indéterminée¹⁴²⁵). En effet, elle n'avait déclaré recevable aucune requête corrélative même lorsqu'elle avait souligné que la personne « avait été mise à l'écart pour une période d'une durée inhabituelle et regrettable¹⁴²⁶ » ou « qu'il n'était pas souhaitable que le requérant fût isolé pendant une si longue durée¹⁴²⁷ ».

La Commission avait toujours mis en avant les motifs de la mise en isolement, la personnalité des intéressés et l'absence de l'intention de nuire, pour conclure au respect de la proportionnalité, et donc à leur conformité à l'article 3 de la Convention¹⁴²⁸.

C'est depuis que la Cour a révisé le critère d'intention de nuire et accordé une importance déterminante aux conditions matérielles de la détention, en 2001, que cette instance a quelques fois été amenée à condamner le placement en isolement sans pour autant changer fondamentalement la jurisprudence de la Commission au regard de l'isolement *stricto sensu*, à savoir au regard de son régime (restrictif des contacts et des activités), de sa durée et de son application pour des raisons sécuritaires.

En effet, la Cour n'a pas retenu l'existence d'un isolement total alors qu'en 2005, elle aussi a connu deux cas d'isolement très strict dans l'affaire *Ramirez Sanchez*¹⁴²⁹ et dans l'affaire *Öcalan*¹⁴³⁰. Dans la première, le requérant était soumis à un isolement très strict pendant huit ans et deux mois. Il était interdit de tout contact avec les autres détenus et les gardiens (ses contacts avaient été limités à ceux du médecin, du prêtre et des avocats), de toute activité hors de la cellule, à l'exception de deux heures de promenade quotidienne, et comme seule occupation dans la cellule la lecture des journaux et la télévision. Dans l'affaire *Öcalan*, les conditions étaient encore plus strictes. Le requérant était détenu pendant six ans, au moment de l'arrêt de la Cour, totalement seul. Il était l'unique détenu dans une prison, elle-même isolée sur une île non desservie par des transports réguliers (cette île

¹⁴¹⁷ Une perte de vingt kilos dans l'affaire D 8158/78, X/RU, précitée, p. 104.

¹⁴¹⁸ Affaire *Ensslin, Baader, Raspe*, précitée.

¹⁴¹⁹ D 17525/90 (*Lazarus*/TU), préc.

¹⁴²⁰ D 22938/93 (*Cacciotti*/Allemagne, 20.1.1997).

¹⁴²¹ D 2749/60 (*De Courcy*/RU), DR 24, p.93.

¹⁴²² R 8231/78 (T/RU), préc., p. 5 et s. ; D 18942/91 (*Windsor*/RU), préc.

¹⁴²³ D 6038/73 (X/RFA), préc., p. 115 ; D 8158/78 (X/RU), préc., p. 104.

¹⁴²⁴ D 7572/76, 7586//76, 7587/76 (*Ensslin, Baader, Raspe*/RFA), préc., et s.

¹⁴²⁵ D 4203/69 (X/RU), 26.3.1970, R 34, p. 48 ; D 1392/62 (X/RFA), 14.7.1965, D.R., 17, p.1.

¹⁴²⁶ D 8158/78 (X/RU), préc., p. 107.

¹⁴²⁷ D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 15.

¹⁴²⁸ Ainsi, alors que la Commission avait, dans un premier temps, reconnu, dans l'affaire *Möller et Kröcher* que les détenus avaient « sans aucun doute, été soumis à un régime exceptionnel de détention », a affirmé être « convaincue qu'il existait en l'occurrence des raisons sérieuses d'élaborer un régime carcéral strict », R 8463/78 (*Möller et Kröcher*/Suisse), préc., p. 36.

¹⁴²⁹ CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, préc. ; et CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC] (2006), préc.

¹⁴³⁰ CEDH, *Öcalan c. Turquie* [GC], préc.

avait été déclarée zone militarisée). A l'intérieur de la prison, il était confiné dans une cellule dont la fenêtre donnait sur une cour intérieure, et ses contacts étaient limités à ceux du personnel travaillant dans cet établissement pénitentiaire, les médecins, ses avocats et les membres de sa famille une fois par semaine. Il disposait de livres, de journaux et d'un poste de radio. Malgré cette dureté et durée du régime, la Cour n'a pas jugé qu'il s'agissait d'un isolement total, ni d'un isolement relatif mais nuisible pour la santé de la personne¹⁴³¹. Comme dans l'affaire *Ramirez Sanchez* (dans laquelle les médecins ne cautionnaient plus l'isolement depuis 2000, et appliqué depuis 1994), dans laquelle la Grande chambre de la Cour a exprimé sa préoccupation par la « durée particulièrement longue »¹⁴³², c'est le motif qui l'a emporté, à savoir la dangerosité de ces détenus eu égard aux infractions commises : des actes terroristes. La Cour estime que dans ces cas, les autorités nationales sont raisonnablement fondées à craindre la reprise des contacts avec les membres de leur groupe terroriste, le prosélytisme ou la préparation d'une évasion. Notons à ce propos que le Conseil de l'Europe cautionne le principe du recours en isolement des personnes détenues pour des actes terroristes. Dans les « lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme », adoptées le 11 juillet 2002, le Comité des Ministres, tout en rappelant que, même détenue pour activités terroristes, une personne doit être traitée avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine, il justifie des restrictions supplémentaires, y compris la détention dans des « quartiers spécialement sécurisés », à condition qu'il y ait rapport de proportionnalité entre le but poursuivi et la mesure prise¹⁴³³.

La Cour justifie le recours à l'isolement et pour de longues durées également à l'égard des personnes détenues pour des infractions liées au crime organisé (comme la mafia) mais aussi pour toute infraction violente¹⁴³⁴. Elle a en effet justifié, dans toutes les affaires dont elle a été saisie¹⁴³⁵, le régime de détention spéciale appliqué en Italie aux membres de la mafia¹⁴³⁶ alors que ce régime était

¹⁴³¹ Elle relève en outre que le maintien en isolement du requérant, quelle que fût sa longueur, en soi regrettable, ne lui a pas causé, vu son âge et son état de santé, des souffrances atteignant le seuil de gravité requis pour que l'article 3 soit méconnu, CEDH, *Öcalan*, préc., § 113.

¹⁴³² CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 150.

¹⁴³³ Les impératifs de la lutte contre le terrorisme peuvent exiger que le traitement d'une personne privée de liberté pour activités terroristes fasse l'objet de restrictions plus importantes que celles touchant d'autres détenus en ce qui concerne notamment : (i) la réglementation des communications et la surveillance de la correspondance, y compris entre l'avocat et son client ; (ii) le placement des personnes privées de liberté pour activités terroristes dans des quartiers spécialement sécurisés (Chapitre XI, al.2).

¹⁴³⁴ CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc.

¹⁴³⁵ CEDH, *Messina c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Bonura c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Bastone c. Italie* (déc.), n°59638/00, CEDH 2005-I ; CEDH, *Gallico c. Italie*, préc., § 22.

¹⁴³⁶ Ce régime de détention spéciale est prévu par l'article 41 bis de la loi sur l'organisation pénitentiaire, qui déroge aux conditions de détention ordinaire, comporte, entre autres, les restrictions suivantes : interdiction d'utiliser le téléphone, interdiction d'entretiens et de courrier avec d'autres détenus même s'il s'agit de membres de la famille ; interdiction des visites autres que familiales et limitation de celles-ci à une par mois d'une durée d'une heure ; interdiction d'organiser des activités culturelles, récréatives et sportives ; interdiction d'élire des représentants de détenus et d'être élu à ce titre ; interdiction d'exercer des activités artisanales, limitation du nombre des promenades par rapport à d'autres détenus. Voir à propos de ce régime appelé en italien « Carcere duro », (régime dur), M. COLITTI, « 41bis : le régime de détention spécial en Italie »,

appliqué encore plus longtemps que dans l'affaire *Ramirez Sanchez* : dix ans dans l'affaire *Bastone*, treize ans dans l'affaire *Gallico*¹⁴³⁷. Elle a estimé que ces personnes présentent des risques d'évasion ou de commission de nouvelles infractions. Pourtant la Cour a jugé ce régime plus strict encore, que celui appliqué dans les unités de haute sécurité destinées aux détenus dangereux aux Pays-Bas¹⁴³⁸.

En dehors de l'affaire *Van der ver*, dans laquelle la Cour a conclu à la violation de l'article 3, parce qu'elle a jugé disproportionnée la mesure des fouilles que comportait ce régime¹⁴³⁹, la violation de l'article 3 a également été retenue à propos de l'application des régimes d'isolement, que lorsque le motif n'était pas convaincant ou qu'il était étranger à la dangerosité de la personne, combiné aux conditions matérielles et/ou aux conditions du régime.

Dans l'arrêt *Mathew*¹⁴⁴⁰, la Cour a condamné l'isolement carcéral en raison du motif du recours à l'isolement, à savoir l'inadaptation de l'intéressé au régime de détention ordinaire de cette prison, rendant l'isolement comme seul moyen pour le contrôler¹⁴⁴¹. La Cour a reproché aux autorités ne pas avoir fait des efforts pour chercher des solutions alternatives, au moins, celle de trouver une place dans une autre prison plus adaptée. D'autant plus que cette personne, souffrant de problèmes de dos, était détenue dans une cellule au deuxième étage sans ascenseur rendant pénibles ses déplacements à la cour de promenade qui se trouvait au rez-de-chaussée, ce qui l'avait souvent conduit à renoncer de s'y rendre. Cette instance a jugé que le motif de son isolement n'était pas suffisant pour justifier l'application d'une telle mesure, de surcroît, dans de telles conditions et pour une telle durée.

Tous les autres cas dans lesquels cette instance a retenu la violation de l'article 3 dans le cadre du placement en isolement, concernent des régimes spéciaux appliqués à des condamnés à

ZINGONI-FERNANDEZ Malena et GIOVANNINI Nicola (dir.), *La détention en isolement dans les prisons européennes*, préc., pp. 5 et s.

¹⁴³⁷ Condamné à la prison à perpétuité le 15 décembre 1994, le requérant était assujéti depuis le 20 juillet 1992 au régime de détention spéciale prévu à l'article 41 *bis* de la loi sur l'organisation pénitentiaire, qui déroge aux conditions fixées par la loi sur l'administration pénitentiaire.

¹⁴³⁸ Elles comportaient entre autres les restrictions suivantes : interdiction de se trouver avec plus de trois détenus à la fois, limitation de contacts avec le personnel, interdiction des visites à part une visite par mois, d'une heure, autorisée à la famille et soumission à des fouilles, y compris de fouilles à corps, fréquentes, CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc.

¹⁴³⁹ Ce détenu était soumis, pendant une période de trois années et demie, sans « impératif de sécurité concret » ni « résultant du comportement du requérant » dans la détention, à des fouilles à corps comportant des inspections anales, non seulement après chaque visite et chaque déplacement au coiffeur, infirmerie, et chaque sortie de la prison, mais aussi une fois par semaine lors de la fouille hebdomadaire de sa cellule. Cela même s'il venait de subir une telle fouille pour un des autres motifs précités, CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., §§ 56-63.

¹⁴⁴⁰ CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc.

¹⁴⁴¹ Il apparaît que le requérant n'était pas coopératif et était enclin à la violence contre les personnes et les biens et que les autorités avaient du mal à le contrôler autrement qu'en le mettant à l'isolement, CEDH *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 198.

mort en Ukraine¹⁴⁴², en Bulgarie¹⁴⁴³ ainsi qu'en Russie et en Moldavie¹⁴⁴⁴. En effet, les régimes auxquels ces personnes sont soumises sont les mêmes que l'on rencontre dans les régimes d'isolement : encellulement individuel, privation de contacts avec les codétenus, restriction des contacts avec l'extérieur sauf quelques visites accordées à la famille, et dans certains cas, occultation des fenêtres de la cellule, privation de promenade pendant de longues durées (jusqu'à deux ans), privation d'activités, surveillance continue, lumière allumée en permanence ainsi que la radio allumée sauf la nuit¹⁴⁴⁵. Le seul motif de leur soumission à un tel régime est leur statut pénal : la condamnation à mort. Or, la Cour a déclaré que cet élément, loin de justifier l'application de tels régimes, constitue un facteur aggravant les conditions de détention que ce sont celles de leur régime ou celles des conditions matérielles¹⁴⁴⁶. Une telle condamnation place la personne dans un état d'incertitude, d'anxiété et de peur quant à son avenir¹⁴⁴⁷. De plus la durée revêt ici plus d'importance¹⁴⁴⁸. Dans l'affaire *Ilaşcu et autres*, la Cour a sans doute connu les conditions de détention de régime et matérielles les plus extrêmes¹⁴⁴⁹. A tel point que la Cour a retenu l'existence d'une intention de punir¹⁴⁵⁰ et a qualifié de « torture » les conditions de détention¹⁴⁵¹, notamment

¹⁴⁴² CEDH *Poltoratski c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, préc. ; CEDH *Aliiev c. Ukraine*, n° 41220/98, CEDH 2003-IV ; CEDH, *Dankievitch c. Ukraine*, n° 40679/98, CEDH 2003-IV ; CEDH, *Kuznetsov c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Nazarenko c. Ukraine*, préc.

¹⁴⁴³ CEDH, *Iorgov c. Bulgarie*, préc., § 85.

¹⁴⁴⁴ CEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie* [GC], préc.

¹⁴⁴⁵ Dans l'affaire *Poltoratski*, la Cour s'était particulièrement préoccupée par le fait que, au moins jusqu'au mois de mai 1998, le requérant, comme les autres détenus condamnés à mort, était enfermé en permanence dans une cellule où l'espace de vie était très restreint et dont les fenêtres occultées le privaient d'accès à la lumière naturelle ; rien n'était prévu pour l'exercice en plein air et l'intéressé n'avait guère ou pas de moyens de s'occuper et d'entretenir des contacts humains, CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc. Voir aussi CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Aliiev c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Dankievitch c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Kuznetsov c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Nazarenko c. Ukraine*, préc., § 129 ; CEDH, *Iorgov c. Bulgarie*, préc., § 86.

¹⁴⁴⁶ « En outre, comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Soering* (§ 104) l'attitude actuelle des Etats contractants envers la peine capitale entre en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a dépassement du seuil tolérable de souffrance ou d'avilissement », CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc.

¹⁴⁴⁷ CEDH, *Iorgov c. Bulgarie*, préc., § 79. Voir CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc., § 135 ; CEDH, *Aliiev c. Ukraine*, préc., § 134 ; CEDH, *Kuznetsov c. Ukraine*, préc., § 115 ; CEDH, *Khokhlich c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Nazarenko c. Ukraine*, préc., § 129 ; CEDH, *Dankievitch c. Ukraine*, préc., § 126.

¹⁴⁴⁸ « La condamnation à une telle peine pourrait néanmoins entraîner, dans certaines circonstances, un traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3, par exemple si elle s'accompagne d'une longue période passée dans le « couloir de la mort » dans des conditions extrêmes, avec l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale », CEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie* [GC], préc. § 430.

¹⁴⁴⁹ Notamment dans le cas du requérant *Ilaşcu* : « La Cour note que M. Ilaşcu a été détenu pendant huit ans, depuis 1993 et jusqu'à sa libération en mai 2001, en régime d'isolement sévère » : sans contact avec d'autres détenus, sans aucune nouvelle de l'extérieur, puisqu'il n'avait pas la permission d'envoyer ou de recevoir du courrier ; il était privé du droit de prendre contact avec son avocat ou de recevoir régulièrement la visite de sa famille ; sa cellule n'était chauffée ; même dans les rudes conditions d'hiver, elle était dépourvue d'éclairage naturel et d'aération. Il ressort du dossier que M. Ilaşcu a aussi été privé de nourriture en guise de punition ; il ne pouvait prendre une douche que très rarement, parfois à plusieurs mois d'intervalle. Notons que la Cour sans reprendre à son compte la qualification du CPT, elle a renvoyé à propos de ces conditions aux conclusions figurant dans le rapport rédigé à la suite de la visite en Transnistrie en 2000 qualifiant d'« indéfendable un isolement prolongé pendant de nombreuses années », *Ibid.*, § 438.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, § 446.

¹⁴⁵¹ « La Cour conclut que la condamnation du requérant à la peine capitale, les conditions dans lesquelles il a vécu et les traitements qu'il a subis pendant sa détention après la ratification, pris dans leur ensemble, et compte tenu de l'état dans lequel il se trouvait après plusieurs années passées dans ces conditions avant la

dans le cas du requérant *Ivanțoc* dans l'affaire *Ilașcu et autres*¹⁴⁵². Notons également que la seule fois où la Cour a retenu l'existence d'un isolement total, c'était dans l'affaire *Ivantoc*¹⁴⁵³.

A la lumière de l'ensemble de la jurisprudence européenne en la matière, nous estimons qu'elle n'est pas à même de contribuer à limiter la fréquence et la rigueur du recours à l'isolement ou à des régimes de sécurité renforcée, encore moins à les supprimer. A l'exception de l'arrêt *Mathew*, mais dans lequel l'état physique de l'intéressé a beaucoup pesé, et dans l'arrêt *Van der ver*, c'est la mesure des fouilles à corps qui étaient visée plus que les restrictions des contacts et activités, la Cour n'a pas condamné la rigueur des régimes d'isolement appliqués à l'égard des détenus considérés comme dangereux et ne présentant pas de problèmes de santé physique. Aussi, alors que la dangerosité des détenus, en raison notamment de la nature des infractions commises et des tentatives d'évasion, sont les motifs d'isolement le plus fréquents, aucune limite n'est émise dans la durée, ni dans la privation des contacts et des activités. La jurisprudence européenne ne fait pas de distinction entre contacts privés affectifs, contacts privés sociaux et contacts publics. Ceux avec la famille comptent autant que ceux avec les codétenus et même avec les gardiens¹⁴⁵⁴, l'avocat¹⁴⁵⁵, les visiteurs, l'aumônier, les médecins et les infirmières¹⁴⁵⁶. Même la possibilité du détenu de quitter sa cellule pour aller vider son seau avait été considérée par la Commission comme un contact social¹⁴⁵⁷. Si bien qu'à moins d'imaginer des examens médicaux à distance et des techniques d'approvisionnement des détenus en nourriture à distance, la Cour ne sanctionnera jamais la privation de contacts humains. Alors qu'une distinction devrait être faite entre contacts privés affectifs, contacts privés sociaux et contacts publics. Chacun de ces types de contacts joue un rôle différent dans la vie d'un homme et nécessaire pour son bien être et son équilibre psychique et social. Les seules garanties clairement apportées par la Cour sont d'ordre procédural.

ratification, revêtent un caractère particulièrement grave et cruel et doivent dès lors être considérés comme des *actes de torture* au sens de l'article 3 de la Convention », *Ibid.*, § 440 .

¹⁴⁵² « Pris dans leur ensemble et compte tenu de leur gravité, de leur caractère répétitif et du but auquel ils tendaient, les traitements infligés à M. Ivanțoc ont provoqué des douleurs et souffrances « aiguës » et revêtaient un caractère particulièrement grave et cruel. Force est de considérer l'ensemble de ces agissements comme des actes de torture au sens de l'article 3 de la Convention », *Ibid.*, § 447.

¹⁴⁵³ *Ivanțoc* a été détenu depuis sa condamnation en 1993 en régime d'isolement, sans contact avec d'autres détenus et sans la possibilité d'avoir accès aux journaux. Il a été privé de la possibilité de voir un avocat. Ses seuls contacts avec le monde extérieur étant les visites et des colis de son épouse, sous réserve de l'autorisation délivrée par les autorités pénitentiaires selon leur bon vouloir. « De l'avis de la Cour, de tels traitements étaient de nature à engendrer des douleurs ou des souffrances, tant physiques que mentales, qui ne pouvaient qu'être exacerbées par l'isolement total de l'intéressé et susceptibles de lui inspirer des sentiments de peur, d'angoisse et de vulnérabilité propres à l'humilier, à l'avilir et à briser sa résistance et sa volonté... », *Ibid.*, § 446.

¹⁴⁵⁴ D 8395/78 (X/Danemark), préc., p. 58 ; D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 158.

¹⁴⁵⁵ D 8395/78 (X/Danemark), préc., p. 58.

¹⁴⁵⁶ D 8395/78 (X/Danemark), préc., p. 58 ; D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 158.

¹⁴⁵⁷ D 7630/76 (Reed/RU), préc., p. 165 ; D 8158/78 (X/RU), préc., p. 106 ; D 8395/78 (X/Danemark), préc., p. 58 ; D 10263/83 (R/Danemark), préc., p. 158.

B. Les garanties lors du recours à l'isolement

Jusqu'à l'arrêt de la Grande chambre dans l'affaire *Ramirez-Sanchez* (2006)¹⁴⁵⁸, seuls les organes préventifs du Conseil de l'Europe avaient expressément recommandé d'entourer les décisions de recours à l'isolement et de son renouvellement d'un certain nombre de garanties afin de limiter à la fois sa gravité et l'arbitraire. Cette préoccupation est constante pour le CPT qui se dit « particulièrement préoccupé » des personnes détenues dans de tels régimes impliquant « un risque élevé de mauvais traitements ». Quant au Comité des Ministres, c'est dans la *Recommandation R(82)17 relative à la détention et au traitement des détenus dangereux* qu'il a pour la première fois émis quelques règles protectrices des personnes placées en isolement. Toutefois, les Règles pénitentiaires européennes sont restées silencieuses jusqu'à leur révision en 2006. Quant à la Cour, c'est à l'occasion de l'affaire *Sanchez-Ramirez*, qu'elle a consolidé un bon nombre de garanties de ces deux organes préventifs. Nous présenterons les garanties de fond (1) et de forme (2) recommandées par ces trois organes du Conseil de l'Europe.

1. Les garanties de fond

A part la nécessité de maintenir des contacts humains et des activités, le maximum possible par rapport à la détention ordinaire, que seul le CPT a expressément recommandé afin d'atténuer la rigueur de ces régimes, les autres garanties de fond concernent les *motifs*, la *durée* et le *suivi médical*.

Les *motifs*. Jusqu'en 2006, seul le CPT s'était montré exigeant concernant cette garantie en recommandant une motivation circonstanciée, par des motifs « précis », « sérieux » et « régulièrement révisés ». La motivation ne doit pas être « stéréotypée » ni « succincte » : elle ne doit pas viser de buts punitifs et doit toujours être d'actualité. Ainsi, il a estimé que la motivation qui se contente d'invoquer l'infraction commise ou une tentative d'évasion quelques années auparavant est succincte et donc, autant dire, qu'elle est indéterminée (France¹⁴⁵⁹). Il a également exprimé son inquiétude sur la pratique d'un usage punitif déguisé et a ouvertement condamné, à deux reprises, un tel usage constaté en Italie¹⁴⁶⁰. En 2006, les Règles pénitentiaires européennes sont venues renforcer

¹⁴⁵⁸ CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc.

¹⁴⁵⁹ Des motivations telles que : « pour prévenir un risque d'évasion » ou « en vertu des faits ayant conduit à sa condamnation ». Le CPT a noté dans son rapport de visite en France en 2003 : « Suite aux événements de Clairvaux, vous êtes placé à l'isolement par mesure d'ordre et de sécurité", "par mesure d'ordre et de sécurité, compte-tenu de vos antécédents de tentative d'évasion et de risques sérieux de trouble à l'ordre de la détention », CPT/Inf(2004) 6, *Rapport de visite*, France, du 11 au 17 juin 2003, § 55.

¹⁴⁶⁰ « En observant le système en question de manière attentive (le régime spécifique de détention prévu par l'article 41 bis de la loi pénitentiaire qui est parmi les plus durs rencontrés par le CPT), il pourrait même venir à l'esprit qu'un objectif non déclaré du système est d'agir comme un moyen de pression psychologique en vue de provoquer la dissociation ou la collaboration. A cet égard, le CPT a rappelé le principe général selon lequel une personne est envoyée en prison à titre de sanction et que cette sanction doit être limitée à la privation de liberté », CPT/Inf(97)12, *Rapport de visite*, Italie, du 22 octobre au 6 novembre 1995, § 194. « Le CPT émet

ces garanties en recommandant aux droits nationaux non seulement de « déterminer » les motifs du recours à l'isolement (Règle 53¹⁴⁶¹), mais aussi de réserver cette mesure à des cas exceptionnels (Règle 53.1¹⁴⁶²) et de ne pas l'appliquer de manière discriminatoire (Règles 53.6¹⁴⁶³), ni à titre punitif (53.1). C'est en cette même année que la Cour a expressément consacré l'ensemble de ces garanties. Elle a, d'une part, réclamé la limitation de l'usage de l'isolement, qu'elle reconnaît être « une sorte d'emprisonnement dans la prison¹⁴⁶⁴ », à des cas exceptionnels et avec beaucoup de précautions¹⁴⁶⁵, et d'autre part, une motivation des décisions de prolongation qui soit « substantielle », et au fil du temps, « de plus en plus approfondie et convaincante »¹⁴⁶⁶.

La durée. Dans sa Recommandation de 1982 précitée, le Comité des ministres avait incité les Etats à limiter la durée de l'isolement aux besoins invoqués (art. 8)¹⁴⁶⁷. Le CPT a, par la suite, précisé qu'elle doit être « la plus brève possible¹⁴⁶⁸ ». La Cour y a souscrit sans pour autant fixer une durée au-delà de laquelle l'isolement devient un traitement inhumain ou dégradant¹⁴⁶⁹. Toutefois, en 2006, les Règles pénitentiaires recommandent aux droits nationaux de déterminer la durée de ces mesures (53.3¹⁴⁷⁰). Dans l'arrêt *Sanchez Ramirez*, la Cour a implicitement adopté cette garantie puisqu'elle a regretté qu'« aucune durée maximale ne soit prévue pour le maintien à l'isolement¹⁴⁷¹ », sans pour autant fixer, elle-même, une telle durée.

également de sérieuses réserves quant au contenu même de l'article 72 du Code pénal, aux termes duquel les condamnés à perpétuité concernés sont systématiquement assujettis au régime du placement à l'isolement pour une certaine durée, déterminée par le tribunal qui prononce la condamnation », CPT/Inf (2006) 16, *Rapport relatif à la visite en Italie* du 2 novembre au 3 décembre 2004, § 91.

¹⁴⁶¹ « La nature de ces mesures, leur durée et les motifs permettant d'y recourir doivent être déterminés par le droit interne » (53.3).

¹⁴⁶² « Le recours à des mesures de haute sécurité ou de sûreté n'est autorisé que dans des circonstances exceptionnelles » (53.1).

¹⁴⁶³ C'est-à-dire qu'il doit être appliqué à des individus et non à des groupes de détenus.

¹⁴⁶⁴ CEDH, *Ramirez Sanchez* (2006), préc., § 139.

¹⁴⁶⁵ « Il convient tout par ailleurs de ne recourir à cette mesure, qui représente une sorte 'd'emprisonnement dans la prison', qu'exceptionnellement et avec beaucoup de précautions, comme cela a été précisé au point 53.1 des règles pénitentiaires », CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc. § 139.

¹⁴⁶⁶ « Toutefois, les décisions de prolongation d'un isolement qui dure devraient être motivées de manière substantielle. Les décisions devraient ainsi permettre d'établir que les autorités ont procédé à un examen évolutif des circonstances, de la situation et de la conduite du détenu. Cette motivation devrait être, au fil du temps, de plus en plus approfondie et convaincante », CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 137.

¹⁴⁶⁷ *Recommandation n° R(82)17*, du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres *relative à la détention et au traitement des détenus dangereux*, in A. REYNAUD, *Les droits de l'homme dans les prisons*, Strasbourg, 1995.

¹⁴⁶⁸ CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 56.

¹⁴⁶⁹ « La Cour admet que l'application prolongée des restrictions peut placer un détenu dans une situation qui pourrait constituer un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 3. Cependant, elle ne saurait retenir une durée précise comme le moment à partir duquel est atteint le seuil minimum de gravité pour tomber dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention », *Gallico c. Italie*, préc., § 21.

¹⁴⁷⁰ La nature de ces mesures, leur durée et les motifs permettant d'y recourir doivent être déterminés par le droit interne (53.3).

¹⁴⁷¹ CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 137.

Examen médical. Le CPT estime que la personne en isolement doit être visitée régulièrement par un médecin¹⁴⁷². La Cour n'a pas appuyé cette garantie, du moins, en ce qui concerne le suivi psychologique ou psychiatrique : la Convention n'impose pas aux autorités une telle obligation générale, a-t-elle déclaré¹⁴⁷³. Elle exige seulement un contrôle périodique de l'état de santé pour s'assurer de sa compatibilité avec le maintien à l'isolement¹⁴⁷⁴.

2. Les garanties de forme

Depuis son deuxième rapport général d'activités, en 1993, le CPT demande à ce que des procédures claires soient appliquées concernant le recours aux mesures d'isolement¹⁴⁷⁵. Cette demande est devenue une règle que les Règles pénitentiaires de 2006 ont adopté (53.2¹⁴⁷⁶). La Cour a précisé que ces procédures doivent respecter, aussi bien lors de la décision initiale que lors des décisions de renouvellement, les garanties élémentaires du contradictoire et le droit de recours.

Information du motif d'isolement, audition du détenu et assistance juridique. Selon le CPT, le détenu doit être entendu par l'autorité compétente, préalablement à la prise de la décision et les motifs de placement en isolement doivent lui être communiqués sauf si « des raisons impératives de sécurité s'y opposent »¹⁴⁷⁷, et une assistance juridique devrait lui être assurée¹⁴⁷⁸.

L'approbation de la décision par l'autorité compétente. Cette garantie est recommandée par les Règles pénitentiaires (53.4).

Droit de recours. Le droit de recours devant une autorité indépendante, de préférence un juge, est réclamé par le CPT dès 1992¹⁴⁷⁹. Il est repris dans les Règles pénitentiaires de 2006¹⁴⁸⁰ et

¹⁴⁷² CPT/Inf (91) 12, *Rapport de visite*, Danemark, du 2 au 8 décembre 1990.

¹⁴⁷³ A propos du grief d'absence d'examen médical psychologique ou psychiatrique, la Cour a déclaré qu'elle ne peut pas imposer une obligation générale d'assurer un tel contrôle, *Rohde c. Danemark*, préc., § 108 ; Voir aussi *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 139.

¹⁴⁷⁴ CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 139.

¹⁴⁷⁵ CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 55.

¹⁴⁷⁶ « Des procédures claires, à appliquer à l'occasion du recours à de telles mesures pour tous détenus, doivent être établies » (règle 53.2).

¹⁴⁷⁷ CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 55. « De plus, les détenus devraient, dans toute la mesure du possible, être tenus pleinement informés des motifs de leur placement et, le cas échéant, de son renouvellement ; ceci leur permettra notamment de faire un usage effectif des voies de recours contre cette mesure », CPT/Inf (2001) 16, *11e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 32.

¹⁴⁷⁸ Cette recommandation est faite dans un Rapport du CPT aux autorités françaises de prévoir, à l'instar de la procédure disciplinaire, l'accès à un conseil juridique pour les détenus à l'égard desquels une mesure d'isolement est envisagée, CPT/Inf(2004) 6, *Rapport de visite*, France, préc.

¹⁴⁷⁹ CPT/Inf (93) 2, *Rapport de visite*, France, préc. ; § 146 ; CPT/Inf (2001) 16, *11e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 33.

¹⁴⁸⁰ Les règles pénitentiaires parlent de droit de porter plainte : « Tout détenu soumis à de telles mesures a le droit de déposer une plainte selon la procédure prévue à la règle 70 ».

réitéré périodiquement à l'égard de certains Etats (CPT 2003, France¹⁴⁸¹). La Cour est venue consacrer ce droit et préciser qu'il doit s'agir d'un recours effectif au sens de l'article 13 tel que nous l'avons présenté dans la partie concernant l'application générale de l'article 3. Il doit, entre autres, s'agir d'une autorité indépendante¹⁴⁸², juridictionnelle¹⁴⁸³, disposant du pouvoir d'examiner à la fois la forme et le fond de l'affaire, notamment le bien-fondé et la motivation d'un recours à l'isolement¹⁴⁸⁴.

Révision périodique de la décision d'isolement. Tout placement en isolement doit être révisé périodiquement afin d'évaluer la nécessité de prolonger une telle mesure (CPT¹⁴⁸⁵, Cour¹⁴⁸⁶). A cet égard, la Cour exige, d'une part, « un examen évolutif des circonstances de la situation et de la conduite du détenu » et une motivation dans le temps de « plus en plus approfondie et convaincante »¹⁴⁸⁷, et d'autre part, l'instauration d'un « contrôle régulier de l'état de santé physique et psychique du détenu, permettant de s'assurer de sa compatibilité avec le maintien à l'isolement¹⁴⁸⁸ ». Elle n'accorde pour autant pas d'importance aux avis médicaux qui ne cautionnent plus l'isolement d'une personne en l'absence des certificats prouvant l'existence des conséquences néfastes¹⁴⁸⁹.

Aussi, le Conseil de l'Europe ne condamne-t-il pas l'usage de l'isolement et autres régimes de sécurité renforcée. Il exige seulement d'entourer leur usage d'un nombre de garanties pour limiter leur gravité et contrer l'arbitraire. C'est alors au regard de ces garanties que nous examinerons l'usage de tels régimes par les droits nationaux.

¹⁴⁸¹ « Quant aux voies de recours contre les décisions de mise à l'isolement administratif, la situation n'a guère évolué non plus dans le sens positif preconisé par le CPT... », CPT/Inf(2004) 6, *Rapport de visite*, France, § 55..

¹⁴⁸² CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 145.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, § 165.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, §§ 145, 165.

¹⁴⁸⁵ « Il va de soi qu'un détenu ne demeure pas soumis à un régime spécial de sécurité plus longtemps que ne l'exige le risque qu'il représente. Il y a donc lieu de revoir régulièrement la décision de placement. De telles révisions devraient toujours être basées sur une évaluation permanente du détenu par un personnel spécifiquement formé à une telle évaluation », CPT/Inf (2001) 16, *11e rapport général d'activités du CPT*, préc.

¹⁴⁸⁶ Si la Cour ne retient pas une durée précise comme le moment à partir duquel est atteint le seuil minimum de gravité pour tomber dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention, en revanche, « elle se doit de contrôler si, dans un cas donné, la prolongation des sanctions se justifiait ou si, au contraire, elle constituait la réitération de restrictions ne se justifiant plus », CEDH, *Gallico c. Italie*, préc., § 21.

¹⁴⁸⁷ CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 137.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, § 139.

¹⁴⁸⁹ « Même s'il est vrai qu'après le 13 juillet 2000, les médecins ne cautionnaient plus la mise à l'isolement, aucun des certificats médicaux rédigés à l'occasion des décisions de maintien à l'isolement du requérant jusqu'en octobre 2002 n'a mentionné expressément la constatation de conséquences néfastes de l'isolement sur la santé du requérant, que ce soit physique ou psychique, ni demandé expressément une expertise psychiatrique », CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 141.

§ 2. L'application des régimes à risque dans les droits nationaux

Les droits nationaux admettent qu'ils pratiquent l'isolement. Outre qu'ils utilisent le terme « isolement », ils distinguent ce régime du régime ordinaire, ainsi que d'autres régimes de sécurité renforcée (A) et entourent la décision du recours à cette mesure de certaines garanties (B).

A. L'application des régimes de sécurité renforcée

Le droit grec ne connaît que l'isolement. Le droit français, lui, connaît en plus de l'isolement, le régime des D.P.S. (Détenus Particulièrement Surveillés). Bien que les autorités françaises se soient défendues devant le CPT d'appliquer des régimes spéciaux en soutenant que ces deux régimes sont ordinaires, en réalité, aussi bien le régime de D.P.S. (1), que celui d'isolement (2), sont régis par une réglementation spéciale¹⁴⁹⁰.

1. Le régime de D.P.S. en France

L'affectation d'un détenu à ce régime est automatique. Elle est fondée sur une liste établie par le ministre de la Justice. Suivant l'article D 276-1 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue du décret n° 98-1099 du 8 décembre 1998, les conditions de l'inscription d'un détenu à la liste des D.P.S et de sa radiation, sont déterminées par des instructions ministérielles. Les critères sur lesquels peut être fondée une telle inscription sont : la nature de l'infraction commise, notamment pour *association de malfaiteurs* et pour *crime organisé ou professionnel*, et les *risques d'agression ou d'évasion*¹⁴⁹¹.

Le CPT, dans son Rapport suite à la visite en France en 1996, ayant relevé que le D.P.S comporte plusieurs restrictions par rapport au régime ordinaire, l'avait classé parmi les régimes spéciaux¹⁴⁹². Or, dans sa réponse à ce rapport, le gouvernement a nié cette classification en arguant que « le répertoire des D.P.S. entraîne pas de modifications du régime de détention ». Pourtant les circulaires qui réglementent ce régime¹⁴⁹³ contredisent cette réponse. Elles prévoient que les détenus « ne doivent pas être employés aux services généraux ni aux ateliers ne présentant pas de sécurité suffisante », et qu'ils « doivent faire l'objet de consignes plus strictes relatives aux modalités de surveillance, à l'organisation des fouilles et de divers contrôles ». Plus encore, en 2006, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a qualifié ce régime de « régime

¹⁴⁹⁰ Voir G. CLIQUENNOIS, « L'isolement dans les prisons en France : un instrument de gestion actuarielle des risques ? », ZINGONI-FERNANDEZ Malena et GIOVANNINI Nicola (dir.), *La détention en isolement dans les prisons européennes*, préc., pp. 97 es.

¹⁴⁹¹ CPT/Inf (2007) 44, *Rapport de visite*, France, du 27 septembre au 9 octobre, §§ 160-161.

¹⁴⁹² CPT/Inf(98) 7, *Rapport de visite*, France, du 6 au 18 octobre 1996.

¹⁴⁹³ Le répertoire des D.P.S., créé en 1967, a fait l'objet d'aménagement par les circulaires du 14 août 1970, du 29 mars 1971, du 7 novembre 1975, du 19 mai 1980 et du 26 juillet 1983.

d'isolement 'renforcé'¹⁴⁹⁴ ». Le CPT a, dans son dernier rapport de visite, rejoint cette analyse et formulé un nombre des garanties qui devraient entourer le recours à cette mesure. Il s'agit notamment : de remplacer la base de son encadrement normatif actuel par une réglementation d'une valeur normative supérieure ; de motiver la décision du recours à cette mesure ; de communiquer celle-ci à l'intéressé ; de garantir une voie de recours ; et d'assurer effectivement la révision trimestrielle actuellement prévue mais inappliquée¹⁴⁹⁵. Il a même relevé, à part ce régime D.P.S. ainsi que celui de l'isolement que nous allons examiner par la suite, l'existence d'autres régimes spéciaux « officieux » : celui de détenu « suivi », à la Maison d'arrêt de Fresnes, de détenus dits « à haut risque », à la Maison centrale de Moulins-Yzeure ; ou celui de la « Liste 2 », à la Maison d'arrêt de Seysses. Il s'agit de classifications internes décidées par le directeur de l'établissement en raison de la dangerosité du détenu¹⁴⁹⁶.

2. Le régime d'isolement

Son caractère de régime spécial ne fait pas de doute. Régime d'isolement ne signifie pas simplement vivre seul dans une cellule. Ce qui d'ailleurs, pourrait être considéré plutôt comme une faveur, vu les problèmes de surpopulation que connaissent les prisons et la violence que celle-ci génère. Le fait que les droits nationaux prévoient que les détenus peuvent demander le placement sous un tel régime pourrait laisser entendre qu'il s'agit d'un régime de faveur. Mais une telle demande n'a lieu qu'en désespoir de cause pour éviter la promiscuité faute de reconnaissance d'un droit à vivre dans une cellule individuelle dans le régime de détention ordinaire ou faute de possibilité matérielle de satisfaire ce droit à cause notamment de la surpopulation¹⁴⁹⁷.

En réalité, l'isolement sert avant tout de mesure d'ordre et de sécurité. Il consiste à placer le détenu seul dans une cellule qui se trouve dans un quartier à part, dans un lieu de détention où les conditions de vie renvoient à une image de l'homme réduit à sa stricte dimension animale. L'exemple de certaines prisons françaises est à ce propos illustratif. Les cellules sont composées de deux parties séparées d'un grillage qui sert de deuxième porte à l'intérieur de la cellule. Ce dispositif permet de communiquer avec l'isolé (y compris de lui passer la nourriture et autres objets), tout en le maintenant derrière le grillage, dans cet espace qui donne l'image d'une cage¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁴ « Il existe en outre un régime d'isolement 'renforcé' pour les détenus considérés comme particulièrement dangereux 'en raison de [leur] appartenance au grand banditisme ou à une mouvance terroriste ou de [leur] passé judiciaire et pénitentiaire », CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc., § 126.

¹⁴⁹⁵ CPT/Inf (2007) 44, *Rapport de visite*, France, préc., § 160 et s.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, § 165.

¹⁴⁹⁷ Comme c'était le cas dans l'affaire *Peers c. Grèce*, précitée.

¹⁴⁹⁸ « Elles ont une surface de 7,50 m², et divisée en deux parties par une grille la partie la plus petite sert d'entrée permettant de pénétrer dans la cellule sans être au contact immédiat du détenu qui se trouve derrière la grille », M. SEYLER, *L'isolement en prison*, CESDIP, Etudes et données pénales, n° 60, 1990, p. 53.

A part le placement solitaire du détenu dans une telle cellule, le quartier d'isolement est régi par un dispositif comportant nombre de restrictions supplémentaires à celles du régime ordinaire. Tout déplacement à l'intérieur de la prison (visites, douches, promenade et autres), est organisé de manière à éviter les rencontres avec les codétenus, des visiteurs et des intervenants extérieurs. La promenade a lieu dans des cours réservées aux isolés, où ils doivent se rendre seuls ou deux par deux, et elle est de durée plus courte que celle du régime ordinaire. Les isolés sont privés d'activités en commun, qu'il s'agisse du travail, de la formation, des cours ou des activités sportives et créatrices. Ces restrictions sont pour l'essentiel reconduites par le décret de 21 mars 2006¹⁴⁹⁹. Ce qui rend indéfendable devant le CPT, la thèse du gouvernement français, selon laquelle l'isolement est un régime ordinaire.

Certes lorsqu'il est demandé par le détenu lui-même (art. D 283-2 CPP), l'isolement peut ne pas poser de problèmes au regard de la Convention, ne serait-ce qu'en raison des motifs qui ne permettent pas de le soupçonner de servir des buts punitifs masqués, et en raison du contrôle de la durée. *A priori*, il devrait être mis fin à l'isolement sur demande du détenu ou sur ordre médical. En revanche, il pose de tels problèmes lorsqu'il est ordonné par le juge d'instruction ou par le chef de l'établissement. Dans ces deux cas, l'isolement est une mesure de contrainte fondée, le premier, sur des besoins de l'instruction (art. 145-1 et D 56 CPP français), et le second, sur les motifs évasifs de précaution et de sécurité (art. D 283-1 CPP français). De surcroît, il est de durée indéterminée et peut atteindre des années. L'article D 283-17 al 3 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité, certes exceptionnelle, mais possible de le prolonger au-delà de deux ans sans fixer de limite maximale.

Par ailleurs, un aveu implicite est constitué en ce que l'isolement est une mesure nuisible, certaines garanties sont présentes lors de son application alors qu'elles sont absentes du recours au régime des D.P.S.

B. Les garanties lors de leur application

Le régime de D.P.S., pratiqué en droit français, n'est toujours entouré d'aucune des garanties exigées par les organes du Conseil de l'Europe, alors que le CPT en demande depuis 1991¹⁵⁰⁰. Seul l'isolement s'est progressivement plié à la plupart de ces garanties européennes et seulement en France. En Grèce, on peut à la lecture du Code pénitentiaire, déduire que l'isolement carcéral

¹⁴⁹⁹ Décret n° 2006-338 du 21 mars 2006, *JO* du 23 mars 2006.

¹⁵⁰⁰ Le CPT souhaite obtenir des autorités françaises des informations détaillées au sujet des D.P.S. et notamment : - la base légale de cette qualification, ainsi que ses critères d'attribution ; - les modifications éventuelles de régime qu'entraînerait ce statut ; - les garanties offertes aux D.P.S. (possibilité de faire valoir son point de vue auprès de l'autorité compétente avant qu'une décision finale ne soit prise ; information du détenu du motif de son classement comme D.P.S. et forme prise par celle-ci ; possibilité d'introduire des recours ; existence de procédures de révision automatique, etc.), CPT/Inf (93) 2, *Rapport de visite*, France, préc., § 149.

n'existe pas depuis 2002, date de mise en vigueur de ce Code. Aucune règle ne le régleme contrairement au Code précédent qui limitait les motifs, sa durée au strict minimum¹⁵⁰¹, prévoyait la visite médicale quotidienne ainsi que la fin de son application en cas de contre-indication médicale¹⁵⁰². Seul l'article 65 §2 du Code pénitentiaire rappelle son existence en le mentionnant laconiquement parmi d'autres moyens de contrainte « l'enfermement dans une cellule spéciale », dont l'application est décidée par le Conseil de la prison¹⁵⁰³.

Le droit français a, quant à lui, procédé à deux réformes de la mesure d'isolement suite aux critiques du CPT depuis 1991¹⁵⁰⁴ : une réforme en 1998¹⁵⁰⁵ (jugée pourtant inefficace par le CPT au vu de son inapplication constatée en 2001¹⁵⁰⁶ et en 2003¹⁵⁰⁷), et une réforme en 2006¹⁵⁰⁸. Ces garanties concernent à la fois le fond (1) et la forme (2).

1. Les garanties de fond

Des motifs limitatifs de la décision. En droit grec, les motifs autorisant la mise en isolement sont limités aux risques de contagion d'une maladie et à la dangerosité du détenu pour lui-même ou pour autrui (art. 93 CRFTD)¹⁵⁰⁹. Le droit français précise que le chef d'établissement peut le décider sur sa propre initiative pour des raisons de protection et de sécurité mais aussi sur demande du détenu (art. D 283-2 CPP). Toutefois le CPT a, lors de sa visite de 2000, constaté que, outre la motivation souvent stéréotypée, « pour préserver l'ordre de l'établissement », « pour prévenir un risque d'évasion », il a trouvé, une personne en isolement « en vertu des faits ayant conduit à sa condamnation » et même pour des motifs disciplinaires laissant déduire que l'isolement est également utilisé comme alternative à une mesure disciplinaire ou pour prolonger celle-ci. Le décret

¹⁵⁰¹ Il doit être mis fin à un isolement « dès que les raisons pour lesquelles il a été imposé ont cessées » (art. 93 CRFTD).

¹⁵⁰² Exigence de l'avis du médecin de l'établissement si les détenus présentent des « réactions psychogènes en raison de la détention ou affection psychique ou autre dérangement de leurs facultés mentales » (art. 94 § 1 CRFTD).

¹⁵⁰³ Composé du directeur de la prison, un assistant social et un scientifique. Ce dernier peut être un criminologue ou un juriste, mais aussi un psychologue, sociologue, enseignant, ou un vétérinaire, (art 10, § 1 C. pénit.).

¹⁵⁰⁴ CPT/Inf (93) 2, *Rapport de visite*, France, préc.

¹⁵⁰⁵ Décret n° 98-1099 du 8 décembre 1998.

¹⁵⁰⁶ S'agissant de l'isolement administratif, le CPT avait fait part, dans son rapport relatif à la visite de 2000, de ses vives préoccupations quant à la durée de l'isolement et au régime appliqué aux détenus isolés. Il avait également formulé des recommandations quant à l'efficacité des garanties procédurales entourant l'isolement administratif, CPT/Inf(2004) 6, *Rapport de visite*, France, préc., § 55.

¹⁵⁰⁷ « Quant aux voies de recours contre les décisions de mise à l'isolement administratif, la situation n'a guère évolué non plus dans le sens positif préconisé par le CPT, la réflexion annoncée par les autorités françaises dans leur réponse au rapport sur la visite de 2000 semblant avoir connu le même sort que le projet de loi pénitentiaire », *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ Décret n° 2006-338 du 21 mars 2006 relatif à l'isolement des détenus, *JO* du 23 mars 2006, p. 4349.

¹⁵⁰⁹ Selon l'article 93 du Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus, le directeur d'établissement peut l'ordonner pour des raisons « d'apaisement, d'observation ou de précaution, mais jamais à titre punitif, à l'encontre des détenus souffrant de maladies contagieuses ou des détenus dangereux pour eux-mêmes ou pour les autres ».

du 21 mars 2006 a insisté sur les critères d'appréciation des motifs de « précaution » et de « sécurité » pour la prolongation de l'isolement au-delà de deux ans. Celle-ci ne peut avoir lieu qu'à titre exceptionnel, si l'isolement est *l'unique moyen pour assurer la sécurité* (D 283-1-7, al. 3, CPP) et compte tenu de la « dangerosité particulière » du détenu (D 283-1, al.4, CPP). Pourtant le CPT constatait encore, en octobre 2006, que ce régime sert des fins détournées. Il sert, d'une part, à gérer les détenus gravement perturbés ou présentant des affections psychiatriques graves dans l'absence de perspective d'une prise en charge psychiatrique institutionnelle ; d'autre part, il sert à des fins disciplinaires : parmi les motifs consignés, figurent les tentatives d'évasion, les agressions contre des surveillants ou les violences contre des détenus¹⁵¹⁰.

Le régime. Il est décrit essentiellement dans l'article D 283-1-2 du Code de procédure pénale. L'isolement consiste à l'encellulement individuel. Les détenus conservent le droit de s'informer, de correspondre, à recevoir des visites et d'exercer leur culte. Mais ils sont privés de contacts avec les codétenus et d'activités en commun, y compris de promenade avec d'autres détenus. C'est uniquement sur autorisation spécifique du chef de l'établissement que des activités en commun, peuvent être autorisées ou organisées spécialement pour les détenus à l'isolement.

Le suivi médical. Il vise à assurer les autorités pénitentiaires que le détenu est apte à subir l'isolement et à continuer à le subir. La fréquence n'est pas précisée. Il est seulement indiqué que la liste des personnes en isolement est communiquée quotidiennement à l'équipe médicale qui effectue ses visites conformément à l'article D 531, al. c du Code de procédure pénale. Néanmoins, le Comité européen contre la torture a constaté l'insuffisance de ces visites. Des médecins et des infirmières ont reconnu que, dans l'impossibilité de faire face aux obligations légales, le certificat était, la plupart du temps, rempli de manière stéréotypée, sans que le détenu ait été vu et sans qu'un certificat soit dressé¹⁵¹¹. De toute manière le pouvoir médical est limité à un simple avis¹⁵¹². Les directeurs des prisons ne sont pas obligés de s'y conformer.

La durée. L'absence de fixation de durée maximale à l'isolement caractérise le droit français. Malgré les efforts faits par la circulaire du 12 juillet 1991¹⁵¹³ pour limiter la durée de l'isolement, des cas d'isolement très longs n'avaient toujours pas disparus en 2000, date d'une visite du CPT¹⁵¹⁴. Toutefois dans le décret du 21 mars 2006, il n'est pas non plus fixé de limite maximale. Il est seulement précisé qu'au-delà de deux ans, la prolongation de l'isolement doit être exceptionnelle et

¹⁵¹⁰ CPT/Inf (2007) 44, *Rapport de visite*, France, préc., §§ 155-159.

¹⁵¹¹ Le CPT n'a trouvé que de « certificats médicaux stéréotypés extrêmement sommaires », CPT/Inf(98)7, *Rapport de visite*, France, préc., § 161.

¹⁵¹² « Il appartient au médecin d'émettre un avis sur l'opportunité de mettre fin à une mesure d'isolement au regard de l'état de santé de l'isolé » (art. D 283-1 et D 381 CPP).

¹⁵¹³ Circulaire n° AP.91.05.GA1.12.7.91.

¹⁵¹⁴ En exigeant que chaque mesure dépassant la durée d'un an soit signalée à la direction centrale, des cas d'isolement très longs n'avaient toujours pas disparus en 2000, date d'une des visites du CPT, CPT/Inf (2001) 10, *Rapport de visite*, France, préc.

spécialement motivée (art. D 283-1-7, al. 3, 4 CPP). Il est également précisé que la durée de l'isolement préventif, qui peut être de cinq jours, s'impute sur la durée totale (D 283-2-4 et R 57-9-10) et que pour éviter des isolements longs par le biais de courtes interruptions, si l'interruption est inférieure à un an, la durée précédente s'impute à la durée totale de l'isolement (D 283-1-8 CPP¹⁵¹⁵). Enfin, en cas de transfèrement d'un détenu en isolement dans de nouvelles prisons, une nouvelle décision doit être prise dans les quinze jours. Autrement, il doit être mis fin à cette mesure (art. D 283-1-9 CPP).

2. Les garanties de forme

En *droit grec*, à part la précision sur *l'auteur de la décision* du recours à l'isolement, qui est le directeur de l'établissement, aucune autre garantie procédurale n'est prévue.

En revanche, le *droit français* prévoit, depuis la circulaire du 12 juillet 1991, un nombre de garanties, dont certaines sont reprises par les décrets du 8 décembre 1998¹⁵¹⁶ et du 21 mars 2006 précité. L'isolement des prévenus peut être décidé par le juge d'instruction (art. U55-56 CPP) sans autre précision. Celui des condamnés peut être décidé par trois auteurs différents suivant sa durée : la décision initiale et la première prolongation appartiennent au directeur de l'établissement ; celle de la prolongation au-delà de six mois appartient au directeur régional (art. D283-1-6 CPP) ; et la prolongation au-delà d'un an revient au ministre de la Justice (art. D283-1-7 CPP).

La défense de l'intéressé. Le détenu doit pouvoir se faire assister ou représenter par un conseil ou un mandataire de son choix (art. R. 57-9-1, CPP).

Un registre des mesures d'isolement est tenu dans chaque prison (art. D 283-1-4 CPP) qui est visé par des autorités judiciaires et administratives lors de leurs visites de contrôle des prisons (art. D 283-1-1- al 4 CPP) et au moins une fois par trimestre (art. D 283-1-1 al. 4 CPP).

Quant aux *garanties de la défense*, le décret du 21 mars 2006 a incontestablement renforcé les droits de la défense. En plus de la possibilité pour le détenu de faire parvenir au JAP, soit lui-même, soit par l'intermédiaire de son conseil, des observations utiles et la possibilité d'exercer un recours hiérarchique, ce décret a ajouté les garanties suivantes : information du détenu par écrit des motifs et des délais pour préparer la défense (art. D 283-2-2 CPP) ; bénéfice d'un interprète s'il ne comprend pas la langue française ; motivation de la décision ; notification de celle-ci sans délai à

¹⁵¹⁵ Pour l'application des articles D. 283-1-5 à D. 283-1-7 du code de procédure pénale, lorsque le détenu a déjà été placé à l'isolement, la durée de l'isolement antérieur s'impute sur la durée de la nouvelle mesure si l'interruption de l'isolement est inférieure à un an. Si l'interruption est supérieure à un an, il est fait application de l'article (art. D. 283-1-5, CPP).

¹⁵¹⁶ Décret n° 98-1099 du 8 déc. 1998.

l'intéressé (art. D 283-2-3 CPP) ; et droit de recours juridictionnel. Un tel recours était inexistant jusqu'en 2003. La jurisprudence des tribunaux administratifs français était marquée par la constance de l'irrecevabilité des recours à l'encontre des mesures d'isolement au motif qu'elles étaient des mesures d'ordre intérieur¹⁵¹⁷. Le Conseil d'Etat a changé sa jurisprudence à l'occasion de l'affaire *Remli*¹⁵¹⁸, confirmant l'arrêt rendu dans cette affaire par la Cour administrative d'appel de Paris, le 5 novembre 2002¹⁵¹⁹. Le conseil d'Etat a fini par reconnaître, dans l'arrêt *Remli*, que l'isolement constitue une mesure entraînant d' « importants effets sur les conditions de détention » et que, par conséquent, une telle décision peut faire l'objet d'un recours pour « excès de pouvoir » devant le juge administratif. Pour apprécier sa gravité, le Conseil d'Etat a tenu compte de deux critères (dégagés par les articles D 283-1, D 238-2 et D 375 du code de procédure pénale qui réglementent l'isolement) : *la nature de cette mesure* (elle prive la personne de l'accès aux activités sportives, culturelles, d'enseignement, de formation et de travail collectif » et *sa durée* (trois mois renouvelables). Dès lors, une telle mesure étant susceptible de faire grief, l'auteur de la décision doit la motiver de manière circonstanciée. C'est pour ce dernier motif que le Conseil d'Etat a, dans cette affaire, retenu l'excès de pouvoir : cette décision n'avait pas été « suffisamment motivée »¹⁵²⁰.

Eu égard aux garanties européennes et nationales, nous estimons que pour l'instant, ni les premières, ni les dernières, n'offrent d'assises, ni pour faire disparaître l'isolement, ni pour assurer, du moins, des garanties efficaces pour que son usage soit limité à celui d'un moyen de contention en restreignant les motifs et la durée de son usage. A l'état actuel des garanties européennes et nationales, les motifs de légitimité demeurent larges et la durée peut être longue, soulevant alors des questions à la fois de légalité et de dignité. Si bien que les critiques exprimées depuis plus d'un siècle et demi sont toujours d'actualité.

L'homme sans société, est soit Dieu, soit fauve, disait Aristote. Mais pour le droit, même pour celui des droits de l'homme dans leur conception moderne, l'homme forcé de vivre isolé se trouve dans sa condition humaine. Or, cette condition de l'homme, qui est légitimée de nos jours par le temple même des droits de l'homme en Europe, avait été dénoncée par nos ancêtres depuis la fin de la première moitié du XIX^e siècle comme une illégalité manifeste de la peine privative de liberté et comme une forme de torture.

¹⁵¹⁷ Voir entre autres exemples de jurisprudence précédente en cette matière : TA Paris 23 mars 1995, *Menenger* ; CE 28 févr., 1996, *Fauqueux* ; TA Limoges 30 avril 1998, *Morales* ; TA Toulouse 11 août 1998, *Yvert*.

¹⁵¹⁸ CE, 30 juillet 2003, *Saïd Remli*.

¹⁵¹⁹ M. MAHOUACHI, « Le contrôle juridictionnel des mesures d'isolement administratif en milieu pénitencier », *Petites Affiches*, 12 juin 2003, n° 117, pp. 15-21.

¹⁵²⁰ Voir aussi la décision *Atxurra Egurrola*, TA Rouen, 21 déc. 2005, qui a également relevé un autre défaut dans la motivation : la seule référence à l'inscription de l'intéressé au registre des D.P.S.

Dès 1840, l'isolement a été critiqué comme être une atteinte à la légalité des peines et un châtement corporel. De la Rochefoucault-Liancourt écrivait en cette même année : « Voilà jusqu'où s'est portée l'aberration de l'esprit humain ; que lorsqu'un homme arrive sans autre condamnation que l'emprisonnement fixé par un arrêt, on lui inflige sur le champ un autre châtement¹⁵²¹ », de surcroît arbitraire, car laissé au pouvoir discrétionnaire des directeurs des prisons¹⁵²². Plus encore que comme un châtement arbitraire, il le condamnait comme « un châtement corporel »¹⁵²³, voire comme une torture : « Il est curieux de voir quelle gradation on a suivie pour parvenir à appliquer dans ce qu'on peut appeler l'usage ordinaire, ce tourment affreux d'isolement¹⁵²⁴ ». Aussi, il récusait toute justification : « Je ne puis approuver le système qui les produit. Je crois qu'il est des principes éternels d'humanité, et pour ainsi dire fondamentaux, auxquels la justice criminelle ne doit pas manquer. Il n'est pas permis d'user, dans quelque bonne intention que ce soit, de moyens qui sont criminels devant Dieu ou envers le prochain¹⁵²⁵. » Des auteurs grecs avaient également dénoncé l'isolement dès le XIX^e siècle. En plus d'être contraire à la nature humaine et à la légalité des peines, ils estimaient qu'il était contraire au but d'amendement des détenus¹⁵²⁶. Un procureur près la Cour d'appel (chargé d'assurer le contrôle du fonctionnement des prisons) fait partie de ceux qui ont émis les critiques les plus virulentes : « L'Etat doit avoir honte d'aggraver la peine légale de privation de liberté avec la perte par l'homme de sa dignité, de sa propriété, de sa santé et de son humanité que le détenu n'a pas perdu par sa peine, et qu'il ne doit pas la perdre pour que les gouvernants dorment tranquillement. S'ils ne murent pas les portes des prisons, ils y introduisent la mort et l'indifférence ce qui n'est pas moins tyrannique¹⁵²⁷ ». Ces critiques sont, non seulement, toujours valables, mais leur pertinence est renforcée par des recherches médicales et socio-psychologiques.

Des études médicales menées au cours du siècle qui vient de s'achever ont qualifié l'isolement carcéral de « torture blanche ». En effet telle est la position de la Commission médicale de la section française d'Amnesty internationale : « A côté de la torture dure brutale, il y a d'autres formes de contraintes plus insidieuses, plus hypocrites mais non moins capables de réduire un opposant, d'aneantir sa volonté. C'est le cas par exemple de l'isolement. Il se pratique de plus en plus dans les régimes de terreur car il permet de détruire rapidement la personnalité sans trop laisser de traces... Il y a des hommes qui traitent d'autres hommes comme on ne traite pas les chiens. Pour leur faire peur. Pour les aneantir, les disqualifier, les annuler, les réduire. Pour déshumaniser ce qu'il y a

¹⁵²¹ DE LA ROCHEFOUCAULT-LIANCOURT, *Examen de la théorie et de la pratique du système pénitentiaire*, Paris, 1840, p. 159.

¹⁵²² Car il constata à son époque, que, alors que l'isolement était limité à 15 jours par la loi, dans la pratique, les directeurs le prolongeaient de leur propre initiative, « non seulement des mois entiers, mais jusqu'à une année », et qu'il « n'était interrompu que par des sorties dérisoires d'une heure à peine », *Ibid.*, p. 243.

¹⁵²³ *Ibid.*, p. 211.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 157.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, pp. 458-459.

¹⁵²⁶ D. VORRES, « Du meilleur système pénitentiaire pour la Grèce », in *Parnassos*, 1883, t.Z, pp. 25-41.

¹⁵²⁷ Propos publiés dans le journal *Parnassos*, de 1890, et rapportés par A. OIKONOMOU, *Trois hommes*, t.1, Athènes, 1950, p. 209.

d'humain dans les opposants. Il faut dénoncer cette torture sans coup et sans trace mais qui détruit, comme l'autre¹⁵²⁸ ».

Dans l'affaire *Ensslin, Baader et Raspe*¹⁵²⁹, la Commission avait cité les avis des médecins qui avaient suivi les requérants durant leur isolement. Ceux-ci avaient établi que selon « la littérature pénologique et psychologique internationale... l'isolement peut à lui seul affecter gravement la constitution physique et psychique », et que les troubles pouvant être décelés sont les suivants : « apathie chronique, fatigue, fragilité émotionnelle, troubles de la concentration, diminution des facultés mentales, troubles du système neurovégétatif... » Mais ils soulignaient aussi qu'il n'existe pas, dans la littérature, d'examen portant sur des situations comparables à celle des requérants qui auraient permis de mieux apprécier les effets d'ordre psychiatriques : « Du point de vue de la médecine interne, certaines analogies peuvent être trouvées dans les études sur des personnes âgées et isolées, de personnes maintenues artificiellement en vie dans des unités de soins intensifs, et de détenus de longue durée¹⁵³⁰ ».

Des études pluridisciplinaires, très officielles, pour avoir été menées au sein du ministère de la Justice française afin d'établir les causes de sur-suicide en prison, ont établi que les régimes spéciaux, en l'occurrence les quartiers disciplinaires, sont plus pathogènes que les régimes ordinaires de la détention. Le taux de suicide y est sept fois supérieur au reste de la détention¹⁵³¹.

La nature de ces critiques n'est pas sans appeler un nombre d'interrogations de compatibilité de l'isolement également avec des principes d'éthique médicale de nos sociétés démocratiques.

Si les autorités judiciaires ou exécutives, en infligeant l'isolement carcéral, ont pris soin de la justifier par des fins répressives, la déontologie médicale interdit catégoriquement la souffrance non rendue nécessaire par des fins thérapeutiques. La règle fondamentale du serment d'Hippocrate est bien celle de *primum non nocere* selon laquelle, si un médecin ne peut pas améliorer la santé de ses patients, il doit au moins veiller à ne pas la détériorer.

Rappelons qu'en Amérique où la question du rôle des médecins se pose à propos de leur participation à la peine de mort, ceux qui portent leur concours à son exécution se défendent en invoquant la légalité et la moralité de cette peine. Cependant l'*Association médicale américaine* a

¹⁵²⁸ F. JACOB, *Cahiers de la Commission médicale* n° 4, AI/SF, juil. 1985, p. 90, cité par la Commission médicale de la section française d'Amnesty internationale, *Médecins tortionnaires, médecins résistants*, éd. La Découverte, Paris, 1990, p. 61.

¹⁵²⁹ D 7572/76, 7586/76, 7587/76 (Ensslin, Baader, Raspe/RFA), préc.

¹⁵³⁰ D 7572/76, 7586/76, 7587/76 (Ensslin, Baader, Raspe/RFA), préc., p. 72.

¹⁵³¹ *La prévention du suicide en milieu pénitentiaire*, Rapport, Ministère de la Justice, 1996.

dénoncé cette participation comme non éthique, estimant qu'elle viole le principe éthique le plus fondamental des médecins, celui de *primum non nocere*¹⁵³².

Or, des interrogations similaires à propos de leur rôle dans l'isolement et les régimes de sécurité renforcée peuvent être soulevées. Rappelons que des médecins, invités à témoigner devant la Commission, ont reconnu que l'isolement détruit peu à peu la santé de la personne¹⁵³³. D'autres le qualifient de « torture blanche »¹⁵³⁴. Dès lors, l'office qu'ils rendent à l'institution de la prison va manifestement à l'encontre de leur serment, car il est clair qu'ils assistent à l'observation de la détérioration progressive de la santé d'un homme permettant aux autorités pénitentiaires, par les rapports qu'ils rédigent sur l'état de santé, de continuer à lui appliquer ce traitement tant que sa vie n'est pas mise en danger.

Malgré la multitude et la gravité des critiques, le seul texte émanant d'une instance internationale chargée de la protection des droits de l'homme où figurent des propos condamnant l'isolement, dans son principe même, est le Rapport du Conseil économique et social des Nations-Unies sur la détention, voté le 29 août 1988. Il mentionne les conclusions d'un groupe de travail selon lequel l'isolement est bien une forme de punition cruelle, inhumaine et dégradante ne serait-ce que du fait que le détenu est isolé dans un espace réduit et empêché pendant longtemps de communiquer avec toute autre personne que ses gardiens ce qui comporte le risque de contracter un sentiment d'insécurité ou des troubles mentaux permanents¹⁵³⁵. De surcroît, « plusieurs membres du groupe de travail ont fait valoir qu'il constitue une forme aggravée d'emprisonnement et qu'il sert souvent à punir les détenus ou les personnes purgeant une peine de prison ».

En Europe, rien de tel encore. Si le CPT partage, plus encore que le Comité des Ministres et la Cour, ces mêmes inquiétudes, il ne va pas jusqu'à demander sa suppression au nom de la dignité. En revanche, la remarque du CPT dans son rapport (1997) adressé à l'Italie, permet d'entrevoir son interrogation sur la compatibilité de l'isolement avec la légalité de la peine : « A cet égard, le principe général selon lequel une personne est envoyée en prison à titre de sanction et que cette sanction doit être limitée à la privation de liberté, peut utilement être rappelé », a-t-il souligné¹⁵³⁶. Enfin, nous pouvons entrevoir une lueur d'espoir dans l'arrêt *Sanchez Ramirez* de la Grande

¹⁵³² American Association for the Advancement of Science, *The Breaking of Bodies and Minds*, préc., p. 10.

¹⁵³³ D 7572/76, 7586/76, 7587/76 (Ensslin, Baader, Raspe/RFA), préc. ; R 8463/78 (Möller et Kröcher/Suisse), préc.

¹⁵³⁴ F. JACOB, *Cahiers de la Commission médicale*, préc., p. 61.

¹⁵³⁵ « L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus : question des droits de l'homme dans le cas de personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement », ONU, *Rapport du groupe de travail sur la détention*, E/CN. 4/Sub. 2/1988/28, 29 août 1988, § 34.

¹⁵³⁶ CPT/Inf(97)12, *Rapport de visite*, Italie, préc., § 194.

chambre de la Cour dans lequel elle a suggéré aux Etats de trouver des solutions alternatives au régime d'isolement pour des détenus considérés comme dangereux¹⁵³⁷.

En revanche, l'évolution des organes du Conseil de l'Europe est plus marquée concernant la question de la capacité de certaines personnes à subir une détention même de régime ordinaire.

SECTION 4. LES QUESTIONS DE LA CAPACITE A SUBIR UNE DETENTION

S'assurer de la capacité d'une personne à subir une détention implique, pour la Cour, d'aller au-delà du contrôle des conditions d'exécution de la peine privative de liberté. C'est entrer dans la sphère des modalités d'application des peines, et donc dans celle de la politique pénale. Ce qui constitue pour elle la frontière de son pouvoir de contrôle sur le pouvoir punitif des Etats. Devant des situations où la santé et même l'intégrité physique se détérioraient par le séjour en prison, la jurisprudence européenne ne mettait pas en cause le maintien en détention de la personne. Dans de tels cas, elle se pliait aux considérations humanitaires en invitant les Etats de faire preuve d'humanité dans leur justice¹⁵³⁸.

C'est devant l'élaboration de normes en matière pénitentiaire des deux autres organes du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres et le CPT, et devant le poids grandissant de ce dernier, que la jurisprudence de la Commission, et ensuite de la Cour, a progressivement évolué. En effet, c'est depuis 1993 que le CPT a reconnu l'existence d'une catégorie de personnes qui seraient inaptes à la détention, à tout le moins à la détention « ordinaire » ou « continue¹⁵³⁹ ». Le Comité des Ministres a également reconnu l'existence d'une telle catégorie dans sa Recommandation de 1998¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁷ « Il serait également souhaitable que des solutions alternatives à la mise à l'isolement soient recherchées pour les individus considérés comme dangereux et pour lesquels une détention dans une prison ordinaire et dans des conditions normales est considérée comme inappropriée », CEDH, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], préc., § 146.

¹⁵³⁸ R 9044/80, (*Chartier c. Italie*), 8.12.1982, D.R. 33, p. 48, § 53 ; D 7994/77, (*Kotalla c. Pays-Bas*), 6.5.1978, D.R. 14, p. 238 ; D 21221/93 (*L.J. c. Finlande*), 28.6.1995.

¹⁵³⁹ *iv. Incapacité à la détention* : « Des exemples typiques sont ceux de détenus qui présentent un *pronostic fatal à court terme*, ceux qui souffrent d'une *affection grave* dont le traitement ne peut être conduit correctement dans les conditions de la détention ainsi que ceux qui sont *sévèrement handicapés* ou d'un *grand âge*. La détention continue de telles personnes en milieu pénitentiaire peut créer une situation humainement intolérable. Dans des cas de ce genre, il appartient au médecin pénitentiaire d'établir un rapport à l'intention de l'autorité compétente, afin que les dispositions qui s'imposent soient prises. », CPT/Inf (93), *3e Rapport général d'activités du CPT*, préc., § 70.

¹⁵⁴⁰ « C. Personnes inaptes à la détention continue: handicap physique grave, grand âge, pronostic fatal à court terme : 50. Les détenus souffrant de handicaps physiques graves et ceux qui sont très âgés devraient pouvoir mener une vie aussi normale que possible et ne pas être séparés du reste de la population carcérale. Les modifications structurelles nécessaires devraient être entreprises dans les locaux pour faciliter les déplacements et les activités des personnes en fauteuil roulant et des autres handicapés, comme cela se pratique à l'extérieur de la prison », *Recommandation n° (98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, Comité des ministres, 8 avril 1998.

C'est cette même année 1998, que la Commission a reconnu pour la première fois, l'incompatibilité de la détention d'une personne malade mentale dans une prison ordinaire alors qu'elle devrait être détenue dans un lieu hospitalier adapté aux besoins spécifiques de soins. Nous citons l'affaire *Aerts*¹⁵⁴¹. Toutefois la Cour n'avait pas suivi la Commission estimant que cette personne n'avait pas apporté la preuve des effets¹⁵⁴² néfastes, de surcroît graves, dus à cette défaillance¹⁵⁴³.

C'est seulement en 2001, que la Cour allait franchir la frontière de son contrôle devant le pouvoir des Etats. Il s'agissait de la détention d'une personne gravement handicapée dans des conditions de détention inadaptées à ses besoins. En condamnant l'Etat en cause, le Royaume-Uni, pour une détention dans des conditions inappropriées, et d'après les preuves recueillies, inadaptées, en recommandant aux autorités judiciaires et autres, de s'assurer avant le prononcé d'une peine ou de sa mise à exécution, de la possibilité pour une personne d'être détenue dans des conditions adaptées aux besoins spécifiques de son état de santé ou de son handicap, elle signifiait qu'ils doivent éviter de mettre en détention une telle personne ou d'y mettre fin¹⁵⁴⁴.

Pour autant la Cour n'érige pas encore aujourd'hui l'obligation générale de libérer un détenu, y compris gravement malade et souffrant d'une maladie difficile à soigner. Elle demande seulement d'examiner chaque cas concret et de trouver des solutions adéquates. Toutefois, dans certains cas, une telle solution peut être la seule adaptée, puisqu'elle accorde beaucoup d'importance à l'existence d'une telle possibilité dans les droits internes, ainsi qu'à l'existence de garanties efficaces pour pouvoir effectivement en bénéficier¹⁵⁴⁵.

Quant à la catégorie de personnes dont la détention est susceptible de soulever une question d'incapacité à la détention, elle réitère depuis 2002 que « l'état de santé physique¹⁵⁴⁶ », ou « tableau clinique¹⁵⁴⁷ », « l'état de santé mentale¹⁵⁴⁸ », l'âge avancé¹⁵⁴⁹, et un « lourd handicap physique¹⁵⁵⁰ », « constituent désormais des situations pour lesquelles la question de la capacité à la détention est

¹⁵⁴¹ CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc.

¹⁵⁴² Tout en reconnaissant qu'il « est déraisonnable d'attendre d'une personne se trouvant dans un état sérieux de déséquilibre mental qu'elle donne une description détaillée ou cohérente de ce qu'elle a souffert lors de sa détention », *Ibid.*, § 66.

¹⁵⁴³ *Ibid.*

¹⁵⁴⁴ « En l'espèce, rien ne prouve l'existence d'une véritable intention d'humilier ou de rabaisser la requérante. Toutefois, la Cour estime que la détention d'une personne gravement handicapée dans des conditions où elle souffre dangereusement du froid, risque d'avoir des lésions cutanées en raison de la dureté ou de l'inaccessibilité de son lit, et ne peut que très difficilement aller aux toilettes ou se laver constitue un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. Dès lors, elle conclut à la violation de cette disposition en l'espèce », CEDH, *Price c. R.U.*, préc., § 30.

¹⁵⁴⁵ CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 82 ; CEDH, *Gelfmann c. France*, n° 25875/03, § 59, préc.

¹⁵⁴⁶ CEDH, *Mouisel c. France*, préc. ; CEDH, *Matencio c. France*, préc. ; CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc.

¹⁵⁴⁷ CEDH, *Balyemez*, préc., § 86 ; CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc., § 72.

¹⁵⁴⁸ CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc. ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc.

¹⁵⁴⁹ CEDH, *Papon c. France*, (déc.), préc.

¹⁵⁵⁰ CEDH, *Price c. R.U.*, préc.

aujourd'hui posée au regard de l'article 3 de la Convention et au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe »¹⁵⁵¹. Ces personnes sont en situation vulnérable et leur détention peut alors constituer pour elles une situation de souffrance supérieure à celle inhérente à la détention ressentie par tout détenu. Or, cette vulnérabilité peut mettre en cause non seulement la détention dans des conditions ordinaires mais aussi la détention en elle-même.

Cette catégorie de personnes vulnérables retenue par la Cour est amenée à être élargie, puisque, eu égard aux normes du CPT, des Recommandations du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, ainsi qu'aux exemples de droit comparé, en l'occurrence le droit grec et français, la question d'incompatibilité avec la détention peut également concerner les mineurs et les femmes enceintes. Enfin, il est implicitement reconnu, par des recommandations du Conseil de l'Europe, par la jurisprudence de la Cour, ainsi que par des dispositions de droits nationaux qui visent à limiter le temps passé en détention, que la durée peut rendre la peine inhumaine, alors même qu'elle s'exécute dans des conditions ordinaires et s'applique à des détenus en état de santé et de condition physique ordinaires.

En ce qui concerne précisément la question de la compatibilité de l'état de santé avec la détention, du fait qu'elle se pose également dans le cadre plus précis des obligations en matière de soins assurés aux détenus, elle sera examinée en détail dans la section suivante consacrée à cette question. Nous nous limiterons ici à l'examen des garanties européennes et nationales concernant la détention des personnes vulnérables, soit en raison de leur état physique (§ 1), soit de leur âge (§ 2), ainsi qu'à l'examen des garanties concernant les longues peines (§ 3).

§ 1. Les questions fondées sur les états physiques

La question d'incompatibilité entre le handicap, et autres états de dépendance physique, et la détention a été la première à faire l'unanimité au sein du Conseil de l'Europe (A). Une autre condition physique, la grossesse doit également être reconnue comme soulevant la même question. Cela est recommandé par le CPT et l'Assemblée parlementaire au niveau européen, et déjà appliqué en droit grec (B).

¹⁵⁵¹ CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 76 ; CEDH, *Moussel c. France*, préc., § 38. La Cour renvoie à ce propos à la Recommandation du Comité des Ministres, R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire.

A. Handicap physique et de dépendance physique en général

Architecturalement parlant, les prisons n'ont pas été conçues pour accueillir des personnes handicapées physiques ou dépendantes. Toutefois, de telles personnes n'ont jamais été épargnées pour la mise en détention.

Toutefois, depuis l'application de la Convention, et en particulier de l'article 3, les Etats ont, au moins, l'obligation d'assumer des conditions de détention conformes au respect de la dignité. En effet, pour les personnes souffrant de handicap physique et de dépendance en général, la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas leur mise en liberté. Elle exige cependant l'adaptation des conditions de détention aux besoins spécifiques de la nature de chaque handicap afin de garantir aux personnes concernées l'autonomie de circulation et, en général, la possibilité de suivre la « vie normale » de la détention. C'est en cas de manquement à cette obligation, en raison de l'impossibilité d'assurer cette capacité, que la Cour estime que l'obligation qui pèse aux Etats de garantir la santé mais aussi le bien-être des personnes détenues, peut impliquer de mettre fin à leur détention ou d'éviter leur incarcération. Leur détention peut constituer un traitement dégradant. L'appréciation de la gravité de la détention d'une personne handicapée dépend d'une part, de la nature et du degré de la dépendance et d'autre part, de l'adaptation et de l'adaptabilité des conditions de détention aux besoins spécifiques de chaque handicap.

Ainsi, la dépendance en raison de l'affaiblissement des capacités physiques et intellectuelles due au grand âge, impose certes l'obligation d'adapter les conditions de détention mais pas de libérer la personne¹⁵⁵². Il en est de même d'une incapacité partielle permettant à la personne de disposer d'une certaine autonomie pour s'occuper des gestes quotidiens de la vie en détention. Ainsi, dans l'affaire *Matencio*, la Cour a souligné que contrairement à Mme Price (arrêt précité) qui était handicapée des quatre membres, « le requérant jouissait d'une autonomie » qui lui permettait de « s'occuper des gestes quotidiens de la vie, de son hygiène, de son alimentation, mais surtout de pouvoir lire et écrire ce qui paraît pour lui d'une importance capitale¹⁵⁵³ ». Devant de telles situations, l'obligation qui incombe aux Etats est d'aménager les conditions au besoin, de transférer la personne dans une prison offrant des conditions adaptées. C'est dans ce sens que la Cour a jugé dans l'affaire *Mathew*. Cette personne, souffrant de problèmes de dos, était détenue dans une cellule au deuxième étage sans ascenseur rendant pénibles ses déplacements à la cour de promenade qui se trouvait au rez-de-chaussée, ce qui l'avait souvent conduit à renoncer à s'y rendre. La Cour a conclu que les autorités pénitentiaires auraient dû faire des efforts pour trouver un lieu de détention ordinaire

¹⁵⁵² Comme nous le verrons, ci-après, la Cour ne considère pas que l'âge en soi constitue un critère d'incompatibilité avec la détention., à moins d'être accompagné de problèmes de santé ou de handicap graves, Voir notamment l'affaire *Papon c. France* (n° 1), précitée.

¹⁵⁵³ CEDH, *Matencio c. France*, préc.

approprié à son état physique¹⁵⁵⁴. Il en a été de même dans l'affaire *Vincent* qui concernait la détention d'une personne paraplégique. La Cour a pris en compte le fait que ce détenu « a conservé une mobilité normale des membres supérieurs et est autonome ». Aussi, n'a-t-elle condamné que les conditions de détention dans une des prisons où il avait été affecté, la centrale de Fresnes. Bien qu'il ait disposé d'un fauteuil roulant, la configuration de la cellule dans cette prison ne lui permettait pas d'être autonome pour y entrer et en sortir sans l'aide d'une tierce personne¹⁵⁵⁵. De surcroît, lorsque son fauteuil est tombé en panne durant cinq jours, il a dû ramper pour se déplacer y compris pour aller jusqu'aux toilettes. Un fauteuil de remplacement lui avait été donné mais son état vétuste le rendait inutilisable. La Cour a conclu « que la détention d'une personne handicapée dans un établissement où elle ne peut se déplacer, et en particulier quitter sa cellule, par ses propres moyens constitue un 'traitement dégradant' au sens de l'article 3 de la Convention¹⁵⁵⁶ ». Par contre, la Cour n'a pas mis en cause son maintien en détention, qui était en cours lors du prononcé de l'arrêt. Cette personne a, entre temps, été transférée dans une prison qui offrait, selon la Cour, un cadre adapté à ses besoins¹⁵⁵⁷.

En revanche, lorsque la non adaptation des conditions de détention est due au refus de l'intéressé de les accepter, y compris un transfert, la Cour dispense les Etats de leur responsabilité au titre de l'article 3 de la Convention. Cette instance a statué ainsi dans l'affaire *Matencio*. Le requérant avait refusé un transfert proposé pour une prise en charge médicale complète et adaptée à son état de santé nécessitant des séances de kinésithérapie fréquentes¹⁵⁵⁸ à l'hôpital pénitentiaire de Fresnes.

C'est seulement dans l'affaire *Price* et l'affaire *Farbtuhs* que la Cour a condamné le maintien même en détention. Dans la première, la personne était totalement privée d'autonomie. Paralysée des quatre membres, elle n'était pas autonome pour les gestes de la vie quotidienne : à savoir s'alimenter, se laver, se lever de son lit et pour dormir allongé. Au point que, alors qu'elle

¹⁵⁵⁴ « Il y a eu une violation de l'article 3 de la Convention du fait que le demandeur a été gardé au régime cellulaire pendant une période excessive et inutilement prolongée, qu'il a été gardé pendant au moins sept mois dans une cellule qui n'offrait pas la protection adéquate contre le temps et le climat ; de surcroît, il a été détenu dans un lieu d'où il ne pourrait pas accéder à l'extérieur, à l'air frais qu'au prix d'une souffrance physique inutile et évitable », *Mathew c. Pays-Bas*, n° 24919/03, CEDH 2005-IX, § 217.

¹⁵⁵⁵ « La Cour constate que requérant et Gouvernement s'accordent sur le fait que la maison d'arrêt de Fresnes, établissement fort ancien, est particulièrement inadaptée à la détention de personnes handicapées physiques, tel le requérant qui ne peut se déplacer qu'en fauteuil roulant. Si des cellules ont été aménagées au plan du mobilier et des sanitaires, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce le requérant ne pouvait ni quitter sa cellule, ni se déplacer dans l'établissement par ses propres moyens », *Vincent c. France*, n° 6253/03, § 103, CEDH 2006-X.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, § 103.

¹⁵⁵⁷ Dans la nouvelle prison (de Villepinte), le requérant était hébergé dans une cellule aménagée pour les handicapés, équipée d'une douche. Il avait la possibilité d'accéder à la salle de sport, mais n'en avait pas encore fait la demande au 25 avril 2006, à la promenade, au culte, aux parloirs et aux ateliers. La bibliothèque n'était pas directement accessible, mais un fond d'une centaine d'ouvrages, régulièrement renouvelé, était accessible dans l'unité où il se trouvait et en outre, la bibliothécaire pourrait lui apporter les livres demandés.

¹⁵⁵⁸ CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 89.

avait été détenue dans le service médical de la prison qui disposait d'un certain confort¹⁵⁵⁹ et n'y était restée que trois jours et deux nuits (elle avait été condamnée à sept jours pour outrage à magistrat lors d'un procès civil), la Cour a qualifié cette détention de traitement *dégradant*¹⁵⁶⁰. Le seul milieu adapté à sa situation étant alors un site hospitalier lui assurant des conditions matérielles et une présence humaine permanente. En effet, le registre de garde à vue et le dossier médical de l'époque, indiquent que la police et l'administration pénitentiaire n'étaient pas en mesure de répondre convenablement aux besoins particuliers de la requérante. Toutefois, une hospitalisation ne pouvait avoir lieu du fait que la personne ne souffrait d'aucune maladie particulière.

Dans l'affaire *Farbtuhs*, la Cour a également estimé que le maintien en détention de la personne a constitué un traitement inhumain ou dégradant. La personne concernée présentait plusieurs problèmes susceptibles de rendre sa détention inhumaine ou dégradante. Outre son grand âge - 84 ans -, elle était paraplégique et invalide à tel point qu'elle « ne pouvait pas accomplir la plupart des actes élémentaires de la vie quotidienne sans l'aide d'autrui »¹⁵⁶¹. Or, d'après les autorités, il n'était pas possible d'aménager les conditions de détention qu'elles soient matérielles, techniques ou humaines, si bien que le directeur même de la prison a demandé sa mise en liberté conditionnelle. C'est l'ensemble de ces considérations qui ont amené la Cour à conclure : « La situation dans laquelle il était placé ne pouvait que créer, chez lui, des sentiments constants d'angoisse, d'infériorité et d'humiliation suffisamment forts pour constituer un 'traitement dégradant', au sens de l'article 3 de la Convention¹⁵⁶² ».

A l'occasion de l'affaire *Farbtuhs*, la Cour a clairement dégagé une garantie supplémentaire préventive : « Lorsque les autorités nationales décident de placer et de maintenir une telle personne en prison, elles doivent veiller avec une rigueur particulière à ce que les conditions de sa détention répondent aux besoins spécifiques découlant de son infirmité »¹⁵⁶³. La détention d'une telle personne ne peut que constituer « une peine particulièrement dure », comme c'était le cas, d'après la Cour, dans l'affaire *Price*¹⁵⁶⁴.

En général, le handicap, à moins d'entraîner une privation totale d'autonomie, ne risque de rendre le maintien même en détention de la personne concernée contraire à l'article 3 de la

¹⁵⁵⁹ Sa cellule avait une porte plus large permettant le passage d'un fauteuil roulant, des poignées dans le coin des toilettes et un lit médical hydraulique.

¹⁵⁶⁰ CEDH, *Price c. R.U.*, préc., § 30.

¹⁵⁶¹ En particulier, ce détenu était incapable de se lever, de s'asseoir, de se déplacer, de s'habiller ou de faire sa toilette lui-même. Qui plus est, lors de son incarcération, il était déjà atteint de toute une série de maladies graves dont la plupart étaient chroniques et incurables, CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, n° 4672/02, CEDH, 2004-XII, § 56.

¹⁵⁶² CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 61.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, § 56.

¹⁵⁶⁴ CEDH, *Price c. R.U.* préc., § 25.

Convention que lorsqu'il est combiné à d'autres problèmes, comme le grand âge ou un état de santé très dégradé.

Le *droit français* ne prévoit pas cette dernière possibilité. La suspension de la peine, adoptée depuis 2002, est réservée aux personnes gravement malades ou en fin de vie¹⁵⁶⁵. Pour des personnes handicapées, seuls des aménagements de conditions de détention sont prévus. Mais vu l'ampleur des problèmes de dépendance physique dans les prisons françaises, ces aménagements sont largement insuffisants.

Le handicap dans les prisons françaises est, d'après l'INSEE, trois fois supérieur à celui à l'extérieur¹⁵⁶⁶. Précisément, plus de trois personnes détenues sur cinq rencontrent dans leur vie quotidienne des difficultés, contre une personne sur quatre dans le reste de la population : 39,42 % souffrent d'une incapacité au sens des difficultés ou de l'impossibilité de réaliser des actes de la vie quotidienne (se vêtir, se laver...) et 6,1 % souffrent d'un cumul de difficultés (au moins de quatre difficultés) contre 8 à l'extérieur. Enfin, un sur dix a besoin d'aide humaine ou matérielle¹⁵⁶⁷.

Cette situation s'explique, d'une part en raison du recours croissant à l'emprisonnement. Selon une étude menée en 2003 auprès des entrants en détention, plus de 5 000 personnes étaient atteintes de handicap au moment de leur incarcération (soit plus de 6 % des entrants)¹⁵⁶⁸. D'autre part, ces problèmes sont accentués en raison de l'allongement des peines. Cela entraîne, outre une présence plus longue des personnes ayant un handicap avant leur incarcération, l'augmentation de celles qui développent de tels handicaps pendant la détention aussi bien par l'impact des conditions de détention que par la vieillesse¹⁵⁶⁹. De ce fait, le nombre des détenus âgés de plus de soixante ans est en constante augmentation depuis 1990¹⁵⁷⁰.

Or, non seulement la France ne prévoit rien pour éviter l'incarcération des personnes handicapées ou très âgées, mais en plus elle ne dispose pas d'infrastructure adaptée à leurs besoins.

¹⁵⁶⁵ Voir ci-dessous, la capacité à la détention des personnes malades.

¹⁵⁶⁶ « A structure par âge et sexe comparable, la proportion des détenus ayant une difficulté physique ou mentale est trois fois supérieure en prison que dans le reste de la population », INSEE, « Le handicap et plus fréquent en prison qu'à l'extérieur », *INSEE Première*, n°854, juin 2002.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*

¹⁵⁶⁸ Précisément 2,4 % sont titulaires d'une allocation pour adulte handicapé (AAH) ; 3,3 % sont invalides ; 3,8 % bénéficient d'une exonération du ticket modérateur au titre d'une affection de longue durée (ALD).

¹⁵⁶⁹ L'accueil en détention des personnes dépendantes, âgées ou handicapées « concerne un nombre croissant de personnes détenues (vieillesse de la population pénale, allongement des peines privatives de liberté, impact des conditions de vie en détention) » CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, Rapport d'Etude, Janvier, 2006, § 12.

¹⁵⁷⁰ Concernant la présence en prison des personnes âgées de plus de 60 ans, l'Académie de Médecine notait dans son rapport de décembre 2003 qu'il s'agit d'« une situation d'autant plus préoccupante que le nombre de détenus âgés de plus de soixante ans est en constante augmentation : en avril 2005, ils représentaient 3,5 % de la population incarcérée, contre 1 % en 1990 », Rapport cité dans : CCNE, *La santé et la médecine en prison*, Avis n° 94 (2006).

Si depuis 1994, le *Guide méthodologique relatif à la prise en charge sanitaire des personnes détenues (1994)* recommande aux pouvoirs publics à ce que « ces personnes puissent bénéficier, lors de l'exécution de leur peine, de prestations et de conditions de détention adaptées à leur état », l'*Académie de médecine*, en 2003, le CCNE et la CCNDH en 2006, déplorent une situation grandement défailante : la plupart de ces personnes sont incarcérées dans des établissements inadaptés¹⁵⁷¹.

Le CCNE a constaté que les personnes handicapées sont confrontées en prison à trois grandes difficultés. *L'inaccessibilité des lieux*. Ce qui empêche le détenu handicapé de bénéficier des parties communes, comme les douches, les salles de travail, la bibliothèque, la cour-promenade (...) La plupart des prisons, archaïques, manquent totalement ou partiellement de barres d'accès et d'ascenseurs, de douches et de WC aménagés, de cellules individuelles suffisamment spacieuses pour recevoir un lit adapté et un fauteuil roulant. *Le manque total ou partiel d'aide technique*. Manque de lits adaptés, alèses, systèmes de levage, fauteuils roulants, etc. sont quasiment inexistantes. *L'absence d'aide qualifiée d'une tierce personne* pouvant aider les détenus handicapés dans les gestes et soins indispensables au quotidien. Cette aide est laissée à la bonne volonté des co-détenus, elle est donc ni régulière ni forcément qualifiée¹⁵⁷².

Les arrêts de la Cour dans les affaires *Matencio*¹⁵⁷³ et *Vincent*¹⁵⁷⁴, qui mettaient en cause ces conditions dans les prisons françaises, ont confirmé de tels manquements ainsi que leur gravité. Au point d'amener la Cour à conclure dans l'affaire *Vincent*, que les conditions de la détention pendant une partie de celle-ci ont constitué un traitement dégradant. Comme nous l'avons déjà précisé, ce requérant, condamné à dix ans de détention, souffrait au moment de son incarcération d'un handicap (il était paraplégique), qui s'est aggravé suite à une tentative de suicide dans la prison.¹⁵⁷⁵

La France, mise en cause devant la Cour, auparavant, pour des problèmes similaires, en 2001 dans l'affaire *Papon* (pour des problèmes de handicap lié au grand âge, plus de 90 ans), et en 2004, dans l'affaire *Matencio* (pour des problèmes de handicap lié à l'état de santé, en l'occurrence à une paraplégie), elle a pris l'engagement légal, en 2005, d'assurer l'accessibilité de tous les locaux de la détention aux personnes détenues handicapées. Le Décret du 18 mai 2006¹⁵⁷⁶ de mise en application

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ CEDH, *Matencio c. France*, préc.

¹⁵⁷⁴ CEDH, *Vincent c. France*, n° 6253/03, sect. II, CEDH 2006-X.

¹⁵⁷⁵ Il disposait d'un fauteuil roulant mais la configuration de la cellule dans une des prisons où il avait été affecté ne permettait pas d'être autonome pour sortir et y entrer sans l'aide d'autres personnes. De surcroît, lorsque son fauteuil a été tombé en panne, il a dû, pendant cinq jours, ramper pour se déplacer y compris pour aller jusqu'aux toilettes. Un fauteuil de remplacement lui avait été donné mais son état vétuste, le rendait inutilisable, *Ibid.*

¹⁵⁷⁶ *Décret n° 2006-555 du 17 mai 2006* relatif à l'accessibilité des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments d'habitation et modifiant le code de la construction et de l'habitation : « Les ministres intéressés et le ministre chargé de la construction fixent par arrêté conjoint les

de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées¹⁵⁷⁷, a expressément inclus les établissements pénitentiaires. Mais la seule solution matérielle nouvelle concerne l'obligation pour les nouveaux établissements à comporter « au moins une cellule aménagée »¹⁵⁷⁸. Ce qui est notoirement insuffisant.

En revanche, le droit français prévoit des allocations spéciales destinées à permettre aux personnes dépendantes de bénéficier d'une aide humaine et médicale qualifiée. Les personnes détenues en sont bénéficiaires comme les personnes à l'extérieur. En effet, celles-ci peuvent bénéficier outre de l'allocation pour adultes handicapés (AAH) (qui vise à remplacer le manque de ressources en raison d'un handicap invalidant à un taux supérieur à 80 %), de l'allocation compensatrice pour tierce personne (ACTP) ou, si le handicap est dû au grand âge (plus de 60 ans), de l'aide personnalisée à l'autonomie (APA)¹⁵⁷⁹. Ces deux dernières allocations sont cumulables avec l'allocation adultes handicapés et avec toute pension de vieillesse ou d'invalidité. Elles visent à permettre à ces deux catégories de personnes à pouvoir bénéficier d'une aide médicale et humaine, à condition qu'elles justifient de la nécessité de l'aide d'une tierce personne pour les actes essentiels de la vie.

Seulement, outre l'amputation de la AAH de 70 %¹⁵⁸⁰, ces aides ne permettent pas à tous les détenus de bénéficier d'une aide qualifiée. Il appartient au chef d'établissement de désigner le service d'aide à domicile chargé d'intervenir au sein de l'établissement et de fournir un titre d'accès en détention aux prestataires de services. Mais en pratique, l'allocation personnalisée d'autonomie bénéficie très rarement aux personnes détenues dépendantes. Celles-ci se font le plus souvent assister par un codétenu qui ne peut évidemment pas garantir une prise en charge de qualité. L'INSEE relevait, en 2002, que les besoins en aide matérielle ou humaine, multipliés par trois à l'intérieur de la prison, n'étaient couverts que pour une personne sur trois¹⁵⁸¹. Par ailleurs, la CNCDH note que ce système peut donner lieu à des formes de « racket déguisé »¹⁵⁸².

règles d'accessibilité applicables aux établissements recevant du public ou installations ouvertes au public suivants : a) Les établissements pénitentiaires » (art. R. 111-19-5 et R. 111-19-5 C. séc. soc.).

¹⁵⁷⁷ Cette loi vise à garantir l'accessibilité des établissements, installations et bâtiments recevant du public, à toute personne handicapée, que ce handicap soit physique, sensoriel, mental, psychique ou cognitif, à l'exercice des actes de la vie quotidienne et sociale.

¹⁵⁷⁸ CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc., § 12.

¹⁵⁷⁹ Circulaire n° 27, du 10 janvier 2005, relative à l'actualisation du guide méthodologique.

¹⁵⁸⁰ « A partir du premier jour du mois suivant une période de soixante jours révolus passés dans un établissement de santé, dans une maison d'accueil spécialisée, ou dans un établissement pénitentiaire, le montant de l'allocation aux adultes handicapés est réduit de manière que son bénéficiaire conserve 30 % du montant mensuel de ladite allocation. L'intéressé ne peut recevoir une allocation plus élevée que celle qu'il percevrait s'il n'était pas hospitalisé, placé dans une maison d'accueil spécialisée ou incarcéré ». Sauf si le détenu est marié et son conjoint est dans l'incapacité d'exercer une activité salariée ou s'il a au moins un enfant ou un ascendant à sa charge, (art. R.821-8 C. séc. soc.).

¹⁵⁸¹ INSEE, *Le handicap est plus fréquent en prison qu'à l'extérieur*, (2002), préc.

¹⁵⁸² CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006) préc., § 12.

Si le droit français souffre toujours de défaillances, le droit grec, lui, brille par l'absence totale de prise en considération des problèmes physiques des personnes détenues. Aucun texte juridique ne traite cette catégorie de détenus. Mais la question fondamentale est peut-être ailleurs que dans la prise en compte du handicap pour le rendre compatible la détention qui en souffre avec la détention. Outre l'image dégradante de la présence des personnes handicapées en prison, il est certain que, parce que ce lieu n'est pas conçu pour l'hébergement des personnes handicapées et ne peut pas être adapté à la spécificité de chaque type de handicap, à moins de revoir l'architecture de toutes les prisons en Europe, la détention leur inflige une souffrance supérieure à celle infligée aux détenus en bonne santé et autonomes. Aussi, la solution la plus cohérente avec le respect de la dignité de ces personnes, serait-elle d'adopter des sanctions alternatives à l'incarcération. A ce propos, la CNCDH a recommandé, en 2006, cette solution, et demandé sa mise en œuvre immédiate¹⁵⁸³.

Outre le handicap physique, la grossesse ainsi que la période post-natale peuvent aussi constituer des états physiques incompatibles avec la détention.

B. Femmes enceintes ou accompagnées de nourrissons

Au-delà d'un aménagement spécial des conditions générales de détention que commande la détention des femmes, notamment pour les questions d'hygiène (mise à disposition des produits hygiéniques et d'accès aux douches plus fréquentes), et de santé (accès à des gynécologues, à la pilule contraceptive, au dépistage de cancer¹⁵⁸⁴, l'état de grossesse, l'accouchement et la période post-natale, sont des états qui peuvent aller jusqu'à la mise en question de la compatibilité de ces états avec le maintien en détention.

Nul doute que l'état de ces femmes les placent dans des situations vulnérables tant du point de vue physique, que médical et psychique. Elles ont besoin de soins particuliers, de repos supplémentaire, d'un suivi diététique particulier mais aussi d'un cadre de vie sécurisé et serein tant pour elles que pour le bien-être de l'enfant.

¹⁵⁸³ La CNCDH recommande pour les personnes condamnées handicapées et/ou dépendantes le développement immédiat des mesures alternatives à l'incarcération et des aménagements de peine, CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc., § 13.

¹⁵⁸⁴ « 30. Le Comité souhaite aussi appeler l'attention sur un certain nombre de questions d'hygiène et de santé des femmes privées de leur liberté, dont les besoins diffèrent grandement de ceux des hommes.

31. Les besoins spécifiques d'hygiène des femmes doivent recevoir une réponse appropriée. Il importe particulièrement qu'elles aient accès, au moment voulu, à des installations sanitaires et des salles d'eau, qu'elles puissent, quand nécessaire, se changer en cas de menstrues et qu'elles disposent des produits d'hygiène nécessaires, tels que serviettes hygiéniques ou tampons. Le fait de ne pas pourvoir à ces besoins fondamentaux peut constituer en soi un traitement dégradant », CPT/Inf (2000)13, *10e rapport général d'activités du CPT*, du 1^{er} janvier au 31 décembre 1999, § 31.

Toutefois, concernant la question de la compatibilité de l'état de ces femmes avec la détention, seule la garantie de l'*accouchement hors la prison* fait l'unanimité. « Les enfants ne doivent pas naître en prison » souligne le CPT¹⁵⁸⁵. « Les détenues doivent être autorisées à accoucher hors de prison » confirment les Règles pénitentiaires européennes (art. 34.3). Le *droit français* prévoit également que « l'accouchement soit réalisé dans le service hospitalier approprié à leur état de santé¹⁵⁸⁶ ». A propos de l'hospitalisation des femmes lors de l'accouchement, rappelons que la Cour et le CPT ont précisé qu'elle doit avoir lieu dans le respect de la dignité, notamment sans menottes ni autres attaches. De telles pratiques « peuvent à l'évidence être assimilées à un traitement inhumain et dégradant », estime le CPT¹⁵⁸⁷. Ce qui a été reproché aux autorités françaises par cet organe européen, qui a parlé d'« un exemple flagrant d'un traitement inhumain et dégradant¹⁵⁸⁸ », ainsi que par le Commissaire européen aux droits de l'homme qui parle d'« ignoble pratique lors des accouchements¹⁵⁸⁹ ». Le droit français n'y a mis fin qu'en 2004, par une Circulaire qui prévoit que « les femmes détenues enceintes, ne doivent en aucun être menottées pendant l'accouchement, c'est-à-dire tant dans la salle de travail que pendant la période de travail elle-même¹⁵⁹⁰ ».

En ce qui concerne la *détention des femmes enceintes*, au sein du Conseil de l'Europe, seul le CPT prévoit une attention particulière mais limitée aux seuls besoins alimentaires¹⁵⁹¹. A ce propos, il est à souligner l'exemple du droit grec qui prévoit le sursis et la suspension de la peine durant les deux derniers mois de grossesse (art. 556 CPP).

Quant aux *conditions de détention en période post-natale*, tant les instances européennes que les droits nationaux prêtent une attention particulière. Le but est d'assurer le bien-être des enfants lorsque les mères sont autorisées à garder leurs enfants. Rappelons qu'en *France*, elles peuvent les garder jusqu'à dix-huit mois (D401 CPP), ou plus sur demande expresse de la mère (D 401-1 CPP), et en *Grèce* jusqu'à trois ans (art. 13§3 c. pénit.). Ces deux droits nationaux consacrent en effet quelques dispositions en cette matière. Le *droit français* parle de « conditions de détention appropriées¹⁵⁹² » et précise que des locaux spécialement aménagés et, en général, le séjour des

¹⁵⁸⁵ CPT/Inf (2000)13, *10e rapport général d'activités*, préc.

¹⁵⁸⁶ « Toutes dispositions doivent être prises par les médecins des structures visées aux articles D. 368 et D. 371, pour que les détenues enceintes bénéficient d'un suivi médical adapté et que leur l'accouchement soit réalisé dans le service hospitalier approprié à leur état de santé », (art. D400 CPP).

¹⁵⁸⁷ CPT/Inf (2000)13, *10e rapport général d'activités*, préc.

¹⁵⁸⁸ Dès 1991, il a recommandé à la France de prendre « immédiatement des mesures afin d'assurer que les détenues envoyées à l'hôpital pour accoucher ne soient pas attachées à leur lit », CPT/Inf (93)2, *Rapport de visite, France*, préc.

¹⁵⁸⁹ CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc., § 147.

¹⁵⁹⁰ Circulaire relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, AP 2004-07 CAB/18-11-2004.

¹⁵⁹¹ Notamment une alimentation de haute teneur en protéines, riche en fruits et légumes frais CPT/Inf (2000)13, *10e rapport général d'activités*, préc.

¹⁵⁹² « Les détenues enceintes et celles qui ont gardé leur enfant auprès d'elles, bénéficient de conditions de détention appropriées » (art. D 400-1 CPP).

enfants doivent être organisés en commun par le service pénitentiaire d'insertion et de probation, les services d'enfance et de famille et les titulaires de l'autorité parentale. Ces acteurs sont également chargés d'organiser les sorties de l'enfant à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire et de préparer sa séparation avec sa mère. Il est également prévu que, durant les six mois suivant son départ, l'enfant peut être admis à séjourner pour de courtes périodes auprès de sa mère (D401 CPP). *Le droit grec* prévoit également la nécessité de conditions adaptées mais sans autre précision (art. 13§3 C. pénit.).

Quant aux recommandations européennes, elles tendent à assurer un environnement de vie équilibré afin de garantir l'épanouissement normal de l'enfant. Les Règles pénitentiaires européennes, n°R(2006)2, traitent cette question dans l'article 36. Il y est recommandé que les enfants ne doivent pas être considérés comme des détenus, que des mesures spéciales doivent être prises pour disposer d'une crèche dotée d'un personnel qualifié et que, de manière générale, une infrastructure spéciale doit être réservée afin de protéger le bien-être de ces enfants en bas âge. L'Assemblée parlementaire recommande : la création de petites unités closes ou semi-closes flanquées de services sociaux où les enfants pourraient être pris en charge dans un milieu accueillant et qui tiendraient compte au mieux des intérêts de l'enfant, tout en assurant la sécurité publique ; la présence d'un personnel spécialisé en matière de puériculture ; et un droit de visite plus souple pour les pères¹⁵⁹³. Enfin le CPT, dans son 10^e Rapport général d'activités, va dans le même sens lorsqu'il plaide pour la création d'un « environnement centré sur l'enfant ». C'est-à-dire un environnement d'où sont exclus les signes manifestes de l'incarcération, comme les uniformes et le cliquetis des trousseaux de clés, et qui permet un développement moteur et cognitif normal, par la possibilité de jeux et d'exercices appropriés à l'intérieur de la prison. Mais il plaide aussi pour la garantie des sorties de l'enfant aussi souvent que possible soit par l'accueil dans leur famille, soit dans des crèches¹⁵⁹⁴.

Pour positives que soient ces recommandations, il nous paraît que la question de la détention des femmes enceintes et mères de jeunes enfants doit aller au-delà. Elle doit poser la question de la compatibilité de ces conditions des femmes enceintes et femmes-mères et des nourrissons, avec le cadre de la vie en détention indépendamment des conditions concrètes. Nul doute que les conditions ordinaires de détention affectent ces personnes plus que d'autres. Mais, même spécialement aménagée, une prison reste une prison tant par l'étroitesse de l'espace et les contraintes, que par l'ambiance générale stressante et opprimante. La question devient encore plus délicate et grave

¹⁵⁹³ « iv. à créer de petites unités closes ou semi-closes flanquées de services sociaux pour la poignée de mères qui doivent être maintenues en détention, unités où les enfants pourraient être pris en charge dans un milieu accueillant et qui tiendraient compte au mieux des intérêts de l'enfant, tout en assurant la sécurité publique ; v. à veiller à assurer un droit de visite plus souple pour les pères afin que l'enfant puisse passer un peu de temps avec ses parents ;

vi. à veiller à ce que le personnel ait une formation adéquate en matière de puériculture ».

¹⁵⁹⁴ CPT/Inf (2000)13, 10^e rapport général d'activités, préc., § 29.

concernant les enfants. Outre qu'ils deviennent prisonniers malgré eux, ils sont indiscutablement privés d'un cadre de vie épanouissant.

A ce propos, l'*Assemblée parlementaire* du Conseil de l'Europe a souligné les effets néfastes de l'incarcération des mères sur les bébés, notamment le retardement de leur développement en raison de l'accès limité à des stimuli variés¹⁵⁹⁵. Or, si nous sommes d'accord que c'est l'intérêt de l'enfant qui doit primer dans notre société, et que la prison est le dernier lieu pour leur épanouissement, les impératifs de la justice pénale et de la sécurité ne devraient-ils pas céder devant la primauté de leur intérêt ? Primauté qui va au-delà de la question du droit ou pas pour les mères de garder leurs enfants en prison, et de l'organisation du cadre de vie en prison, pour poser celle du droit des mères à accompagner leurs enfants en bas âge hors de la prison.

Car il faut admettre qu'il s'agit d'une maltraitance aussi bien de séparer les bébés de leur mère que de les laisser en prison : « D'une part, les prisons ne constituent manifestement pas un environnement approprié pour des bébés et de jeunes enfants, et que d'autre part, la séparation forcée des mères de leurs enfants en bas âge est hautement indésirable » reconnaît le CPT¹⁵⁹⁶. En effet, la séparation précoce des enfants de leur mère est une violence affective et source des perturbations de leur personnalité. D'après les experts consultés par le Parlement du Conseil de l'Europe, « une séparation précoce d'avec la mère engendre chez l'enfant des difficultés durables, dont une incapacité à s'attacher aux autres, une inadaptation affective et des troubles de la personnalité ».

Concernant ces questions, il est important de noter l'existence de certaines législations précurseurs, comme la législation grecque qui prévoit la possibilité pour les femmes d'éviter la prison aussi bien pendant leur grossesse qu'après l'accouchement. Elle prévoit précisément le sursis à l'exécution (art. 556 CPP) et la suspension de la peine (art. 557 §1 CPP), durant les deux derniers mois de grossesse et les trois premiers mois après l'accouchement. Ces mesures sont accordées par le tribunal correctionnel du lieu de détention (art. 559 CPP), sur demande de l'intéressée (art. 560 §1 CPP).

Au niveau européen, seule l'Assemblée parlementaire est allée dans ce sens et l'a même dépassé. Dans sa *Recommandation n°1469 (2000, Mères et bébés en prison)*, faite au Conseil de Ministres, mais malheureusement non suivie lors de la réforme des Règles pénitentiaires en 2006, elle préconise une série de mesures. Partant du constat « des effets néfastes de l'incarcération des mères sur les bébés », cette Assemblée recommande en premier lieu d'instaurer et d'appliquer aux mères des jeunes enfants comme aux femmes enceintes des peines communautaires et d'éviter leur

¹⁵⁹⁵ D'après les experts, « il est également reconnu que le développement des nourrissons est retardé par leur accès limité à des stimuli variés dans les établissements pénitentiaires clos », *Recommandation 1469 (2000)*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, adoptée le 30 juin 2000.

¹⁵⁹⁶ CPT/Inf (2000)13, *10e rapport général d'activités*, préc., § 28

détention¹⁵⁹⁷. Parmi ces peines, son texte mentionne des mesures de liberté surveillée, d'intérêt général et de réparation comme la médiation, la compensation des victimes ou des peines d'emprisonnement avec sursis à purger seulement en cas de récidive.

Certes, cette instance ne fait pas de ces recommandations un absolu. Elle concède que le recours à la prison peut avoir lieu en dernier ressort à savoir pour des « délits très graves et représentant un danger pour la société¹⁵⁹⁸ ». Cependant elle a le mérite indéniable de reconnaître que la question de la compatibilité de la détention se pose au-delà du moment de l'accouchement, à savoir avec l'état de grossesse et la période post-natale. Associé à des légalisations, certes marginales mais existantes, comme la législation grecque, elle montre qu'une évolution nationale et européenne devrait avoir lieu dans ce sens.

§ 2. Les questions fondées sur l'âge

L'âge aussi bien le grand âge (A) que la minorité (B) devraient également être pris en compte dans le système pénal et pénitentiaire. Chacune de ces deux catégories de personnes soulève des questions qui leur sont propres concernant l'intelligibilité et l'utilité de la peine privative de liberté exécutée en prison, et donc de la dignité de cette peine.

A. Grand âge

Rappelons que le code pénal français de 1810 exemptait les vieillards (de plus de 60 ans) des travaux forcés, la peine la plus pénible qui existait à ce moment. Cette peine était commuée en peine de réclusion ou de détention. Or actuellement, aucune limite d'âge n'est prévue à propos du prononcé et de la mise à exécution de la peine la plus lourde dans les systèmes pénaux européens, la peine privative de liberté. Seuls des aménagements sont recommandés par le Conseil de l'Europe et prévus par certains pays européens.

Au sein du Conseil de l'Europe

Au niveau du *Conseil de l'Europe*, seule la préoccupation de la capacité à la détention a fait son chemin depuis 1998, de surcroît, non en termes de mise en cause du placement en détention mais des conditions de vie et des modalités de l'application de la peine privative de liberté. C'est le

¹⁵⁹⁷ « 5. Compte tenu des effets néfastes de l'incarcération des mères sur les bébés, l'Assemblée recommande que le Comité des Ministres invite les Etats membres:

i. à instaurer et à appliquer aux mères ayant de jeunes enfants des peines à purger au sein de la communauté, et à éviter le recours à la détention »

¹⁵⁹⁸ « iii. à reconnaître qu'il ne faudrait recourir à la détention pour les femmes enceintes et les mères de jeunes enfants qu'en dernier ressort, dans les cas où ces femmes sont reconnues coupables de délits très graves et représentent un danger pour la société ».

Conseil des Ministres qui a, pour la première fois, en 1998, inclus les détenus d'un *grand âge* dans les catégories des détenus nécessitant une attention particulière. C'était dans la *Recommandation R (98) 7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, dans laquelle il demandait aux Etats de prendre des mesures pour que ces personnes puissent mener une vie aussi normale que possible et ne pas être séparées du reste de la population carcérale (n°50)¹⁵⁹⁹.

Quant à la *jurisprudence européenne*, la question de l'âge avait jusqu'en 2001, été évoquée seulement à l'occasion des affaires concernant des détenus gravement malades ou handicapés¹⁶⁰⁰. C'est entre avril et juin 2001, que la Cour a connu trois affaires mettant en avant le grand âge des intéressés en tant que facteur aggravant leur état de santé ou leur handicap. Il s'agit des affaires *Priebke*¹⁶⁰¹, *Sawoniuk*¹⁶⁰² et *Papon*¹⁶⁰³.

La Cour n'en a toutefois pas fait un critère déterminant dans l'appréciation de la capacité à la détention d'une personne. Le principe établi par la Cour est que la détention des personnes très âgées n'est pas en soi contraire à l'article 3 de la Convention¹⁶⁰⁴. D'après cette instance, aucune disposition de la Convention n'interdit en tant que telle la détention au-delà d'un certain âge¹⁶⁰⁵, et, par ailleurs, dans aucun des pays membres du Conseil de l'Europe, l'âge élevé ne constitue en tant que tel un obstacle à la détention¹⁶⁰⁶ (mise à part l'Andorre et le Luxembourg pour des infractions non graves).

Aussi, seul le maintien en détention pour une période prolongée d'une personne âgée peut, dans certaines conditions, poser un problème sous l'angle de l'article 3 de la Convention. Cette appréciation dépend des circonstances particulières de chaque cas d'espèce¹⁶⁰⁷ notamment de l'état de la santé et/ou de l'état physique, combinés avec la qualité des soins et les conditions matérielles de détention ainsi que de la durée de la détention et de ses effets physiques ou mentaux¹⁶⁰⁸. Par exemple, la Cour a confirmé que « le maintien en détention pour une période prolongée d'une personne d'un âge avancé, et de surcroît malade, peut entrer dans le champ de protection de l'article 3¹⁶⁰⁹ ».

¹⁵⁹⁹ *R (98) 7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc.

¹⁶⁰⁰ D 338302/96 (Venetucci/Italie), 12.12.1997, D 27580/95 (Jeznach/Pologne), 19.1.1998.

¹⁶⁰¹ CEDH, *Priebke c. Italie* (déc.), n° 48799/99, CEDH 2001-IV.

¹⁶⁰² CEDH, *Sawoniuk c. R.U.*, (déc.), n° 63716/00, CEDH 2001-VI (le requérant, âgé de 80 ans, était condamné à une peine d'emprisonnement perpétuel pour des crimes de guerre).

¹⁶⁰³ CEDH, *Papon c. France*, (n° 1), préc., (le requérant était condamné pour des crimes contre l'humanité à l'âge de 90 ans).

¹⁶⁰⁴ *Ibid.* ; CEDH, *Sawoniuk c. R.U.*, préc.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

¹⁶⁰⁶ CEDH, *Papon c. France*, (n° 1), préc.

¹⁶⁰⁷ CEDH, *Priebke c. Italie* (déc.), préc., (88 ans au moment de l'examen de l'affaire par la Cour).

¹⁶⁰⁸ CEDH, *Sawoniuk c. R.U.*, (déc.), préc.

¹⁶⁰⁹ CEDH, *Papon c. France* (n° 1) (déc.), préc. ; CEDH, *Priebke c. Italie* (déc.), préc.

Concrètement, la Cour accepte d'examiner, d'une part l'adéquation des conditions matérielles avec les soins spécifiques dus à l'état de santé et, en général, à l'état physique de la personne (handicap ou diminution de la mobilité physique liée à l'âge), et d'autre part, la possibilité donnée par les droits nationaux de mettre fin à la détention ou de faire exécuter la peine hors du système carcéral.

A propos des *conditions matérielles*, la Cour n'exige pas d'assurer une qualité de vie équivalente à celle en liberté : « Il est certain que le requérant ne bénéficie pas d'une qualité de vie équivalente à celle qu'il aurait s'il était en liberté », admettait-elle dans l'affaire *Papon*¹⁶¹⁰. Ce qu'elle exige, c'est que les autorités compétentes prennent des mesures nécessaires pour assurer des *conditions matérielles adaptées* aux besoins spécifiques dus à l'état de santé, l'état physique ou au grand âge¹⁶¹¹.

Quant à la possibilité d'aménager *les modalités de l'application de la peine privative de liberté*, la Cour a, par exemple, accordé de l'importance, dans l'affaire *Friebke* (5 avril 2001), à la possibilité prévue en droit italien d'exécuter cette peine sous le régime d'assignation à domicile et que cette mesure avait, dans ce cas précis, été effectivement accordée dans un bref délai suite à la demande de l'intéressé.

Soulignons que, jusqu'à présent, la Cour n'a jamais jugé que le maintien en détention d'une personne âgée constitue un traitement inhumain ou dégradant en raison seulement du grand âge ou des problèmes de santé ou de mobilité physique liés à la vieillesse. La seule affaire dans laquelle les exigences de la Cour sont allées au-delà de l'aménagement des conditions de détention et de soins administrés, puisque cette instance a condamné le maintien même en détention d'une personne, c'est l'affaire *Farbtuhs*¹⁶¹². Mais dans cette affaire, les problèmes dépassent de loin ceux liés à la vieillesse. Outre le fait d'être âgée de 84 ans, cette personne était gravement malade (elle était tétraplégique) et gravement handicapée (elle souffrait d'une invalidité ayant entraîné une privation totale d'autonomie pour les gestes quotidiens). Si bien que, si la Cour a conclu que le maintien en détention du requérant n'était pas adéquat en raison de son *âge*, de son *infirmité* et de son *état de santé*¹⁶¹³, ce sont ces deux derniers problèmes qui ont pesé dans cette appréciation¹⁶¹⁴, à savoir : d'une part, le degré du handicap, lié à l'absence d'infrastructure et d'aide humaine spécialisée pour

¹⁶¹⁰ CEDH, *Papon c. France* (n° 1) (déc.), préc.

¹⁶¹¹ *Ibid.* Papon a été condamné pour des crimes contre l'humanité à l'âge de 90 ans et avait des problèmes de santé qui restreignaient sa liberté de mouvement (notamment sur le plan cardiaque, puisqu'il a subi un triple pontage et la pose d'un stimulateur cardiaque). Toutefois son état général était qualifié par le médecin de « bon », et ne présentant aucun signe de dépendance. C'est après avoir constaté que les autorités françaises ont fait le nécessaire dans ce sens, que la Cour avait conclu à l'absence de violation de l'article 3. Son maintien en détention n'a pas constitué un traitement inhumain ou dégradant.

¹⁶¹² CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc.

¹⁶¹³ *Ibid.*, § 61.

¹⁶¹⁴ Comme nous le soulignons dans les sections relatives aux questions des soins et de l'handicap.

l'aider à faire face à ses besoins quotidiens, et d'autre part, la gravité de la maladie et sa détérioration en raison de l'absence des soins adéquats. Si bien que cette affaire pose plutôt les questions de la capacité à la détention des personnes gravement malades ou gravement handicapées.

Aussi, l'âge n'est jusqu'à présent pris en compte dans le droit du conseil de l'Europe que comme facteur aggravant les conséquences de la détention sur des personnes malades ou handicapées. Elle reste ainsi en deçà de la garantie de certains droits européens qui tiennent compte de ce facteur de manière autonome.

Au sein des droits nationaux

Si les pays qui tiennent compte de l'âge lors du prononcé de la peine ou de mise à exécution de la peine privative de la liberté sont marginaux, ils sont plusieurs à en tenir compte lors des modalités de son application visant à raccourcir la durée du maintien en détention.

En ce qui concerne le prononcé *de la peine*, seule l'Andorre prévoit une dispense, de surcroît limitée aux délits punis d'une peine inférieure à trois ans. Dans ce cas, le tribunal peut, eu égard à la personnalité et à la situation générale de l'accusé, remplacer la peine d'emprisonnement par une autre peine. Trois autres pays excluent seulement le prononcé de la perpétuité : la Roumanie et la Russie pour des personnes âgées de plus de soixante ans, et l'Ukraine pour celles âgées de plus de soixante cinq ans.

Le Luxembourg et le Danemark sont les seuls qui en tiennent compte lors de la *mise à exécution* de cette peine. Le premier dispense les personnes âgées de plus de soixante-dix ans d'exécuter la peine d'emprisonnement pour des infractions mineures. Le second prévoit son exécution à domicile lorsque la détention n'est pas adaptée notamment compte tenu de l'âge ou l'état de santé de l'intéressé¹⁶¹⁵.

En revanche, ils sont plus nombreux à en tenir compte dans les *modalités de son application*. Le Luxembourg prévoit que les personnes âgées de plus de soixante-dix ans, condamnées pour les infractions graves, peuvent exécuter la peine en régime semi-ouvert. L'Italie et Saint-Marin prévoient que le juge peut transformer la détention en assignation à domicile lorsque le condamné est âgé respectivement de plus de soixante ans ou soixante-cinq ans et est partiellement handicapé. Enfin, dans d'autres législations, le grand âge influence les conditions d'octroi de la libération conditionnelle. Celle-ci est généralement accordée plutôt si la personne a atteint l'âge de : soixante-dix ans en Espagne et en Grèce ; soixante ans pour les hommes et cinquante cinq ans pour les femmes en Roumanie.

¹⁶¹⁵ SENAT, *La Libération des détenus âgés*, Etude du Service des affaires européennes, novembre 2001.

Quant aux droits grec et français, seul le *droit grec* tient compte du grand âge dans les modalités d'application de la peine privative de liberté, précisément dans le système de libération conditionnelle tel qu'il est réglementé par l'article 105 du code pénal. Concernant la libération des personnes âgées de plus de soixante-dix ans, le délai de la peine exécutée pour pouvoir bénéficier de cette mesure passe de 3/5 à 2/5 et, en cas de condamnation à la peine perpétuelle, elle passe de vingt ans à seize ans. Par ailleurs, les personnes âgées de plus de soixante-sept ans bénéficient d'un calcul bénéfique du temps de leur détention : un jour de détention équivaut à deux jours de peine exécutée et, si la personne travaille, il équivaut à deux jours et demi.

Le *droit français* ne tient compte de l'âge qu'en matière d'interdiction de séjour¹⁶¹⁶ et de contrainte par corps¹⁶¹⁷. Ces deux mesures ne peuvent pas être prononcées à l'égard des personnes âgées de plus de soixante-cinq ans et elles cessent dès que la personne a atteint cet âge. En revanche, l'âge n'influence ni la détermination de la peine privative de liberté ni les modalités de son application. Seule la possibilité d'aménagement des quartiers, dans quelques prisons, pour accueillir des personnes âgées est prévue, si de surcroît, elles sont atteintes de *sénilité*. Dans ces cas, on estime que compte tenu de leur « incapacité physique au travail » et de la « nécessité de les maintenir sous surveillance médicale », la peine privative de liberté peut être exécutée dans une des « prisons-hospices », qui sont des quartiers de certains établissements affectés à cet usage. Une telle prison existe à Liancourt (Oise). Elle reçoit des détenus âgés de plus de soixante ans, mais sa capacité est réduite à 126 places¹⁶¹⁸.

Courant 2002, une proposition de loi (qui n'a pas abouti), avait été déposée au parlement français, visant à mettre une limite d'âge, soixante-treize ans, en matière d'emprisonnement pour des infractions autres que des crimes¹⁶¹⁹. Cette limite correspond à l'espérance de vie moyenne en France. Les motifs de ce projet étaient que le grand âge pose les questions d'utilité et donc de la dignité de la peine. À cet âge de la retraite et proche plutôt de la mort que de l'avenir, on ne peut prétendre que cette peine peut avoir comme but de réinsérer la personne et d'établir un projet de réinsertion axé sur la recherche du travail.

Mais outre l'inutilité, l'exécution de cette peine de la part d'une personne âgée constitue aussi une atteinte à la dignité. Le grand âge pourrait être assimilé à une forme d'handicap rendant la

¹⁶¹⁶ « ...Sous réserve de l'application de l'article 763 du code de procédure pénale, l'interdiction de séjour cesse de plein droit lorsque le condamné atteint l'âge de soixante-cinq ans », (art. 131-32 C. pén.).

¹⁶¹⁷ « La contrainte judiciaire ne peut être prononcée ni contre les personnes mineures au moment des faits, ni contre les personnes âgées d'au moins soixante-cinq ans au moment de la condamnation », (art. 751 C. pén.).

¹⁶¹⁸ B. BOULOC, *Pénologie*, 3e éd., préc., p. 443.

¹⁶¹⁹ Proposition de loi modifiant le code pénal en vue de la mise en place d'une limite d'âge en matière d'emprisonnement dans les procédures correctionnelles, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 novembre 2002.

personne inapte à la détention. Les personnes âgées deviennent en effet dépendantes pour les gestes de vie quotidienne alors que la prison (ses locaux et mobiliers) est inadaptée à leurs besoins¹⁶²⁰. L'IGAS, en France, proposait dans un rapport de 1990 d'exclure les personnes totalement dépendantes du milieu carcéral. Dans ces conditions, même la fonction punitive de la peine peut paraître cruelle : cet état physique de la personne aggrave inéluctablement « le niveau inévitable » de la « souffrance inhérente à la détention »¹⁶²¹.

D'autant plus que la vieillesse ajoute un autre problème de dignité humaine : celui de la mort en prison. La mort d'une personne en captivité loin de ses proches et privée d'affection pour l'accompagner aux derniers moments de sa vie pose la question du droit de mourir dans la dignité ; il pose donc la question des limites des atteintes de la peine à la dignité de l'homme¹⁶²². Or, ainsi que l'a expressément formulé une commission d'enquête parlementaire française : « Il n'est pas digne de mourir en prison¹⁶²³ ».

B. Minorité

Pas plus que la détention des personnes âgées, celle des personnes mineures n'est pas considérée par la Cour comme contraire à l'article 3. Pour autant, la détention de ces derniers n'est pas non plus sans poser des questions de compatibilité en raison de leur âge. En tant que peine d'abord, elle pose la question de la compréhension de la peine, et par conséquent de son utilité étant donné l'immaturation des jeunes personnes. La minorité, jusqu'à la fin de la scolarisation obligatoire, est l'âge de l'éducation et le meilleur lieu et moyen pour le faire c'est le milieu éducatif. L'adolescence est l'âge de l'organisation de la personnalité, rappelle le CPT¹⁶²⁴. De l'avis des médecins, les mineurs ne sont pas des personnes « à réinsérer » mais à « insérer »¹⁶²⁵.

Au-delà de la question sur la compatibilité des sanctions répressives avec l'âge mineur des personnes, la détention pose incontestablement des problèmes supplémentaires. Loin d'être vantée pour ses vertus éducatives la prison est unanimement considérée comme criminogène et destructrice, ce qui met alors en cause les principes mêmes qui doivent guider la législation

¹⁶²⁰ VARINI E., « Vieillesse de la population carcérale : quel accompagnement pour les détenus ? », in, *Décideurs en gérontologie*, n° 52.

¹⁶²¹ Parce que les facultés mentales (à cause de "sénescence") mais aussi physiques s'affaiblissent avec le temps, l'application d'un châtement peut paraître cruel mais aussi inutile eu égard au danger social qu'une telle personne puisse représenter, B. BOULOC, *Pénologie*, 3^e éd., préc., pp. 442-444 (Section intitulée : *Le régime spécial des vieillards*).

¹⁶²² VARINI E., Vieillesse de la population carcérale : quel accompagnement pour les détenus ?, *préc.*

¹⁶²³ Propos tenus aussi bien concernant les personnes âgées que les personnes gravement malades et celles à pronostic fatal à court terme, ASSEMBLEE NATIONALE, *La France face à ses prisons*, Rapport, t.I, n° 2521, 2000, p. 249.

¹⁶²⁴ CPT/Inf/E (2002) 1, *Les normes du CPT*, Rev. 2006, § 67.

¹⁶²⁵ Comme François Moreau entendu par la Commission du Sénat français, lors de son enquête sur les prison en France, SENAT, *Prisons : une humiliation pour la République*, préc., p. 48.

concernant les mineurs, à savoir la protection de la santé, de la morale et de la sécurité. Ces principes sont contenus aussi bien dans les textes internationaux (CIDE¹⁶²⁶) que dans les législations internes (à l'exemple du droit français¹⁶²⁷).

De surcroît, la détention n'est pas non plus sans soulever la question d'une pénibilité de cette peine qui soit supérieure à celle considérée par la Cour comme étant compatible avec l'article 3, à savoir celle résultant des « conséquences normales et raisonnables » de la détention. A cet âge, les besoins intellectuels mais aussi physiques et affectifs sont plus accrus : en pleine croissance physique et mentale, les enfants et mineurs ont besoin de se dépenser physiquement, être en contact avec des stimuli variés pour leur épanouissement mental et être entourés affectivement pour leur épanouissement psychique¹⁶²⁸. Ces besoins sont reconnus par le CPT, qui souligne que les mineurs ont un besoin particulier d'activités physiques et de stimulation, visuelle et intellectuelle et recommande que les mineurs privés de liberté se voient proposés un programme complet d'études, de sport, de formation professionnelle, de loisirs et d'autres activités motivantes¹⁶²⁹.

Or la CEDH, tout en rappelant que la Convention des Nations Unies (art. 37) recommande que la détention d'un enfant « doit n'être qu'une mesure de dernier ressort », les seules limites qu'elle pose concernent, d'une part, l'âge minimum pour retenir la responsabilité pénale entraînant la condamnation à une peine de prison, et d'autre part, la durée de la peine.

Concernant l'âge minimum, la Cour reconnaît implicitement qu'en dessous d'un certain âge, cette peine peut en soi poser des problèmes de compatibilité avec le respect de la dignité, puisqu'elle tient compte que dans tous les pays de l'Europe il existe une telle limite. Pour autant elle ne la précise pas, en s'appuyant, d'une part, sur le constat qu'aucun texte international ne contient une telle précision. La CIDE (Convention internationale relative aux Droits de l'Enfant 20 novembre 1989), invite seulement les Etats à fixer un tel seuil (CIDE, art. 40§3 a), et Règles de Beijing à ne pas le fixer très bas (art. 4.1¹⁶³⁰). D'autre part, la Cour s'appuie sur le fait qu'au sein des Etats européens

¹⁶²⁶ Convention internationale relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989.

¹⁶²⁷ Le Sénat cite également les conclusions des inspections générales, d'après lesquelles : « Pour des jeunes disposant de peu de repères moraux et civiques, qui cumulent souvent depuis leur plus jeune âge des carences affectives, éducatives et scolaires, la prison constitue souvent un facteur supplémentaire de déstructuration ». De plus, « l'incarcération des mineurs dans certains quartiers pénitentiaires violents et criminogènes, dans lesquels s'instituent des espaces sans contrôle, est de nature à mettre en danger leur santé, leur sécurité et leur moralité » pourtant principes affirmés par l'article 375 du Code civil et qui guident toute la politique à leur égard, SENAT, *Prisons : une humiliation pour la République*, préc., p. 50.

¹⁶²⁸ « Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension », (Convention internationale relative aux Droits de l'Enfant 20 novembre 1989).

¹⁶²⁹ CPT/Inf (99) 129, *Rapport général d'activités du CPT*, du 1er janvier au 31 décembre 1998.

¹⁶³⁰ « 4.1 Dans les systèmes juridiques qui reconnaissent la notion de seuil de responsabilité pénale, celui-ci ne doit pas être fixé trop bas eu égard aux problèmes de maturité affective, psychologique et intellectuelle », *Nations Unies, Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing)*, 29 novembre 1985.

ces seuils vacillent entre sept¹⁶³¹ et dix-huit ans¹⁶³². En tout cas, la fixation du seuil à dix ans n'emporte pas en soi violation de l'article 3 de la Convention, a-t-elle déclaré dans deux affaires concernant le Royaume-Uni¹⁶³³.

Quant à la durée de la peine, le critère d'âge est pris en compte par la Cour. Cependant, tout en se référant à la CIDE qui recommande que la peine privative de liberté soit d'une « durée aussi brève que possible » et interdit de prononcer un emprisonnement à vie sans possibilité d'une libération conditionnelle à des enfants de moins de 18 ans (art. 37¹⁶³⁴), la Cour ne fixe pas une durée maximale ni ne condamne les peines indéterminées¹⁶³⁵. Alors que ces dernières, appliquées en droit britannique, signifient que la personne perd, à vie, son droit à la liberté. Elle peut certes être libérée après l'exécution de la période punitive, qui est la seule durée de la peine précisée (par le ministre de l'intérieur et après sa mise en exécution). Mais cette personne peut aussi être réintégréée en prison à tout moment si la protection du public l'exige. Les seuls aspects à propos desquels la Cour estime qu'elle ne saurait exclure qu'ils peuvent être contraires à l'article 3, est l'absence de fixation de cette période punitive, qui à son expiration ouvre le droit à la demande d'une libération conditionnelle¹⁶³⁶ et, de manière générale, l'absence de possibilité d'obtenir une libération conditionnelle. En tout cas, la détention d'un mineur pour une durée de six ans, âgé de dix ans au moment des faits, ne constitue pas un traitement prohibé par l'article 3¹⁶³⁷.

Pour l'instant, les efforts du Conseil de l'Europe sont centrés sur l'aménagement des conditions et modalités d'exécution de peines privatives de liberté pour éviter qu'elles deviennent des peines contraires à l'article 3. Le régime de détention doit être basé sur une occupation intensive, des rencontres socio-éducatives diverses, des activités sportives, la scolarisation, l'apprentissage, les sorties accompagnées, ainsi que l'ouverture à des choix et à des projets raisonnables¹⁶³⁸.

¹⁶³¹ En Chypre, Irlande, Suisse et Lichtenstein.

¹⁶³² Espagne, Belgique et Luxembourg, en passant de huit ans en Ecosse, treize ans en France, quatorze en Allemagne, Autriche, Italie et dans plusieurs pays de l'Europe orientale, à quinze ans dans les pays nordiques, et seize ans au Portugal, Pologne et Andorre.

¹⁶³³ L'imputation de responsabilité pénale à des enfants de 10 ans n'emporte pas en soi violation de l'article 3 de la Convention » (arrêt *V. c. R. U.*, préc., § 74 et *T. c. R.U.*, préc. § 72).

¹⁶³⁴ « Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans », (art. 37.1) ; « Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible », (art., 37.2, CIDE).

¹⁶³⁵ CEDH, *V. c. R. U.*, préc., § 98 ; CEDH, *T. c. R.U.*, [GC], préc., § 97.

¹⁶³⁶ CEDH, *V. c. R. U.*, préc., § 100, et CEDH, *T. c. R.U.*, § 99.

¹⁶³⁷ CEDH, *V. c. R. U.*, préc., § 99, et CEDH, *T. c. R.U.*, § 98.

¹⁶³⁸ CPT/Inf/E (2002) 1, *Les normes du CPT*- Rev. 2006, § 67.

Quant aux droits nationaux, si certains ont supprimé les sanctions répressives à l'encontre des mineurs¹⁶³⁹, la majorité des pays européens les ont conservées. La France et la Grèce font partie de ces derniers.

La France et la Grèce ont conservé la peine privative de liberté, et concernant l'âge à partir duquel cette peine peut être appliquée, ils se situent au-dessus de la moyenne européenne : dans les deux pays elle est fixée à 13 ans (elle oscille, rappelons-le, entre 7 ans et 18 ans). Seules cinq pays (Chypre, Irlande, Suisse, Lichtenstein et Ecosse) ont des seuils plus bas. Ces deux droits nationaux prévoient seulement un adoucissement quant à la durée de cette peine et le régime de son exécution.

En ce qui concerne *la durée*, ces deux pays considèrent la minorité comme une cause atténuant la sévérité de la peine. Le *droit français* diminue de moitié la durée des peines privatives de liberté prévues pour les adultes (ordonnance de 1945, art. 20-2). Il fixe le maximum à vingt ans, à l'exception des mineurs âgés de plus de 16 ans. Le *droit grec* lui aussi, limite la durée de la peine y compris pour les mineurs âgés de 17 au plus au moment des faits (art. 54, art. 83 et art. 127§2 C. pén.). Précisément, le droit grec n'applique pas la peine de perpétuité pour les mineurs. Il limite la durée maximale à 20 ans. Pour les infractions qui encourent la réclusion, soit 20 ans maximum, la durée est limitée à douze ans maximum ; pour les infractions qui encourent une réclusion jusqu'à dix ans maximum, la durée est limitée pour les mineurs à six ans. Dans tous les autres cas, le juge peut limiter la peine à la durée minimale prévue pour chaque type d'infraction (art. 83 C.pén.). De surcroît, il exempte les mineurs d'une telle peine pour les contraventions¹⁶⁴⁰. En France la mise en prison pour des contraventions est supprimée pour toutes les personnes¹⁶⁴¹.

En ce qui concerne les conditions et modalités d'exécution des peines privatives de liberté, les deux pays tiennent compte de la spécificité des mineurs. Le principe est que ces personnes exécutent leur peine dans des établissements à part avec comme principe l'encellulement individuel et, à défaut, dans des quartiers séparés sans contact avec les adultes (art. 130§3 C. pénit., et D515-D519 Cpp). Leur organisation fait une large place à l'éducation et formation professionnelle de ces personnes, aux activités sportives et aux loisirs (art. 12 C. pénit. grec, et D515 Cpp français). Ainsi, en Grèce des jeunes peuvent y rester jusqu'à 25 ans si cela est justifié, notamment pour leur permettre de finir leurs études ou leur formation. En France ils peuvent y rester jusqu'à 21 ans.

¹⁶³⁹ Comme la Belgique et l'Irlande du Nord.

¹⁶⁴⁰ En droit grec, l'article 18 du Code pénal distingue suivant la peine : la réclusion, jusqu'à 20 ans ou perpétuité, (crimes) ; l'emprisonnement ou restriction dans établissement pénitentiaire jusqu'à 5 ans, ou la peine pécuniaire (délits) ; la détention (*kratisis*) de 1 jour à 1 mois ou l'amende (contraventions) ; la restriction dans un établissement pénitentiaire (réservée aux mineurs : 6 mois à 20 ans).

¹⁶⁴¹ En France, les mesures éducatives sont : les centres éducatifs en milieu ouvert ; les centres de jour ; les centres éducatifs renforcés ; les centres éducatifs fermés ; les centres de placement immédiat.

Dans la réalité, les enquêtes menées en France, par le Sénat et l'Assemblée nationale (2000), et par le Commissaire européen aux droits de l'homme (2006), décrivent une situation bien en décalage avec ces principes : faiblesse des programmes éducatifs et de formation, pas de respect du principe d'encellulement (D 516 CPP) ni même de séparation complète avec le quartier des adultes. Alors que la participation des mineurs aux activités avec les adultes est prévue à titre exceptionnel (art. D 515, dernier al. Cpp), dans la réalité cela est fréquent. Des jeunes détenus dans des quartiers à part peuvent se trouver avec les adultes aussi bien lors des activités que lors des promenades¹⁶⁴². Le commissaire européen signalait, tout comme le Sénat, une autre situation extrêmement grave : le manque de prisons et des quartiers séparés pour les jeunes filles.

Or, il est à souligner, que de telles conditions peuvent rendre la détention également arbitraire au regard du droit à la liberté (art. 5 CEDH) pour non-respect des conditions légales prévues par chaque pays, dans lesquelles la détention des mineurs doit avoir lieu. La Cour a jugé que tel était le cas dans deux affaires concernant l'une la Belgique et l'autre l'Irlande du Nord, à cause du séjour relativement long des mineurs dans des prisons en attendant d'être affectés dans des « institutions adéquates ». Ces institutions sont des établissements spécialement aménagés et organisés pour répondre aux besoins éducatifs fixés à la détention des mineurs dans ces deux pays¹⁶⁴³. Mais nous pouvons raisonnablement estimer qu'un tel problème doit être également posé pour la Grèce et la France lorsque la peine est intégralement exécutée dans des établissements pour adultes et/ou dans des conditions ne répondant pas aux prescriptions légales de ces deux pays concernant le régime d'exécution de cette peine.

Au-delà des facteurs propres à une personne (son état physique, son état de santé, son âge, sa grossesse), un autre facteur objectif peut mettre en cause la détention de toute personne : la durée.

§ 3. Les questions fondées sur la longueur des peines

Les études sont unanimes sur l'aggravation, avec le temps, des effets nuisibles de la détention tant physiques, sociaux que mentaux. De tels effets attachés à toute détention, quelles que soient les conditions matérielles et les régimes d'exécution, ont été signalés dès 1954 dans le *Courrier de l'Unesco* : « La prison la plus propre et la plus scientifiquement organisée, la plus humaine en apparence, provoque d'irréparables torts à la personnalité du détenu après un certain temps... par la perte du sens du temps au point où la réalité de sa propre existence devient confuse et disparaît¹⁶⁴⁴ ». Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a reconnu depuis 1976 que « les

¹⁶⁴² Le Sénat a constaté qu'il « n'existe pas de quartiers 'mineurs' véritablement isolés des autres détenus majeurs », SENAT, *Prisons : une humiliation pour la République*, préc., p. 48.

¹⁶⁴³ CEDH, *D.G. c. Irlande*, préc. ; CEDH, *Bouamar c. Belgique*, préc.

¹⁶⁴⁴ *The Unesco Courier*, « Prisoners are People : When the Punishment too becomes a Crime », n° 10, 1954, p.10.

effets négatifs d'une quelconque privation de liberté augmentent avec le temps¹⁶⁴⁵, et l'a confirmé de nouveau, en 2003, dans sa nouvelle Recommandation sur la gestion des longues peines¹⁶⁴⁶. La CPT faisait le même constat, en 2001, en parlant des « effets délétères associés à un emprisonnement de longue durée¹⁶⁴⁷ ». Dès lors, les longues peines et, *a fortiori*, les peines à perpétuité posent inmanquablement la question des limites de la souffrance inhérente à la détention et compatible avec l'interdiction des peines ou traitements inhumains ou dégradants par l'article 3 de la Convention¹⁶⁴⁸.

Toutefois, la question de la durée de la peine privative de liberté a été longtemps considérée par la jurisprudence européenne comme se situant hors du champ d'application de la Convention. Ce n'est qu'à partir de 1999 qu'elle y est timidement entrée (A). Alors que certains pays européens ont, depuis longtemps, pris des dispositions visant à limiter efficacement le temps de la détention à des durées plus compatibles avec la nature humaine et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe recommande fermement, depuis 2003, la mise en place par tous les pays européens de moyens visant cet effet (B).

A. L'absence de limites claires au sein de la jurisprudence européenne

A priori le choix de la peine prononcée, son caractère approprié pour une infraction donnée¹⁶⁴⁹, sa justification¹⁶⁵⁰, sa proportionnalité et, en général, sa durée¹⁶⁵¹ ne relèvent pas de la compétence de la Cour ou du champ de la CEDH¹⁶⁵². « D'une manière générale, la durée des peines infligées par les tribunaux ne relève pas de la Convention », déclarait la Cour dans l'affaire *Medina* (2003¹⁶⁵³) en rappelant la jurisprudence de la Commission sur cette question : « Bien que cela soit souhaitable, aucune disposition de la Convention ni en particulier l'article 3 ne peut être interprétée

¹⁶⁴⁵ Résolution (76)2 sur le traitement des détenus en détention de longue durée, préc.

¹⁶⁴⁶ Extraits du Projet d'exposé des motifs de la Recommandation Rec(2003) du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée.

¹⁶⁴⁷ CPT/Inf (2001)16, 11e Rapport général d'activités du CPT, préc.

¹⁶⁴⁸ Voir à ce propos, les travaux du « Collectif octobre 2001 », site : www.collectif2001.org.

¹⁶⁴⁹ CEDH, *Medina c. Espagne* (déc.), préc.

¹⁶⁵⁰ La Cour observe, tout d'abord, que le requérant exécute actuellement la peine de dix ans de réclusion criminelle à laquelle il a été condamné le 2 avril 1998 par la cour d'assise de la Gironde, alors qu'il était âgé de 88 ans. La tâche de la Cour n'est pas d'apprécier si cette peine est ou non justifiée, mais de s'assurer que son exécution ne contrevient pas aux dispositions de l'article 3 de la Convention, CEDH, *Papon c. France (n°1)*, préc.

¹⁶⁵¹ Elle rappelle d'emblée qu'elle n'est pas compétente pour réexaminer les faits sur lesquels cette condamnation se fondait ou la mesure de la peine qui a été infligée. Sa tâche consiste au contraire à rechercher si les modalités de l'exécution de celle-ci ont porté atteinte aux droits fondamentaux du requérant, CEDH, *Priebke c. Italie* (déc.), préc.

¹⁶⁵² CEDH, *Sawoniuk c. R.U.*, (déc.), préc. ; CEDH, *Papon c. France (n°1)*, préc. ; CEDH, *Medina c. Espagne* (déc.), préc.

¹⁶⁵³ La Cour rappelle que la question concernant le fait de savoir si une peine légalement prononcée est appropriée, tombe en principe, en dehors du champ d'application de la Convention. Ainsi, par exemple, il ne lui revient pas de dire quelle est la durée de détention qu'il convient d'appliquer à une infraction déterminée, CEDH, *Medina c. Espagne* (déc.), préc.

comme imposant aux autorités nationales une obligation de réexaminer le cas des détenus purgeant une peine d'emprisonnement à vie régulièrement prononcée, en vue d'une remise ou d'une interruption définitive de celle-ci¹⁶⁵⁴ ». La Commission avait seulement reconnu que pour des « raisons humanitaires » et de « bonne administration de la justice », les Etats doivent prendre des mesures pour éviter les peines à vie¹⁶⁵⁵. La Cour, dans sa première décision rendue en cette matière, en 1995, avait en effet suivi cette jurisprudence¹⁶⁵⁶.

C'est en 1999, que cette dernière instance a reconnu qu'une *peine d'emprisonnement perpétuel* peut également soulever une question au regard de l'article 3 de la Convention. C'était à propos de la condamnation à une telle peine des enfants âgés, au moment des faits, de dix ans¹⁶⁵⁷. Précisément il s'agissait de la condamnation de ces enfants, en droit anglais, à une peine discrétionnaire perpétuelle pour la durée qui plaira à sa majesté (*during at Her Majesty's pleasure*). La Cour a reconnu qu'une telle peine peut devenir inhumaine ou dégradante si la possibilité n'est donnée à ces personnes de retrouver leur liberté par le moyen d'une libération conditionnelle.

La Cour a, en 2001, étendu cette approche à l'égard de adultes condamnés à des *peines perpétuelles incompressibles*, qui excluent donc la possibilité de retrouver un jour la liberté. Il s'agissait en l'occurrence du risque de l'application de telles peines à des personnes détenues en Europe en attente d'extradition vers les Etats-Unis. La Cour avait affirmé qu'elle « n'exclut pas que la condamnation d'une personne à une peine perpétuelle incompressible puisse poser une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention¹⁶⁵⁸ ». Par conséquent, l'extradition serait une mesure inhumaine si les personnes concernées encouraient effectivement le risque d'être condamnées à une telle peine¹⁶⁵⁹. Elle s'est référée à ce propos à deux textes du Conseil de l'Europe : à la *Résolution (76)2 « sur le traitement des détenus en détention de longue durée »*¹⁶⁶⁰, et au « *Rapport général sur le traitement des détenus en détention de longue durée* » du Comité européen pour les problèmes criminels, qui avait précédé cette Résolution¹⁶⁶¹.

¹⁶⁵⁴ D 7994/77, (Kotalla c. Pays-Bas), 6.5.1978, D.R. 14, p. 238. Voir aussi D n° 11077/84, 13.10.1986, D.R. 49, p. 170. Bien que dans l'affaire *Weeks*, elle ait estimé qu'une telle peine infligée sans possibilité de libération peut soulever des questions au regard de l'interdiction des traitements inhumains : R n° 9787/82, (*Weeks c. R.U.*), 12.12.1993, § 72.

¹⁶⁵⁵ D 7994/77, (Kotalla c. Pays-Bas), préc.

¹⁶⁵⁶ D n°21221/93 (L.J/Finlande), 28.6.1995.

¹⁶⁵⁷ CEDH, *V. c. R.U.*, [GC], n° 24888/94, CEDH 1999-IX, §§ 97-101 ; CEDH, *T. c. R.U.*, [GC], préc., §§ 96-100.

¹⁶⁵⁸ CEDH, *Einhorn c. France* (déc.), n° 71555/01, CEDH 2001-XI.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.* ; CEDH, *Nivette c. France* (déc.), n° 44190/98, CEDH 2001-VII.

¹⁶⁶⁰ *Résolution (76)2 sur le traitement des détenus en détention de longue durée*, Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, 1976.

¹⁶⁶¹ Ce dernier organe avait estimé « être inhumain d'emprisonner une personne pour la vie sans lui laisser aucun espoir de libération ». En rappelant que « les effets négatifs d'une quelconque privation de liberté augmentent avec le temps », il recommandait que « les lois ou les règlements garantissent qu'aucun détenu ne puisse être oublié et que son cas sera périodiquement révisé pour décider s'il n'y pas lieu d'envisager une libération conditionnelle ». Le premier examen devrait intervenir au bout de huit à quatorze ans, et même

C'est en 2003, que la Cour a accepté d'étendre cet examen également aux *longues peines*. Il s'agissait en l'occurrence de la condamnation d'une personne à quarante ans de peine privative de liberté : « La Cour n'écarte pas le fait que, dans des circonstances particulières, l'exécution de peines privatives de liberté de très longue durée puisse également poser problème, en particulier, lorsqu'il n'existe aucun espoir de pouvoir bénéficier de mesures telles que la liberté conditionnelle.¹⁶⁶² »

Ainsi, la jurisprudence européenne actuelle ne juge pas que l'existence de longues peines et des peines perpétuelles soient contraires à l'article 3, y compris à l'égard des mineurs¹⁶⁶³, ni d'ailleurs à l'article 5 de la Convention relatif au droit à la liberté¹⁶⁶⁴. Ce sont les modalités de leur application qui peuvent les rendre inhumaines ou dégradantes, précisément l'absence de toute possibilité, et donc de tout espoir, de recouvrer la liberté avant le terme d'une longue peine et, *a fortiori*, avant la mort en prison, s'il s'agit d'une peine à perpétuité.

Cependant, la Cour ne fixe pas de seuil maximum à partir duquel le maintien en détention serait constitutif d'une peine inhumaine ou dégradante¹⁶⁶⁵. Par ailleurs, l'application faite de la possibilité d'obtenir une libération avant le terme de la peine prononcée, n'empêche pas que des mineurs passent six ans en prison¹⁶⁶⁶, ni qu'une personne puisse passer plus de moitié de sa vie en prison. Tel est en effet le cas d'une personne détenue en France qui a passé quarante et un ans en détention continue (entre 1954 et 2005). Alors qu'il était libéré à partir de 1979, il n'a obtenu sa libération conditionnelle qu'en 2005, après que sa requête auprès de la Cour ait été déclarée recevable. La Cour a qualifié cette durée d'« exceptionnellement longue¹⁶⁶⁷ » et reconnu qu'une « condamnation à perpétuité telle que celle infligée et subie par le requérant entraîne nécessairement angoisses et incertitudes liées à la vie carcérale et, une fois libéré, aux mesures d'assistance et de

plutôt, ensuite, un tel examen doit avoir lieu à des intervalles réguliers, *Projet de Rapport général sur le traitement des détenus en détention de longue durée*, Rapport, 18 août 1975, CDPC, Conseil de l'Europe.

¹⁶⁶² CEDH, *Molina c. Espagne* (déc.), préc. Elle avait eu, en 2001, souligné à propos des peines à perpétuité : « De plus, rien n'indique en l'occurrence que la peine perpétuelle infligée prive le requérant de toute perspective de libération », CEDH, *Sawoniuk c. R.U.*, (déc.), préc., (irrecevable).

¹⁶⁶³ « La Convention n'interdit pas aux Etats d'infliger à un enfant ou à un adolescent convaincu d'une infraction grave une peine de durée indéterminée », CEDH, *V c. R.U.*, préc., § 98 ; CEDH, *T c. R.U.*, préc., § 97.

¹⁶⁶⁴ « Eu égard à la gravité des infractions pour lesquelles le requérant a été condamné, une peine d'emprisonnement perpétuel ne saurait pas non plus passer pour arbitraire ou disproportionnée sous l'angle de l'article 5 de la Convention. », avait-elle déclaré à propos d'une telle condamnation prononcée à l'encontre d'une personne condamnée pour des crimes de guerre, CEDH, *Sawoniuk c. R.U.*, (déc.), préc.

¹⁶⁶⁵ Comme l'a souligné Pierrette Poncela, « les délais constituent une question délicate pour la Cour de Strasbourg », P. PONCELA, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, CARTUYVELS Y., DUMONT H., OST F., VAN DE KERCHOVE M., VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007.

¹⁶⁶⁶ « En tout cas la Cour estime que, compte tenu de l'ensemble des données de la cause, y compris l'âge de l'intéressé et ses conditions de détention, passer six ans en détention, l'on ne saurait affirmer qu'une période de détention punitive de cette durée constitue un traitement inhumain ou dégradant », avait-elle conclu dans deux affaires contre le Royaume-Uni (*T c. R.U.*, § 98, et *V. c. R.U.*, § 99, précitées).

¹⁶⁶⁷ CEDH, *Léger c. France*, préc., § 92.

contrôle et à la possibilité d'être réincarcéré ». Elle n'a toutefois pas jugé que cette durée soit un facteur d'aggravation des souffrances inhérentes à l'emprisonnement, au point de conclure que le requérant ait été victime d'une « épreuve exceptionnelle » susceptible de constituer un traitement contraire à l'article 3¹⁶⁶⁸.

Pourtant l'exemple de certains pays européens et des Recommandations du Conseil de l'Europe militent pour la réduction du temps de détention à des durées bien moindres.

B. Des limites garanties au sein des droits nationaux et recommandées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

La majorité des pays en Europe applique la peine de réclusion à perpétuité. Seuls cinq pays l'ont supprimé : la Croatie, la Norvège, le Portugal, la Slovénie et l'Espagne. Parmi ces pays, c'est la Norvège qui a limité la détention à la durée la moins longue : à vingt et un ans. Elle est suivie du Portugal qui la limite à vingt-cinq ans. La Slovénie et l'Espagne, en revanche, fixent cette durée bien haut : à trente ans¹⁶⁶⁹.

La Grèce et la France font partie des pays qui appliquent la réclusion à perpétuité. Mais bien des différences caractérisent la durée des peines et la durée effective du maintien en détention dans ces deux pays. La durée de la seconde peine dans l'échelle de leurs peines, la peine de réclusion à temps, elle est limitée à vingt ans en Grèce (art. 52 C. pén.) alors qu'elle est de trente ans en France (art. 131-1 C. pén.). Quant à la durée du maintien en détention des personnes condamnées à des longues peines et à perpétuité, diffère elle aussi, entre ces deux pays en raison des délais d'accès à la libération conditionnelle et des conditions de fond requises pour son octroi.

Le délai d'accès au bénéfice de la libération conditionnelle. En principe, c'est après l'exécution de deux cinquièmes de la peine pour les condamnés à une peine d'emprisonnement, et de trois cinquièmes pour les condamnés à une peine de réclusion à temps que les détenus peuvent, *en droit grec*, bénéficier d'une libération conditionnelle (art. 105 C. pén.). Les trois cinquièmes se réduisent aux deux cinquièmes pour les personnes âgées de plus de soixante-dix ans au moment de la condamnation (105 C. pén.). Concernant les mineurs, ce délai est fixé à la moitié de l'exécution de la peine (art. 129 §1, C. pén.). Les personnes condamnées à une peine perpétuelle ont accès à la libération conditionnelle après vingt ans de détention et celles âgées de plus de soixante-dix ans y ont accès après seize ans (art. 105 C. pén.).

¹⁶⁶⁸ « Elle en conclut que le maintien en détention du requérant, en tant que tel, et aussi long fut-il, n'a pas constitué un traitement inhumain ou dégradant », CEDH, *Léger c. France*, préc., § 92.

¹⁶⁶⁹ Exposé des motifs à la Recommandation Rec(2003)23, concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, (Rapporteur, Sonja Snacken).

En droit français, ce délai est fixé après l'exécution de la moitié de la peine (art. 729 Cpp). Toutefois un nombre d'exceptions est prévu qui vont vers l'aggravation de cette durée. Ce délai est porté aux deux tiers pour les récidivistes (art. 729 Cpp). Un nombre de condamnations peut être assorti d'une période de sûreté pendant laquelle la personne ne peut pas demander une libération conditionnelle. Cette période est automatique dans le cas de condamnations pour certaines infractions à des peines supérieures à dix ans¹⁶⁷⁰. Sa durée est de la moitié de la peine ou, en cas de condamnation à perpétuité, de dix-huit ans¹⁶⁷¹. Mais la période de sûreté peut aussi être prononcée par le tribunal dans tous les cas de condamnation à une peine supérieure à cinq ans¹⁶⁷². Dans ce cas, elle peut aller jusqu'au tiers de la peine prononcée et, en cas de perpétuité, jusqu'à vingt-deux ans (art. 132-23 C. pén¹⁶⁷³). Enfin, la Cour d'assises peut porter la période de sûreté à trente ans pour certaines infractions (art. 221-3, 221-4 C.pén.). Les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité peuvent prétendre à une libération conditionnelle au terme de quinze années de détention et, si elles sont en état de récidive légale, au terme de vingt années (art. 729 CPP).

Quant à la *possibilité réelle d'obtenir une libération conditionnelle*, elle est mieux garantie en Grèce qu'en France. Rappelons qu'en *droit grec*, où cette mesure est juridictionnalisée depuis 1957¹⁶⁷⁴, et assortie de la garantie des droits de la défense¹⁶⁷⁵, des réformes ont eu lieu en 1994 et 1996 (loi n° 2207/94 et loi n°2408/1996) visant à alléger les conditions d'octroi de cette mesure et à garantir le *principe de l'issue favorable* d'une demande : La « libération conditionnelle doit être accordée », sauf si le tribunal estime que la poursuite de la détention est « absolument nécessaire pour éviter la commission de nouvelles infractions » (art. 100 §1, C. pén.). Cette appréciation ne peut être fondée que sur un critère exclusif : le *comportement du détenu lors de l'exécution de sa peine*. Aussi la marge d'appréciation des tribunaux est limitée à la détermination du contenu de ce critère qui doit être strictement et objectivement interprété. La jurisprudence a, par exemple, précisé que la commission des infractions disciplinaires de faible gravité n'est pas indicative d'un caractère

¹⁶⁷⁰ « En cas de condamnation à une peine privative de liberté, non assortie du sursis, dont la durée est égale ou supérieure à dix ans, prononcée pour les infractions spécialement prévues par la loi, le condamné ne peut bénéficier, pendant une période de sûreté, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle », (art. 132-23, al.1, C.pén.)

¹⁶⁷¹ « La durée de la période de sûreté est de la moitié de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, de dix-huit ans », (art. 132-23, al.2, C. pén.).

¹⁶⁷² « Dans les autres cas, lorsqu'elle prononce une peine privative de liberté d'une durée supérieure à cinq ans, non assortie du sursis, la juridiction peut fixer une période de sûreté pendant laquelle le condamné ne peut bénéficier d'aucune des modalités d'exécution de la peine mentionnée au premier alinéa. La durée de cette période de sûreté ne peut excéder les deux tiers de la peine prononcée ou vingt-deux ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité. », (art. 132-23, al.3, C. pén.).

¹⁶⁷³ «...La cour d'assises ou le tribunal peut toutefois, par décision spéciale, soit porter ces durées jusqu'aux deux tiers de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, jusqu'à vingt-deux ans, soit décider de réduire ces durées » (art. 132-23, al.2, C. pén.).

¹⁶⁷⁴ Loi n°3681/1957, JO, A, 65/24.4.1957.

¹⁶⁷⁵ Notamment, l'octroi d'un délai pour préparer la défense, la présence au tribunal, l'impartialité du tribunal, le recours en appel et le pourvoi en cassation (art. 110 C. pén.).

dangereux du détenu ou d'un criminel par habitude¹⁶⁷⁶. A part la libération conditionnelle, les détenus en Grèce peuvent réduire leur temps de détention s'ils travaillent et, depuis le décret n°75/2005, si elles suivent des programmes éducatifs, des formations professionnelles ou si elles sont inscrites aux écoles de « deuxième chance » qui visent à obtenir un titre d'études obligatoires. Un jour de travail ou d'une autre activité citée, peut être compté pour un jour et demi de détention jusqu'à deux jours. Les personnes âgées de plus de soixante-cinq ans bénéficient automatiquement d'un tel calcul : un jour de détention est compté pour deux jours (art. 105 §2, C. pén.).

En droit français, la juridictionnalisation de la libération conditionnelle est plus récente. Elle a eu lieu en 2000 (loi n° 2000-516 du 15 juin 2000¹⁶⁷⁷, complétée par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005) et est assortie de la garantie des droits de la défense élémentaires¹⁶⁷⁸. Cependant les critères de son octroi demeurent flous¹⁶⁷⁹. Si bien que cette mesure est très peu accordée aux détenus. Seulement 5,7 % de libérations conditionnelles ont été accordées en 2005. Ce pourcentage est en déclin constant depuis 2001, année au cours de laquelle le taux était de 13,1 %¹⁶⁸⁰. Il ne reste aux détenus en France que la mesure de réduction de peine pour écarter leur temps de détention¹⁶⁸¹. Cependant les personnes condamnées à des peines privatives de liberté assorties de périodes de sûreté sont exclues du bénéfice de cette mesure durant cette période¹⁶⁸². Si bien qu'il est certain qu'une catégorie de détenus en France reste forcément en prison pendant de longues périodes, entre dix-huit et trente ans, de surcroît, sans aucun aménagement de peine permettant d'infléchir les effets d'un enfermement continu¹⁶⁸³. Cette période de leur vie est un temps totalement mort.

Toutefois, les modalités d'application des longues peines au sein de ces deux pays et d'autres pays européens ne sont pas dépourvues d'enseignement. Si l'on tient également compte que la Norvège limite la durée de la peine maximale à vingt et un ans, que l'Espagne fixe le délai pour l'obtention d'une libération conditionnelle à trois quarts de la durée maximale de trente ans, cela

¹⁶⁷⁶ Cour d'appel de Patras, siégeant en chambre du conseil, ordonnance n°239/95, *Armenopoulos*, 1996, 1, pp. 88-90 ; Cour d'appel de Patras, siégeant en chambre du conseil, ordonnance n°102/1996, *Armenopoulos*, 1996, 9, p. 1158 et s.

¹⁶⁷⁷ Loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et des victimes

¹⁶⁷⁸ Article 712-6 et 712-7 CPP.

¹⁶⁷⁹ Article 729 de la loi 12 décembre 2005 : « La libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive. Les condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale, notamment lorsqu'ils justifient soit de l'exercice d'une activité professionnelle, soit de l'assiduité à un enseignement ou à une formation professionnelle ou encore d'un stage ou d'un emploi temporaire en vue de leur insertion sociale, soit de leur participation essentielle à la vie de famille, soit de la nécessité de subir un traitement, soit de leurs efforts en vue d'indemniser leurs victimes. »

¹⁶⁸⁰ Voir, *supra*, dans le chapitre sur le droit à la liberté, les statistiques relatives à l'octroi de la libération conditionnelle tirées du rapport du Sénat sur le Projet de loi de finances pour 2008.

¹⁶⁸¹ Voir, *supra*, Chapitre sur le droit à la liberté.

¹⁶⁸² « Les réductions de peines accordées pendant la période de sûreté ne seront imputées que sur la partie de la peine excédant cette durée » (art. 132-23 C. pén.).

¹⁶⁸³ « Les dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle ne sont pas applicables pendant la durée de la période de sûreté prévue à l'article 132-23 du code pénal » (art. 720-2 CPP).

signifie qu'un consensus se dégage en Europe sur la durée maximale de la détention compatible avec la nature de l'homme : elle se situe autour de vingt ans. D'autant plus qu'un certain nombre de pays fixent le délai maximum plus bas : la Belgique ouvre aux personnes condamnées à perpétuité la possibilité de bénéficier d'une libération conditionnelle après dix ans de détention, le Danemark après douze ans, l'Allemagne après quinze ans¹⁶⁸⁴.

A ce propos rappelons que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe considère comme une longue peine les peines supérieures à cinq ans¹⁶⁸⁵ et que ce même organe a recommandé dès 1976 d'examiner la possibilité d'une libération conditionnelle à partir de huit ans, et au plus tard à la quatorzième année de détention¹⁶⁸⁶.

Ce qui est certain, c'est qu'au-delà d'une certaine durée, la détention soulève un grand nombre de problèmes, aussi bien de sens et d'utilité de cette peine, que de respect de la dignité de la personne. Le droit anglais, qui prévoit également la fixation d'un « tarif » dans les peines à perpétuité, qui est la période punitive à l'expiration de laquelle une libération conditionnelle peut intervenir, parle de « whole life tariff ». Cela signifie qu'une peine peut être trop longue pour être purgée au cours de la vie naturelle d'un homme¹⁶⁸⁷.

En effet, une longue peine pose la question d'utilité, car après un certain temps d'enfermement, la réintégration sociale, qui donne un sens positif à la peine, celui de la restructuration du lien social rompu par l'infraction, devient soit inutile soit impossible. Elle devient *inutile* à cause de l'âge avancé des intéressés, plus proches de la retraite que de la préparation à la vie active. Pis encore, elle soulève la question du décès en prison plutôt que celle de la réintégration. Comme il est souligné dans les motifs de la Recommandation du Comité des Ministres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée (2003), alors qu'une sortie de prison à l'issue d'une période limitée d'incarcération « implique un effort de préparation à la libération », « la perpétuité assortie d'une période de sûreté, exclut une telle préparation » et « appelle, à terme, une préparation au décès en détention¹⁶⁸⁸ ». *La réintégration sociale* devient également *impossible*. « Tout emprisonnement de longue durée peut entraîner des effets désocialisants sur les détenus »¹⁶⁸⁹, souligne le CPT. Des études montrent qu'au

¹⁶⁸⁴ SENAT, *La libération conditionnelle*, (2005), préc.

¹⁶⁸⁵ Définition de longue durée : « 1. Aux fins de la présente recommandation, un condamné à perpétuité est une personne purgeant une peine de prison à perpétuité. Un détenu de longue durée est une personne purgeant une ou plusieurs peines de prison d'une durée totale de cinq ans ou plus » *Recommandation R(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée*, Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, 19 octobre 2003.

¹⁶⁸⁶ *Résolution (76)2 sur le traitement des détenus en détention de longue durée*, préc.

¹⁶⁸⁷ Projet d'exposé des motifs de la Recommandation Rec(2003) du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*

¹⁶⁸⁹ CPT/Inf (2001)16, *11e Rapport général d'activités du CPT*, préc.

bout d'un certain temps, les liens sociaux et affectifs se rompent et le fonctionnement de la prison réduit les hommes et les femmes à un état de passivité et de dépendance les rendant incapables de reprendre une vie normale à l'extérieur¹⁶⁹⁰.

Outre ces conséquences, il importe de souligner que les longues peines aggravent les effets néfastes physiques et psychiques inhérents à toute détention ordinaire. Avec le temps, la rupture des liens familiaux compromet la santé mentale et l'absence de perspective de sortie sur une longue période entraîne des sentiments de dépression, de dépréciation et d'apathie. En général, la détention contribue au développement des maladies mentales, au déclin plus rapide des aptitudes physiques, à l'appauvrissement des stimulations sensorielles, et même au suicide. Telles sont, entre autres, les conséquences répertoriées par le groupe de travail préparatoire pour l'élaboration, en 2003, de la Recommandation du Conseil de l'Europe concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée¹⁶⁹¹. D'ailleurs, l'exposé des motifs de cette Recommandation parle des conséquences néfastes¹⁶⁹² et délétères¹⁶⁹³ de tout emprisonnement. Des conséquences qui se produisent incontestablement au bout d'un certain temps, comme le confirmait le CPT, en 2001¹⁶⁹⁴, et qui ne font qu'augmenter avec le temps. Rappelons que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe situait, en 1975, l'apparition de telles conséquences au bout de quatre à six ans¹⁶⁹⁵. Le courrier de l'Unesco, en 1954, parlait même des effets « irréparables », donc irréversibles¹⁶⁹⁶.

En effet, ayant été convaincu des effets de l'emprisonnement de longue durée, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a, de nouveau, recommandé en 2003 aux gouvernements européens, de « réduire autant que possible la durée de la détention »¹⁶⁹⁷ et de recourir, pour atteindre cet objectif, à la libération conditionnelle. Cette mesure est considérée comme le moyen le

¹⁶⁹⁰ Projet d'exposé des motifs de la Recommandation Rec(2003) concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, préc. Voir A. –M., MARCHETTI, *Perpétuités: Le temps infini des longues peines*, Paris, Plon Terre Humaine. 2001 ; « Longues peines : le bannissement des temps modernes », OIP, *Dedans-Dehors*, n° 21, 2000. Voir aussi les actes d'un important congrès de l'Académie Internationale de Médecine légale et de Médecine sociale, sur « Droits de l'homme et contrainte de la personne », qui a eu lieu à Lyon, le 27-30 août 1979, in *Acta medicinae legalis et socialis*, Volume XXX, 1980-1, Paris, éd. Masson. Des psychologues et psychiatres y avaient mis en cause la conformité à la déontologie médicale des certificats d' « aptitude à la détention » des êtres humains.

¹⁶⁹¹ Projet d'exposé des motifs de la Recommandation Rec(2003) concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, préc.

¹⁶⁹² « Considérant que le coût financier de la détention pèse lourdement sur la société et que les études montrent que la détention a souvent des conséquences néfastes et n'assure pas la réinsertion des détenus », Rec(2003)22 sur la libération conditionnelle.

¹⁶⁹³ 4.a. Afin de réduire les effets délétères de la détention et de favoriser la réinsertion des détenus dans des conditions visant à garantir la sécurité de la collectivité, la législation devrait prévoir la possibilité pour tous les détenus condamnés, y compris les condamnés à perpétuité, de bénéficier de la libération conditionnelle », *Ibid.*

¹⁶⁹⁴ CPT/Inf (2001)16, *11e Rapport général d'activités du CPT*, préc.

¹⁶⁹⁵ « Troubles émotifs, troubles de la compréhension et du jugement, modification du comportement se traduisant par une régression vers l'infantilisme et troubles affectant les relations sociales », *Résolution (76)2 sur le traitement des détenus en détention de longue durée*, préc.

¹⁶⁹⁶ *The Unesco Courier*, « Prisoners are People : When the Punishment too becomes a Crime », préc., p. 10.

¹⁶⁹⁷ Rec(2003)22 concernant la libération conditionnelle, préc.

plus efficace aussi bien pour réduire les effets physiques, mentaux et sociaux préjudiciables de la détention de longue durée, que pour assurer une gestion humaine de la prison mais aussi pour lutter contre la récidive. En effet, la libération conditionnelle est considérée comme le moyen le plus efficace de lutte contre la surpopulation carcérale¹⁶⁹⁸ et le moyen le plus efficace et constructif contre la récidive¹⁶⁹⁹. Elle fonctionnerait comme un « sas » entre la prison et la vie en liberté¹⁷⁰⁰.

Dès lors, la Cour devrait s'inspirer, aussi bien des Recommandations du Conseil de l'Europe que des pays européens cités qui sont dotés des moyens pour limiter la durée de la détention. D'autant plus que les longues peines génèrent un autre problème au regard de l'article 3 de la Convention : la présence des personnes âgées en prison et même la mort en prison. « Il est indigne de mourir en prison », reconnaissent des instances tant européennes¹⁷⁰¹ que nationales¹⁷⁰². La limitation de la durée de détention devrait alors faire partie des objectifs de la jurisprudence européenne pour éviter que la détention devienne un traitement inhumain ou dégradant. La Cour devrait alors y apporter des garanties plus claires et plus efficaces.

*

Au regard de l'application de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants dans le cadre de la protection de l'intégrité physique des détenus, nous avons pu constater que même devant cet impératif absolu, la Cour ne déroge pas à la conception de la prison comme un contexte justifiant une qualité de vie moindre qu'à l'extérieur. Même si la situation de vulnérabilité est prise en compte, elle n'a pas conduit à une garantie contre de telles atteintes équivalente à l'extérieur. Il faut atteindre des seuils assez élevés pour retenir la violation de l'article 3 aussi bien à propos des violences que des mauvaises conditions matérielles de vie et de la dureté des régimes spéciaux, notamment celui d'isolement. Ce défi n'est que plus aigu au regard de la santé. Depuis la suppression de la torture, la santé a toujours été considérée comme un aspect auquel aucune peine et aucune nécessité sécuritaire ne peut justifier de porter atteinte. Nous allons voir dans quelle mesure la Cour fait face à ce défi à propos d'un contexte reconnu comme pathogène.

¹⁶⁹⁸ *Rec(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée*, préc.

¹⁶⁹⁹ « Reconnaissant que la libération conditionnelle est une des mesures les plus efficaces et les plus constructives pour prévenir la récidive et pour favoriser la réinsertion sociale des détenus dans la société, selon un processus programmé, assisté et contrôlé », *Rec(2003)22 concernant la libération conditionnelle*, préc.

¹⁷⁰⁰ « La libération conditionnelle devrait viser à aider les détenus à réussir la transition de la vie carcérale à la vie dans la communauté dans le respect des lois, moyennant des conditions et des mesures de prise en charge après la libération visant cet objectif et contribuant à la sécurité publique et à la diminution de la délinquance au sein de la société », *Ibid.*

¹⁷⁰¹ Comme le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, dans sa *Recommandation Rec(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée*, mais aussi le CPT lorsqu'il recommande la prise des mesures pour éviter aux personnes d'un grand âge de rester en prison et donc de mourir en prison, CPT/Inf/E (2002) 1, *Les normes du CPT*, Rev. 2006, § 70.

¹⁷⁰² ASSEMBLEE NATIONALE, *La France face à ses prisons*, Rapport, t.I, n° 2521, 2000, p. 249.

CHAPITRE 3. APPLICATION DES INTERDITS DANS LA GARANTIE DE LA SANTE DES DETENUS

« L'objet des prisons n'est pas de rétablir la santé des criminels ou de prolonger leur vie, mais de les punir... Il ne faut donc pas exagérer les obligations de la société sur ce point, et si dans les prisons les chances de longévité ne sont pas très inférieures à ce qu'elles eussent été pour les mêmes hommes en liberté, le but raisonnable est atteint. L'humanité est satisfaite¹⁷⁰³. » Cette déclaration a été faite en 1844, en France, par Tocqueville, alors chargé de la mission officielle visant à réformer la prison. Etonnante lorsqu'on sait que la protection de la santé fut la première garantie reconnue aux détenus. Elle remonte à l'ordonnance française de 1670, lorsque la prison n'avait qu'un caractère préventif : « Nous voulons que les prisons soient saines et disposées en sorte que la santé de prisonniers ne puisse être incommodée¹⁷⁰⁴. » Cette garantie allait être expressément prévue lors de l'usage de la prison à titre de peine. Le deuxième décret de l'Assemblée Constituante, du 16-20 septembre 1791, sur les règles communes aux prisons préventives et aux prisons pour peines, prévoyait dans son deuxième article que « les procureurs généraux, syndics veillent, sous l'autorité des directoires de département, à ce que ces différentes maisons soient non seulement sûres, mais propres et saines, de manière que la santé des personnes détenues ne puisse être aucunement altérée¹⁷⁰⁵. »

Il en fut de même en droit grec. La santé des détenus avait fait l'objet de protection dès la première ordonnance relative à l'organisation de la prison comme lieu de punition. Cette ordonnance, datée du 20 décembre 1830, prévoyait que le gardien doit informer immédiatement la police de la maladie d'un détenu pour que celui-ci soit transféré sans délai à l'hôpital¹⁷⁰⁶. Le premier Décret royal en matière d'organisation de la prison, du 31 décembre 1836, prévoyait la construction d'hôpitaux pénitentiaires ainsi que des locaux sanitaires¹⁷⁰⁷.

La protection de la santé des détenus n'était-elle cependant qu'un souhait pieux ? On n'a cessé depuis lors de dénoncer de graves atteintes. En ce qui concerne la Grèce, malgré les textes susmentionnés, la réaction de Benjamin Appert, après sa visite des prisons grecques au milieu du

¹⁷⁰³. A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes, Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*, préc., p. 142.

¹⁷⁰⁴. Art. 1^{er}, titre III : *Des prisons, Ordonnance de 1670*. On peut de surcroît lire en note : « La prison ne doit pas être grève, en sorte qu'elle puisse ou doive empirer le corps du prisonnier, d'autant que ce serait une chose dure que le corps d'aucuns fût par prison empiré, et, après le cas enquis, qu'il s'allât innocent », *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc., p. 1 et s.

¹⁷⁰⁵. *Ibid.*, p. 11.

¹⁷⁰⁶. En cas de maladie d'un détenu, le gardien doit informer immédiatement la police, pour que celui-ci soit transféré sans délai à l'hôpital, Ordonnance du 20 décembre 1830, article 27, in *Code pénitentiaire*, commenté par Y. PANOUSSIS, préc., p. 213.

¹⁷⁰⁷. Décret royal du 31 décembre 1836 (art. 7), *Ibid.*, p. 220.

XIX^e, siècle décrit une situation alarmante¹⁷⁰⁸. Concernant les prisons en France, des historiens français ayant étudié la prison durant le XIX^e siècle affirment qu'elle n'a servi qu'à transférer les supplices de la place publique en un lieu obscur et caché¹⁷⁰⁹. Dès lors, les propos précités de Tocqueville, s'ils peuvent choquer, ne sont qu'un aveu. Le mauvais entretien de la santé des détenus n'est pas dû seulement à des raisons pratiques. Il est également fondé sur la conception de la peine comme une souffrance, incompatible alors avec le bien-être des détenus.

A l'heure actuelle, alors que le droit à la santé est reconnu comme un droit fondamental depuis 1948, et que la notion de « bien-être » des détenus a trouvé une place dans les textes pénitentiaires et les déclarations officielles, on constate qu'aussitôt formulées, ces intentions sont démenties par les faits.

En effet, le droit à *la possession du meilleur état de santé* comme un droit fondamental, a été reconnu dès 1948. Il figure dans le préambule de l'institution, le 7 avril 1948, au sein des Nations Unies de l'OMS (Organisation mondiale de la Santé)¹⁷¹⁰. « Le droit de jouir de la meilleure santé possible » a été réaffirmé dans le Préambule du Pacte social et pacte civil du 16 décembre 1966. En 1982, le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a instauré le *principe d'équivalence des soins* assurés aux personnes détenues avec ceux assurés aux personnes libres¹⁷¹¹. La Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit pas expressément un droit à la santé. Toutefois, ce droit est garanti, en tant qu'aspect, d'une part, du droit à la vie privée telle qu'il est consacré par son article 8¹⁷¹², et d'autre part, en tant qu'aspect contribuant au respect de la dignité au sens de l'article 3¹⁷¹³.

Les droits nationaux comme le droit grec et français reconnaissent aux détenus le droit à la santé puisque leur responsabilité peut être engagée pour faute. Cette responsabilité a été reconnue

¹⁷⁰⁸ « Je ne saurais assez blâmer cette habitude générale de croire qu'une prison doit être sombre, humide, sans lumière, comme si jamais la punition devait refuser aux poumons l'air nécessaire à la respiration de l'homme. Je dis hautement pour la centième fois qu'il n'est pas juste, équitable et sage de priver un détenu de la nourriture indispensable à la conservation de la santé... L'emprisonnement en aucun cas ne peut sans iniquité attaquer à la durée de l'existence de celui qui le supporte, garder le corps un certain temps ne veut pas dire le détruire », Benjamin APPERT, *Voyage en Grèce*, Athènes, Imprimerie royale, 1856, pp. 12-13.

¹⁷⁰⁹ Michel Foucault (*Surveiller et punir*) et Jean-Guy Petit (*Ces peines obscures, La prison pénale en France 1780-1875*), ont sans détours confirmé un tel usage.

¹⁷¹⁰ La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale.

¹⁷¹¹ « Les membres du personnel de santé, en particulier les médecins, chargés de dispenser des soins médicaux aux prisonnier(e)s sont tenus d'assurer la protection de leur santé physique et mentale et, en cas de maladie, de leur dispenser un traitement de la même qualité et répondant aux mêmes normes que celui dont bénéficient les personnes qui ne sont pas emprisonnées ou incarcérées », *Résolution 37/194 du 18 décembre 1982 sur les Principes d'éthique médicale*, Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme.

¹⁷¹² CEDH, X et Y c. Pays-Bas, n° 8978/80, 26 mars 1985, Série A n° 91, § 22 ; R 15473/89 (H.M. Klaas/RFA) 21.5.1992.

¹⁷¹³ Dans l'affaire *Hurtado*, le requérant, arrêté le 7 octobre 1989, n'a pu voir un médecin que le 13 du même mois, CEDH, *Hurtado c. Suisse*, préc.

dès 1952 par le Conseil d'Etat français, pour des soins tardifs ayant entraîné une incapacité permanente¹⁷¹⁴. Cette jurisprudence a, depuis lors, été consolidée¹⁷¹⁵.

Toutefois, malgré des améliorations, l'état de santé des détenus continue d'être préoccupant. Une étude menée en France, en 1994, par le HCSP, avait établi des tableaux cliniques noirs : 50 % souffraient de troubles mentaux, 80 % avaient besoin de soins dentaires ; le taux de prévalence du VIH était dix fois plus important qu'à l'extérieur ; 80 % étaient des fumeurs ; 30 % des alcooliques ; et 15 % des toxicomanes¹⁷¹⁶ (50 % des toxicomanes selon une autre étude¹⁷¹⁷).

Or, malgré une réforme importante en France, en 1994, ayant rattaché le système de soins des détenus au système de santé publique, et malgré les appels du CPT, la situation demeure, sur nombre d'aspects, préoccupante. Comme elle le demeure également en Grèce malgré les appels du CPT. Les droits français et grec sont marqués par de nombreuses défaillances aussi bien au regard des obligations positives, telles qu'elles sont établies par la jurisprudence européenne ainsi que par les Rapports du CPT et les Recommandations du Comité des Ministres, qu'au regard des obligations négatives.

Par ailleurs, le respect de la vie privée et de la dignité impliquent également les obligations des Etats de respecter le secret médical et le consentement des personnes malades.

Aussi, deux types d'obligations pèsent sur les Etats en matière de soins dont il conviendrait de déterminer la teneur : des obligations positives et des obligations négatives. Ces obligations comportent précisément l'obligation d'assurer des soins adéquats (**Section 1**), l'obligation de s'assurer de la compatibilité de l'état de santé avec la détention (**Section 2**), et l'obligation de respecter le secret et le consentement (**Section 3**).

SECTION 1. LES OBLIGATIONS POSITIVES VISANT A GARANTIR DES SOINS ADEQUATS

L'obligation positive des Etats dégagée par la jurisprudence européenne en matière de soins des personnes détenues est la garantie de « soins médicaux adéquats ». Dès 1993, la Commission avait clairement affirmé que cette obligation fait partie de l'obligation plus générale de « protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté » et que, dans certains cas, « le manque de soins

¹⁷¹⁴. CE 25 janv. 1952, *Vacqué, Leb.*, p. 60.

¹⁷¹⁵ Voir entre autres : CE 6 juil. 1960, *Ribot, Leb.*, p. 1124 ; CE 22 juil. 1963, veuve *Letendue, Leb.*, p. 778 ; TA Caen 4 avr. 1995, *Castel*, (cité par **J.-P. Céré**, *Prospectives sur la répartition juridictionnelle...*, *préc.*, note n°59).

¹⁷¹⁶. « Santé en milieu carcéral », Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP), *Rapport sur l'amélioration de la prise en charge sanitaire des détenus*, éd. Ecole nationale de la Santé publique, janv. 1993, p. 125.

¹⁷¹⁷. « Drogues et Prison », *Actes de journée d'études*, 22 avril 1994, *préc.*, notamment pp. 29-35.

médicaux adéquats... doit être qualifié de traitement inhumain¹⁷¹⁸. Bien que la jurisprudence européenne ait reconnu le droit à des soins adéquats dès 1993, c'est seulement à partir de 2001 que la protection de la jurisprudence européenne a commencé à être efficace (§ 1). Alors que les droits nationaux, comme le droit grec et le droit français, avaient déjà progressé dans ce sens, notamment ce dernier depuis le rattachement du système des soins des détenus au système commun de santé publique, en 1994 (§ 2).

§ 1. Les garanties européennes requises par les « soins médicaux adéquats »

Par « soins médicaux », ainsi qu'il est précisé dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe, 1997), on doit entendre toute intervention médicale effectuée dans un but de prévention, de diagnostic, de thérapie, de rééducation ou de recherche (art. 3). Les « soins médicaux adéquats » sont entendus concernant les personnes détenues dans le sens d'une qualité et d'une rapidité équivalentes à celles à l'extérieur, pour une maladie donnée, à un moment donné. Cette équivalence est exigée de la part de la Cour mais aussi de la part du Comité des Ministres, notamment dans ses Recommandations R(98)7¹⁷¹⁹ et R(2006)2¹⁷²⁰, et de la part du CPT¹⁷²¹. Cependant, le sens attribué au sein de la jurisprudence européenne à l'expression « soins adéquats » a connu une lente émergence, avant de devenir synonyme d'accès aux soins de qualité équivalente à celle à l'extérieur.

Si la Commission avait dès 1993 reconnu, dans l'affaire *Hurtado*, que les soins tardifs apportés à un détenu victime de violences policières peut, plus qu'une atteinte au droit à la santé au sens de l'article 8 de la Convention, constituer un traitement inhumain et/ou dégradant au sens de l'article 3 et ce indépendamment de leur gravité et de leurs effets¹⁷²², concernant les détenus souffrant d'une maladie, l'évolution a été plus lente. Le droit à la santé était, jusqu'en 1998, lu en négatif au sein de la jurisprudence européenne. Il était entendu au sens du droit à des soins empêchant une détérioration de la santé menaçant l'intégrité physique ou risquant de devenir irréversible. Ainsi, la Commission n'avait décelé aucun motif qui méritait un examen plus approfondi au regard de la Convention à propos : du refus de soigner un détenu souffrant de

¹⁷¹⁸ CEDH, *Hurtado c. Suisse*, préc.

¹⁷¹⁹ « La politique de santé en milieu carcéral devrait être intégrée à la politique nationale de santé et être compatible avec elle », *Rec(98)7, relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc., (règles 10 à 12).

¹⁷²⁰ « La politique sanitaire dans les prisons doit être intégrée à la politique nationale de santé publique et compatible avec cette dernière. », *Règles pénitentiaires européennes*, (règle 40.2).

¹⁷²¹ « Le service de santé pénitentiaire doit être en mesure d'assurer les traitements médicaux et les soins infirmiers, ainsi que les régimes alimentaires, la physiothérapie, la rééducation ou toute autre prise en charge spéciale qui s'impose, dans des conditions comparables à celles dont bénéficie la population en milieu libre », *CPT/Inf (93) 12, 3e rapport général d'activités du CPT*, § 38.

¹⁷²² « Le manque de soins médicaux adéquats dans une telle situation doit être qualifié de traitement inhumain », avait conclu la Cour dans l'affaire *Hurtado*, précitée. Le requérant, blessé au moment de son arrestation, n'a été autorisé à voir un médecin que sept jours plus tard. La Commission avait alors envoyé cette affaire devant la Cour pour violation de l'article 3 en raison d'« absence de soins médicaux immédiats ».

tuberculose non active, de surcroît, placé en isolement et soumis au pain et à l'eau durant deux semaines à titre de sanction disciplinaire pour avoir refusé de travailler à cause de son état de santé¹⁷²³ ; de la non-administration des soins prescrits par le médecin traitant à un détenu qui souffrait de sciatique aiguë¹⁷²⁴ ; de la non-opération d'un détenu souffrant des séquelles d'une fracture coxo-fémorale, cependant prescrite par son médecin traitant¹⁷²⁵ ; ou encore, du refus de tout traitement réclamé par un détenu examiné de loin par le médecin (à un mètre de distance)¹⁷²⁶.

Mais même après l'affaire *Hurtado* (1993), la Commission continuait d'exiger, outre la qualité des soins, également les effets sur la santé et un lien de causalité entre les soins et/ou les conditions de la détention et les effets¹⁷²⁷. Plus précisément, il fallait démontrer que les manquements constatés aient eu comme effet la détérioration de la santé et non seulement qu'ils aient rendu la détention pénible pour le détenu¹⁷²⁸. Cette détérioration devrait, de surcroît, être d'une gravité risquant de mettre en danger la vie ou l'intégrité physique de manière irréversible¹⁷²⁹. Si bien que jusqu'en 1997, la Commission n'avait déclaré aucune requête recevable concernant les questions des soins aux personnes détenues.

C'est dans l'affaire *Aerts*¹⁷³⁰ que, pour la première fois, cette instance avait retenu la violation probable de l'article 3 à propos des manquements aux soins adéquats et aux conditions de détention compatibles avec l'état de santé de l'intéressé. Celui-ci, alors qu'il souffrait de troubles mentaux sérieux, était détenu dans une prison ordinaire dépourvue d'infrastructures adaptées et de personnel qualifié¹⁷³¹. Malheureusement le Cour n'avait pas suivi la Commission. Tout en reconnaissant que les conditions de détention à l'annexe psychiatrique étaient « insatisfaisantes et inadaptées à une prise en charge adéquate », elle avait refusé de qualifier ces manquements de traitements inhumains ou dégradants, à défaut des preuves des effets néfastes¹⁷³², de surcroît, graves

¹⁷²³ D 1628/62 (X/RFA), 12.12.1963, R 12, pp. 61 et s.

¹⁷²⁴ L'examen aux rayons X n'ayant pas été possible dans l'hôpital, le détenu en question n'a pas été transféré dans un hôpital public en raison de son refus de se montrer en public avec des menottes, D 4133-69 (X/RU), R 36, pp. 61 et s.

¹⁷²⁵ D 4165/69 (X c/RFA) 25.5.1969, Rec. 34, p. 11 et s.

¹⁷²⁶ D 4149/69 (X/RFA), 13.7.1970, R 36, pp. 66 et s.

¹⁷²⁷ D 26756/95, (K.Nowowski/Pologne), 29.11.95 ; D 21915/95 (Lucanov/Bulgarie), 12.1.95, DR 80-A, p. 125.

¹⁷²⁸ « Tout en reconnaissant que la détention du requérant pouvait être pénible compte tenu de son état de santé, considère toutefois que le degré de sévérité requis pour l'application de l'article 3 de la Convention n'est pas atteint en l'espèce », (Pour un problème de foie initialement), D 24112/94 (*Krysinski c. Pologne*), 9.4.1997.

¹⁷²⁹ Affaire irrecevable, car le collège des médecins invité à se prononcer, a estimé qu'il n'y avait pas de danger pour sa vie. La personne bénéficiait d'un traitement hormonal de la thyroïde et d'un suivi psychiatrique, D 31368/96 (D. T. /Pologne) 21.5.1997.

¹⁷³⁰ R 25357/94, (*Aerts c. Belgique*), 20.5.1997.

¹⁷³¹ « La Commission rappelle aussi sa jurisprudence selon laquelle on peut parler de traitement inhumain lorsque la détention en tant que telle est la cause du mauvais état de santé. L'Etat, tout en prenant dûment en compte les exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement, est tenu de contrôler en permanence les conditions de détention de manière à garantir la santé et le bien-être de tous les prisonniers », *Ibid.*

¹⁷³² Alors qu'elle avait reconnu qu'il « est déraisonnable d'attendre d'une personne se trouvant dans un état sérieux de déséquilibre mental qu'elle donne une description détaillée ou cohérente de ce qu'elle a souffert lors de sa détention », CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 66.

dus à ces défaillances¹⁷³³. Elle avait réitéré ce raisonnement, en 2000, dans l'arrêt *Kudla* portant sur des griefs similaires¹⁷³⁴.

C'est en 2001, à l'occasion de l'affaire *Keenan*, que la Cour a changé sa jurisprudence en cette matière. Cette affaire concernait également les soins assurés à un détenu souffrant de troubles mentaux et dont la gravité des effets ne tolérait pas de doutes, puisque la personne s'était suicidée. La Cour avait retenu le lien de causalité en se fondant principalement sur le simple constat des manquements et non sur le lien de causalité. Actuellement, ce sont les principes tels qu'ils sont notamment dégagés depuis cette affaire qui régissent les obligations qui pèsent sur les Etats en matière de soins à l'égard des personnes détenues. Elles sont composées d'un tronc commun à tout type de problèmes de santé (A), pour comprendre des mesures supplémentaires concernant certains problèmes de santé, comme les maladies mentales, la toxicomanie, le VIH et autres maladies transmissibles (B).

A. Le tronc commun des garanties

Le tronc commun des garanties est régi par le principe d'équivalence des soins (1) dont il importe de préciser le contenu précis (2).

1. Le principe d'équivalence des soins

« L'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance, inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis ». Cette phrase constitue le *leitmotiv* dans le raisonnement de la Cour relatif à des griefs concernant la santé¹⁷³⁵.

Outre les soins médicaux « requis¹⁷³⁶ » et « appropriés¹⁷³⁷ » et, en général, les « soins adéquats », la Cour souligne que la garantie de la santé et du bien-être impliquent également des

¹⁷³³ *Ibid.*

¹⁷³⁴ CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc., §§ 99-100.

¹⁷³⁵ CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 186. Voir CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 64 ; CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 94, CEDH 2000-XI ; CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 46 ; *Sakkopoulos c. Grèce*, n° 61828/00, CEDH 2004-I, § 37 ; CEDH, *Mouiel c. France*, préc., § 40 ; CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 78 ; D n° 20644/92, (*Reggiani/Italie*), 05.07.1994 ; CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, n° 4672/02, CEDH 204-XII, § 51 ; *Tekin Yildiz c. Turquie*, n° 22913/04, CEDH 2005-XI, § 71.

¹⁷³⁶ CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 78 ; CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., § 38 ; CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 46 ; CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., § 37. Voir CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 64 et s. ; CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI, § 94.

conditions de détention adéquates : « Le manque de soins médicaux appropriés, et, plus généralement, la détention d'une personne malade dans des conditions inadéquates, peut en principe constituer un traitement contraire à l'article 3¹⁷³⁸ ». Ces deux précisions signifient que les soins, comme les conditions de détention, doivent garantir la protection de la santé et du bien-être de manière équivalente à l'extérieur, en tenant toutefois compte du contexte carcéral, précisa la Cour¹⁷³⁹. Ainsi, a-t-elle estimé que tous les souhaits et préférences des détenus concernant les traitements médicaux ne peuvent pas être satisfaits : « Les nécessités pratiques d'une détention légitime peuvent imposer des restrictions que le détenu doit accepter »¹⁷⁴⁰. Quoiqu'il en soit, même s'il est impossible d'améliorer l'état de santé, des soins qui empêchent ou limitent son aggravation et ses souffrances doivent toujours être assurés¹⁷⁴¹. Il convient alors de préciser les aspects constitutifs des « soins adéquats » en prison.

2. Les garanties précises

Les « soins requis », « adéquats » ou « appropriés »¹⁷⁴², bref quel que soit le terme utilisé par la Cour, signifient que, aussi bien l'absence des soins¹⁷⁴³, les retards¹⁷⁴⁴, les omissions¹⁷⁴⁵ ou les négligences¹⁷⁴⁶, que leur qualité peuvent, suivant la nature de la maladie et l'urgence des soins requis, constituer des manquements constitutifs de traitement inhumain ou dégradants. Selon la jurisprudence européenne, la nature des soins adéquats implique précisément les garanties suivantes.

¹⁷³⁷ D° 20644/92, (*Reggiani/Italie*), préc. ; CEDH, *Gelfman c. France*, préc., § 59, § 52

¹⁷³⁸ Voir, par exemple, CEDH, *İlhan c. Turquie* [GC], préc., CEDH 2000-VII, § 87 ; CEDH, CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, préc., § 112 ; CEDH, *Farbutus c. Lettonie*, préc., § 51 ; CEDH, *Rivière c. France*, n° 33834/05, CEDH 2006-VII, § 7.

¹⁷³⁹ « Tout particulièrement, les conditions de détention d'une personne malade doivent garantir la protection de la santé du prisonnier, eu égard aux contingences ordinaires et raisonnables de l'emprisonnement », CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., §§ 37-38. Voir CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 64 ; CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc., § 24 ; CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 46 ; CEDH, *Melnik c. Ukraine*, préc., § 10 ; CEDH, *Matinov c. Pays-Bas*, préc., § 36 ; CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 64 et s.

¹⁷⁴⁰ CEDH, *Matinov c. Pays-Bas*, préc., § 186.

¹⁷⁴¹ « Enfin, la Cour a examiné le grief selon lequel les autorités n'en ont pas fait assez ou n'ont pas agi assez rapidement, pour soigner les symptômes de sevrage de l'héroïne présentés par Judith McGlinchey ou pour empêcher ses souffrances ou une aggravation de son état », CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc.

¹⁷⁴² Ces soins ne peuvent pas passer ni pour adéquats ni appropriés compte tenu de ses maladies et la grève de la faim, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc., §§ 100-106.

¹⁷⁴³ CEDH, *Boicenco c. Moldova*, n° 41088/05, CEDH 2006-VII ; CEDH, *İlhan c. Turquie* [GC], préc., § 87 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 111.

¹⁷⁴⁴ CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Melnik c. Ukraine*, préc., §§ 105-106. « La Cour rappelle que l'obligation de protection de la santé des Etats à l'égard des personnes détenues ou arrêtées « implique de dispenser avec *diligence des soins médicaux* lorsque l'état de santé de la personne le nécessite afin de prévenir une issue fatale », CEDH, *Saoud C. France*, n° 9375/02, CEDH, 2007-X, § 98.

¹⁷⁴⁵ Pas d'examen pendant six mois alors que la personne était en grève de la faim et souffrait d'eczéma et de gale, CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc.

¹⁷⁴⁶ « Quant à la qualité des soins dispensés au requérant, la Cour note d'emblée que le requérant ne se plaint pas de traitements de la part des autorités nationales visant expressément à l'humilier mais plutôt des omissions, des retards et des négligences de leur part », CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., §§ 40-41.

L'accès à un médecin dès le début de l'incarcération. Cette garantie est exigée par la Cour¹⁷⁴⁷ mais également par d'autres instruments européens : les Règles pénitentiaires européennes de 2006¹⁷⁴⁸ ; la Recommandation (R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire¹⁷⁴⁹ ; et les normes du CPT formulées dans ses Rapports d'activités généraux¹⁷⁵⁰.

L'accès effectif et rapide au médecin tout au long de la détention. Que se soit à la demande des personnes détenues ou sur signalement des autorités pénitentiaires ainsi que de toute autre personne agissant dans l'intérêt d'un détenu, celui-ci doit pouvoir avoir accès à un médecin tout au long de sa détention, sans entraves ni retards¹⁷⁵¹, y compris, dans certains cas, de courts retards¹⁷⁵². La même recommandation est également faite par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁷⁵³ et par le CPT¹⁷⁵⁴. Avec cette précision supplémentaire de la part du CPT qui, grâce à ses visites, a

¹⁷⁴⁷ La Cour a déclaré à propos d'un examen médical qui n'a eu lieu qu'un mois et demi après l'incarcération d'une personne pour soigner un eczéma d'origine microbienne : « La Cour considère que l'absence ou retard d'un tel examen constitue un manquement aux soins adéquats », CEDH, *Nevmerzhiisky c. Ukraine*, préc., §§ 100-106.

¹⁷⁴⁸ « Le médecin ou un(e) infirmier(ère) qualifié(e) dépendant de ce médecin doit voir chaque détenu le plus tôt possible après son admission et doit l'examiner, sauf si cela n'est manifestement pas nécessaire », (règle 42.1).

¹⁷⁴⁹ Lors de leur admission dans un établissement pénitentiaire et ultérieurement, pendant leur séjour, les détenus devraient avoir accès, si leur état de santé le nécessite, à tout moment et sans retard, à un médecin ou à un(e) infirmier(ère) diplômé(e), quel que soit leur régime de détention. Tous les détenus devraient bénéficier d'une visite médicale d'admission. L'accent devrait être mis sur le dépistage des troubles mentaux, l'adaptation psychologique à la prison, les symptômes de sevrage à l'égard des drogues, des médicaments ou de l'alcool et les affections contagieuses et chroniques. *Rec(98)7, relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc.

¹⁷⁵⁰ « 33 Dans les rapports établis à ce jour, le CPT a recommandé que chaque détenu nouvellement arrivé bénéficie d'un entretien avec un médecin et, si nécessaire, soit soumis à un examen médical aussi tôt que possible après son admission ». CPT, *Inf (93) 12, 3e rapport général d'activités du CPT*, préc.

¹⁷⁵¹ Ainsi, dans l'arrêt *Nevmerzhiisky*, outre le retard d'un mois et demi pour soigner un eczéma et la gale, la Cour a également condamné l'absence de soins pendant six mois alors que le requérant poursuivait une grève de la faim : « Ces soins ne peuvent pas passer ni pour adéquats ni appropriés compte tenu de ses maladies et la grève de la faim », CEDH, *Nevmerzhiisky c. Ukraine*, préc., §§ 100-106. Dans l'affaire *Popov*, cette instance a retenu la violation de l'article 3 à cause de l'absence, pendant un an et demi, de soins périodiques prescrits par les médecins à une personne détenue souffrant d'un cancer de la vessie pour laquelle il avait subi une ablation de la tumeur cancéreuse et une chimiothérapie postopératoire. La Cour a estimé que les autorités pénitentiaires auraient dû prendre sans délai les dispositions médicales appropriées, CEDH, *Popov c. Russie*, préc.

¹⁷⁵² Ainsi, l'absence des soins pendant quinze jours d'une personne victime d'un traumatisme crânien, CEDH, *Boicenco c. Moldovie*, préc. Dans les affaires *Hurtado c. Suisse* et *Keenan c. R.U.*, précitées, cette instance a jugé que s'agissant de violences physiques, des retards même courts, en l'occurrence de sept jours, peuvent constituer une violation de l'article 3. Comme peut en constituer, le retard d'une hospitalisation pendant un week-end alors que l'état de la personne nécessitait une hospitalisation urgente, en l'occurrence pour faire face aux symptômes du sevrage d'une héroïnomanie qui s'est déshydratée rapidement au point d'entraîner sa mort, une semaine seulement après son incarcération, CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., §§ 52-58.

¹⁷⁵³ Dans les *Règles pénitentiaires européennes*, 2006 : « Le médecin ou un(e) infirmier(ère) qualifié(e) dépendant de ce médecin doit examiner les détenus s'ils le demandent avant leur libération et doit sinon examiner les détenus aussi souvent que nécessaire » (règle 42.2) ; « Le médecin doit être chargé de surveiller la santé physique et mentale des détenus et doit voir, dans les conditions et au rythme prévus par les normes hospitalières, les détenus malades, ceux qui se plaignent d'être malades ou blessés, ainsi que tous ceux ayant été spécialement portés à son attention », (règle 43.1) ; et dans la Recommandation *Rec(98)7, relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc.

¹⁷⁵⁴ « 34. Pendant son incarcération, un détenu doit en tout temps pouvoir recourir à un médecin, quel que soit le régime de détention auquel il est soumis (en ce qui concerne plus particulièrement l'accès au médecin pour

une meilleure connaissance de la réalité carcérale : « Le personnel de surveillance ne doit pas trier les demandes de consulter un médecin »¹⁷⁵⁵. En cas d'usage de la force, les soins doivent être rapides. Cette garantie reconnue dès l'affaire *Hurtado* (1993), a été affirmée dans une affaire concernant des détenus victimes de violences de la part des co-détenus (arrêt *Pantea*, 2003¹⁷⁵⁶).

L'accès à un traitement médical adéquat. Cela signifie un traitement de qualité équivalente à l'extérieur et révisé régulièrement pour l'ajuster à l'évolution de l'état de santé, ainsi qu'une administration conforme aux prescriptions médicales¹⁷⁵⁷. Cela implique aussi une hospitalisation d'une durée nécessaire par l'état de la santé. Ainsi, autoriser le transfert d'une personne un jour après son opération pour perforation d'un ulcère duodéal et d'une péritonite, alors même que le patient présentait des complications post-opératoires qui commandaient une surveillance stricte et une éventuelle nouvelle intervention, a constitué un traitement inhumain¹⁷⁵⁸. D'autant plus que ces manquements ont provoqué le décès de la personne.

Des garanties supplémentaires au regard de la gravité et des risques de certaines maladies. Certaines peuvent demander des soins ou des conditions de détention adaptés telles que : une *surveillance constante et stricte*¹⁷⁵⁹, y compris le week-end¹⁷⁶⁰, (comme dans des cas de déshydratation qui peuvent nécessiter des soins d'urgence, notamment une hospitalisation¹⁷⁶¹), un *traitement pharmaceutique régulier et une alimentation adaptée* (notamment dans des cas de problèmes cardiaques, de diabète¹⁷⁶², de toxicomanie¹⁷⁶³, du VIH¹⁷⁶⁴, de tuberculose¹⁷⁶⁵), des

les prisonniers placés à l'isolement. L'organisation du service de santé doit permettre de répondre aux demandes de consultation aussi rapidement que nécessaire, CPT/Inf (92)3, *2e Rapport général d'activités*, préc., § 56.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, § 54.

¹⁷⁵⁶ « Plus encore, la Cour relève qu'une dizaine de jours seulement après l'incident ayant entraîné chez le requérant les fractures d'une côte et de la pyramide nasale, ce dernier a été transporté dans un wagon pénitentiaire, durant plusieurs jours et à plusieurs centaines de kilomètres du lieu de détention, dans des conditions que le Gouvernement n'a pas contestées, et ce en dépit du fait que le requérant s'était vu prescrire par les médecins de se reposer », CEDH, *Pantea c. Roumanie*, préc., § 86.

¹⁷⁵⁷ CEDH, *McClinchey et autres c. R.U.*, préc. Voir CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc.

¹⁷⁵⁸ CEDH, *Tarariyeva c. Russie*, préc., § 88.

¹⁷⁵⁹ « Un état de stupeur (provoquée de surcroît par les violences policières lors de l'arrestation) est très grave et exige des soins rapides, constants et une surveillance stricte. Or cette personne a été détenue dans une prison ordinaire pendant quinze jours et qu'il n'est pas démontré qu'il y ait reçu de quelconques soins médicaux et ne disposant pas d'information sur le reste de la période de sa détention, la Cour a conclu à l'absence de tout traitement médical adéquat et donc violation de l'article 3 », CEDH, *Boicenco c. Moldovie*, préc. Voir aussi CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., §§ 40-41.

¹⁷⁶⁰ CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 57.

¹⁷⁶¹ « L'état de la prisonnière ne fut pas surveillé par un médecin au cours du week-end, période pendant laquelle son poids baissa encore sensiblement, et les autorités carcérales omirent de prendre des mesures plus efficaces pour soigner l'intéressé. Elles auraient pu par exemple l'envoyer à l'hôpital afin de permettre l'administration de médicaments et de liquides par la voie intraveineuse, ou chercher à obtenir l'assistance de personnes plus compétentes pour enrayer les vomissements. », CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 57.

¹⁷⁶² « La Cour constate que pendant sa détention provisoire, qui dura neuf mois et dix-neuf jours, le requérant resta tant dans un hôpital civil que dans le dispensaire de la prison de Korydallos. Des certificats médicaux des médecins qui ont examiné et soigné le requérant font ressortir que celui-ci était sous contrôle médical et

conditions d'hébergement et d'hygiène adaptées¹⁷⁶⁶ ou encore une surveillance stricte de la perte de poids¹⁷⁶⁷, l'évitement des sanctions entraînant la privation d'accès à une alimentation équilibrée dans le cas, par exemple de la tuberculose¹⁷⁶⁸, ainsi que la *dispense des obligations qui ajoutent de la fatigue* à celle provoquée par la maladie (comme l'obligation d'une personne souffrant de l'hépatite chronique C et de virémie¹⁷⁶⁹ de travailler ou se mettre en rang dans la cour de promenade¹⁷⁷⁰).

Une *hospitalisation*. Tel doit être le cas lorsqu'il faut subir une opération chirurgicaleⁱ, assurer des soins complexes¹⁷⁷¹ ou assurer simplement des soins optimaux dans un milieu hospitalier pourvu d'un équipement matériel et humain adéquat¹⁷⁷². Cette garantie va de soi également pour le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁷⁷³ et pour le CPT¹⁷⁷⁴.

S'agissant d'hospitalisations, tant la Cour que le CPT ou les Règles pénitentiaires ont dû apporter certaines précisions quant aux modalités de leur déroulement. Elles doivent avoir lieu dans des *conditions de sécurité pour la santé* équivalentes à celles des transferts par ambulance à l'extérieur. Ainsi, la Cour a condamné le fait qu'une personne qui venait de subir une opération critique, a été transférée vers la prison dans un fourgon cellulaire ordinaire couché sur des matelas, de surcroît à plus de 100 kilomètres et seulement un jour après l'opération¹⁷⁷⁵. Par ailleurs, *le port des menottes* et autres entraves, outre le fait d'être dégradant, peut être inhumain. Cela dit, l'usage de menottes et d'entraves n'est pas interdit par la Cour. Seules les conditions de leur usage peuvent être

pharmaceutique régulier et qu'il recevait une alimentation adaptée à son état de santé », CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., §§ 40-41.

¹⁷⁶³ CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 51.

¹⁷⁶⁴ *Gelfmann c. France*, n°25875/03, CEDH 2004-XII ; CEDH, *I. T. c. Roumanie* (déc.), n°40155/02, CEDH 2005-XI.

¹⁷⁶⁵ CEDH, *Gorodnitchev c. Russie*, n°52058/99, CEDH 2007-V.

¹⁷⁶⁶ Exemple dans le cas de tuberculose, dont il était question dans l'affaire *Melnik*, CEDH, *Melnik, c. Ukraine*, précitée, §§ 105-111.

¹⁷⁶⁷ Facteur qui doit alerter la prison sur la gravité de l'état d'une personne qui souffre des vomissements, ce qui comporte des risques de déshydratation, CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 57.

¹⁷⁶⁸ CEDH, *Gorodnitchev c. Russie*, préc.

¹⁷⁶⁹ L'hépatite C, nota la Cour, provoque généralement chez ceux qui en sont atteints une fatigue chronique, des douleurs abdominales, articulaires et musculaires, un état pathologique et une faiblesse physique généralisé.

¹⁷⁷⁰ CEDH, *Testa c. Croatie*, n° 20877/04, CEDH 2007-VII.

¹⁷⁷¹ Par exemple dans le cas d'une personne tombée dans le coma, suite à son arrestation musclée, (CEDH, *Boicenco c. Moldovie*, préc.), dans le cas du sevrage d'un héroïnomanie (CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc.), ou du traitement d'un eczéma d'origine microbienne (CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc., §§ 100-106).

¹⁷⁷² CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc.

¹⁷⁷³ « Les détenus malades nécessitant des soins médicaux particuliers doivent être transférés vers des établissements spécialisés ou vers des hôpitaux civils, lorsque ces soins ne sont pas dispensés en prison », *Règles pénitentiaires européennes*, 2006 (règle 46.1.3). « Lorsque l'état de santé des détenus exige des soins qui ne peuvent être assurés en prison, tout devrait être mis en œuvre afin que ceux-ci puissent être dispensés en toute sécurité dans des établissements de santé en dehors de la prison », *Rec(98)7, relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc.

¹⁷⁷⁴ « 36. Le soutien direct d'un service hospitalier bien équipé doit être garanti, soit dans un hôpital civil, soit dans un hôpital pénitentiaire. » *CPT/Inf(93)12*, 3e rapport général d'activités, préc.

¹⁷⁷⁵ CEDH, *Tarariyeva c. Russie*, préc., § 117.

constitutives de mauvais traitements¹⁷⁷⁶. S'agissant de leur port par des personnes en cours d'hospitalisation, cette appréciation, outre le risque de fuite et la dangerosité de la personne, doit tenir compte notamment de l'état de santé de la personne, de la nature du traitement ou de l'opération qu'elle doit subir. Ainsi, n'est pas a priori justifié par des risques de fuite, le port d'entraves par des personnes âgées, des personnes souffrant de maladies handicapantes ou affaiblissant leur mobilité et par les femmes en état de grossesse avancé. Au-delà du problème de la justification, le port d'entraves peut aggraver la souffrance de la personne. La Cour a, par exemple, estimé que les menottes ou autres entraves génèrent une souffrance supplémentaire à l'accouchement ou au traitement médical¹⁷⁷⁷. Il importe à ce propos de souligner que le CPT recommande d'interdire simplement et purement le recours aux entraves consistant à attacher le patient au lit de l'hôpital ou à un autre mobilier¹⁷⁷⁸. Il conseille que, de manière générale, le transport des patients détenus soit effectué « dans des délais » et « dans des conditions » qui « tiennent pleinement compte de leur état de santé »¹⁷⁷⁹.

En revanche, les soins adéquats ne vont pas jusqu'à assurer le libre choix entre les soins à l'hôpital et les soins en prison. Cela dit, cette question était posée à la Cour de manière inhabituelle de la part d'un détenu. Souffrant de douleurs de dos et nécessitant des soins d'un physiothérapeute, il

¹⁷⁷⁶ Dans l'arrêt *Henaf c. France*, précité, § 48, la Cour a rappelé que « le port de menottes ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une détention légale et n'entraîne pas l'usage de la force, ni l'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire ». A cet égard, il importe de considérer notamment le *risque de fuite* ou de *blessure ou dommage* (comme dans l'arrêt *Raninen c. Finlande*, préc., § 56), ainsi que le *contexte en cas de transfert et de soins médicaux en milieu hospitalier* (comme dans l'arrêt *Mouisel c. France*, précité, § 47 et § 47).

¹⁷⁷⁷ Ainsi à propos de l'entrave au lit, la veille d'une opération chirurgicale pour des ganglions au niveau de la gorge. Un détenu âgé de soixante-quinze ans, la Cour a jugé, compte tenu de l'âge du requérant, de son état de santé et de l'absence d'antécédents faisant sérieusement craindre un risque pour la sécurité, la mesure d'entrave était disproportionnée au regard des nécessités de la sécurité, et a, donc, constitué un *traitement inhumain*, CEDH, *Henaf c. France*, préc., § 59. Dans l'affaire *Mouisel*, cette instance a également jugé inhumain le port de menottes durant une séance de chimiothérapie. L'inconfort de ce traitement associé à la faiblesse physique de l'intéressé rend disproportionné le recours à ce moyen de contrainte, même si cette personne avait un passé judiciaire. D'autant plus qu'au regard de ses antécédents, les nécessités de la sécurité ne pouvaient pas justifier un tel traitement, CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 47. La Cour a retenu la même qualification dans l'affaire *Tarariyeva* : la victime fut attachée à son lit d'hôpital, le lendemain d'une opération interne complexe et alors qu'elle était sous perfusion et ne pouvait se lever seule. De surcroît, des policiers étaient postés dans la chambre et à la porte de la chambre de l'hôpital. Il n'y avait donc aucun risque de fuite et de danger pour l'intégrité d'autrui, CEDH, *Tarariyeva c. Russie*, préc., § 111.

¹⁷⁷⁸ « En cas de recours à un hôpital civil, la question des mesures de sécurité se pose. A cet égard, le CPT souhaite insister sur le fait que les détenus envoyés dans un hôpital pour y recevoir un traitement ne doivent pas être attachés à leurs lits ou à d'autres éléments du mobilier afin d'assurer la sécurité. D'autres moyens de satisfaire aux exigences de sécurité peuvent et doivent être mis en œuvre, comme la création d'une unité carcérale au sein de tels hôpitaux constitue une des solutions possibles », CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités*, préc., § 36. Cet organe a fait la même recommandation à la France dans son rapport relatif à la visite en France effectuée du 14 au 26 mai 2000 (cité dans les arrêts *Henaf c. France*, précité et *Mouisel c. France*, précité).

¹⁷⁷⁹ « Lorsqu'un transfert ou une consultation spécialisée en milieu hospitalier est nécessaire, le transport des patients détenus doit être effectué dans des délais et dans des conditions qui tiennent pleinement compte de leur état de santé », CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités*, préc., § 37.

préférerait qu'un tel spécialiste vienne le soigner en prison parce que les déplacements à l'hôpital lui étaient pénibles¹⁷⁸⁰.

Enfin, quant à *l'accès à des soins privés* (médecin ou hôpital privé), alors qu'il est un droit indéniable pour toute personne, la Commission n'avait pas reconnu que la Convention garantisse un tel droit aux détenus¹⁷⁸¹. C'est seulement en 2005 que la Cour a reconnu aux détenus le droit à un médecin privé en déclarant que « l'examen par un médecin spécialiste indépendant des autorités carcérales constitue une importante garantie contre les abus physiques ou mentaux des détenus »¹⁷⁸². Elle a reconnu ce droit sous une double condition : la prise en charge de toutes les dépenses supplémentaires non justifiées par des exigences médicales avérées par l'intéressé et l'exigence d'une licence valable d'exercer dans le pays concerné. Mais ces conditions ne devraient pas avoir comme résultat un déni d'examen et de conseil médical rapide et adéquat¹⁷⁸³.

Quant à *l'hospitalisation dans des hôpitaux privés ou à domicile* (ce qui implique une suspension de l'exécution de la peine privative de liberté en milieu carcéral), la Commission avait estimé qu'un tel transfert ne constitue pas une obligation des Etats « même si le détenu souffre d'une maladie particulièrement difficile à traiter »¹⁷⁸⁴. La Cour a fait avancer cette jurisprudence. Mais cette question nous amène à celle de la capacité à la détention. Avant de l'examiner, il convient de compléter le raisonnement de la Cour par rapport aux soins assurés durant sa détention.

Or à ce propos, il importe de souligner une autre limite au principe d'équivalence de soins. Pour qu'un des manquements, omissions ou négligences, aux obligations positives présentées soit constitutif de mauvais traitements, il ne suffit pas de constater un écart par rapport aux soins à l'extérieur ou aux soins requis compte tenu des exigences normales et raisonnables de la détention. Encore faut-il établir que les manquements aient entraîné des effets nuisibles pour la santé d'une gravité atteignant le seuil requis par l'article 3 et qu'il y ait un lien de causalité entre ces effets et les manquements¹⁷⁸⁵. En effet la qualification de tels manquements de traitements inhumains ou dégradants est la résultante d'une appréciation globale d'un ensemble d'éléments dans une affaire donnée, notamment : de l'état de santé, de la qualité des conditions de détention et des soins

¹⁷⁸⁰ La Cour, tout en soulignant qu'un traitement dans un hôpital ordinaire qui dispose des équipements adéquats et du personnel qualifié permet de bénéficier des soins répondant aux mêmes standards que la population générale, a accepté d'examiner si cette demande était toutefois nécessaire par l'état de santé de l'intéressé. Elle a ainsi laissé entendre que dans certaines circonstances, un tel choix pourrait être accordé, CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 193.

¹⁷⁸¹ D 7289/75 (X et Y c. Suisse), D.R. 9, p. 76. En 1998, la Recommandation *Rec(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire* a prévu cette possibilité mais seulement pour les prévenus (n°17). Pour les condamnés, elle a simplement prévu la possibilité de solliciter un deuxième avis médical (n°17).

¹⁷⁸² CEDH, *Mathew c. Pays-Bas*, préc., § 187.

¹⁷⁸³ *Ibid.*

¹⁷⁸⁴ D 26756/95, (K.Nowojski/Pologne), 29.11.95.

¹⁷⁸⁵ CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 51.

administrés, des effets des manquements des Etats sur la santé. Ainsi les retards ou omissions peuvent ne pas être répréhensibles au regard de l'article 3 s'ils n'ont pas été accompagnés d'effets nuisibles pour la santé¹⁷⁸⁶.

En revanche, un diagnostic tardif de la tuberculose, accompagné de retards dans les soins mais aussi des soins inadaptés est constitutif de mauvais traitements compte tenu de la gravité de cette maladie et des risques pour la santé¹⁷⁸⁷. De même une hospitalisation tardive soldée par la mort, comme cela fut le cas dans l'affaire *McGlinchey et autres*, où la victime a été morte au bout de cinq jours de son incarcération à cause d'une déshydratation aiguë due à son sevrage sec (non accompagné des produits de substitution), constitue un traitement inhumain et dégradant¹⁷⁸⁸.

B. Les garanties supplémentaires concernant certains types de maladies

Eu égard à la jurisprudence européenne, les troubles mentaux (1), mais aussi les maladies du VIH et, en général, les maladies transmissibles, nécessitent des mesures ou des soins supplémentaires (2).

1. Les troubles mentaux

Tout en rappelant le droit des malades mentaux à des conditions de détention conformes à la dignité et au droit à la santé et au bien-être¹⁷⁸⁹, la jurisprudence souligne les facteurs propres à la maladie mentale dont les autorités nationales doivent tenir compte dans les exigences des soins.

Tout d'abord, *la nature de cette maladie* nécessite un encadrement et un suivi par un personnel médical spécialisé¹⁷⁹⁰. Cela nécessite l'accès à des consultations psychiatriques, et non à des généralistes au moment de l'arrivée en prison et, par la suite, de manière régulière afin de

¹⁷⁸⁶ « En tout état de cause, à supposer que les autorités pénitentiaires puissent être considérées comme responsables d'omissions et de retards, la Cour relève que ceux-ci n'ont pas eu de conséquences atteignant le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la Convention. », CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., § 43. De même à propos du traitement d'un malade du VIH, la Cour tout en « relevant l'existence de *certaines défaillances* dans le respect par les autorités de leur obligation positive d'assurer à l'intéressé les soins médicaux requis, aussi bien en ce qui concerne le régime alimentaire que le traitement médicamenteux », constate que l'état de santé du requérant ne s'est pas détérioré en prison. « Bien que blâmables », et même si ces défaillances « ont pu provoquer chez le requérant une certaine détresse et les autorités en sont responsables », elles n'ont pas atteint un niveau de gravité suffisant pour entrer dans le champs d'application de l'article 3 de la Convention, a-t-elle estimé, CEDH, *I. T. c. Roumanie*, préc.

¹⁷⁸⁷ La Cour a statué dans ce sens dans l'affaire *Melnik*, ayant constaté que la tuberculose du requérant n'ayant pas été décelée rapidement, si bien qu'il n'a pas été isolé ni n'a reçu en temps utile le traitement dont elle avait besoin, CEDH, *Melnik c. Ukraine*, préc., §§ 105-106.

¹⁷⁸⁸ CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc., § 57.

¹⁷⁸⁹ CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc., § 94 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 111 ; CEDH, *Rivière c. France*, préc., § 62, § 74.

¹⁷⁹⁰ CEDH, *Rivière c. France*, préc., § 76.

réviser, si nécessaire, le traitement¹⁷⁹¹. Le mieux, précise le Comité des Ministres, serait la présence d'une équipe psychiatrique dans chaque établissement ; à défaut, des consultations devraient être assurées par un psychiatre hospitalier ou privé¹⁷⁹². Ce type de problèmes de santé peut aussi nécessiter le transfert rapide dans un milieu hospitalier équipé de manière adéquate et doté d'un personnel qualifié¹⁷⁹³. Cette structure, précise le CPT¹⁷⁹⁴ et le comité des Ministres¹⁷⁹⁵, pourrait être soit un hôpital psychiatrique civil, soit une unité psychiatrique spécialement équipée, établie au sein du système pénitentiaire¹⁷⁹⁶. De surcroît, les transferts doivent avoir lieu rapidement. Ayant constaté l'existence « trop souvent d'un délai d'attente prolongé lorsqu'un transfert est devenu nécessaire », le CPT recommande dès 1993 que « le transfert de la personne en question dans une unité psychiatrique doit être considéré comme une question hautement prioritaire¹⁷⁹⁷ ».

Ensuite, *la vulnérabilité de ces personnes* nécessite des conditions de vie et des traitements adaptés¹⁷⁹⁸. Car leur vulnérabilité peut avoir comme conséquence d'exacerber dans une certaine mesure les sentiments de détresse, d'angoisse et de crainte¹⁷⁹⁹. Il faut également tenir compte de leur incapacité à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court des effets d'un traitement donné¹⁸⁰⁰. Aussi cette maladie demande-elle des soins particuliers et des mesures particulièrement adaptées en vue d'assurer la compatibilité de leur maintien en détention avec les exigences d'un traitement humain¹⁸⁰¹. Certes elle demande d'éviter de soumettre ces personnes à un stress supplémentaire en recourant par exemple à des sanctions disciplinaires, car elles sont susceptibles « d'ébranler sa résistance physique et morale¹⁸⁰² ».

En raison de la nature de cette maladie et de la vulnérabilité de ces personnes, la Cour n'exige plus la preuve ni de la gravité des effets ni du lien de causalité¹⁸⁰³. La violation de l'article 3

¹⁷⁹¹ Ainsi, dans l'affaire *Keenan*. La Cour a été frappée d'une part, par la rareté des notes consignées dans le dossier médical, ce qui montre une « volonté insuffisante de rendre compte de manière complète et détaillée de son état mental et de l'efficacité de tout processus de surveillance ou de contrôle ». De l'autre part, cette instance a été frappée par l'absence d'un contrôle par un psychiatre. Si bien qu'un traitement administré par un généraliste a eu comme effet d'aggraver l'état de la victime, CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., §§ 114-115.

¹⁷⁹² *Rec(98)7, relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc.

¹⁷⁹³ Thèse de la Cour dans l'arrêt *Naoumenko* (précité, § 94), et l'arrêt *Rivière* (précité, § 72), et référence à la *Rec(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc.

¹⁷⁹⁴ CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités*, préc.

¹⁷⁹⁵ *Règles pénitentiaires européennes, 2006* (règle 47.1).

¹⁷⁹⁶ CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités*, préc.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*

¹⁷⁹⁸ En particulier, leur vulnérabilité doit être pris en compte avant d'appliquer des sanctions disciplinaires, CEDH, *Rivière c. France*, préc., § 63.

¹⁷⁹⁹ Voir CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 sept. 1992, Série A n° 244, § 82 ; CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 66 ; CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc., § 99 ; CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 111 ; CEDH, *Rohde c. Danemark*, préc., § 99.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*

¹⁸⁰¹ CEDH, *Rivière c. France*, préc.

¹⁸⁰² CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 116.

¹⁸⁰³ Contrairement aux maladies physiques et à la jurisprudence dans l'arrêt CEDH, *Aerts c. Belgique*, et l'arrêt *Kudla c. Pologne* précités, il n'est plus, depuis l'arrêt *Keenan*, exigé d'établir un tel lien. La Cour a déclaré à l'occasion de cette dernière affaire : « S'il est vrai que la gravité de la souffrance, physique ou mentale,

peut résider dans le simple constat de « graves lacunes » dans les soins médicaux prodigués à un malade mental comme une surveillance inefficace et l'absence de consultation des spécialistes en psychiatrie à l'égard d'un détenu souffrant de tels troubles et dont on connaissait les tendances suicidaires¹⁸⁰⁴. Elle n'exige pas non plus d'établir forcément un lien de causalité. Ainsi, dans l'affaire *Keenan*, tout en relevant qu'il n'avait pas été établi avec certitude dans quelle mesure cela a été la conséquence des conditions de détention¹⁸⁰⁵, elle avait conclu à la violation de l'article 3 en qualifiant la sanction de mitard, infligée à cette personne, de traitement et de peines inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention¹⁸⁰⁶.

2. Les maladies transmissibles

Comme l'a souligné le CPT, en 2000, si la propagation des maladies transmissibles et, notamment, de la tuberculose, de l'hépatite et du VIH/SIDA est devenue une préoccupation de santé publique majeure dans un certain nombre de pays européens, elles sont devenues un « problème dramatique » pour certains systèmes pénitentiaires¹⁸⁰⁷. Ainsi, selon le CICR, la tuberculose est une des causes majeures de maladie et de mort dans les prisons : la prévalence en prison est plus élevée qu'ailleurs. Dans certains pays, elle peut aller jusqu'à cent fois plus¹⁸⁰⁸.

La Cour traite des affaires relatives aux soins assurés à des personnes détenues malades du VIH ou toxicomanes en sevrage dans le même cadre que toute autre maladie¹⁸⁰⁹. Elle a seulement reconnu, concernant le traitement du VIH de l'importance d'assurer la continuité des soins et un régime alimentaire renforcé¹⁸¹⁰, et concernant la toxicomanie, l'importance d'un suivi médical strict du sevrage¹⁸¹¹.

Toutefois, le CPT et la *R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, insistent sur les aspects particuliers de traitement que la maladie du VIH nécessite. Elle demande des conditions de détention et des aménagements spéciaux pour l'exécution de la peine. Ils demandent des dépistages conformes aux méthodes actualisées de dépistage¹⁸¹², pratiqués à l'arrivée en prison et aussi rapidement que possible lorsqu'un détenu le

provoquée par une mesure donnée est une considération qui a compté dans beaucoup d'affaires dont la Cour a eu à connaître sous l'angle de l'article 3, il est des circonstances où la preuve de l'effet réel sur une personne peut ne pas être un élément majeur », CEDH, *Keenan c. R.U.*, préc., § 113.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, §§ 114-115.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, §§ 111-112.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, § 116.

¹⁸⁰⁷ CPT/Inf (2001) 16, *11e rapport général d'activités du CPT*, préc.

¹⁸⁰⁸ Comité international de la Croix-Rouge, Informations pour l'année 2006, site www.cicr.org.

¹⁸⁰⁹ CEDH, *Gelfmann c. France*, préc. ; CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc.

¹⁸¹⁰ CEDH, *I. T. c. Roumanie*, préc.

¹⁸¹¹ CEDH, *Gelfmann c. France*, préc. ; CEDH, *McGlinchey et autres c. R.U.*, préc.

¹⁸¹² CPT/Inf (2001)16, *11e Rapport général d'activités du CPT*, préc.

demande, précisa le CPT¹⁸¹³. Outre le fait d'être une mesure prophylactique pour les autres personnes, le dépistage est un facteur essentiel de l'efficacité du traitement médical puisqu'il permet de traiter rapidement la maladie.

S'agissant aussi bien du VIH et d'autres maladies transmissibles, les soins adéquats signifient également : un approvisionnement régulier en médicaments et autres produits connexes ; la disponibilité du personnel pour veiller à ce que les détenus prennent les médicaments prescrits aux bonnes doses et aux bons intervalles ; des régimes alimentaires spécifiques ainsi que des conditions matérielles d'hébergement propices à l'amélioration de leur état de santé. Notamment, outre la lumière du jour et une bonne aération, il doit y avoir des conditions d'hygiène satisfaisantes et une absence de surpeuplement¹⁸¹⁴.

Concernant le VIH, le CPT et le Comité des Ministres soulignent qu'il ne justifie pas la ségrégation des détenus à moins qu'une telle mesure soit rendue strictement nécessaire pour des raisons médicales ou autres¹⁸¹⁵. En tout cas, aucun motif médical ne justifie la ségrégation d'un détenu au seul motif qu'il est séropositif au VIH¹⁸¹⁶.

Ce que nous pouvons alors retenir de la jurisprudence européenne en matière de soins en détention est que, à part une grave détérioration de la santé des détenus au point d'être constitutive d'un traitement inhumain, tout autre degré de manquement aux soins n'est pas sanctionné par la Convention. Peut-être, l'examen des critères relatifs à la santé sous l'angle de l'article 8 qui consacre le droit à la santé en tant qu'aspect de la vie privée, permettrait-il un meilleur contrôle de la légitimité et de la nécessité de tout écart, et non seulement des écarts graves, par rapport au principe d'équivalence aux soins.

En tout état de cause, comme le montrera l'examen notamment du droit français, le meilleur moyen de réduire les écarts et d'assurer cette équivalence, serait de mettre fin à la médecine pénitentiaire et de rattacher le système de soins des détenus au système de la santé publique. Ce qui implique de distinguer le statut de détenu de son statut de patient. Encore faut-il que ces deux statuts et les deux logiques qu'ils impliquent, pénitentiaire et médicale, puissent se rendre compatibles.

§ 2. Les garanties assurées au sein des droits nationaux

¹⁸¹³ Il fait partie des manquements pris en compte par la Cour dans l'arrêt *Melnik c. Ukraine*, préc.

¹⁸¹⁴ CPT/Inf (2001)16, *11e Rapport général d'activités du CPT*, préc.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*

¹⁸¹⁶ *Ibid.* Aussi R(98)7 relative aux et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire (règle 39), et Règles pénitentiaires européennes, 2006, qui recommandent le « non-isolement des détenus pour la seule raison qu'ils sont séropositifs », (règle 42.3.g).

En droit français, l'organisation des soins en prison est guidée par le principe d'équivalence à ceux dispensés à l'extérieur. Cela est clair depuis notamment la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994, qui a rattaché le système de santé des détenus au système de santé public (A). En revanche, le système de soins des détenus en droit grec relève toujours de la médecine pénitentiaire (B).

A. Les garanties en droit français

Il y a des résistances qui ne fléchissent que sous la pression de grands fléaux. La réforme française du système de la prise en charge de la santé des détenus constitue un exemple. Pour que la prison s'ouvre à l'hôpital public et au corps médical indépendant –ce qui constitue la meilleure garantie pour assurer ce droit-, il a fallu connaître le fléau du sida à la fin du XXe siècle.

En effet, c'est avec l'ampleur de l'épidémie de sida qu'ont connu les prisons françaises depuis 1988¹⁸¹⁷, date du premier recensement en France du nombre de détenus atteints par le VIH, que le besoin s'était fait sentir de se pencher sur l'organisation globale de la prise en charge des soins des détenus malades du sida et sur l'intervention en prison de certains corps médicaux extérieurs pour y faire face. L'étude confiée en 1992 au HCSP allait révéler l'état de fonctionnement inadéquat de l'ensemble du système sanitaire pénitentiaire. Outre des tableaux cliniques lourds, le rapport du HCSP faisait aussi état de locaux inadaptés et vétustes¹⁸¹⁸, et de l'insuffisance du personnel médical¹⁸¹⁹. Ce constat a conduit ce Comité à proposer, dans son rapport publié en janvier 1993, de décroiser la médecine pénitentiaire et de transférer intégralement la prise en charge sanitaire des détenus aux établissements hospitaliers publics. Ce transfert devrait permettre une meilleure qualité de soins, un meilleur respect de l'éthique médicale et du secret médical, et favoriserait la continuité des soins au moment de l'entrée et de la sortie du détenu.

En effet, ce rapport fut suivi d'effets un an plus tard. La loi n° 94-43 du 18 janvier 1994¹⁸²⁰ a réalisé la réforme du système sanitaire pénitentiaire en suivant les propositions principales du HCSP concernant le transfert des soins aux hôpitaux publics¹⁸²¹ ainsi que son mode de financement. Ce

¹⁸¹⁷. Cependant, depuis 1992, le taux de prévalence de l'infection par le VIH dans la prison est stabilisé. Et il est en recul depuis 1990, où il a été enregistré le taux le plus fort de 5,80%. Ce taux a, en 1994, été de 2,80%, in *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, n°26/95, pp. 118-119.

¹⁸¹⁸. « Les locaux mis à la disposition des services médicaux sont le plus souvent encore vétustes ou inadaptés : salles de soins trop petites ou isolées; absence de salle d'attente, salles de prélèvement peu aseptisées ou inexistantes », HCSP, *Santé en milieu carcéral*, préc.

¹⁸¹⁹. Les médecins étaient souvent recrutés et payés à la vacation par l'administration pénitentiaire, (pour 2 à 4 heures par semaine), *Ibid.*

¹⁸²⁰. *JO* du 19 janvier 1994, p. 960.

¹⁸²¹. Dorénavant, conformément à l'article L 711-3, inséré dans le Code de la santé publique, « le service public hospitalier assure, dans des conditions fixées par voie réglementaire, les examens de diagnostic et les soins dispensés aux détenus en milieu pénitentiaire et, si nécessaire, en milieu hospitalier. Il concourt, dans ces mêmes conditions aux actions de prévention et d'éducation pour la santé organisées dans les établissements

transfert¹⁸²² a en effet été accompagné par la généralisation de l'affiliation des détenus à la sécurité sociale¹⁸²³. Le HCSP avait estimé qu'il devrait revenir à l'Etat d'assurer les charges d'entretien des détenus, en contrepartie de la peine privative de liberté¹⁸²⁴.

Depuis lors, d'autres lois sont venues renforcer l'équivalence des soins en milieu pénitentiaire. Il s'agit notamment des lois relatives aux soins palliatifs (du 9 juin 1999) aux droits des malades et à la qualité du système de santé (du 4 mars 2002), aux droits des malades et à la fin de vie (du 22 avril 2005), et de la loi relative à l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (du 11 février 2005).

Tous ont contribué à créer un cadre juridique propice pour assurer l'équilibre des soins tant dans les aspects communs à tout problème de santé (1) que dans les aspects spécifiques à certains problèmes comme les maladies transmissibles ou les conduites addictives (2).

1. Les soins en général

Actuellement, les soins sont, en principe, dispensés dans les prisons par des unités de consultations et de soins ambulatoires (UCSA). Composées des médecins et infirmiers fournis par les hôpitaux publics, ces unités sont installées dans les locaux des prisons, le plus souvent dans les anciennes infirmeries¹⁸²⁵. Ce personnel demeure rattaché au ministère de la santé et est soumis à l'autorité du chef de l'hôpital de rattachement de l'UCSA. Pendant les horaires de la fermeture des UCSA, ce sont les services d'urgences médicales de l'extérieur qui assurent les soins urgents de personnes détenues. Pour des soins complexes, des consultations des spécialistes ou des interventions chirurgicales, les détenus sont transférés dans les hôpitaux publics (art. D 393 CPP). Enfin, ceux ayant besoin d'une hospitalisation de longue durée sont transférés à l'hôpital pénitentiaire de Fresnes.

pénitentiaires ». Ce transfert s'est progressivement réalisé par un système de jumelage de chaque établissement pénitentiaire avec un établissement public de santé, précisément avec un centre hospitalier de proximité. Voir à ce propos B. CREVIER, « Le Pari de soigner la médecine pénitentiaire », *Economie et Humanisme*, n° 329, juin 1994, pp. 37-40.

¹⁸²² Il a été progressivement réalisé par un système de jumelage de chaque établissement pénitentiaire avec un établissement public de santé, précisément avec un centre hospitalier de proximité, *Ibid.*

¹⁸²³ L'article L. 381-30 du Code de la santé publique prévoit dorénavant que « les détenus sont affiliés obligatoirement aux assurances maladie et maternité du régime général à compter de la date de leur incarcération ».

¹⁸²⁴ Selon cette même loi « l'Etat verse à l'établissement de santé le montant du forfait journalier institué par l'article L. 174-4 ainsi que la part des dépenses de soins non prise en charge par l'assurance maladie dans la limite des tarifs servant de base au calcul des prestations ».

¹⁸²⁵ « En application de l'article R. 711-15 (2°) du code de la santé publique, l'administration pénitentiaire met à disposition de l'unité de consultations et de soins ambulatoires des locaux spécialisés destinés aux consultations, aux examens et, le cas échéant, à une implantation de la pharmacie à usage intérieur ».

A part ce dispositif, le droit français prévoit d'autres mesures concourant à garantir le meilleur accès possible des détenus aux soins. Il s'agit d'abord, des mesures visant à assurer des garanties matérielles adaptées à l'état de la santé. Elles vont du choix de la prison au choix des cellules jusqu'à l'alimentation. La personne doit être affectée dans une prison en fonction de l'état de sa santé afin de pouvoir bénéficier des conditions matérielles de détention adaptées à ses besoins de santé¹⁸²⁶. Elle peut également demander le transfèrement dans ce même but¹⁸²⁷. A l'intérieur de la prison, les détenus malades, dont l'état de santé exige des soins fréquents ou un suivi médical particulier, doivent être affectés dans des cellules proches des locaux de l'UCSA¹⁸²⁸. Enfin, doit être assurée une alimentation adaptée aux besoins de leur santé¹⁸²⁹.

Il s'agit ensuite des mesures garantissant l'accès à un médecin. Cet accès doit être assuré au moment de l'entrée en prison : tout entrant en prison venant de l'état de liberté doit subir un bilan de santé dans les meilleurs délais (art. D381, al.1, CPP). Le but de ce bilan est de diagnostiquer une maladie ainsi que d'assurer la continuité des soins¹⁸³⁰. Par la suite, l'accès aux soins doit être assuré tout au long de la détention. Le détenu doit pouvoir demander à tout moment de consulter un médecin généraliste ou spécialiste. Il doit avoir accès aux urgences ainsi qu'à une hospitalisation. La demande peut être faite par le détenu lui-même mais aussi par le personnel pénitentiaire ou par toute autre personne agissant dans l'intérêt du détenu (art. D381 al.1, CPP).

Cet ensemble de moyens, notamment le rattachement des soins aux détenus au service public de la santé, a indéniablement contribué à l'amélioration de l'accès des détenus aux soins. Assure-t-il pour autant un accès effectif, rapide et de même qualité qu'à l'extérieur ?

¹⁸²⁶ « La répartition des condamnés dans les prisons établies pour peines s'effectue compte tenu de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité », (art. 717-1, al.1, CPP).

¹⁸²⁷ « Le transfèrement dans un établissement pénitentiaire mieux approprié peut être sollicité dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article D. 382, pour les détenus qui ne bénéficient pas, dans l'établissement où ils sont écroués, de conditions matérielles de détention adaptées à leur état de santé et pour ceux qui nécessitent une prise en charge particulière », (art. D360, CPP).

¹⁸²⁸ « Des cellules situées à proximité de l'unité de consultations et de soins ambulatoires peuvent être réservées à l'hébergement momentané des détenus malades dont l'état de santé exige des soins fréquents ou un suivi médical particulier, sans toutefois nécessiter une hospitalisation. L'affectation des détenus dans ces cellules est décidée par le chef de l'établissement pénitentiaire, sur proposition du praticien responsable de l'unité de consultations et de soins ambulatoires », (art. D370, al.b, CPP).

¹⁸²⁹ « Les détenus malades bénéficient du régime alimentaire qui leur est médicalement prescrit », (art. D 361, CPP).

¹⁸³⁰ Lorsqu'il existe des contraintes thérapeutiques majeures (diabète insulino-dépendant, épilepsie connue, hypertension artérielle sévère, ou autre menace directe sur la vie du détenu), cela justifie alors une consultation médicale en urgence et un contact avec le médecin ou le centre de soins qui s'occupait de ce malade, *La Gestion de la santé dans les établissements du programme 13000*, Pierre PRADIER, Rapport, Ministère de la justice, sept. 1999.

La première remarque à faire est le nombre élevé de demandes de soins en milieu pénitentiaire. La proportion de personnes malades incarcérées est, à âge égal, plus importante que dans la population générale¹⁸³¹.

Certes, cela peut s'expliquer en partie par un besoin psychologique. La consultation médicale est vécue comme un moment d'évasion du monde carcéral. Le contact avec le personnel médical et le lieu de la consultation sont vécus comme des moments et des lieux d'« extraterritorialité » et de continuité de la vie normale¹⁸³². Mais le fait que la demande de soins de la part des détenus soit plus élevée qu'à l'extérieur s'explique essentiellement par le nombre de détenus âgés, le nombre de détenus présentant des problèmes d'addiction (ils sont 30 % à avoir des problèmes d'alcoolisme, de tabagisme et de toxicomanie), et par un nombre élevé des entrants en situation de précarité qui explique le grand nombre de détenus ayant besoin de soins bucco-dentaires¹⁸³³. Ces soins sont très mal pris en charge par la sécurité sociale française. A ces facteurs, il faut en ajouter un autre : la prison est en soi une cause de maladie¹⁸³⁴. Outre des troubles mentaux provoqués par la perturbation des repères, la prison crée, à cause de l'immobilisme, de l'absence de lumière naturelle suffisante et d'insalubrité, des problèmes ophtalmologiques, dermatologiques et somatiques plus élevés.

Or, face à ces besoins, le système actuel de l'organisation des soins en milieu pénitentiaire, malgré des améliorations incontestables, présente de nombreuses insuffisances.

En effet, à part le constat de la vétusté de nombreux locaux des UCSA, qui se sont installées dans les anciennes infirmeries (CNC DH¹⁸³⁵ et CPT¹⁸³⁶), les détenus connaissent des problèmes d'accès effectif et/ou rapide aux UCSA, aux urgences et aux hôpitaux.

Tout d'abord, de nombreux détenus se plaignent de l'attitude de certains surveillants qui font écran entre le détenu et le médecin. La demande de consultation se faisant dans la pratique par l'intermédiaire des surveillants, il arrive que, lorsque la demande n'est simplement pas transmise,

¹⁸³¹ Avis n°94(2006) *La santé et la médecine en prison*, Comité Consultatif National d'Ethique ; CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc.

¹⁸³² *La Gestion de la santé dans les établissements du programme 13000*, Pierre PRADIER, 1999, préc. ; Conseil de l'Europe, « Le respect effectif des droits de l'homme en France », CommDH(2006)2, préc.

¹⁸³³ Une enquête menée par le ministère de la Santé auprès des personnes entrées en détention en 2003 a montré que l'état bucco-dentaire de 50% des entrants nécessite des soins réguliers et 2,7% une intervention d'urgence.

¹⁸³⁴ Avis n°94(2006) *La santé et la médecine en prison*, Comité Consultatif National d'Ethique.

¹⁸³⁵ CNC DH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc.

¹⁸³⁶ CPT/Inf (2005) 21, *Rapport de visite*, France-Département de la Réunion, préc.

elle ne parvient pas rapidement au service médical sollicité. Cela est souvent le cas s'agissant de l'accès aux urgences, notamment durant les week-end et les nuits¹⁸³⁷.

Le défaut de permanence de la présence médicale dans la prison ou la présence en nombre insuffisant¹⁸³⁸, compromet à la fois la *rapidité d'accès aux soins et la continuité des soins* aussi bien au moment de l'entrée en prison et tout au long de la détention. A ce propos, la CNCDH souligne qu'il n'est pas acceptable que des délais égaux ou supérieurs à trois jours soient atteints¹⁸³⁹.

A part la rapidité et la continuité des soins, un autre problème est pointé : l'accès à des spécialistes. L'accès notamment aux soins dentaires et aux soins spécifiques aux femmes présente des défaillances importantes. Concernant les premiers « c'est partout le point noir », notait le CNCDH, en 2006, relevant que, malgré la mise en évidence, en 2001, par l'IGAS et l'IGSJ du manque de spécialistes, l'absence de chirurgien dentiste ou la longueur des délais d'attente sont déplorées presque partout¹⁸⁴⁰. Tout aussi alarmant est le constat concernant les examens gynécologiques et le dépistage du cancer des seins. Certaines UCSA ne disposent pas de locaux suffisamment spacieux pour y installer un fauteuil ou une table d'examen ; et le dépistage du cancer du sein n'est pas assuré dans tous les établissements pénitentiaires hébergeant des femmes (CNCDH, 2006). Le CPT a constaté que dans une prison, l'ophtalmologue passait tous les deux mois¹⁸⁴¹. La solution pourrait consister en consultations à l'hôpital. Mais cette solution souffre également de dysfonctionnements tout aussi graves.

L'accès à l'hôpital. Les opérations chirurgicales, les soins lourds ou complexes ainsi que certaines consultations de spécialistes doivent avoir lieu dans des hôpitaux. Ces consultations, ainsi que les hospitalisations d'une durée inférieure à 48 heures et les hospitalisations en urgence, sont réalisées dans l'hôpital de rattachement, parfois au sein de chambres sécurisées. Les hospitalisations supérieures à 48 heures sont assurées à l'hôpital de Fresnes ou au sein d'unités hospitalières sécurisées interrégionales (UHSI). Toutefois ce moyen d'accès aux soins présente lui aussi de grands dysfonctionnements. Aux retards et annulations fréquentes des extractions pour des raisons d'organisation de l'escorte, s'ajoutent le nombre de places insuffisantes et des modalités de transferts

¹⁸³⁷ « Si 'un événement médical aigu' survient de nuit, conclut-elle, il relèvera d'un dispositif civil de type SOS médecins, 'pour autant que l'état anormal du détenu ait été identifié et signalé' », L'Académie de médecine dénonce le mauvais état de la santé carcérale, Paris, (AFP), 07/01/2004.

¹⁸³⁸ S'agissant des effectifs médicaux dans les UCSA des établissements visités (en semaine, un médecin est présent tous les matins à la Maison d'arrêt de Saint-Denis et, au Centre pénitentiaire du Port, un médecin est présent tous les matins et les après-midi), ceux-ci semblent à peine acceptables, surtout au centre pénitentiaire qui hébergeait lors de la visite plus de 640 détenus dont 29 mineurs, CPT/Inf (2005) 21, *Rapport de visite*, France-Département de la Réunion, préc.

¹⁸³⁹ Formulé en décembre 2003, ce constat (la fermeture des UCSA après 17h00 et durant les week-ends), illustre les limites auxquelles se heurte l'objectif de la loi du 18 janvier 1994 « d'assurer aux détenus une qualité et une continuité de soins équivalents à ceux offerts à l'ensemble de la population ».

¹⁸⁴⁰ « Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues », (2006) préc. ; « La Gestion de la santé dans les établissements du programme 13000, Evaluation et perspectives », Rapport, P. PRADIER, préc.

¹⁸⁴¹ CPT/Inf (2005) 21, *Rapport de visite*, France-Département de la Réunion, préc.

contraires à la dignité. L'annulation des transferts à cause de problèmes d'organisation des escortes est assez fréquente. Malgré les critiques émises depuis 2000 par l'IGAS et l'IGSJ, ces difficultés persistent, constatait la CNCDH, en 2006¹⁸⁴².

Un autre problème compromet l'accès effectif à l'hôpital : les modalités des transferts à l'hôpital. Des personnes refusent de se rendre à l'hôpital en raison des modalités jugées humiliantes à cause du port des menottes et d'entraves, y compris lors des interventions chirurgicales¹⁸⁴³. La Cour européenne des droits de l'homme estime effectivement que le port d'entraves ou de menottes rajoute de l'inconfort et de la souffrance et peut constituer un traitement dégradant et même inhumain. Elle a, à ce propos, condamné la France à trois reprises, dans les arrêts *Mouisel* (2002)¹⁸⁴⁴, *Henaf* (2004)¹⁸⁴⁵, *Matencio* (2004)¹⁸⁴⁶. Le CPT et le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ont également vivement critiqué les modalités des escortes des personnes malades en France, notamment l'attachement au lit de l'hôpital des personnes hospitalisées. C'est « une pratique hautement contestable tant du point de vue de l'éthique que du point de vue clinique », a martelé le CPT¹⁸⁴⁷. « Une ignoble pratique » lorsqu'elle s'applique aux femmes enceintes, ajoute le Commissaire aux droits de l'homme¹⁸⁴⁸. Cette dernière a été supprimée par une instruction du 18 novembre 2004. Mais le CPT souhaite étendre à tous les détenus la suppression de la pratique consistant à les entraver, pour des raisons de sécurité, à leur lit d'hôpital¹⁸⁴⁹. D'autant plus que les statistiques du risque d'évasion ne justifient pas cette pratique. En 2004, seuls 4 évasions ont eu lieu pour 55 000 escortes¹⁸⁵⁰.

Enfin, les personnes détenues en France connaissent une autre limitation dans l'accès aux soins. Ils sont privés aussi bien de la liberté de choix du médecin que d'hospitalisation dans un hôpital privé. C'est à titre exceptionnel et sous autorisation du directeur régional des services pénitentiaires, qu'un détenu puisse avoir accès à un médecin privé¹⁸⁵¹ et être hospitalisé dans une

¹⁸⁴² La persistance de ces difficultés est d'autant plus injustifiable qu'en juin 2001, l'IGAS et l'IGSJ avaient souligné que « l'organisation des extractions médicales demeure un point de blocage majeur », soulignait en 2006 la CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), § 5.

¹⁸⁴³ Une circulaire du 18 novembre 2004 autorise le directeur de l'établissement pénitentiaire à imposer le port de menottes et la présence des surveillants pendant l'examen médical et même l'opération chirurgicale.

¹⁸⁴⁴ CEDH, *Mouisel c. France*, préc.

¹⁸⁴⁵ CEDH, *Henaf c. France*, préc.

¹⁸⁴⁶ CEDH, *Matencio c. France*, préc.

¹⁸⁴⁷ CPT/Inf (2005) 21, *Rapport de visite*, France-Département de la Réunion, préc..

¹⁸⁴⁸ Conseil de l'Europe, « Le respect effectif des droits de l'homme en France », CommDH(2006)2, préc.

¹⁸⁴⁹ CPT/Inf (2005) 21, *Rapport de visite*, France-Département de la Réunion, préc.

¹⁸⁵⁰ CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), § 9.

¹⁸⁵¹ « Hormis les cas où ils se trouvent en dehors d'un établissement pénitentiaire en application des articles 723 et 723-3, les détenus ne peuvent être examinés ou soignés par un médecin de leur choix, à moins d'une décision du directeur régional des services pénitentiaires territorialement compétent. Ils doivent alors assumer les frais qui leur incombent du fait de cette prise en charge», (art. D 365 CPP).

clinique privée¹⁸⁵². Quant à l'hospitalisation à domicile, elle est totalement exclue, à moins de bénéficier d'une suspension de peine.

Aussi, malgré le rattachement des soins des détenus au système de santé publique, de nombreux aspects demeurent-ils insuffisants. Si bien qu'il arrive encore que des personnes détenues soient très mal soignées en prison. Ainsi, ce cas rapporté par l'OIP : une personne est devenue grabataire en prison en raison d'une « fâcheuse prise en charge » en prison, selon l'expertise médicale effectuée à l'hôpital pénitentiaire de Fresnes où cette personne a finalement été transférée¹⁸⁵³.

2. Des soins ou des mesures spécifiques

Le droit français reconnaît que certains problèmes de santé nécessitent des soins ou des mesures supplémentaires. Il en est ainsi notamment des maladies mentales **(a)**, des maladies transmissibles **(b)** et des conduites addictives **(c)**.

a. Maladies mentales

Les soins aux personnes souffrant de maladies transmissibles à l'intérieur des prisons sont en principe assurés par les services médico-psychologiques régionaux (SMPR), créés en 1986¹⁸⁵⁴. A défaut d'existence de tels services dans une prison, les soins sont assurés par les UCSA.

Les SMPR doivent assurer le dépistage des troubles psychiques (notamment au moyen d'un entretien d'accueil avec les entrants), les soins médico-psychologiques courants et les hospitalisations des personnes consentantes. Mais, eux-aussi, présentent des défaillances importantes. D'abord, bien qu'implantés dans les prisons depuis 1986, ils sont en nombre insuffisant : seuls vingt-six sur cent cinquante sept prisons sont dotées d'un SMPR et ils ne sont présents que dans deux prisons pour femmes. Ensuite, les locaux sont vétustes et inadaptés pour une prise en charge adéquate : leurs cellules ne se distinguent pas des autres cellules de la prison en raison de l'absence de surveillance infirmière la nuit, de l'absence de personnel d'entretien, ou encore de l'hygiène défectueuse¹⁸⁵⁵. Enfin, le nombre du personnel est insuffisant¹⁸⁵⁶. Le médecin chef

¹⁸⁵² « Les détenus ne peuvent être hospitalisés, même à leurs frais, dans un établissement privé, à moins d'une décision du directeur régional des services pénitentiaires territorialement compétent », (art. D 391, dernier alinéa CPP).

¹⁸⁵³ Ce détenu était âgé de 83 ans et hémiparétique à la suite d'un accident vasculaire cérébral. Il ne se déplaçait qu'en fauteuil roulant et avait besoin de l'aide d'une tierce personne dans les gestes de la vie quotidienne. Il souffrait également d'insuffisances rénale et cardiaque, d'un cancer de la prostate et d'incontinence urinaire, Communiqué de l'OIP : Source *Nouvel Obs*, 30 mars 2007.

¹⁸⁵⁴ Décret 86-802 du 14 mars 1986, en application de la loi 85-1461 du 31 décembre 1985 relative à la sectorisation psychiatrique.

¹⁸⁵⁵ « L'organisation des soins aux détenus », IGAS, Rapport d'évaluation, juin 2001.

de l'hôpital pénitentiaire de Fresnes, prison qui accueille 2 000 détenus, dénonçait en juin 2006, ce manque alarmant : il ne disposait que d'1,8 plein temps d'infirmier alors qu'il faudrait au minimum six postes en plein temps¹⁸⁵⁷. Par ailleurs, de nombreux établissements pour peines ne disposent que de psychiatres et psychologues vacataires¹⁸⁵⁸. Ainsi, le CPT a rapporté qu'à la Réunion, « le SMPR disposait notamment de six cellules de 10 à 11 m² et de deux cellules de 19 à 24 m². Il n'y avait pas de patient hébergé lors de la visite, le responsable du SMPR préconisant une politique par laquelle il ne souhaite pas transformer ce lieu en hôpital¹⁸⁵⁹ ».

La prise en charge des soins psychiatriques par les UCSA ne peuvent pas compenser ces insuffisances, ne serait-ce qu'en raison de l'impossibilité d'hospitaliser ces patients.

L'ensemble de ces insuffisances étaient toujours persistantes, en 2006, comme l'a relevé le rapport du commissaire européen aux droits de l'homme¹⁸⁶⁰. Elles ont même donné lieu, la même année, à une condamnation de la France dans l'arrêt Rivière pour traitements inhumains et dégradants¹⁸⁶¹.

Le requérant dans cet arrêt, en détention depuis vingt huit ans, au moment de l'arrêt de la Cour, avait développé au cours de sa détention des troubles psychotiques graves accompagnés de comportements de type suicidaire. Or, à l'exception de courtes périodes d'hospitalisation dans les UMD, elle ne bénéficiait pas des soins adéquats en détention. Il voyait un psychiatre une fois par mois et recevait de soins infirmiers psychiatriques une fois par semaine. Pour la Cour, ces soins étaient bien insuffisants. S'agissant de personnes souffrant de graves problèmes mentaux appellent des « mesures particulièrement adaptées » en vue d'assurer la compatibilité de leur état de santé avec les exigences d'un traitement humain¹⁸⁶². Les manquements à ces obligations peuvent soumettre la personne à un traitement inhumain ou dégradant. « Son maintien en détention, sans encadrement médical actuellement approprié constitue dès lors une épreuve particulièrement pénible et l'a soumis à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui dépasse le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention », au point de constituer un traitement « inhumain et dégradant »¹⁸⁶³.

¹⁸⁵⁶ Par exemple, la commission des lois du Parlement français a, en 2006, relevé que l'établissement pénitentiaire de Château-Thierry, spécialisé dans l'accueil des détenus malades mentaux, ne comptait qu'un psychiatre, « Traitement des délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques, propositions de la commission des lois du parlement français », préc.

¹⁸⁵⁷ « Le cri d'alarme du médecin-chef, psychiatre, de la prison de Fresnes », *Le Monde*, 6.05.06.

¹⁸⁵⁸ SENAT, *Prisons : une humiliation pour la République*, préc.

¹⁸⁵⁹ CPT/Inf (2005) 21, *Rapport de visite*, France-Département de la Réunion, préc.

¹⁸⁶⁰ Conseil de l'Europe, « Le respect effectif des droits de l'homme en France », CommDH(2006)2, préc.

¹⁸⁶¹ CEDH, *Rivière c. France*, préc.

¹⁸⁶² *Ibid.*, § 63, § 75.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, §§ 76-77.

Quant à l'hospitalisation en dehors du parc pénitentiaire, elle ne peut être que d'office. Elle est donc réservée aux seuls malades mentaux dangereux et non consentants aux soins. Mais nous aborderons cette question sous l'angle de la capacité des personnes malades mentalement de subir une détention. Le droit français reconnaît en effet l'incompatibilité de cette maladie avec la détention.

b. Maladies transmissibles

Parmi les maladies transmissibles, celles qui demandent en particulier des soins ou mesures spécifiques, étant les plus graves pour la santé, sont la tuberculose, l'hépatite C et H et le VIH. Cette dernière, qui était une maladie mortelle à 100 % vers fin des années 1980 et était présente dans les prisons entre vingt et trente fois plus qu'à l'extérieur¹⁸⁶⁴, elle est, depuis 1990, en nette diminution : 1,04 % de séropositifs en 2003¹⁸⁶⁵.

Actuellement, c'est la séropositivité au VIH qui prédomine en milieu carcéral. Elle est sept fois supérieure à la population générale¹⁸⁶⁶. Si bien que Pierre Pradier a tiré la sonnette d'alarme en 2001 : « Ces malades, séropositifs au VIH, constituent une bombe à retardement¹⁸⁶⁷ ». On note également depuis les années 1990, la resurgance de la tuberculose pulmonaire¹⁸⁶⁸. Or, l'image de ces malades est très mauvaise : ils sont vus de la part des surveillants comme de « pestiférés », des « lépreux »¹⁸⁶⁹.

Concernant le type de maladies, le droit français prévoit, outre la consultation des spécialistes et les traitements adaptés, des mesures préventives et de protection. D'abord, *le dépistage*. Celui de la tuberculose est proposé systématiquement à tous les entrants en prison. Tout détenu peut le demander durant la détention¹⁸⁷⁰. Pour le VIH, un dépistage gratuit et anonyme (comme à l'extérieur), peut avoir lieu sur demande de l'intéressé. Nous déduisons que ce dernier acte médical peut également être demandé pour toute maladie transmissible. Ensuite, *l'isolement médical*.

¹⁸⁶⁴ *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, n° 26/95, pp. 118-119.

¹⁸⁶⁵ OFDT, « Addictions en milieu carcéral », Rapport, décembre 2004.

¹⁸⁶⁶ « L'Académie de médecine a relayé l'inquiétude de « certains professionnels de santé » concernant « la prévalence de l'hépatite C dans le monde carcéral, où le taux moyen serait sept fois supérieur à celui de la population générale », CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc.

¹⁸⁶⁷ P. PRADIER, *La gestion de la santé dans les établissements du programme 13000*, préc.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*

¹⁸⁷⁰ « Le dépistage de la tuberculose est réalisé chez tous les entrants provenant de l'état de liberté par un examen radiologique pulmonaire effectué et interprété dans les délais les plus brefs à compter de la date d'incarcération. Cette mesure s'applique également aux détenus présents qui n'auraient jamais bénéficié, ni lors de leur entrée en détention, ni au cours de leur incarcération, d'un dépistage radiologique de la tuberculose. Cet examen systématique est pratiqué sur place, sauf impossibilité matérielle », (art. D384-1, al.2 CPP).

Pour les personnes souffrant de tuberculose, le médecin peut prescrire cette mesure (D 384-1 al.3 CPP)¹⁸⁷¹.

Cela dit, un nombre de difficultés dans la garantie des soins équivalents à l'extérieur subsiste. Concernant d'abord le VIH, le dépistage gratuit et anonyme n'est pas totalement assuré parce que les CDAC (Centres de dépistage anonyme et gratuit) ne sont pas présents dans toutes les prisons et/ou ne garantissent pas l'anonymat¹⁸⁷². Ensuite, l'efficacité dans l'administration de traitements de cette maladie présente plusieurs défaillances : absence dans de nombreuses prisons de frigidaires dans les cellules alors que certains médicaments doivent être conservés dans le froid ; interruption de traitement en cas de transferts et des extractions judiciaires ; inaccessibilité des médicaments de confort permettant d'atténuer les effets secondaires ; ou encore rareté d'un accompagnement psychologique des détenus séropositifs¹⁸⁷³. Des difficultés sont également signalées concernant les hépatites, notamment celle de longs délais pour obtenir une biopsie hépatique¹⁸⁷⁴.

c. Conduites addictives

Un autre type de maladie qui demande des soins et mesures spécifiques sont les maladies addictives. Les prisons françaises sont en particulier confrontées à la toxicomanie, l'alcoolisme et le tabagisme. Selon une enquête du ministère de la Santé menée en 2003 auprès des personnes entrées en prison, une sur trois (33,3%) faisaient usage des drogues, une sur trois de l'alcool, et quatre sur cinq fumaient (77,7%)¹⁸⁷⁵.

Le droit français tient compte de la spécificité de ces trois problèmes de santé. S'agissant précisément de *l'usage de l'alcool*, à part la dissuasion par l'interdiction de son usage en détention¹⁸⁷⁶, le droit français prévoit pour ceux qui sont déclarés ou découverts alcoolo-dépendants, l'accès à des consultations extérieures en alcoologie et des soins en alcoologie. Seulement cette offre de soins n'est pas à la hauteur dénoncée la CNCDH¹⁸⁷⁷ qui recommande un meilleur repérage des

¹⁸⁷¹ « Les détenus dont l'état de santé le nécessite sont isolés sur avis médical. Le médecin prescrit les mesures appropriées pour éviter toute contamination du personnel et des détenus », (art D384-1, al.3 CPP). Les *Règles pénitentiaires européennes* de 2006 prévoit également cette mesure : Lorsqu'il examine un détenu, le médecin ou un(e) infirmier(ère) qualifié(e) dépendant de ce médecin, doit accorder une attention particulière: « à l'isolement des détenus suspectés d'être atteints de maladies infectieuses ou contagieuses, pendant la période où ils sont contagieux, et à l'administration d'un traitement approprié aux intéressés », (règle 42.3.f.).

¹⁸⁷² CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc.

¹⁸⁷³ *Ibid.*

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

¹⁸⁷⁵ OFDT, « Addictions en milieu carcéral », (2004), préc.

¹⁸⁷⁶ Constitue une faute disciplinaire le fait « de se trouver en état d'ébriété ou d'absorber sans autorisation médicale des substances de nature à troubler son comportement », (art. D249-2, 10°, CPP).

¹⁸⁷⁷ Dans certains établissements, un détenu sur deux déclare une consommation problématique d'alcool, et près d'un sur quatre répond aux critères de l'alcoolodépendance. Or, l'intervention en milieu carcéral des consultations extérieures en alcoologie reste encore limitée et soumise à des délais rédhitoires, parfois

personnes alcoolodépendantes à l'entrée en prison et le développement des consultations spécialisées dans les établissements pénitentiaires¹⁸⁷⁸.

Des insuffisances caractérisent également la prise en charge du *tabagisme*. D'abord, une minorité d'établissements dispose de consultations en ce domaine ainsi que d'un accès à des substituts nicotiques : 67 établissements sur 157¹⁸⁷⁹. Quant à l'affectation dans des cellules non-fumeurs pour ceux souhaitant d'arrêter, elle ne peut constituer qu'une solution marginale compte tenu du faible nombre de cellules disponibles en raison de la surpopulation carcérale. En 2003, d'après l'OFDT, seuls 26 établissements ont déclaré disposer de cellules « non fumeur »¹⁸⁸⁰. Enfin, la prévention par l'interdiction de fumer dans les lieux à usage collectif, généralisée en France par un Décret de 2006¹⁸⁸¹, n'aura probablement que peu d'impact étant donné que cette interdiction dans les prisons était déjà prévue par l'article D 347 du code de procédure pénale¹⁸⁸². Les seuls endroits où les détenus peuvent fumer sont le cours de promenade, les cellules et la partie ouverte (patio) des UVF (unités de visites familiales)¹⁸⁸³.

Par ailleurs la prison non seulement prend mal en charge le traitement de ces conduites addictives, mais elle peut en être à l'origine. Les produits psychoactifs servent de moyens pour supporter la vie oppressante et stressante de la détention¹⁸⁸⁴.

Ainsi, les mêmes problèmes se rencontrent également et avec plus d'acuité concernant la toxicomanie. Certes une meilleure prise en charge est assurée depuis 1989 (D385 Cpp¹⁸⁸⁵), à cause

supérieurs à la durée d'incarcération. Pour l'OFDT, « ces carences de l'offre sont d'autant plus dommageables que les personnes dépendantes à l'alcool tendent à occulter leur pathologie : elles formulent donc rarement une demande de soins, voire l'refusent ».

¹⁸⁷⁸ CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc.

¹⁸⁷⁹ OFDT, « Addictions en milieu carcéral » (2004), préc.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.* La CNCDH, quant à elle, recommande la possibilité pour toute personne détenue qui le souhaite d'être affectée dans une cellule « non fumeur », ainsi que la prescription et l'accès gratuit aux substituts nicotiques, comme le prévoit le plan 2004-2008 de la MILDT, CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc.

¹⁸⁸¹ Décret n° 2006-1386, du 15 novembre 2006 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif.

¹⁸⁸² « Il est interdit de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, notamment dans les couloirs, les salles de spectacle ou de culte, les salles de sport, les locaux médicaux, les ateliers et les cuisines. Le chef d'établissement détermine, en fonction de la configuration des lieux, les locaux dans lesquels les détenus sont autorisés à fumer, en tenant compte notamment de leur aération et de leur destination », (art. D347 CPP).

¹⁸⁸³ *Circulaire Jusk0740008C*, 31 janvier 2007 relative aux conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux relevant de l'administration pénitentiaire, Ministre de la Justice et Ministre de la santé et des solidarités.

¹⁸⁸⁴ CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc.

¹⁸⁸⁵ « Dans le cadre de la prise en charge globale des personnes présentant une dépendance à un produit licite ou illicite, les secteurs de psychiatrie générale et les secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire favorisent et coordonnent, en collaboration avec les unités de consultations et de soins ambulatoires, les interventions, au sein de l'établissement pénitentiaire, des équipes des structures spécialisées de soins, notamment des centres spécialisés de soins aux toxicomanes et des centres d'hygiène alimentaire et d'alcoologie. Dans les établissements visés à l'article D. 371, cette coordination est assurée par les médecins psychiatres du service médical », (art. D385 CPP).

de sa prévalence dans l'épidémiologie de la transmission du Sida¹⁸⁸⁶. Elle demeure toutefois insuffisante. La CNCDH a souligné qu'en 2000, la France s'engageait formellement par une note interministérielle du 9 août 2001, dans la « stratégie sur les drogues » proposée par l'Union européenne, d'offrir jusqu'en 2004, « aux détenus des possibilités de soins médicaux comparables à celles offertes hors de la prison¹⁸⁸⁷ ». Cependant le bilan de l'application de cette note, dressée en 2004 par, l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies (OFDT), relève que cet engagement est resté pour une large partie sans suite.

Enfin, des praticiens¹⁸⁸⁸ et des études (CNCDH, 2006) s'accordent à reconnaître que la prison n'est pas un cadre approprié pour un traitement efficace aussi bien du VIH que de la toxicomanie à cause : d'une part, du caractère coercitif, isolationniste et oppressant de cette institution¹⁸⁸⁹ et d'autre part, de l'incompatibilité des exigences thérapeutiques et des exigences sécuritaires¹⁸⁹⁰. Plus encore, « l'enfermement pousse à la consommation¹⁸⁹¹ ». Le Sénat rapportait, en 2000, que 26 % des personnes déclaraient s'être injectés des drogues au cours du premier mois de leur détention et 6 % déclaraient avoir commencé à s'injecter de la drogue en prison¹⁸⁹².

Les défaillances sont encore plus criantes en droit grec où les soins des détenus demeurent encore du ressort de la médecine pénitentiaire.

B. Les garanties en droit grec

Le système de soins des détenus en Grèce demeure dans un fonctionnement similaire à celui de l'ancien système français. Il relève toujours du ministère de la justice. Les soins sont assurés par des médecins de l'établissement pénitentiaire et les hôpitaux pénitentiaires et en cas de besoin, par les hôpitaux publics. Le service d'inspection sanitaire est également un service du ministère de la Justice (art. 26 § 1 C. pén.). En revanche, contrairement au droit français, les détenus en Grèce ont droit à

¹⁸⁸⁶. En 1990, la toxicomanie était la cause dans 91% de contamination par le VIH¹⁸⁸⁶, et 40% des toxicomanes détenus étaient contaminés par le VIH, P. JACQUIN, *La prison, un haut-lieu de contaminations*, préc., p. 2.

¹⁸⁸⁷ Une note interministérielle avait redéfini, le 9 août 2001, les orientations relatives à la prise en charge des personnes incarcérées ayant des problèmes d'addiction. Cinq axes principaux avaient été dessinés : le repérage systématique des situations d'abus ou de dépendance de produits psychoactifs, la proposition d'une prise en charge adaptée à chaque détenu, le renforcement de la prévention des risques, la préparation à la sortie et la proposition d'aménagements de peine, CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc.

¹⁸⁸⁸. C. LEGENDRE, A. MAURION, « Milieu carcéral et espace thérapeutique, Revue de la littérature, état des lieux, perspectives », *L'Evolution psychiatrique*, t.58, janv.-mars 1993, pp. 84-85.

¹⁸⁸⁹. C. SUEUR, « Sida, prison, revue de la littérature, état des lieux, perspectives », *L'Evolution psychiatrique*, t. 58, janv.-mars 1993, p. 120.

¹⁸⁹⁰ « Drogues et Prison », *Actes de journée d'études*, 22 avril 1994, préc.

¹⁸⁹¹. « Il est inévitable que la prison soit devenue un lieu où la question de la drogue est centrale, d'autant plus que la l'enfermement pousse à la consommation », P. JACQUIN, *La prison, un haut-lieu de contaminations*, *JUSTICE*, n°150 (nov. 1996), p. 2.

¹⁸⁹² SENAT, *Prisons : une humiliation pour la République*, préc, p.55.

un médecin de leur choix à leurs frais et le champ des incompatibilités avec le maintien en détention est plus large.

De manière générale, le fonctionnement de l'organisation des soins en prison est régi par le principe d'équivalence de la qualité des soins à ceux à l'extérieur. Toutefois, si tel est le principe affirmé ainsi que l'esprit des dispositions corrélatives, et si la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore jugé que cette organisation des soins souffre des défaillances condamnables¹⁸⁹³, le CPT réitère ses critiques sévères depuis son premier rapport de visite (1993¹⁸⁹⁴) jusqu'au dernier (2006¹⁸⁹⁵). Pour mieux apercevoir l'organisation des soins en droit grec, nous procéderons à l'examen de l'organisation, d'abord, des soins en général **(1)**, et ensuite, des mesures spéciales **(2)**.

1. Les soins en général

Tout comme le droit européen et le droit français, le droit grec reconnaît le principe d'équivalence des soins des détenus avec ceux à l'extérieur. Ce principe est consacré par la loi pénitentiaire de 1999, et il est actuellement inséré dans l'article 27 § 1 du Code pénitentiaire : « La direction de l'établissement assure aux détenus des soins médicaux du même niveau que celui du reste de la population ». Le règlement intérieur des prisons¹⁸⁹⁶, contient quelques précisions de cette équivalence. Le personnel médical accomplit ses tâches suivant les connaissances scientifiques et médicales contemporaines et dans le respect des règles de l'éthique et de la déontologie suivant les dispositions du Code pénitentiaire et de la réglementation de l'exercice de la médecine et des soins infirmiers (art. 44 al. 1 règlement). Il précise également que les soins sont guidés par le critère exclusif d'intérêt du patient (art. 41, §1, Règlement intérieur).

Si le principe dans son annonce et dans sa précision paraît satisfaisant, le CPT constatait, lors de sa visite en 2005, que la réalité est loin de l'être : « Les services de santé dans toutes les prisons visitées ne peuvent pas être considérés comme acceptables¹⁸⁹⁷ ». La situation n'avait guère évolué en 2007¹⁸⁹⁸. Il convient dès lors de voir de près quelle est l'organisation prévue et quelle est la réalité.

Tout d'abord, le droit grec, tout comme le droit français, prévoit l'examen systématique de tous les entrants en prison (art. 27 § 2, C. pénit.). Cet examen doit avoir lieu très rapidement ; au plus

¹⁸⁹³ CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc.

¹⁸⁹⁴ CPT/Inf (94) 20, *Rapport de visite*, Grèce, préc.

¹⁸⁹⁵ CPT/Inf (2006) 41, *Rapport de visite*, Grèce, préc.

¹⁸⁹⁶ Règlement intérieur du fonctionnement des établissements pénitentiaires, par Décision ministérielle n°58819/7.4.2003, JO 463 /17.4.2003.

¹⁸⁹⁷ CPT/Inf (2006) 41, *Rapport de visite*, Grèce, préc.

¹⁸⁹⁸ CPT/Inf (2008) 3, *Rapport de visite*, Grèce, du 20 au 27 février 2007.

tard, le lendemain, précise le Règlement intérieur (art. 45 al.1, C. pénit.). Dans les faits, relève le CPT, cette règle n'est pas respectée. Cet examen a souvent lieu une ou plusieurs semaines plus tard ou simplement sur demande des détenus en cas de problèmes de santé (CPT/Inf (2006) 41). Ce qui est d'autant plus regrettable qu'un tel examen est indispensable, en particulier, pour prévenir la diffusion de maladies transmissibles, le suicide et l'enregistrement d'éventuelles blessures.

Ensuite, un nombre de dispositions garantissent l'accès aux soins (consultations et hospitalisation) tout au long de la détention. Concernant *les consultations*, en principe, les détenus sont examinés d'office tous les semestres et, à tout moment sur leur demande (art. 27 § 2, C. pénit.). Seulement, à l'heure actuelle, il n'y a pas de postes en plein temps, à l'exception d'un psychiatre et d'un dentiste dans la plus grande prison, celle de Korydalos près d'Athènes, qui regroupe quasiment 1/3 des détenus en Grèce. Les consultations sont assurées par des médecins qui effectuent des permanences quelques heures par semaine. En cas de besoin, en dehors de ces permanences, le directeur de la prison peut faire appel à des médecins et infirmiers inscrits sur une liste les autorisant à y intervenir 24h/24h (art. 27 § 3, C. pénit.).

Dans ces conditions, le CPT a raisonnablement estimé que le personnel médical est insuffisant et avait, dans son rapport de visite de 1994, recommandé le recrutement en urgence, des généralistes et des infirmières¹⁸⁹⁹. Mais lors de sa visite, en 2007, constatant l'inertie des autorités grecques, a invité le gouvernement grec à s'y conformer « immédiatement »¹⁹⁰⁰. Il a, à cette occasion, précisé les normes concernant les effectifs du personnel hospitalier dans le milieu pénitentiaire : un médecin pour trois cent détenus et une infirmière pour cinquante détenus¹⁹⁰¹.

Le droit grec permet de remédier partiellement à cette situation par l'accès des détenus à des médecins privés. Ce qui permet en même temps de respecter la liberté fondamentale du libre choix du médecin. En effet, réservé avant la loi pénitentiaire de 1999, aux seuls grévistes de la faim, ce droit est depuis reconnu à tous les détenus : « Chaque détenu peut demander, à tout moment de sa détention, d'être examiné par le médecin de la prison ou par un médecin de son choix » (27 § 2, C. pénit.). Mais il supporte les frais. En cas de maladies chroniques, le détenu a droit de se faire suivre par son médecin traitant en présence du médecin de l'établissement (art. 27 § 2, C. pénit.). En cas de désaccord entre le médecin de l'administration pénitentiaire et le médecin privé, il est fait appel au médecin légiste localement compétent (art. 27 § 5, C. pénit.).

¹⁸⁹⁹ Ainsi, pour la prison précisément de Korydalos, il recommande le recrutement de deux généralistes à plein temps et au moins de quatre infirmières qualifiées supplémentaires, dont une qualifiée en soins psychiatriques, CPT/Inf (94) 20, *Rapport de visite*, (Grèce), préc.

¹⁹⁰⁰ CPT/Inf (2008) 3, *Rapport de visite*, Grèce, préc., §§ 52-53.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, § 52.

Quant à l'accès aux hospitalisations, il a lieu soit dans le dispensaire de la prison (où les détenus peuvent rester jusqu'à un mois maximum), soit dans un hôpital pénitentiaire (art. 30 §1, C. pénit.).

C'est en cas d'impossibilité de soigner les patients dans ces lieux, que l'hospitalisation peut avoir lieu dans des hôpitaux publics (art. 30 §2 c. pénit.).

Toutefois, les critiques du CPT, lors de sa visite en 2005, sont aussi sévères que lors de sa première visite en 1993. L'état des locaux des hôpitaux pénitentiaires sont si inadéquats que, selon l'aveu des responsables de ces hôpitaux, ceux-ci ne servent que de lieux d'attente pour le transfert des détenus vers des hôpitaux publics ou de lieux de convalescence, avait-il observé en 1993¹⁹⁰². En effet, alors qu'en principe les transferts vers des hôpitaux publics doivent avoir lieu lorsque le médecin constate un « risque grave » pour la santé, dans la pratique, les transferts sont fréquents¹⁹⁰³. En 2006, cet organe signalait un autre manquement grave concernant, les soins au sein des hôpitaux pénitentiaires. Dans un de ces hôpitaux, en raison de manque d'infirmiers, un certain nombre de malades alités, ne pouvaient pas satisfaire leurs besoins quotidiens en matière sanitaire et d'hygiène. Un tel manque de soins peut constituer un traitement dégradant, estima le CPT.

De manière générale, cet organisme recommande aux autorités grecques de rattacher les soins des détenus au système de santé public et de le transférer au ministère de la santé. Ce rattachement est programmé par les pouvoirs publics grecs mais il n'est pas encore réalisé.

A part les soins prévus pour tous les types de maladie, le droit grec prévoit des mesures spéciales concernant notamment le VIH et la toxicomanie.

2. Les mesures spéciales

Le droit pénitentiaire grec n'exclut pas de « mesures de soins imposées si l'état de santé le requiert » (art. 30 §1), y compris la détention dans une partie isolée de la prisons en cas de maladies transmissibles (30 § 45). Mais, il ne mentionne que deux problèmes de santé : la séropositivité au VIH **(a)** et la toxicomanie **(b)**.

a. Le traitement des séropositifs au VIH

En plus d'un traitement médical spécial requis par cette maladie, les détenus atteints du VIH sont isolés des autres. Le CPT avait dénoncé cette mesure, en 1993. En 2005, il a constaté qu'ils sont

¹⁹⁰² *Ibid.*

¹⁹⁰³ *Ibid.*, p. 55.

systématiquement transférés à l'hôpital de prison de Korydallos dans une unité à part. Le CPT, s'il a constaté le bon niveau des conditions de vie et de la qualité des soins, il a regretté l'absence d'activités. Il a donc réitéré son souhait d'une politique de maintien de ces personnes dans la population ordinaire à moins d'une contre-indication médicale. Il a également souhaité la mise en place d'un soutien psychologique.

b. La toxicomanie

Le code pénitentiaire prévoit de manière très laconique que les toxicomanes sont soumis à des soins spéciaux (art. 30 § 4). A part, la possibilité de transfert d'une catégorie de personnes dans un centre de désintoxication (aspect que nous traiterons, ci-après), aucune autre précision n'est donnée sur le traitement de celles qui demeurent dans la prison ordinaire.

Concernant ces personnes, le CPT a relevé, en 2005, l'insuffisance de traitement. La délégation avait même rencontré des détenus qui avaient rechuté en prison, laissant entendre que les drogues circulent en prison. Aussi, a-t-il recommandé que l'offre de soins à ces personnes change. Elle devrait combiner un véritable programme de désintoxication, c'est-à-dire un programme médico-psycho-socio-éducatif avec des produits de substitution.

Rien n'est spécialement prévu pour d'autres problèmes d'addiction, comme l'alcoolisme et le tabagisme.

Le CPT a insisté sur la mise en place d'une politique de prévention par l'information aussi bien auprès des détenus qu'auprès du personnel sur les maladies transmissibles, en particulier l'hépatite, le SIDA, la tuberculose, les infections dermatologiques et les problèmes d'addiction.

Toutefois, si ces critiques sont fondées, il est à souligner que concernant les toxicomanes et les malades du VIH, le droit grec reconnaît l'incompatibilité de ces états de santé avec le maintien en détention ordinaire ou en détention tout court. En France aussi, les interrogations se multiplient à propos de cette compatibilité. Ce qui nous amène à la réflexion générale de la capacité à la détention des personnes souffrant de problèmes de santé : soit en raison de la nature de ces problèmes soit en raison de leur gravité.

Car non seulement comme le soulignent des psychologues et psychanalystes, il ne faut pas perdre de vue que « la prison n'est pas une institution soignante¹⁹⁰⁴ », mais de manière générale, comme le reconnaît le CPT, « garantir un niveau satisfaisant de soins médicaux dans une prison sera

¹⁹⁰⁴. C. LEGENDRE, A. MAURION, « Milieu carcéral et espace thérapeutique, Revue de la littérature, état des lieux, perspectives », préc., pp. 84-85.

toujours tâche difficile¹⁹⁰⁵ ». Lorsque la difficulté devient impossibilité, ou lorsque la détention contribue à la détérioration de la santé, la question se pose de savoir si les exigences de l'article 3 ne dépassent pas la garantie des soins optimaux en prison pour poser celle de l'examen de la compatibilité d'un état de santé avec la vie en détention.

SECTION 2. L'OBLIGATION DES ETATS DE S'ASSURER DE LA COMPATIBILITE DE L'ETAT DE SANTE AVEC LA DETENTION

Le droit grec reconnaît depuis 1951, date de mise en vigueur de l'actuel Code de procédure pénale, l'incompatibilité de certains états de santé avec le maintien en détention. Au niveau européen, comme nous l'avons déjà souligné, l'érosion du principe de capacité d'un être humain à subir la détention a commencé en 1969. La Commission européenne des droits de l'homme¹⁹⁰⁶ avait reconnu que la détention peut avoir des effets néfastes sur la santé des personnes malades, mais sans jamais estimer que leur maintien en détention ait constitué un traitement contraire à l'article 3. En 1993, le CPT établissait une liste de catégories des personnes inaptes à une détention continue, parmi lesquels les grands malades et les malades mentaux¹⁹⁰⁷. En 1998, le Comité des Ministres a adopté la même liste¹⁹⁰⁸. Quant à la Cour, c'est seulement depuis 2001 qu'elle admet que « l'état de santé (ou tableau clinique¹⁹⁰⁹), l'âge et un *lourd handicap physique* constituent désormais des situations pour lesquelles la question de la capacité à la détention est aujourd'hui posée au regard de l'article 3 de la Convention et au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe¹⁹¹⁰. C'est cette même année, en 2002, que le droit français instituait le droit à la suspension de la peine s'agissant de maladies physiques particulièrement graves ou à pronostic fatal à court terme.

Aussi l'obligation de l'examen de la compatibilité de l'état de santé avec la détention peut-elle être considérée comme acquise en Europe. En revanche, concernant les réponses adéquates, comme celle de la mise en liberté n'est pas expressément requise par la Cour, ni par le Comité des Ministres ou le CPT du Conseil de l'Europe. Nous pouvons cependant la considérer comme étant implicitement requise, et donc en devenir au sein du droit européen (§1). Les droits nationaux, grec et français l'ont, quant à eux, explicitement adopté dans les systèmes pénaux (§2).

§ 1. Une garantie en devenir au sein du droit européen

¹⁹⁰⁵ CPT 92(3), *Rapport de visite*, France, du 27 octobre au 8 novembre 1991, § 162.

¹⁹⁰⁶ Citée par la Cour : « Elle a cependant considéré que la détention, en tant que telle, entraînait inévitablement des effets sur les détenus souffrant d'affections graves », CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 76.

¹⁹⁰⁷ Y figuraient, ceux qui souffrent d'une affection grave dont le traitement ne peut être conduit correctement dans les conditions de la détention, CPT/Inf (93), *3e rapport général d'activités du CPP*, préc., § 70.

¹⁹⁰⁸ Rec(98)7, *relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc.

¹⁹⁰⁹ CEDH, *Balyemez c. Turquie*, n°32495/03, CEDH 2005-XII, § 86 ; CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc., § 72.

¹⁹¹⁰ CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 76 ; CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 38 (Référence dans ce dernier à R (98) 7 *relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc.).

Tout en soulignant que « la Convention ne comprend aucune disposition spécifique relative à la situation des personnes privées de liberté, a fortiori malades », la Cour dit ne pas exclure que « la détention d'une personne malade puisse poser des problèmes sous l'angle de l'article 3 de la Convention¹⁹¹¹ ». Mais, au-delà de cette déclaration, somme toute commune à toute personne détenue, ce qui est important c'est qu'elle reconnaît que, au-delà des soins, les conditions de détention, voire la détention en elle-même, peuvent avoir des conséquences sur des personnes malades qui dépassent celles inhérentes à la détention d'une personne en bonne santé. Dès lors, plus que la question de la qualité des soins assurés en prison, peut se poser la question de la qualité des conditions générales de détention, et plus encore, celle de la capacité de ces personnes à subir une quelconque détention.

C'est en 1998, dans l'affaire *Aerts*, qui mettait en cause le maintien d'une personne malade mentale en détention ordinaire et non dans un lieu hospitalier, encadré d'un équipement médical et humain adapté, que la Commission avait reconnu pour la première fois que, cette détention avait constitué non seulement une détention arbitraire, mais également un traitement dégradant et inhumain¹⁹¹². Auparavant, bien que le raisonnement de la Commission lors de ses premières décisions en la matière aurait pu laisser entendre qu'une obligation de mettre fin à la détention serait imposée en cas d'inaptitude à la détention¹⁹¹³, il n'en fut rien. Déclarer la personne inapte à la détention ne changeait pas son raisonnement par rapport aux autres détenus malades. En aucun cas, même en cas de maladie difficile à traiter, cette instance n'avait estimé que les Etats aient l'obligation de libérer le détenu¹⁹¹⁴. Pour cette instance, il suffisait que les autorités aient pris toutes les mesures possibles, eu égard au contexte de la détention, pour bien soigner la personne¹⁹¹⁵. La responsabilité de l'Etat n'est engagée que lorsque, d'une part, la *détérioration de la santé* était d'une gravité telle qu'elle pouvait *mettre en danger* la vie ou l'intégrité physique de manière irréversible¹⁹¹⁶, et d'autre part, qu'elle est due au défaut de soins adéquats ou d'aménagement des conditions de détention. Par

¹⁹¹¹ « La Convention ne comprend aucune disposition spécifique relative à la situation des personnes privées de liberté, a fortiori malades, mais il n'est pas exclu que la détention d'une personne malade puisse poser des problèmes sous l'angle de l'article 3 de la Convention », CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 38, § 42. Voir R *Chartier c. Italie*, n° 9044/80, 8.12.1982, D.R. 33, pp. 41-47 ; D *De Varga-Hirsch c. France*, n° 9559/81, 9.5.1983, D.R. 33, p. 158 ; B. *c. Allemagne*, n° 13047/87, 10.5.1988, D.R., 55, p. 271. Voir aussi CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 76 ; CEDH, *Tekin Yildiz c. Turquie*, préc., § 70 ; CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc., § 87.

¹⁹¹² CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 66.

¹⁹¹³ D 4165/69 (X c/RFA) 25.5.1969, Rec. 34, p. 11 ; D 4280/69 (X c/Autriche), R 34, p.161. Dans ces affaires, la Commission avait rejeté la demande de mise en liberté des détenus en raison des problèmes de santé, les certificats médicaux n'avaient pas établi leur incapacité de continuer à subir cette peine.

¹⁹¹⁴ « Les Etats n'ont pas l'obligation de libérer un détenu ou de le transférer dans un hôpital civil, même s'il souffre d'une maladie difficile à traiter », D 26756/95 (Nowojski/Pologne) 29.11.95.

¹⁹¹⁵ Pour être contraire à l'article 3, cela peut être « insuffisant ». Or tel n'était pas le cas. Les autorités avaient pris les mesures nécessaires pour assurer le mieux sa santé: il a été placé dans l'hôpital pénitentiaire, visité par plusieurs spécialistes, et suite à une nouvelle détérioration de sa santé une semaine après son retour en prison, il a été de nouveau hospitalisé ; quelque temps après, il a été libéré, D 21915/95 (Lucanov/Bulgarie), 12.1.95, DR 80-A, p. 125.

¹⁹¹⁶ Affaire irrecevable. Le collège des médecins invité à se prononcer, a estimé qu'il n'y avait pas de danger pour sa vie, D 31368/96 (D. T. /Pologne), préc..

exemple, dans l'affaire *Lucanov*¹⁹¹⁷, où le détenu souffrait de problèmes cardiovasculaires graves (de lympholeucosis chronique maligne, d'hypertension artérielle et d'ischémie du cœur sans pour autant avoir de risques d'infarctus du myocarde), qui ne cessaient de se détériorer, la Commission avait estimé que son état de santé bien que sérieux, n'était pas directement lié à la qualité des soins ni aux conditions de détention¹⁹¹⁸.

Quant à la Cour, lors de sa première saisine de cette question, dans l'affaire *Aerts* (précitée), n'avait pas suivi le raisonnement de la Commission estimant que le requérant n'avait pas apporté la preuve des effets¹⁹¹⁹ néfastes, de surcroît graves dus à ces défaillances¹⁹²⁰. C'est en 2002, qu'elle a reconnu qu'une question de compatibilité se pose entre l'état de santé d'une personne malade et la vie en détention : « L'état de santé, l'âge et un lourd handicap physique constituent désormais des situations pour lesquelles la capacité à la détention est aujourd'hui posée au regard de l'article 3 de la Convention en France et au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe¹⁹²¹ ».

« La souffrance due à une maladie survenant naturellement qu'elle soit physique ou mentale, peut en soi relever de l'article 3, si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par des conditions de détention dont les autorités peuvent être tenues pour responsables. »¹⁹²²

A ce propos, il mérite d'être noté que la Cour a intégré parmi les éléments de droit, la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, qui est le texte le plus complet consacré à ces questions. Elle avait souligné qu'elle y accorde une grande importance en matière de soins même si elle est dépourvue de force contraignante¹⁹²³.

¹⁹¹⁷ D n°21915/95 (*Lucanov/Bulgarie*), préc.

¹⁹¹⁸ *Ibid.*

¹⁹¹⁹ Tout en reconnaissant qu'il « est déraisonnable d'attendre d'une personne se trouvant dans un état sérieux de déséquilibre mental qu'elle donne une description détaillée ou cohérente de ce qu'elle a souffert lors de sa détention », CEDH, *Aerts c. Belgique*, préc., § 66.

¹⁹²⁰ *Ibid.*

¹⁹²¹ CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 38.

¹⁹²² *Ibid.*, § 38. Dans l'arrêt *Tekin Yıldız*, la Cour a ajouté : « Indépendamment de l'obligation faite aux Etats de protéger l'intégrité physique des détenus par l'administration des soins médicaux requis, il faut rappeler que la souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut en soi relever de l'article 3, si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par des conditions de détention dont les autorités peuvent être tenues pour responsables », CEDH, *Tekin Yıldız c. Turquie*, préc., § 70. Voir CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc., § 84.

¹⁹²³ « La Cour relève en outre que la *Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire* prévoit que les détenus souffrant de troubles mentaux graves devraient pouvoir être placés et soignés dans un service hospitalier doté de l'équipement adéquat et disposant d'un personnel qualifié. La Cour a déjà eu l'occasion de citer cette recommandation et elle y attache un grand poids, même si elle admet qu'elle n'a pas en soi valeur contraignante à l'égard des Etats membres », CEDH, *Rivière c. France*, préc., § 72.

Aussi actuellement, la Cour reconnaît-elle que s'agissant des détenus malades, outre la santé, c'est le bien-être qui doit être assuré en prison de manière adéquate¹⁹²⁴. Et donc, outre l'administration des *soins adéquats*, les autorités ont l'obligation d'assurer des *conditions de détention adaptées* aux besoins spécifiques de l'état de santé¹⁹²⁵ : « Les conditions de détention d'une personne malade doivent garantir la protection de sa santé, eu égard aux contingences ordinaires et raisonnables de l'emprisonnement¹⁹²⁶ ». A défaut, les obligations des Etats peuvent-elles aller jusqu'à mettre en cause le maintien en détention ? La réponse de la Cour n'est pas encore claire.

En fait, l'approche européenne de la capacité des personnes malades à la détention diverge selon le type et la gravité de la maladie. Elle est composée d'un tronc commun des considérations quelle que soit la nature de la maladie, pour se différencier sur certains points concernant les maladies mentales et, dans une moindre mesure, les maladies du VIH ou la toxicomanie. Nous présenterons d'abord l'approche concernant les maladies physiques graves (A), avant de présenter les garanties supplémentaires concernant d'autres types de problèmes de santé (B).

A. Garantie potentielle en cas de maladies physiques graves

Si la Cour et les autres organes du Conseil de l'Europe reconnaissent que certains états de santé peuvent aller jusqu'à mettre en cause la capacité des personnes concernées, ils ne vont pas jusqu'à faire de leur mise en liberté une obligation.

Le raisonnement de la Cour demeure subtil. Tout en posant la question de la capacité à la détention, et en reconnaissant que la souffrance des personnes malades peut être exacerbée également par les modalités d'exécution, notamment par la durée¹⁹²⁷, elle n'érige pas la mise en liberté en obligation générale. Le raisonnement de la Cour est le suivant. Elle part du principe que l'article 3 ne permet pas de déduire une « obligation générale de remettre en liberté ou bien de transférer dans un hôpital civil un détenu¹⁹²⁸ », et ce « même si ce dernier souffre d'une maladie

¹⁹²⁴ CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc., § 94 ; CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc., § 85 ; CEDH, *Tekin Yildiz c. Turquie*, préc., § 71 ; CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 78 ; CEDH, *Mouisel c. France*, § 40.

¹⁹²⁵ « Outre la santé du détenu, c'est le bien-être qui doit également être assuré de manière adéquate eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement », CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc., § 85 ; CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc., § 94 ; CEDH, *Tekin Yildiz c. Turquie*, préc., § 71 ; CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., § 37 ; CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 78 ; CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 40 ; CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., §§ 51-52 ; CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., § 38 ; CEDH, *Tekin Yildiz c. Turquie*, préc., § 70 ; CEDH, *Price c. R.U.*, préc., § 30.

¹⁹²⁶ CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 52 ; CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., § 38 ; *Reggiani Martinelli c. Italie*, (déc.), n°22682/02, CEDH 2005-VI.

¹⁹²⁷ CEDH, *Tekin Yildiz c. Turquie*, préc., § 72 ; CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 44 ; CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 80.

¹⁹²⁸ CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc., § 86 ; CEDH, *Tekin Yildiz c. Turquie*, préc., § 72 ; CEDH, *Gelfmann c. France*, préc., § 50 ; CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., § 38 ; CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 52 ; CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 78 ; CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 40.

particulièrement difficile à soigner¹⁹²⁹ ». La Cour estime que du moment où les autorités ont assuré des soins et des conditions de vie adéquats, la non amélioration ou même l'aggravation de la santé ne rend pas leur maintien en détention un mauvais traitement. La Cour a, par exemple, jugé qu'ils n'ont pas constitué de mauvais traitements : la détérioration de la santé d'un détenu qui a refusé d'être transféré à une autre prison mieux équipée pour bénéficier de soins plus adaptés à son état de santé¹⁹³⁰ ; le maintien en détention des personnes souffrant de maladies graves et/ou incurables et même à pronostic fatal à court ou à moyen terme dès lors que les soins de qualité équivalente à l'extérieur ont été assurés (comme des insuffisances cardiaques et le diabète¹⁹³¹, une tumeur¹⁹³² ou la maladie du VIH¹⁹³³).

Soulignons que dans ces dernières affaires, un facteur a beaucoup compté en faveur des Etats mis en cause : le fait que la suspension de la peine soit prévue dans leurs législations et des procédures corrélatives sont mises en place offrant, selon la Cour, des garanties satisfaisantes. Tel était le cas concernant les arrêts contre la France depuis l'adoption, en droit français, de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002. Celle-ci prévoit la suspension de l'exécution de la peine pour des motifs médicaux. La Cour a estimé que la santé fait partie des facteurs à prendre en compte dans les modalités d'exécution de la peine privative de liberté et cette loi offre des garanties satisfaisantes et accessibles aux intéressés¹⁹³⁴. Le droit italien offre également, d'après la Cour, des garanties satisfaisantes¹⁹³⁵.

Cependant, en réaffirmant le caractère évolutif de sa jurisprudence¹⁹³⁶, elle a estimé ne pas exclure que dans des « conditions particulièrement graves »¹⁹³⁷, d'un « état de santé préoccupant »¹⁹³⁸, une bonne administration de la justice pénale exige que des mesures de nature humanitaire soient prises¹⁹³⁹, comme dans le cas de personnes atteintes de pathologies « engageant le pronostic vital » ou dont l'état est « durablement incompatible avec la vie carcérale ». Ainsi, a-t-elle jugé que « maintenir en détention une personne tétraplégique, dans des conditions inadaptées à son état de

¹⁹²⁹ CEDH, *Gelfmann c. France*, préc., § 50 ; CEDH, *Sakopoulos c. Grèce*, préc., § 38 ; CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 52 ; CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 40 ; CEDH, *Reggiani Martinelli c. Italie*, préc.

¹⁹³⁰ CEDH, *Matencio c. France*, préc.

¹⁹³¹ CEDH, *Sakopoulos c. Grèce*, préc.

¹⁹³² CEDH, *Reggiani Martinelli c. Italie*, préc.

¹⁹³³ CEDH, *Gelfmann c. France*, préc.

¹⁹³⁴ CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 82 ; CEDH, *Gelfmann c. France*, préc.

¹⁹³⁵ D n° 20644/92, (*Reggiani/Italie*), précité (Le TAP examine les demandes de suspension de peines en se fondant sur des expertises).

¹⁹³⁶ CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 53.

¹⁹³⁷ CEDH, *Reggiani Martinelli c. Italie*, préc. ; CEDH, *Sakopoulos c. Grèce*, préc., § 38.

¹⁹³⁸ « C'est donc la question de la compatibilité d'un état de santé très préoccupant avec le maintien en détention du requérant en prison dans un tel état qui est posée par la présente affaire », CEDH, *Mouisel c. France*, préc., § 42. Voir aussi CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc., § 87 ; CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 56.

¹⁹³⁹ « La Cour ne saurait exclure que, dans des conditions particulièrement graves, l'on puisse se trouver en présence de situations où une bonne administration de la justice pénale exige que des mesures de nature humanitaire soient prises pour y parer », CEDH, *Sakopoulos c. Grèce*, préc., § 38 ; CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 52, § 56 ; CEDH, *Reggiani Martinelli c. Italie*, préc. ; CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc., § 96.

santé, était constitutif d'un traitement dégradant¹⁹⁴⁰ ». Mais dans ces affaires, il était prouvé que les conditions de détention étaient inadaptables.

Il est aussi à souligner que la Cour n'aborde pas ce problème sous la question de l'obligation ou pas de libérer la personne ou de la transférer dans un hôpital civil. Elle l'examine sous la question de « l'opportunité du maintien en détention » sans imposer clairement une solution. Quant à l'appréciation de cette opportunité, elle affirme ne pas se substituer aux autorités nationales¹⁹⁴¹. Elle donne pourtant les critères qui devraient être pris en compte pour apprécier la capacité à la détention ou la compatibilité d'un état de santé préoccupant avec le maintien en détention : la condition du détenu à savoir son état de santé et son tableau clinique¹⁹⁴²; la qualité des soins dispensés ; l'opportunité du maintien en détention¹⁹⁴³. Dans cette appréciation, elle accorde beaucoup d'importance aux expertises médicales¹⁹⁴⁴. A défaut, elle peut charger de cette mission son propre comité d'experts¹⁹⁴⁵.

Toujours est-il, pour que les défaillances concernant les conditions de détention et les soins médicaux soient constitutifs de mauvais traitements, il faut qu'elles soient imputables aux autorités compétentes même si elles ne sont pas intentionnelles¹⁹⁴⁶. Il peut, par exemple, s'agir de l'impossibilité pratique d'aménager des conditions de détention techniques et humaines conformes aux besoins spécifiques d'une maladie, d'une infirmité ou d'un âge avancé (*Farbtuhs*¹⁹⁴⁷) ou de l'application d'un texte national auquel sont soumis tous les détenus (comme le port des menottes obligatoire pour toute extraction, y compris médicale (*Moussel*¹⁹⁴⁸)). La Cour a également précisé

¹⁹⁴⁰ Voir CEDH, *Price c. R.U.*, préc., § 30 ; CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc., § 87 ; CEDH, *Moussel c. France*, préc., § 42 ; CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 56

¹⁹⁴¹ « La Cour ne peut pas substituer son point de vue à celui des juridictions internes quant au maintien ou non de la détention provisoire » CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., § 44, CEDH, *Gelfmann c. France*, préc., § 52 ; CEDH, *Reggiani Martinelli c. Italie*, préc.

¹⁹⁴² CEDH, *Moussel c. France*, préc., § 38 ; CEDH, *Matencio c. France*, préc., § 76 ; CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie* préc., § 56 ; CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc., § 86 ; CEDH, *Tekin Yildiz c. Turquie*, préc., § 72.

¹⁹⁴³ D n° 20644/92 (*Reggiani/Italie*), préc. ; CEDH, *Moussel c. France*, préc., §§ 40-42 ; CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 53 ; CEDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, préc., § 39.

¹⁹⁴⁴ Dans l'affaire *Reggiani Martinelli c. Italie*, précité, les expertises ne comportaient pas de contre-indications pour le maintien en détention, contrairement à l'affaire *Moussel c. Italie*.

¹⁹⁴⁵ CEDH, *Balyemez c. Turquie*, préc. ; CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc.

¹⁹⁴⁶ CEDH, *Tekin c. Turquie*, préc., § 70 ; CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 52 ; CEDH, *Moussel c. France*, préc., § 37, § 38, § 40.

¹⁹⁴⁷ Tel fut le cas, dans l'affaire *Farbtuhs* lorsqu'elle a constaté l'absence de mesures qui devraient être prises pour assurer des soins en détention ou des conditions de détention adaptées aux besoins spécifiques. Il s'agissait du maintien en détention d'une personne âgée de 84 ans, paraplégique et invalide à tel point qu'elle ne pouvait pas accomplir la plupart des actes élémentaires de la vie quotidienne sans l'assurance d'autrui. En effet, de l'aveu même des autorités nationales, cela était impossible. Pour conclure : « Maintenir en détention une personne tétraplégique dans des conditions de détention inadaptables à son état de santé est constitutif d'un état dégradant », CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, préc., § 53.

¹⁹⁴⁸ Dans l'affaire *Moussel*, les autorités françaises ont reconnu que le port des menottes, lors des extractions, y compris médicales, fait partie des mesures normales de la détention appliquées à toutes les personnes indépendamment de leur état de santé. Or selon la Cour, le port des menottes contribue à dépasser la souffrance inhérente au traitement médical anticancéreux, CEDH, *Moussel c. France*, préc., §§ 45-48.

qu'une grève de la faim, n'exonère pas les autorités des obligations des soins à l'égard de la personne concernée (*Tekin Yıldız c. Turquie*, précité, § 82)¹⁹⁴⁹.

Notons enfin une autre obligation préventive que la Cour impose aux Etats : les autorités nationales doivent, lorsqu'elles décident de « placer et maintenir une telle personne en détention, veiller avec une rigueur particulière à ce que les conditions de sa détention répondent aux besoins spécifiques découlant de son infirmité¹⁹⁵⁰ ». Son raisonnement dans l'affaire *Price*, laisse entendre que les Etats doivent éviter la prison pour de courtes peines à des personnes présentant de problèmes de santé ou de handicap graves.

Aussi, si cette instance n'érige pas en obligation générale la mise en liberté des personnes souffrant de maladies graves, elle la préconise implicitement puisqu'il arrive qu'elle sanctionne la mise en détention et le maintien en détention d'une telle personne dans des conditions de détention inadéquates. En fait, au regard de sa jurisprudence, elle ne le préconise que lorsque les problèmes de santé sont cumulés avec ceux d'un handicap lourd et/ou d'un âge avancé combinés avec une défaillance dans leur prise en charge, soit par omission, soit en raison de l'impossibilité pratique de garantir des conditions humaines, médicales ou matérielles adaptées aux besoins spécifiques.

Le CPT, quant à lui, met seulement en cause la « capacité à une détention continue ». Il estime que « la détention continue de telles personnes en milieu pénitentiaire peut créer une situation humainement intolérable »¹⁹⁵¹. Quant au CM, il recommande clairement de mettre fin à la détention des personnes gravement malades en phase finale en les transférant dans des unités des soins ou en leur mettant en liberté par une mesure de grâce ou de libération conditionnelle¹⁹⁵². En 2006, il a renouvelé cette recommandation dans les Règles pénitentiaires, et l'a étendue, de manière implicite, à toutes les personnes souffrant de problèmes de santé physique ou mentale et dont la prolongation de la détention peut encourir des risques graves pour leur santé. Il recommande en effet que « le médecin doit présenter un rapport au directeur chaque fois qu'il estime que la *santé physique ou*

¹⁹⁴⁹ Dans l'affaire *Tekin* (qui mettait en cause la révocation de la suspension de la peine d'une personne souffrante du syndrome Wernicke-Korsakoff), elle a estimé que le gouvernement n'a pas étayé quel traitement pourrait-il appliquer pour rendre la détention compatible avec son état de santé. Cette personne souffrait précisément de séquelles neurologiques handicapants physiquement et mentalement, des problèmes de concentration, d'équilibre, de cohérence mentale dus au syndrome Wernicke-Korsakoff (syndrome cérébelleux tant statique que cinétique), la rendant inapte à la détention ordinaire selon les propres experts de la Cour, CEDH, *Tekin Yıldız c. Turquie*, préc., §§ 76-83.

¹⁹⁵⁰ CEDH, *Farbtuhs c. Lettonie* préc., § 56.

¹⁹⁵¹ Voir supra, CPT/Inf (93) 12, 3e rapport général d'activités du CPT, préc.

¹⁹⁵² « 51. La décision quant au moment opportun de transférer dans des unités de soins extérieures les malades dont l'état indique une issue fatale prochaine devrait être fondée sur des critères médicaux. En attendant de quitter l'établissement pénitentiaire, ces personnes devraient recevoir pendant la phase terminale de leur maladie des soins optimaux dans le service sanitaire. Dans de tels cas, des périodes d'hospitalisation temporaire hors du cadre pénitentiaire devraient être prévues. La possibilité d'accorder la grâce ou une libération anticipée pour des raisons médicales devrait être examinées », *Rec(98)7, relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc.

mentale d'un détenu encourt des risques graves du fait de la prolongation de la détention ou en raison de toute condition de détention, y compris celle d'isolement cellulaire » (règle 43.3). A défaut, ces personnes doivent être hospitalisées temporairement en dehors du cadre pénitentiaire.

B. Garantie potentielle en cas de maladies mentales et autres problèmes de santé

Au sein de la jurisprudence de la Cour, l'approche de tout problème de santé est identique, à part celui de la santé mentale (1). En revanche, le CM et le CPT adoptent une approche spécifique également à propos des problèmes de toxicomanie et de la maladie du VIH (2).

1. L'état de garantie en cas de maladies mentales

Concernant la capacité à la détention des personnes souffrant de troubles mentaux, la Cour applique quasiment le même raisonnement que pour tout type de maladie. Il n'y a pas d'obligation de libérer même si un détenu souffre de maladies difficiles à soigner¹⁹⁵³. Ce qu'elle exige c'est l'examen de la compatibilité du maintien en détention et le transfert si nécessaire dans un *milieu hospitalier garantissant un encadrement et un suivi au quotidien par un personnel médical spécialisé*.

C'est ainsi que, après avoir critiqué les conditions de détention (application de la sanction disciplinaire de mise en cellule, dans l'affaire *Keenan*), elle a condamné le maintien en détention sans possibilité des soins adéquats dans les affaires *Kudla*, et *Rivière*. Dans cette dernière, seule la détention dans un milieu hospitalier aurait pu constituer un cadre de détention adéquat. Cette personne souffrait de troubles mentaux chroniques à propos desquels les trois experts désignés par le juge, étaient unanimes dans leur affirmation à savoir qu'il relevait « plus d'une prise en charge psychiatrique que d'un maintien en milieu pénitentiaire ». La Cour a estimé qu'en effet, elle ne devrait pas être détenue dans « un milieu sans encadrement et suivi médical par un personnel médical spécialisé ». Après avoir conclu que tel n'était pas le cas¹⁹⁵⁴, elle a jugé que son maintien en détention dans ces conditions constitue un traitement inhumain et dégradant (§ 76)¹⁹⁵⁵.

Ce qui mérite d'être particulièrement souligné c'est que dans l'arrêt *Rivière*, c'est la première fois dans sa jurisprudence qu'elle se réfère à la *Recommandation R(98)7, relative aux*

¹⁹⁵³ CEDH, *Kudla c. Pologne* [GC], préc., § 93 ; CEDH, *Rivière c. France*, préc., § 62.

¹⁹⁵⁴ Le requérant dans cette affaire, en détention depuis vingt-huit ans, au moment de l'arrêt de la Cour, avait développé au cours de sa détention des troubles psychotiques graves accompagnés de comportements de type suicidaire. Or, à part de courtes périodes d'hospitalisation dans les UMD, elle ne bénéficiait pas de soins adéquats en détention. Il voyait un psychiatre une fois par mois et recevait de soins infirmiers psychiatriques une fois par semaine. Pour la Cour, ces soins étaient bien insuffisants.

¹⁹⁵⁵ « Son maintien en détention, sans encadrement médical actuellement approprié constitue dès lors une épreuve particulièrement pénible et l'a soumis à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention ».

aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, en soulignant qu'« elle y attache un grand poids, même si elle admet qu'elle n'a pas en soi valeur contraignante à l'égard des Etats membres¹⁹⁵⁶ ».

Cette Recommandation préconise clairement la détention de toutes les personnes souffrant de maladies mentales dans un milieu hospitalier équipé de manière adéquate et doté d'un personnel qualifié¹⁹⁵⁷. De même que le CPT¹⁹⁵⁸, les Règles pénitentiaires de 2006 recommandent également, dans la règle 12.2, que s'il est établi qu'une personne souffre d'une maladie mentale, elle doit être détenue dans un établissement spécialement conçu à cet effet. Ce dernier corps de Règles précise que c'est exceptionnellement qu'elle puisse être détenue dans une prison. Dans ce cas, « la situation de ces personnes et leurs besoins doivent être régis par des règles spéciales ». Quant à savoir si cette hospitalisation doit avoir lieu hors la prison ou à l'intérieur, le CPT souligne que quelle que soit la solution, ce qui compte, d'après cette instance, c'est la garantie d'une hospitalisation correspondant à ces exigences mais aussi la rapidité. Cette dernière, note-t-il, doit devenir une « question hautement prioritaire »¹⁹⁵⁹. Enfin, il est à rappeler que les Règles pénitentiaires de 2006 recommandent implicitement, dans la mise en liberté des détenus souffrant de troubles mentaux, comme de ceux souffrant d'une maladie physique¹⁹⁶⁰.

Maintenir en prison des personnes qui ne comprennent pas le sens de la peine, pose une question d'éthique. Elle pose aussi la question de la légalité de leur privation de liberté à tout le moins à l'égard des personnes dont le discernement a été seulement altéré. La détention de ces

¹⁹⁵⁶ « La Cour relève en outre que la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire prévoit que les détenus souffrant de troubles mentaux graves devraient pouvoir être placés et soignés dans un service hospitalier doté de l'équipement adéquat et disposant d'un personnel qualifié. La Cour a déjà eu l'occasion de citer cette recommandation et elle y attache un grand poids, même si elle admet qu'elle n'a pas en soi valeur contraignante à l'égard des Etats membres », CEDH, *Rivière c. France*, préc., § 72.

¹⁹⁵⁷ « Les détenus souffrant de troubles mentaux graves devraient pouvoir être placés et soignés dans un service hospitalier doté de l'équipement adéquat et disposant d'un personnel qualifié. La décision d'admettre un détenu dans un hôpital public devrait être prise par un médecin psychiatre sous réserve de l'autorisation des autorités compétentes. » *R(98)7, relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc., (règle 55).

¹⁹⁵⁸ « Un détenu malade mental doit être pris en charge et traité dans un milieu hospitalier équipé de manière adéquate et doté d'un personnel qualifié. Cette structure pourrait être soit un hôpital psychiatrique civil, soit une unité psychiatrique spécialement équipée, établie au sein du système pénitentiaire », CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 43.

¹⁹⁵⁹ « D'un côté, il est souvent avancé que des raisons d'éthique conduisent à hospitaliser les détenus malades mentaux en dehors du système pénitentiaire, dans des institutions qui relèvent de la santé publique. D'un autre côté, il peut être soutenu que la création de structures psychiatriques au sein du système pénitentiaire permet d'assurer les soins dans des conditions optimales de sécurité et de renforcer l'activité des services médicaux et sociaux au sein de ce système. Quelle que soit l'option prise, la capacité d'accueil de l'unité psychiatrique doit être suffisante. Il existe trop souvent un délai d'attente prolongé lorsqu'un transfert est devenu nécessaire. Le transfert de la personne en question dans une unité psychiatrique doit être considéré comme une question hautement prioritaire », CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités du CPT*, préc.

¹⁹⁶⁰ « Le médecin doit présenter un rapport au directeur chaque fois qu'il estime que la *santé physique ou mentale* d'un détenu encourt des risques graves du fait de la prolongation de la détention ou en raison de toute condition de détention, y compris celle d'isolement cellulaire » (règle 43.3).

personnes devrait, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, viser à la fois à les punir et à les soigner le mieux possible. Si le second objectif n'est pas assuré, la privation de liberté devient également arbitraire¹⁹⁶¹.

2. L'état de garantie aux détenus souffrant du VIH ou de toxicomanie

Quant aux détenus souffrant du VIH ou de toxicomanie, la jurisprudence européenne ne leur réserve pas un traitement spécial concernant leur capacité à la détention¹⁹⁶². Même si le pronostic vital est engagé, si des expertises médicales divergent sur la compatibilité de son état et de leur traitement avec la détention et si le traitement est facile et praticable en détention, il n'y a pas de violation de l'article 3¹⁹⁶³. Mais, même si les expertises convergent que l'espérance de vie est estimée à deux ans, la Cour n'a pas varié sa jurisprudence dès lors que des soins adéquats peuvent lui être assurés dans la prison¹⁹⁶⁴.

En revanche, le Comité des Ministres dans la Recommandation R(93)6 a suggéré la libération conditionnelle anticipée des détenus infectés par le VIH¹⁹⁶⁵. Quant aux toxicomanes, c'est toujours cet organe, qui a formulé dans ce même texte, deux recommandations aux Etats. Ils devraient adopter des mesures de *libération anticipée* sous condition de suivre un traitement approprié (foyer, centre de posture, hôpital, dispensaire, communauté thérapeutique) (§19), mais aussi des *mesures alternatives à l'emprisonnement* en vue d'inciter les toxicomanes à se faire traiter dans des institutions sanitaires ou sociales (§20).

Aussi, au sein du Conseil de l'Europe, qu'il s'agisse des détenus malades physiquement ou mentalement, seule leur protection contre le maintien en détention ordinaire peut être considérée comme acquise. Ces personnes doivent être détenues dans conditions de détention bénéficiant d'un encadrement médical, matériel et humain adapté. C'est en cas d'impossibilité technique, matérielle ou humaine de l'assurer, que peut naître l'obligation de mettre fin à leur détention. Dans le cadre de la jurisprudence européenne tel est le cas en présence de cumul des facteurs de vulnérabilité d'une personne détenue. C'est-à-dire lorsque les problèmes de santé sont cumulés avec celui d'un handicap lourd et/ou d'un âge avancé.

¹⁹⁶¹ Voir *supra*, Chapitre sur le droit à la liberté.

¹⁹⁶² Voir l'affaire *Gelfmann c. France*, précitée, relative au maintien en détention d'une personne atteinte du sida depuis près de vingt ans qui avait contracté plusieurs infections dites opportunistes, et dont le pronostic vital à court ou à long terme a été engagé.

¹⁹⁶³ CEDH, *I. T. c. Roumanie*, préc.

¹⁹⁶⁴ CEDH, *Ceku c. Allemagne* (déc.), n°41559/06, CEDH 2007-III.

¹⁹⁶⁵ *Rec(93)6 relative au contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison*, Conseil de l'Europe, 18 octobre 1993.

Le droit grec et le droit français reconnaissent, eux, explicitement des limites dans la compatibilité de l'état de santé de certaines personnes avec la vie en détention.

§ 2. Une garantie largement reconnue au sein des droits nationaux

Le droit grec fait figure de pionnier, puisqu'il reconnaît une telle incompatibilité depuis 1957 (A) alors que le droit français ne l'a reconnue qu'en 2002 (B).

A. Le champ de reconnaissance en droit grec

Ce droit national reconnaît qu'au moins deux problèmes de santé, la toxicomanie et les troubles mentaux, peuvent être incompatibles avec la détention ordinaire (1), et que deux autres, la maladie physique grave et le VIH, peuvent être incompatibles avec la détention en soi (2).

1. Etats de santé incompatibles avec une détention ordinaire

A côté de l'incompatibilité de la maladie mentale et de la détention (a), le droit grec reconnaît depuis 1987, l'incompatibilité également de l'état de toxicomanie avec l'univers carcéral (b).

a. Malades mentaux : détention dans des lieux hospitaliers

Le droit grec distingue les troubles mentaux de nature à entraîner l'irresponsabilité pénale totale¹⁹⁶⁶ et ceux entraînant seulement sa diminution¹⁹⁶⁷. Dans ce dernier cas, une peine est prononcée. Mais elle est réduite à la moitié de la peine normalement prévue. Elle est ramenée à 20 ans si la peine encourue est la perpétuité. Cette peine s'exécute dans un hôpital psychiatrique ou dans une unité psychiatrique de la prison (art. 37 C. pén.).

Si des troubles mentaux sont apparus durant l'exécution de la peine au point que la personne ne soit plus consciente de la peine en exécution, il est accordé *un sursis à exécution de la peine*. Cette décision, prise par le tribunal correctionnel du lieu de la détention de l'intéressé (art. 559 CPP),

¹⁹⁶⁶ Irresponsabilité en cas de troubles altérant les fonctions mentales ou des troubles de discernement (art. 34 C. pén.).

¹⁹⁶⁷ S'il s'agit d'une diminution seulement de la capacité de responsabilisation, une peine est appliquée mais réduite, (art. 35, C. pén.). Concernant la durée de la peine prononcée et exécutée : elle est fixée par le tribunal à la moitié de la peine normalement prévue (art. 38 § 2 C. pén.). En cas de peine prévue à vie, elle est prononcée celle de vingt ans de réclusion (art. 38 § 3 C. pén.). Après l'exécution du minimum de la peine prononcée, et par la suite tous les deux ans, l'intéressé peut demander sa mise en liberté ainsi que le procureur auprès du Tribunal correctionnel du lieu d'exécution de la peine (art. 39 C. pén.).

est accompagnée de celle de l'enfermement de la personne dans un hôpital psychiatrique pénitentiaire (art 555 CPP).

Concernant toutefois les conditions de vie à l'hôpital psychiatrique pénitentiaire (en fait un seul existe celui de Korydallos), le CPT était aussi critique lors de sa dernière visite, en 2005, que lors de celle de 1993. Suite à cette dernière, il avait déploré les conditions matérielles, les soins et la surpopulation. « Il s'agit en réalité d'une place d'exclusion pour les prisonniers dont les symptômes perturbent le régime de l'établissement ; les conditions dans lesquelles les détenus y sont enfermés sont dans un état d'abandon¹⁹⁶⁸ ». En 2005, s'agissant toujours du même établissement (hôpital psychiatrique pénitentiaire de Korydallos), le CPT a critiqué la surpopulation (265 patients séjournaient pour une capacité officielle de 160), les cellules d'isolement (notamment parce qu'aucune n'est équipée de sonnettes d'alarme), la qualification insuffisante du personnel ou encore l'insuffisance du dispositif de prévention de suicide. De surcroît, alors qu'y sont également accueillis des toxicomanes, il avait constaté que l'accès aux drogues illégales est facile à l'intérieur de cet hôpital.

b. Toxicomanes : détention dans des lieux de désintoxication

Depuis 1987, le droit grec a prévu la détention des usagers des stupéfiants dans des centres fermés de désintoxication. Cette mesure a été instituée par la loi n° 1729 du 3/7 août 1987 relative à la lutte contre la propagation des stupéfiants. Elle consiste à la détention des personnes reconnues coupables dans des établissements pénitentiaires fermés spéciaux à caractère thérapeutique (art. 12)¹⁹⁶⁹ ou dans des établissements hospitaliers publics pour qu'elles soient soumises à une cure de désintoxication. Dans les faits, les premiers offrent des programmes « dry », c'est à dire, ils ne prévoient pas de produits de substitution. Ils consistent en l'abstention totale de l'usage de toute substance stupéfiante.

Cette mesure est accordée pour une année, renouvelable si nécessaire pour la durée de la peine restant à exécuter. Si ce séjour est couronné de succès, la personne peut obtenir un sursis avec mise à l'épreuve à l'exécution jusqu'à l'expiration de la peine. Pour l'instant un seul établissement de ce type est en fonction, celui de Thèbes. Mais sa capacité de trois cent places est largement suffisante puisque le CPT a constaté lors de sa dernière visite, en 2005, que seulement cinquante-trois personnes étaient présentes.

¹⁹⁶⁸ CPT/Inf (94) 20, *Rapport de visite*, Grèce, préc., § 182.

¹⁹⁶⁹ « Quiconque, pour son propre usage exclusif, se procure ou possède de quelque manière que ce soit des stupéfiants en petite quantité ou qui en consomme, est passible d'une peine d'emprisonnement. La peine est exécutée dans un établissement pénitentiaire spécial à caractère thérapeutique ».

Depuis la loi n° 2331/95 contre le blanchiment de l'argent, il est également possible à une personne sous le coup des poursuites pénales pour usage de stupéfiants, de commencer une cure de désintoxication auprès de l'« OKANA » (organisation nationale de lutte contre les drogues) qui assure, au sein de ses centres médicaux, des cures de désintoxication ouvertes (sur rendez-vous quotidiens). Si cette cure est couronnée de succès, la personne peut obtenir la suspension des poursuites pénales ou un sursis de son procès.

Tout en retenant que les conditions de détention et des soins sont défectueux en prison et dans les hôpitaux pénitentiaires, il mérite d'être souligné que le système grec fait une plus grande part à des solutions non carcérales.

2. Etats de santé incompatibles avec tout type de détention

En plus des états de santé incompatibles avec la détention ordinaire, le droit grec reconnaît des états de santé incompatibles avec la détention en elle-même. Il s'agit de la maladie du VIH (**a**) et de grands malades (**b**).

a. La libération conditionnelle des détenus malades du VIH

Depuis la loi n° 2172/93, les détenus malades du sida (et non simplement séropositifs) bénéficient de la libération conditionnelle automatique. Elle est en effet accordée sans autre condition que l'expertise médicale attestant cette maladie (art. 110 A C. pén.). L'intéressé introduit une telle demande auprès du tribunal correctionnel statuant en chambre de conseil. C'est ce tribunal qui ordonne une telle expertise sur laquelle il s'appuie pour ordonner la libération conditionnelle. En cas de récidive, la personne n'a plus droit à une telle mesure.

Nous signalons que cette solution va dans le sens de la Recommandation n° R(93) du Conseil de l'Europe qui a suggéré la libération conditionnelle anticipée des détenus infectés par le VIH¹⁹⁷⁰ et qu'une mesure similaire a été adoptée en Italie¹⁹⁷¹,

b. La suspension de la peine en cas de gravité exceptionnelle

¹⁹⁷⁰. Rec(93)6 relative au contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison, préc.

¹⁹⁷¹. L'article 176 du code pénal prévoit le sursis à exécution obligatoire pour les détenus atteints du Sida ou d'une autre maladie particulièrement grave, quand ils sont dans une phase avancée de la maladie incompatible avec la détention.

Le droit grec distingue deux degrés de gravité de la santé justifiant la suspension : un degré qui justifie une hospitalisation dans un établissement hospitalier privé ; et un deuxième, plus grave, qui justifie l'hospitalisation à domicile.

Suspension pour hospitalisation dans une clinique privée. Cette mesure est prévue pour des personnes, dont l'hospitalisation dans un hôpital public n'empêche pas la *détérioration et la mise en danger de leur santé* alors que cela peut être possible par une hospitalisation dans un établissement privé (art. 557 § 1 CPP). Cette nécessité doit être attestée par deux certificats médicaux, accompagnés d'un certificat du médecin de l'hôpital où la personne est transférée ainsi que de l'avis de l'établissement hospitalier privé attestant qu'il peut assurer les soins requis (art. 557 § 3 CPP). La suspension est prise par le tribunal correctionnel du lieu d'exécution de la peine (art. 559, al. b. CPP). Elle est ordonnée pour cinq mois, renouvelable pour cinq mois chaque fois.

Suspension pour hospitalisation à domicile. C'est dans des « circonstances tout à fait exceptionnelles » que l'hospitalisation à domicile peut être ordonnée. Elle peut être décidée lorsque la détérioration de la santé peut « effectivement » être évitée par une telle hospitalisation (art. 557 § 7 CPP). Cette décision est prise par la Cour d'appel du lieu d'exécution de la peine (art. 559, al. d CPP). Comme l'hospitalisation dans un établissement privé, elle est ordonnée pour 5 mois renouvelable pour 5 mois chaque fois.

B. Le champ de reconnaissance en droit français

Le droit français reconnaît l'incompatibilité avec le maintien en détention dans trois types de problèmes de santé : la maladie mentale et les maladies physiques graves ou un pronostic fatal à court terme. Il prévoit pour les deux derniers problèmes, la possibilité de fractionnement de la peine, la grâce médicale ou, depuis 2002, le droit à la suspension de la peine **(1)** et pour la maladie mentale, l'hospitalisation en milieu hospitalier **(2)**. En revanche, concernant les toxicomanes et les personnes malades du VIH, le droit français ne prévoit ni d'alternatives à la détention ordinaire ni la mise en liberté **(3)**.

1. La suspension de la peine

C'est lorsqu'une « pathologie engageant le pronostic vital » ou lorsque l'« état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention », que le droit français a, en 2002, reconnu des limites dans la capacité d'un être humain, quelle que soit la condamnation, à subir une peine privative de liberté en détention. Cette reconnaissance a eu lieu par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (dite *Loi Kouchner*).

Auparavant, des dispositions existaient, et continuent d'être applicables, permettant de mettre fin à une détention pour les mêmes raisons. Il s'agit du fractionnement ou de la suspension de la peine, de la grâce médicale et de libération conditionnelle. Seulement, leur champ d'application et leur mise en œuvre sont extrêmement réduits. Selon l'article 720-1 du code de procédure pénale, le fractionnement ou la suspension de la peine pour « motif grave d'ordre médical », est réservé aux personnes dont la peine à subir est inférieure à un an. La libération conditionnelle, qui peut être accordée également par « la nécessité de subir un traitement », obéit, elle aussi, à des délais légaux. Elle ne peut être accordée, dans le meilleur des cas, qu'après l'exécution de la moitié de la peine (art. 729 CPP). Seule la grâce présidentielle individuelle (art. 17 de la Constitution), peut être accordée pour des motifs médicaux sans considération de la condamnation ou de la durée de la peine exécutée ou restant à exécuter. Mais dans la pratique, elle est accordée avec une grande parcimonie : peu de temps avant la mort, tout juste pour éviter la mort en prison comme le dénoncent les associations. Vingt grâces en moyenne par an ont, selon l'IGAS, été accordées entre 1990 et 2001¹⁹⁷².

C'est devant un tel constat que le Rapport Pradier exprimait, en 1999, cette indignation : « La mort en prison, c'est un épisode que personne ne peut accepter sans sourciller » ; « On ne doit pas mourir en prison ». Il faut donc proposer de soulever clairement « la question du maintien en détention des malades qui abordent de façon prévisible la phase terminale de leur maladie¹⁹⁷³ ». Il faut « libérer les grands malades et les détenus en fin de vie », recommandait, un an plus tard, un Rapport du Sénat¹⁹⁷⁴.

Le législateur français a décidé, en 2002, de franchir le pas. La loi du 4 mars 2002 a donné lieu à l'insertion d'un nouvel article dans le Code de procédure pénale, l'article 720-1-1. Celui-ci a fait de l'état de santé le critère déterminant de la capacité d'un être humain à subir une détention indépendamment d'autres considérations. Selon cet article, une suspension de peine peut être ordonnée, quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée, pour les condamnés dont il est établi, par deux expertises concordantes, qu'ils sont atteints d'une « pathologie engageant le pronostic vital » ou que leur « état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention »¹⁹⁷⁵. Cette mesure peut

¹⁹⁷² *L'organisation des soins aux détenus*, (2001), IGAS, préc.

¹⁹⁷³ « Porteurs de tumeurs très évoluées ou de déchéances pluriviscérales, grabataires, sans espoir de guérison, ni même de répit évolutif, ils meurent lentement, dans la solitude et l'abandon, alors que leur famille ou des associations seraient capables de leur assurer l'entourage minimum qui est de mise dans ces moments là », *La Gestion de la santé dans les établissements du programme 13000*, P. Pradier, préc.

¹⁹⁷⁴ SENAT, *Prisons : une humiliation pour la république*, préc., p. 195.

¹⁹⁷⁵ « Sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction, la suspension peut également être ordonnée, quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée, pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, hors les cas d'hospitalisation des personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux... », (art. 720-1-1 CPP).

toutefois être révoquée en cas de non-observation des obligations imposées (art. 720-1-1 CPP¹⁹⁷⁶ et D 147-2 CPP) ou en cas d'amélioration de la santé rendant à nouveau compatible la réincarcération.

Cette loi est une avancée dans le respect de la vie et de la dignité devant la mort que la société doit à chacun. Toutefois, elle connaît des limitations non seulement d'ordre pratique, mais aussi d'ordre légal. En effet, cette mesure connaît deux types de restrictions légales dérogeant à l'application exclusive du critère de gravité de l'état de santé dans la décision de l'octroi de cette mesure. D'une part, les prévenus et les malades mentaux sont exclus du champ d'application de cette loi depuis son texte d'origine de 2002¹⁹⁷⁷ ; d'autre part, un amendement dans la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, en 2005, a introduit un critère d'ordre public : la suspension de la peine peut être accordée « sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction »¹⁹⁷⁸.

A ces restrictions, il faut ajouter des raisons pratiques qui contribuent à limiter l'application de cette loi. En 2006, la CNCDH et le Pôle suspension¹⁹⁷⁹, ont repéré entre autres obstacles : le manque de structures d'hébergement adaptées ; le manque des ressources et des soutien familial surtout pour la plupart des bénéficiaires potentiels qui sont des condamnés à des longues peines ; ou encore la réticence des maisons de retraite médicalisées à l'idée d'accueillir des personnes ayant commis des délits graves. L'ensemble de ces facteurs a contribué à ce que, jusqu'en juillet 2005, seules deux cent vingt personnes avaient bénéficié de cette mesure sur quatre cent vingt personnes ayant fait la demande¹⁹⁸⁰.

Toutefois, en ce qui concerne les problèmes pratiques de pénurie des structures d'accueil ou de leur réticence à accueillir cette population, le Conseil d'Etat, statuant le 9 mai 2007 sur un recours

¹⁹⁷⁶ L'article 720-1-1 CPP prévoit que la juridiction qui accorde une suspension de la peine peut décider de soumettre le condamné à une ou plusieurs des obligations ou interdictions et d'ordonner la fin de la suspension si les conditions de celle-ci ne sont plus remplies. Il peut notamment imposer ces obligations : établir sa résidence ou être hospitalisé dans un lieu ou un établissement déterminé par la juridiction et en tenir le juge de l'application des peines informé ; ne pas sortir des limites territoriales ; se soumettre à toute expertise médicale ordonnée par le juge de l'application des peines ; recevoir les visites du travailleur social ; répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou du travailleur social ; s'abstenir d'entrer en relation avec les victimes de l'infraction.

¹⁹⁷⁷ « Sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction, la suspension peut également être ordonnée, quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée, pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, hors les cas d'hospitalisation des personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux », (art. 720-1-1, al.a CPP).

¹⁹⁷⁸ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales. Pour la jurisprudence rendue depuis lors, voir entre autres, la chronique de Pierrette PONCELA, « Chronique de l'exécution des peines : Choix de jurisprudence », *RSC*, 2007-2, pp. 350-363

¹⁹⁷⁹ « Pôle Suspension de peine », (Collectif associatif créé pour la promotion de la suspension de peine pour raisons médicales introduite par la loi du 4 mars 2002).

¹⁹⁸⁰ Ont été accordées : en 2002, 23 sur 55 ; en 2003, 67 sur 155 ; en 2004, 73 sur 128 ; en 2005, 57 sur 82 (source « Pôle Suspension de peine », <http://syndicat-magistrature.org>).

en référé, a rappelé les obligations des services publics en la matière. S'agissant en l'occurrence d'un détenu admis au bénéfice de la suspension de la peine mais maintenu en détention depuis quatre mois, cette haute juridiction a rappelé à l'hôpital public que dès lors qu'il a l'obligation de veiller à la « continuité des soins » assurés aux détenus, il lui incombe de trouver aux personnes concernées (à savoir jugées éligibles à une suspension de peine par la juridiction compétente), un lieu d'accueil à l'extérieur¹⁹⁸¹.

2. L'exécution de la peine en milieu psychiatrique

Le principe qui régit les personnes souffrant de troubles mentaux est, sur le plan pénal, leur irresponsabilité pénale, et sur le plan pénitentiaire, l'incompatibilité de leur état de santé avec le maintien en détention. Le Code pénal exempte en effet de la responsabilité pénale des personnes souffrant de ce type de problèmes de santé (art. 122-1 C. pén.)¹⁹⁸², leur évitant ainsi l'envoi en prison. Le Code de procédure pénale stipule, dans la partie consacrée à l'exécution des peines, que « les détenus atteints des troubles mentaux visés à l'article L. 342 du code de la santé publique ne peuvent être maintenus dans un établissement pénitentiaire ».

Pour autant la réalité carcérale française est alarmante. Pierre Pradier parlait, en 1999, de « désastre psychiatrique¹⁹⁸³ ». En 2003, le rapport Terra estimait à 55 % le pourcentage des détenus entrants présentant des troubles psychologiques¹⁹⁸⁴. En juin 2006, dans son « cri d'alarme », le chef médecin de la prison de Fresnes faisait état d'un taux de pathologies vingt fois supérieur à la population générale¹⁹⁸⁵ et dénonçait cette politique proche de celle du XIXe siècle qui consiste à « incarcérer à l'hôpital psychiatrique » ou « à hospitaliser en prison ».

Cette sur-présence en prison des personnes mentalement malades est due, d'une part, à la réforme du Code pénal en 1994, qui a rétréci le champ d'exemption de responsabilité pénale pour démence. L'article 122-1 de ce Code a introduit à la place de la notion de « démence » de l'ancien article 64, la distinction entre troubles mentaux ayant aboli le discernement et troubles mentaux

¹⁹⁸¹ « Si l'AP-HP fait valoir que l'état de M. G. ne nécessite ni un service de soins aigu en médecine gériatrique, ni une hospitalisation de long séjour, il lui appartient néanmoins d'orienter ce patient vers une structure adaptée à son état », a précisé cette juridiction décision, (CE, 9 mars 2007).

¹⁹⁸² « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, (article 122-1 C. pén.).

¹⁹⁸³ P.PRADIER, « La gestion de la santé dans les établissements du programme 13000, Evaluations et perspectives », préc.

¹⁹⁸⁴ Jean-Louis TERRA, *Prévention du suicide des personnes détenues, Evaluation des actions mises en place et propositions pour développer un programme complet de prévention*, Rapport de mission à la demande du ministre de la Justice et du ministre de la Santé, décembre 2003.

¹⁹⁸⁵ Précisément 50% des personnes souffrant de troubles dépressifs, de 25% de troubles psychotiques, et 71% de troubles de personnalité, « Le cri d'alarme du médecin-chef, psychiatre, de la prison de Fresnes », préc.

ayant altéré le discernement¹⁹⁸⁶. Cela a eu comme conséquence de baisser considérablement le nombre de personnes jugées pénalement irresponsables : de 17 % au début des années '80, il est passé à 0,17 % en 1997¹⁹⁸⁷.

La sur-présence est également due aux conséquences directes de la prison sur l'état de la santé mentale : « La prison, en soi, est un facteur d'aggravation des troubles mentaux », soulignait l'IGAS en 2001¹⁹⁸⁸.

Enfin, cette « morbidité psychiatrique¹⁹⁸⁹ », serait également due à l'application de l'article D398 du Code de procédure pénale. Cette disposition, qui stipule qu'une personne malade mentale ne peut être maintenue en prison, ne signifie pas suspension de la peine pour motif de maladie mentale, soit-elle grave. Il signifie seulement hospitalisation temporaire hors de la prison, le temps de soigner les symptômes. De surcroît, elle est réservée à ceux qui représentent un danger et qui refusent de se faire soigner. Il s'agit en effet d'une hospitalisation d'office, c'est à dire qu'elle peut avoir lieu seulement sur arrêté du Préfet pris sur présentation d'un certificat médical circonstancié¹⁹⁹⁰. Une telle hospitalisation peut avoir lieu sous trois conditions : souffrir de troubles mentaux rendant impossible le consentement du patient ; constituer un danger pour lui-même ou pour autrui ; et nécessiter des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier (arrêté du 14 octobre 1986).

Les autres détenus, ceux qui consentent aux soins et ne sont pas dangereux, se font soigner dans les prisons au sein des SMPR ou des UCSA¹⁹⁹¹.

L'hospitalisation d'office est, dans la majorité des cas, de courte durée en raison aussi bien du problème de places que d'une certaine hostilité du personnel hospitalier de garder ces patients longtemps en raison des problèmes de sécurité¹⁹⁹². Les UMD (unités pour malades difficiles), qui sont des unités psychiatriques sécurisées à l'intérieur des hôpitaux psychiatriques et destinées à

¹⁹⁸⁶ « La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime », (art. 122-1, al.2 C. pén.).

¹⁹⁸⁷ Sénat, *Prisons : Une humiliation pour la République*, préc., p. 41.

¹⁹⁸⁸ *L'organisation des soins aux détenus*, IGAS, 2001, préc.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ « Lorsqu'une personne détenue nécessite des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier, en raison de troubles mentaux rendant impossible son consentement et constituant un danger pour elle-même ou pour autrui, le préfet de police à Paris ou le représentant de l'Etat du département dans lequel se trouve l'établissement pénitentiaire d'affectation du détenu prononce par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié, son hospitalisation dans une unité spécialement aménagée d'un établissement de santé visée à l'article L. 3214-1 », (art. L3214-3 C. sant. publ.). Voir aussi article D 398, al.2, CPP.

¹⁹⁹¹ Voir *supra*.

¹⁹⁹² Effectivement le taux d'évasion à partir des hôpitaux psychiatriques (où ils sont surveillés par le personnel hospitalier) est très élevé par rapport aux hôpitaux généraux (où ils sont gardés par la police et la gendarmerie), IGAS, *L'organisation des soins aux détenus*, (2001), préc.

accueillir tous les malades mentaux, détenus et non détenus, présentant un « état dangereux majeur », n'ont pas pu constituer une réponse à ces problèmes. Créées en 1986¹⁹⁹³, leur nombre demeure faible : quatre unités seulement d'une capacité totale de 520 lits. Si bien qu'en 2001, on comptait moins de cinquante admissions par an des personnes détenues¹⁹⁹⁴.

Pour faire face à ces problèmes graves, le Sénat recommandait en 2000, d'augmenter le nombre de places dans les UMD¹⁹⁹⁵. La loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 a prévu la création des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA). Il s'agit des unités sécurisées au sein des services psychiatriques des hôpitaux, surveillées par du personnel pénitentiaire et destinées à accueillir exclusivement des personnes détenues souffrant de troubles mentaux¹⁹⁹⁶. Toutefois, cette solution a commencé à attirer des critiques. Outre la possibilité prévue de maintenir ces personnes dans les UHSA après l'expiration de la peine, pendant deux ans, renouvelables tous les deux ans, il s'agirait d'un nouveau type d'enfermement, contraire à l'éthique médicale, d'un retour des « asiles psychiatriques ». Ainsi, dans une pétition datée du 4 juin 2007, des psychiatres travaillant en milieu carcéral, mettent en cause la régression du statut de malade s'agissant de personnes détenues du fait notamment que les UHSA seraient exclusivement consacrées à des malades détenus et que la sécurité serait assurée par une surveillance pénitentiaire.

Aussi l'organisation actuelle des soins est-elle à la fois contraire au respect de la dignité mais aussi entachée d'illégalité au regard du droit français. En l'occurrence, elle est contraire à l'article D398 du Code de procédure pénale. Alors que cet article prévoit que les détenus atteints de troubles mentaux ne doivent pas rester en prison, dans la réalité seules les personnes dangereuses, et non consentantes, peuvent bénéficier de cette disposition. Les autres, l'immense majorité, parce que non dangereuses ou parce que consentantes pour une hospitalisation, en sont exclues. Celles-là doivent se contenter d'une hospitalisation dans le SMUR alors que, de l'aveu même de l'IGAS, ces services se distinguent à peine du reste de la détention et en tout cas n'assurent pas une surveillance constante puisque le soir il n'y a pas de présence médicale. Par ailleurs, en l'état actuel, qu'il s'agisse des hospitalisations à l'intérieur ou à l'extérieur de la prison, leurs durées sont assez courtes pour répondre à l'esprit du texte de l'article D 398 du Code de procédure pénale.

Dès lors, pour que les détenus patients reçoivent la même qualité de soins que les personnes libres et qu'ils ne restent pas en prison alors qu'ils sont atteints de troubles mentaux comme le prévoit le droit français et le recommande le Conseil de l'Europe, la solution doit être recherchée, d'une part, dans l'augmentation du nombre de places dans les UMD. Ce type d'hospitalisation

¹⁹⁹³ Par le décret no 86-602 du 14 mars 1986 relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique.

¹⁹⁹⁴ IGAS, *L'organisation des soins aux détenus*, (2001), préc.

¹⁹⁹⁵ SENAT, *Prisons : Une humiliation pour la République*, préc., p. 44 et p. 190.

¹⁹⁹⁶ Article L3214-3, C. sant. publ.

répond mieux à l'éthique médicale que celle dans les UHSA. Dans les UMD, qui sont des lieux de soins pour recevoir des malades mentaux détenus et non détenus, la sécurité procède du soin et non d'une surveillance pénitentiaire, soulignent ces psychiatres. La solution doit, d'autre part, être recherchée dans l'hospitalisation dans les unités ordinaires des hôpitaux psychiatriques à tous les détenus souffrant de troubles mentaux et conscients de leur état pour faire la demande d'une telle hospitalisation.

3. Absence de mesures spéciales concernant les personnes souffrant du VIH ou de toxicomanie

Contrairement au droit grec, le droit français ne prévoit pas d'alternatives à la détention ordinaire ou la mise en liberté ni des toxicomanes ni des personnes malades du VIH.

Toutefois, concernant *les toxicomanes*, une Commission du Sénat français écrivait, en 2000 : « La place des toxicomanes en tant que tels n'est pas en prison. La simple consommation de stupéfiants ne devrait pas impliquer de peines d'emprisonnement¹⁹⁹⁷ ». En 2006, la CNCDH suggérerait que « la réflexion porte autant sur la nature de la prise en charge médicale des personnes incarcérées que sur la recherche d'alternatives à la détention¹⁹⁹⁸ ».

En revanche, pour les personnes malades du sida, tout en soulignant les difficultés d'assurer des soins adéquats en prison, vu la complexité de soins et l'incompatibilité de l'organisation de la vie en détention avec celle du traitement (horaires fixes de prise de médicament, alimentation spécifique, conditions d'hygiène et sanitaires etc.)¹⁹⁹⁹, les instances françaises, comme l'IGAS et le CNCE, ne vont pas jusqu'à mettre en cause leur maintien en détention, sauf à l'approche de la mort, lorsque le pronostic vital est engagé. C'est seulement à ce moment, comme dans le cas de toute maladie physique, que la personne doit bénéficier d'une suspension de peine en vertu de la loi « Kouchner » de 2002²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹⁷ SENAT, *Prisons : une humiliation pour la république*, préc., p. 190.

¹⁹⁹⁸ CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc.

¹⁹⁹⁹ L'IGAS, souligne : « les contraintes carcérales ne doivent pas cependant être sous-estimées : les transferts d'établissements ne favorisent pas la continuité des traitements. De la même façon, les graves carences de l'hygiène dans beaucoup d'établissements pénitentiaires, la promiscuité, la qualité médiocre de la nourriture ne constituent pas un cadre de vie propice à la prise en charge optimale d'une personne séropositive » ; « il est évident que la prise à des heures régulières de doses importantes de médicaments n'est pas facile à gérer en milieu carcéral », IGAS, *L'organisation des soins aux détenus*, (2001), préc.

²⁰⁰⁰ Mais le CNCE souligne les limites de l'application de cette loi. « La prison peut être encore un lieu de fin de vie, où l'on meurt de maladie et de vieillesse. La prison est un lieu de mort, de maladie et de vieillesse ». Durant une période de 2 ans et 9 mois d'application après sa mise en vigueur, le 4 mars 2002, 165 personnes ont bénéficié de dispositions de cette loi, mais environ 320 personnes (près du double) n'en ont pas bénéficié et sont mortes en prison. Et de citer le Conseil National du Sida qui indiquait en octobre 2005 que chaque année meurent environ 120 personnes par suicide et 120 de maladie ou de vieillesse en prison, CCNE, *La santé et la médecine en prison*, Avis n° 94 (2006).

La position si extrême de la jurisprudence européenne à propos de maladies graves montre clairement les limites du contrôle européen sur le pouvoir punitif des Etats. Ce contrôle s'exerce uniquement sur l'organisation de la vie en détention. Il ne s'exerce ni sur les modalités d'exécution de la privation de liberté ni sur le principe même d'appliquer une telle sanction ou mesure. Ecarter son application par l'octroi d'un sursis, ou cesser son exécution par la suspension ou la mise en liberté conditionnelle, sont des mesures qui relèvent du domaine couvert par la notion de « modalités d'exécution de la peine » qui, selon la jurisprudence européenne constante, est située hors du champ d'application de la Convention. Ces modalités relèvent du ressort de la politique pénale des Etats réservée à leur pouvoir discrétionnaire. Ayant ainsi limité le champ de contrôle, la Commission et la Cour ont recours à des arguments d'ordre humanitaire ou de bonne administration de la justice pour simplement suggérer aux Etats d'envisager l'adoption de telles mesures²⁰⁰¹.

En matière de soins médicaux, en plus des obligations positives, pèsent sur les Etats également des obligations négatives. Le respect de l'état de santé d'une personne englobe également des aspects liés à l'intimité et à l'autonomie de sa liberté. Si ces aspects relèvent principalement du droit à la vie privée tel qu'il est protégé par l'article 8 de la Convention, ils peuvent aussi, dans certaines circonstances, constituer des atteintes à la dignité et relever également de l'article 3 de la Convention.

SECTION 3. L'OBLIGATION DES ETATS DE RESPECTER LE SECRET ET LE CONSENTEMENT MEDICAL

Les obligations négatives des Etats ont trait à deux principes fondamentaux de droit et d'éthique médicale : le secret médical et le consentement libre et éclairé²⁰⁰². En effet, l'état de santé relève de la sphère de la vie intime. Et la décision de se faire soigner relève de la sphère d'autonomie de la volonté de la personne. Ces sphères de vie privée commandent aux autorités de s'abstenir de s'y immiscer. Si le respect du secret médical ne soulève de questions qu'au regard de la vie privée telle qu'elle est protégée par l'article 8 de la Convention (§1), les manquements au respect du consentement peuvent aller jusqu'à constituer des mauvais traitements. Pour autant son respect n'est pas absolu. Par ailleurs, le risque n'est pas exclu qu'un consentement donné soit en réalité biaisé. C'est à dire qu'il ne soit ni libre ni éclairé. Aussi l'article 3 impose-t-il également l'obligation

²⁰⁰¹ R 9044/80, (*Chartier c. Italie*), 8.12.1982, D.R. 33, § 53 ; D 7994/77, (*Kotalla c. Pays-Bas*), 6.5.1978, D.R. 14, p. 238, D 21221/93, (*L.J. c. Finlande*), 28.6.1995.

²⁰⁰² Depuis 1993, le CPT rappelle : « 45. La liberté du consentement comme le respect de la confidentialité relèvent des droits fondamentaux de l'individu. Ces conditions sont aussi à la base de la confiance qui est nécessaire dans la relation entre médecin et malade, spécialement en milieu de détention, alors que le libre choix du médecin n'est pas possible pour les détenus. » CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités du CPT*, préc.

d'empêcher que des dérogations ou des manquements concernant le consentement libre et éclairé deviennent des traitements inhumains ou dégradants (§2).

Nous allons voir que ces dérogations et ces risques frappent plus les personnes détenues que les personnes libres en raison des impératifs sécuritaires, de promiscuité ou encore en raison des traitements médicaux de la délinquance sexuelle.

§1. Les obligations dictées par le respect de la vie privée

Le caractère intime de l'état de santé de chaque personne et la liberté de disposer de soi-même imposent aux autorités, comme aux particuliers, l'obligation de respecter aussi bien le secret médical (A) que le consentement libre et éclairé (B). Mais nous verrons que concernant leur application aux détenus, ils sont aussi bien l'un que l'autre, mal assurés.

A. L'obligation de respecter le secret médical

Le secret médical couvre autant les données du dossier médical que les consultations médicales, les traitements et les soins médicaux, les opérations chirurgicales et, en général, toute intervention ou acte médical. Son respect fait partie de la tradition juridique et éthique des droits européens. L'application de la Convention n'a fait que confirmer le caractère fondamental de cet aspect de la vie privée : « Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de tous les pays contractants à la Convention », reconnaît la Cour²⁰⁰³. Cependant, il ne jouit pas d'une protection absolue ni dans la jurisprudence européenne (1) ni dans les droits nationaux (2). Mais les dérogations justifiées dans la prison sont sans commune mesure par rapport à celles à l'extérieur.

1. La garantie européenne

Les organes du Conseil de l'Europe sont unanimes sur le caractère fondamental du droit au secret médical. Il fait partie des composantes du droit à la vie privée. En 1979, la Commission reconnaissait que « la divulgation des connaissances concernant la santé peut violer l'intimité du requérant et porter atteinte à sa vie privée²⁰⁰⁴ ». La Cour, en 1997, a confirmé cette analyse en ajoutant que son respect est capital non seulement pour garantir le droit à la vie privée mais aussi pour préserver la confiance des personnes dans le corps médical et les services de la santé en

²⁰⁰³ CEDH, *M.S. c. Suède*, 20837/92, 27 août 1997, Recueil 1997-IV, § 4.

²⁰⁰⁴ R 7654/76 (Van Oosterwijck/Belgique), 1.3.1979, Série B : mémoires, plaidoiries et rapports, vol. 36, 1983, p. 10.

général²⁰⁰⁵. Cette double importance est également soulignée par le CPT depuis 1993²⁰⁰⁶. Au sein de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (1981), les données médicales constituent une catégorie particulière. Elles font partie des données qui ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne prévoit des garanties appropriées (art. 6).

Son respect s'impose alors également aux détenus. La Commission l'avait reconnu dès 1979²⁰⁰⁷. Mais pour l'instant, il est vain de chercher un respect efficace du secret médical à l'égard des détenus dans la jurisprudence européenne.

Ainsi, cette instance avait, en 1994, justifié aussi bien la violation du secret des informations concernant l'état de santé des détenus que celle des consultations médicales. En effet dans une affaire où un détenu, atteint du VIH, se plaignait d'atteinte au secret de ses entretiens avec les médecins en raison, entre autres, de la présence des gardiens qui l'accompagnaient à l'hôpital et qui, de surcroît, en avaient informé d'autres gardiens de la prison, elle l'avait jugé nécessaire dans une société démocratique, estimant que l'accès n'était pas illégal, que les buts étaient légitimes et que l'ingérence était proportionnée aux buts poursuivis. Concernant les buts, elle avait retenu celui de la protection des droits et libertés des autres, en précisant qu'il est légitime que « le personnel qui a affaire avec le détenu malade d'une maladie transmissible par le sang en soit informé²⁰⁰⁸ ».

Il importe alors de souligner qu'une telle application de ce droit fondamental en prison n'est pas conforme aux recommandations des autres instances du Conseil de l'Europe. Depuis 1993, le CPT a demandé que le secret médical soit respecté en prison « dans les mêmes conditions qu'en milieu libre », et précisé que tous les examens médicaux des détenus (lors de leur admission ou ultérieurement) doivent s'effectuer « hors de l'écoute » et - sauf demande contraire du médecin - « hors de la vue » du personnel pénitentiaire²⁰⁰⁹. Le Comité des Ministres est venu appuyer cette garantie dans la Recommandation R(98)7 : « Le secret médical devrait être garanti et observé avec la

²⁰⁰⁵ « La Cour rappelle que la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de tous les pays contractants à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de la santé en général », CEDH, *M.S. c. Suède*, préc., § 41.

²⁰⁰⁶ « 45. La liberté du consentement comme le respect de la confidentialité relèvent des droits fondamentaux de l'individu. Ces conditions sont aussi à la base de la confiance qui est nécessaire dans la relation entre médecin et malade, spécialement en milieu de détention, alors que le libre choix du médecin n'est pas possible pour les détenus », CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités du CPT* et Cpt/Inf(2001)16, *11e Rapport général d'activités du CPT*, précités.

²⁰⁰⁷ En affirmant que « la divulgation ou la prise de connaissance par des tiers de faits ayant trait à la condition physique, la santé ou la personnalité peut violer l'intimité du requérant et porter atteinte à sa vie privée », R 7654/76 (Van Oosterwijck/Belgique), 1.3.1979, préc.

²⁰⁰⁸ D 21780/93, (T. V/Finlande), 2.3.1994, DR 76-A, pp. 140-156.

²⁰⁰⁹ CPT/Inf (93)12, *3e rapport général d'activités du CPT*. Ces recommandations ont été reprises à l'identique dans « Les normes du CPT », CPT/Inf/E (2003) 1, mais pas avec la même numérotation.

même rigueur que dans la population générale²⁰¹⁰». En 2006, il a fait du « respect des règles ordinaires du secret médical », une des Règles pénitentiaires²⁰¹¹.

Cependant, de même que la garantie assurée par la jurisprudence européenne, celle assurée par les droits nationaux dans la prison est loin de répondre à ces Recommandations.

2. La garantie nationale

Le secret médical jouit d'une protection pénale aussi bien en Grèce qu'en France. Mais, des nécessités d'ordre public peuvent justifier des dérogations. Toutefois, dans la prison, ces nécessités deviennent quasiment la règle aussi bien en droit français qu'en droit grec.

En *droit français*, le secret médical est imposé à toute personne par le droit pénal²⁰¹². Aux médecins, il est également imposé par le Code de déontologie médicale²⁰¹³ et à tous les professionnels de la santé, par le Code de santé publique²⁰¹⁴. Par ailleurs, le fait de travailler dans une administration, n'enlève en rien à cette obligation²⁰¹⁵.

Les mêmes obligations s'imposent à l'égard des détenus. Toutefois nous remarquerons que le respect du secret des consultations et des soins médicaux n'est pas expressément garanti par le droit pénitentiaire français. Seul le respect du secret du dossier médical fait l'objet d'une telle protection. L'article D 375 du Code de procédure pénale prévoit les conditions dans lesquelles il doit être conservé et précise que seul le personnel soignant peut y avoir accès²⁰¹⁶. Mais dans la pratique, même le secret du dossier peut être allègrement violé.

²⁰¹⁰ (C8)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, préc. (règle 18).

²⁰¹¹ Règles pénitentiaires européennes, 2006, (règle 42.3.a).

²⁰¹² « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende », (art. 226-13 C. pén.). Voir aussi « La déclaration obligatoire des maladies contagieuses a été la première manifestation de la limitation du secret en faveur d'un intérêt social menacé. Elle date de 1892 et sera suivie de beaucoup d'autres : le maintien de la santé publique, la nécessité d'une bonne administration de la justice, la création de caisses d'assurance maladie ont été les principales mesures de cette évolution », C. LE PROUX DE LA RIVIERE, Détection du Sida : secret médical et prisons, RSC, 1991-1993, pp. 550-554.

²⁰¹³ « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi », (article 4 du Code de déontologie)

²⁰¹⁴ « L'article L.1110-4 du Code de la santé publique prévoit : « Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. »

²⁰¹⁵ « Le fait pour un médecin d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat ou un statut à une administration, une collectivité ou tout autre organisme public ou privé n'enlève rien à ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions » (art. 95 code de déontologie médicale).

²⁰¹⁶ « Le dossier médical du détenu est conservé sous la responsabilité de l'établissement de santé (...) Seul le personnel soignant peut avoir accès au dossier médical. En cas de transfèrement ou d'extraction vers un

L'attention sur sa violation avait été attirée depuis 1987²⁰¹⁷. Le rapport du HCSP²⁰¹⁸, daté de janvier 1993, faisait état d'une « quasi-violation permanente », en raison notamment de l'accès du personnel administratif ou de surveillance à l'unité médicale et de la présence des surveillants lors de la distribution des médicaments dans les cellules²⁰¹⁹. Le Conseil national sur le Sida relevait encore un autre moyen de violation du secret médical : les fouilles générales qui n'épargnent pas les locaux médicaux, y compris la salle des dossiers. La CNCDH a confirmé, en 2006, ces problèmes : « De multiples violations du secret médical sont régulièrement observées en milieu carcéral²⁰²⁰ ». Il a également relevé deux autres sources de violation : la prise des rendez-vous médicaux par des surveillants au moyen des demandes écrites²⁰²¹ et les modalités des soins lors des hospitalisations. Pour ces dernières, elle se réfère essentiellement aux rapports du CPT.

En effet, depuis 1996, le CPT met en cause les modalités des hospitalisations des détenus en France à cause, entre autres, de violation systématique du secret médical due en particulier à la présence des membres de force de l'ordre pendant les consultations médicales²⁰²². Or malgré sa recommandation aux autorités françaises d'y remédier, la circulaire du 18 novembre 2004, relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale, ne s'inscrit pas dans ce sens. Elle prévoit que, lorsque le chef d'établissement l'estime nécessaire, l'examen se déroule « sous la surveillance constante » de l'escorte. Or comme le souligne le CNCDH, lorsque cette surveillance est prescrite, elle se traduit le plus souvent par la présence pure et simple des fonctionnaires pénitentiaires dans la pièce où la personne est examinée ou opérée²⁰²³. Cela a valu un autre rappel ferme du CPT lors de sa dernière visite en France en 2005²⁰²⁴.

établissement hospitalier, les informations médicales contenues dans le dossier sont transmises au médecin destinataire dans des conditions matérielles garantissant leur inviolabilité. »

²⁰¹⁷ Les médecins inspecteurs notent la difficulté de garantir le secret médical notamment pour la raison que les fichiers médicaux sont tenus par les surveillants, voire par les détenus « classés », P. DARBEDA, « Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines », *RSC*, 1987-3, p. 745 ; C. LE PROUX DE LA RIVIERE, « Détection du Sida : secret médical et prisons », préc., pp. 550-554.

²⁰¹⁸ Haut Comité de la Santé Publique (HCSP).

²⁰¹⁹ HCSP, *Santé en milieu carcéral*, préc., p. 125.

²⁰²⁰ CNCDH, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, (2006), préc.

²⁰²¹ Dans un contexte où toute demande de soins se doit de transiter par un surveillant, les détenus seront fréquemment contraints de la justifier, *Ibid.* Ainsi la CNCDH rapportait concernant l'anonymat du dépistage du VIH que, selon un praticien hospitalier exerçant en milieu carcéral, cela est illusoire en prison dès lors que le détenu doit établir une demande écrite pour l'accès au CDAG qui doit être remise à un surveillant.

²⁰²² De l'avis du CPT, la présence de membres de force de l'ordre pendant les consultations médicales en milieu hospitalier ou pendant l'administration des soins aux patients hospitalisés n'est pas conforme à l'éthique médicale, CPT/Inf (2001) 16, *11e rapport général d'activités du CPT*, préc., § 105.

²⁰²³ Cette surveillance implique toujours la violation du secret, les actes médicaux étant pratiqués sous l'œil des surveillants et les propos échangés, généralement susceptibles d'être entendus par eux, compte tenu de la configuration des locaux à l'hôpital. Cela a valu un autre rappel ferme du CPT lors de sa dernière visite en France en 2005.

²⁰²⁴ Dans son rapport du 21 décembre 2005, précité, le CPT « rappelle une fois de plus sa recommandation selon laquelle tous les examens/consultations/soins médicaux de détenus doivent toujours s'effectuer hors de l'écoute et sauf demande contraire du médecin concerné dans un cas particulier hors de la vue du personnel d'escorte (qu'il soit pénitentiaire ou de police) ».

En *droit grec*, le secret médical est garanti par le Code pénal (art. 371 C. pén.) et par le Code de déontologie médicale qui exige un respect « rigoureux » (art. 13)²⁰²⁵.

Le Code pénitentiaire le consacre également sans aucune réserve : « Le secret médical est garanti en toute circonstance » (art. 29§5 C. pénit.). Toutefois, le CPT rapportait, en 1997, ne pas être convaincu de la protection absolue, ni du dossier médical, ni des consultations, y compris gynécologiques²⁰²⁶. Alors qu'il avait recommandé que le secret médical soit observé dans des prisons de la même manière comme dans la communauté en général²⁰²⁷, lors de sa visite en 2005, il relevait que tel n'était pas le cas. Les membres des différents conseils siégeant en prison (le Conseil de prison, le Conseil de travail et le Conseil disciplinaire) ont accès au dossier médical du détenu. Le CPT d'insister pour que les informations contenues dans le dossier médical ne soient communiquées à ces conseils que par le chef des services médicaux de chaque prison avec la permission du détenu²⁰²⁸. Hélas la situation ne s'était guère avancée en 2007²⁰²⁹.

A part le respect du secret, le respect du consentement est également mis à mal dans la prison aggravant alors considérablement les atteintes au respect de la personne. Car si les violations du secret restent dans la sphère de la vie privée (art. 8), celles du consentement peuvent aller jusqu'à constituer des traitements dégradants, inhumains ou encore une torture (art. 3).

B. L'obligation de respecter le consentement libre et éclairé

Toute intervention médicale sans consentement sur une personne, serait-elle minime et dans son propre intérêt, s'analyse comme une atteinte au droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. Cette affirmation avait été formulée par la Commission en 1994, à propos des tests d'urine forcés²⁰³⁰. Elle a été confirmée par la Cour en 2005 et 2006 à propos du « prélèvement de matériel cellulaire dans la bouche » d'une personne, « la conservation systématique de ce matériel » et « l'établissement du profil ADN »²⁰³¹ ainsi qu'à propos du traitement médical contre son gré pendant son internement²⁰³². De tels actes constituent en effet des atteintes à l'intégrité

²⁰²⁵ Selon l'article 13 de la loi 3418/2005 réformant le *Code de Déontologie Médicale*.

²⁰²⁶ CPT/Inf(2001)18, *Rapport de visite*, Grèce, préc.

²⁰²⁷ *Ibid.*

²⁰²⁸ CPT/Inf (2006) 41, *Rapport de visite*, Grèce, préc.

²⁰²⁹ CPT/Inf(2001)18, *Rapport de visite*, Grèce, préc.

²⁰³⁰ D 21132/93 (A. I. Peters/Netherlands) 6.4.1994, DR 77-a, p.79 ; D 20872/92 (A. B/Suisse) 22.2.1995 ; D 22009/93 (Z/Finlande) 2.12.1995.

²⁰³¹ Prélèvement buccal d'un condamné à l'aide d'un écouvillon, afin d'obtenir du matériel cellulaire et de déterminer son profil ADN et conservation de son profil ADN dans un fichier national pendant 30 ans, *Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XII (irrecevable).

²⁰³² « Pour autant que la requérante allègue s'être vu administrer un traitement médical contre son gré pendant son internement, la Cour réaffirme qu'une atteinte même minime à l'intégrité physique d'un individu doit passer pour une ingérence dans le droit de celui-ci au respect de la vie privée énoncé à l'article 8 si elle a eu lieu contre la volonté de cet individu » CEDH, *Storck c. Allemagne*, n°61603/00, CEDH, 2005-VI, § 143. Voir

physique et morale de la personne ainsi qu'à sa liberté de disposer de soi, et donc à l'autonomie de sa volonté.

La protection de l'Etat contre de telles ingérences sans consentement vaut également dans le cadre des relations entre particuliers²⁰³³. Ainsi, l'internement d'une mineure dans une clinique psychiatrique privée à la demande de ses parents constitue une ingérence contre laquelle l'Etat doit protéger l'intéressée²⁰³⁴.

Mais pour que le consentement constitue une garantie efficace de respect de la volonté de la personne, encore faut-il qu'il s'agisse d'un consentement libre et éclairé. D'où la nécessité de préciser d'abord le sens d'un tel consentement (1), avant d'examiner son application en prison (2).

1. La définition européenne du consentement libre et éclairé

La nécessité de cette dernière précision fut, dans un premier temps, ressentie par le corps médical, en tant que question d'éthique médicale. Elle fut notamment soulevée à propos des interventions non exclusivement thérapeutiques, en particulier, à propos des expérimentations. L'OMS est la première instance d'avoir précisé, en 1956, qu'il doit s'agir d'un consentement libre et éclairé : "libre" au sens d'absence de toute pression directe ou indirecte ; et « éclairé » au sens qu'il doit être donné en toute connaissance de la nature de l'intervention, des buts et des risques²⁰³⁵.

Le besoin de traduire ces exigences dans des textes de portée juridique s'est manifesté au niveau européen depuis des années '90. Le Conseil de l'Europe votait, en 1990, la *Recommandation n° R(90)3 sur la recherche médicale sur l'être humain* qui a énoncé le principe que « aucune recherche médicale ne peut être effectuée sans le consentement éclairé, libre, exprès et spécifique de la personne qui s'y prête » (Principe 3.1)²⁰³⁶. En 1997, a eu lieu l'adoption d'un premier texte à

aussi CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, préc., § 86 ; D 8278/78, (X c. Autriche), 13.12.1979, D.R., 18, p. 159, D 20872/92, (A.B. c. Suisse), 22.2.1995, D.R. 80-A, p. 70.

²⁰³³ « ...la Cour rappelle que l'article 8 met à la charge de l'Etat l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger le droit des individus au respect de la vie privée », CEDH, *Storck c. Allemagne*, préc., §149. Voir aussi, notamment : CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, préc., § 23 ; CEDH, *Hatton et autres c. R.U.*, [GC], n° 36022/97, CEDH 2003-VIII, § 98.

²⁰³⁴ « Il reste à déterminer si l'ingérence dans le droit de la requérante au respect de la vie privée est aussi imputable à l'Etat défendeur en ce que celui-ci a failli à son obligation positive de protéger la requérante de pareille ingérence provenant de particuliers », CEDH, *Storck c. Allemagne*, préc., § 149.

²⁰³⁵ « Aspects sanitaires des mauvais traitements intuitivement infligés aux prisonniers et détenus », document présenté par l'OMS au 5^e Congrès des Nations-Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, A/CONF.56/9.

²⁰³⁶ « Ce consentement peut être librement retiré à n'importe quelle phase de la recherche; la personne qui se prête à la recherche doit, avant sa participation à celle-ci, être avertie de son droit de retirer son consentement », *Rec(90)3 sur la recherche médicale sur l'être humain*, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 6 février 1990, (règle 13).

vocation internationale²⁰³⁷, la *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* (signée à Oviedo, le 4 avril 1997) qui a précisé que la personne doit être préalablement informée quant au but, la nature, les conséquences et les risques de l'intervention et elle doit pouvoir se rétracter à tout moment (art. 5). La *Cour de justice des communautés européennes*, dans un arrêt rendu le 5 octobre 1994, dans lequel elle a eu à se pencher sur la compatibilité des tests forcés de VIH avec l'article 8 de la Convention, dans le cadre d'une embauche aux postes de fonctionnaires et autres postes du personnel des institutions communautaires²⁰³⁸, avait déjà reconnu que le droit au respect de la vie privée, tel qu'il est garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, comporte le respect d'un consentement libre et éclairé : « Un test de VIH constitue effectivement une atteinte à l'intégrité physique », mais aussi, au droit « à disposer de soi-même » ; par conséquent, « il ne peut être pratiqué qu'avec le consentement éclairé du candidat²⁰³⁹. »

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore contribué de manière significative à la concrétisation de la qualité du consentement.

2. L'application aux détenus du consentement libre et éclairé

C'est depuis 1993 que le Conseil de l'Europe recommande aux Etats membres d'assurer aux détenus, comme aux malades mentaux, la garantie d'un « consentement éclairé » et « volontaire ». Le Comité des Ministres dans sa Recommandation R(93)6 précitée²⁰⁴⁰, et le CPT dans son Rapport général d'activités de cette même année²⁰⁴¹, insistaient sur l'importance particulière de cette garantie en prison, notamment pour la confiance entre le patient et le médecin en raison de la privation du choix de médecin²⁰⁴². En 1998, le Comité des Ministres appuyait à nouveau cette garantie en recommandant que toute dérogation aux principes de la liberté de consentement du malade soit fondée sur la loi et être guidée par « les principes qui s'appliquent à la population générale »²⁰⁴³ et en

²⁰³⁷ Le Conseil de l'Europe a ouvert la signature de cette Convention également au Canada, aux Etats-Unis, à l'Australie, au Japon et au Saint-Siège qui ont participé à son élaboration.

²⁰³⁸ CJCE, arrêt du 5 oct. 1994.

²⁰³⁹ Cette Cour a conclu que l'obligation générale de se soumettre à un examen médical d'embauche n'implique pas le consentement tacite pour tout examen (sauf pour des actes usuels dans lesquels ne sont pas compris les tests du VIH), *Ibid.*, pp. 21-24.

²⁰⁴⁰ « Les personnes privées de liberté ne peuvent faire l'objet de recherches médicales que si celles-ci permettent d'attendre un bénéfice direct significatif pour leur santé » ; « Les principes éthiques en matière de recherche sur les êtres humains devraient être strictement appliqués, particulièrement en ce qui concerne le consentement éclairé et la confidentialité. Toutes les recherches menées en prison devraient être soumises à l'approbation d'une commission d'éthique ou à une autre procédure garantissant le respect de ces principes », *Rec(93)6 relative au contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison*, préc., § 16.

²⁰⁴¹ « 45. La liberté du consentement comme le respect de la confidentialité relèvent des droits fondamentaux de l'individu. Ces conditions sont aussi à la base de la confiance qui est nécessaire dans la relation entre médecin et malade, spécialement en milieu de détention, alors que le libre choix du médecin n'est pas possible pour les détenus », CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités du CPT*, préc.

²⁰⁴² *Ibid.* § 45.

²⁰⁴³ *Rec(1998) 7, relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc., (règle 16).

insistant tout particulièrement sur le dépistage du VIH. En 2001, le CPT en rappelant l'importance du consentement éclairé, a apporté des précisions : « Le patient doit pouvoir disposer de toutes informations utiles (si nécessaire sous la forme d'un rapport médical) concernant son état de santé, la conduite de son traitement et les médicaments qui lui sont prescrits²⁰⁴⁴. Il défendait également l'accès des détenus à leur dossier médical pénitentiaire, à moins d'une « contre-indication justifiée d'un point de vue thérapeutique »²⁰⁴⁵.

Cependant, la jurisprudence européenne n'est pas très ferme sur le respect du consentement libre des personnes privées de liberté, en tout cas dans le cadre des prélèvements à des fins de dépistage des maladies transmissibles ou à des fins répressives (détection des éléments de preuve d'une infraction). Dans la règle suprême qui guide cette jurisprudence, à savoir le respect de l'équilibre entre les droits de l'individu et les nécessités de la société démocratique, l'affirmation du principe de liberté du consentement des détenus ne tient qu'un instant, le temps de son rappel. En effet, la Commission, qui a eu l'occasion de s'y prononcer lors de deux décisions qui portaient sur des tests forcés d'urine²⁰⁴⁶, tout en rappelant le principe que de tels examens constituent une ingérence dans la vie privée, avait estimé qu'ils doivent être appréciés au regard des buts poursuivis, du respect de la proportionnalité et des exigences normales et raisonnables de la prison : « La défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, par exemple, peuvent justifier des ingérences plus amples à l'égard d'un détenu que d'une personne en liberté²⁰⁴⁷ ». La jurisprudence de la Cour devrait pourtant évoluer dans le sens des recommandations du CPT et du Comité des Ministres. D'autant plus que, comme nous l'avons souligné, elle se réfère depuis quelque temps expressément à la Recommandation R(98)7 du Comité des Ministres déjà citée²⁰⁴⁸.

Si le respect du consentement médical des détenus est reconnu sur le principe, en réalité, comme le montrent aussi bien le droit français (a) que le droit grec (b), sa garantie n'est pas encore satisfaisante.

a. En droit français

Le Code de déontologie médicale prescrit que « le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas » (art. 36 al.1), et le Code de la santé publique qu'aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la

²⁰⁴⁴ CPT/Inf(2001)16, 11e rapport général d'activités du CPT, préc.

²⁰⁴⁵ Les extraits pertinents du Chapitre III des Normes du CPT « Services de santé dans les prisons », CPT/Inf/E(2002)1, *Les normes du CPT*, (révisées en 2004), § 46 ; et des extraits du troisième rapport général, CPT/Inf(93)12.

²⁰⁴⁶ D 20872/92 (A. B/Suisse), 22.2.1995 ; D 21132/93 (A. I. Peters/Netherlands), 64.1994, DR 77-a, pp. 75-80.

²⁰⁴⁷ *Ibid.*

²⁰⁴⁸ Voir entre autres, CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, préc.

personne (art. L1111-4, al. 4 C. sant. publ)²⁰⁴⁹. Sauf, précise le Code civil, en cas de « nécessité médicale alors que la personne n'est pas à même de consentir » (art. 16-3 du C.civil).

Sans être accompagné des adjectifs « libre » et « éclairé », le principe de recueillir le consentement préalable du détenu à tout acte médical, est reconnu par le droit pénitentiaire français. Le détenu « doit, conformément aux dispositions de l'article 36 du code de déontologie médicale, exprimer son consentement préalablement à tout acte médical et, en cas de refus, être informé par le médecin des conséquences de ce refus » (art. D 362 CPP).

Mais cette exigence n'est pas absolue. Hormis la dérogation générale prévue pour l'intérêt de la personne, celle fondée sur « l'état de santé qui rend nécessaire un acte de diagnostic ou des soins auquel il n'est pas à même de consentir »²⁰⁵⁰, des dérogations sont également prévues à des buts non exclusivement thérapeutiques. Une première dérogation concerne des grévistes de la faim sur laquelle nous reviendrons dans le cadre de l'examen des dérogations, et une autre, le dépistage de la tuberculose à des fins prophylactiques. Sont dépistés tous les détenus lors de leur écrou et tous ceux, déjà en détention, qui n'ont jamais fait objet d'un tel examen (art. D 384-1 al. 2 CPP).

En plus de ces deux dérogations explicites, la toxicomanie et le VIH avaient donné lieu à une extension implicite des dérogations. La toxicomanie avait donné lieu à des tests d'urine obligatoires. Les praticiens intervenant en prison affirmaient, en 1994, que « les directions de nombreuses prisons insistent de plus en plus pour que des tests d'urine soient appliqués²⁰⁵¹ ». Ainsi, dans une prison, le règlement pénitentiaire a érigé en infraction disciplinaire le refus de soumission à des tests²⁰⁵². Le VIH avait également donné lieu à des dépistages obligatoires. Une enquête effectuée en France, en 1989, avait relevé que dans 21 % des cas, le consentement préalable n'avait pas été requis²⁰⁵³. Après deux circulaires du 19 avril 1989 et du 17 mai 1989, qui rappelaient aux directeurs des établissements pénitentiaires que « le dépistage obligatoire et systématique des entrants doit être

²⁰⁴⁹ « Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté » (art. L1111-4, al. 5 C. sant. publ). Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical » (art. L1111-4, al. 6 C. sant. publ.)

²⁰⁵⁰ Prévue par l'article D 362 du Code de procédure pénale et conforme à l'article 16-3 du Code civil.

²⁰⁵¹ « On a, par exemple, constaté que certains détenus ont tendance à délaisser le cannabis, moins dangereux mais qui laisse subsister des traces dans les urines pendant une période prolongée, au profit de drogues dures dont les traces s'éliminent plus rapidement », in « Drogues et Prison », Actes de l' journée d'étude, 22 avril 1994, préc.

²⁰⁵² A. VOGELWEITH, « La loi contre la santé », *Justice*, n° 150, p. 7.

²⁰⁵³ P. ESPINOZA, « L'Infection par le VIH en milieu carcéral », préc., p.1550.

exclu²⁰⁵⁴ » (mais non suivies d'effets, selon le CPT²⁰⁵⁵), un Décret de 1998, toujours en vigueur, a consacré le caractère volontaire de dépistage au VIH²⁰⁵⁶.

b. En droit grec

En droit grec, le respect du consentement libre et éclairé de tout patient est consacré par l'article 12 §1 et § 2 du Code de déontologie médicale, sauf en cas de besoin d'intervention urgente rendue absolument nécessaire par l'état de santé d'une personne (12 § 3).

Concernant celui des personnes détenues, son respect est également énoncé de manière explicite par le Code pénitentiaire : « Tout examen médical, opération chirurgicale ou éducation thérapeutique des détenus est autorisée uniquement avec le consentement du détenu » (art. 29§2 C. pénit.). Mais le deuxième paragraphe de ce même article permet de le contourner. Le Procureur de la République peut ordonner des « mesures appropriées » lorsque « le détenu ne se trouve pas en état de consentir » mais aussi lorsqu'« il refuse son consentement pour un acte médical alors qu'il est jugé indispensable pour sa santé » (art. 29 § 3 C. pénit.). La grève de la faim constitue, nous allons voir, un cas concret de dérogation au principe du respect du consentement volontaire²⁰⁵⁷ et soulève des questions dépassant la question du respect de la vie privée pour poser celle d'une atteinte à la dignité contraire à l'article 3 de la Convention.

Mais le consentement libre et éclairé, quant bien même serait-il donné, peut ne pas suffire pour empêcher que certaines interventions médicales revêtent un caractère dégradant pour l'image de l'homme.

§ 2. Les obligations complémentaires dictées par l'interdiction des traitements inhumains, dégradants ou de la torture

Le non-respect du principe de consentement libre et éclairé peut constituer non seulement une violation de la vie privée mais aussi une atteinte à la dignité constitutive de traitement inhumain ou dégradant prohibé par l'article 3 de la Convention. Cela peut notamment être dû aux buts visés

²⁰⁵⁴ . Ainsi qu'il a été expliqué dans la Circulaire du ministère de la Justice du 17 mai 1989, cela « est inopérant et représente des coûts disproportionnés par rapport aux résultats escomptés ».

²⁰⁵⁵ . Il relevait lors de sa visite en France, en 1991, que des dépistages systématiques étaient effectués à l'insu du détenu, sur l'échantillon sanguin prélevé chez les nouveaux arrivants qui, s'ils le refusaient, risquaient d'être isolés, CPT 92(3), *Rapport de visite*, France, du 27 octobre au 8 novembre 1991, § 179.

²⁰⁵⁶ Décret n° 98-1099 du 8 décembre 1998 art. 96 *JO* du 9 décembre 1998 inséré dans l'article D384-3 du Code de procédure pénale qui stipule : « Toute personne incarcérée doit pouvoir bénéficier, avec son accord, d'une information et d'un conseil personnalisé sur l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) et, le cas échéant, au cours de consultations médicales, de la prescription d'un test de dépistage et de la remise du résultat ».

²⁰⁵⁷ « Si le gréviste de la faim entre dans un état de danger imminent pour sa vie ou de risque grave et permanent pour sa santé, il lui est appliqué la disposition 29 § 3. Pour la nature et l'étendue de mesures, sont pris en compte la personnalité du détenu, ses motivations et la stabilité de sa décision » (art. 31 §3 C. pénit.).

lorsqu'ils ne sont pas exclusivement thérapeutiques, à la gravité ou au caractère humiliant des interventions, aux risques encourus connus ou inconnus ou à un consentement biaisé. Par exemple, une intervention à des fins d'expérimentation comporte plus des risques de constituer de tels traitements qu'un dépistage à des fins prophylactiques.

Des dérogations peuvent toutefois être justifiées à des fins thérapeutiques, dans l'intérêt donc de la personne, mais aussi à des fins dictées par l'intérêt général, aussi bien de nature scientifique (recherche médicale), que de nature répressive (élucidation d'une affaire pénale) ou encore de nature mixte (comme les interventions dans le cadre de la grève de la faim ou les traitements médicaux de la délinquance sexuelle). Certaines de ces dérogations appellent des garanties supplémentaires pour empêcher qu'elle donne lieu à un traitement inhumain ou dégradant (A). D'autres, en particulier les traitements des délinquants sexuels et les expériences médicales demandent des garanties contre les risques d'un consentement biaisé, à savoir qui ne serait pas totalement libre ou éclairé (B). Ce renforcement est encore plus impératif à l'égard des personnes détenues. La prison est, avec l'hôpital psychiatrique, le lieu le plus sensible pour le respect du consentement médical. Non seulement parce que dès le début du XXe siècle des expérimentations à des fins d'eugénisme y ont eu lieu²⁰⁵⁸. Mais aussi, parce que des considérations d'ordre et de sécurité sont plus pressantes qu'à l'extérieur ; parce que des traitements peuvent être appliqués comme réponse à certaines formes de délinquance ; et parce que le risque de consentement biaisé est plus grand en raison de l'espoir du détenu, privé de liberté, d'une contrepartie concernant son statut juridique.

A. Le renforcement des garanties concernant certaines dérogations au respect du consentement

Certaines dérogations à la garantie du consentement libre et éclairé, même si elles sont justifiées par des nécessités thérapeutiques (1) ou par des nécessités à des fins pénales (2), impliquent un fort risque de se muer en traitements inhumains ou dégradants, voire en torture. Aussi, le Conseil de l'Europe exige de les entourer des garanties renforcées fondées sur l'article 3 de la Convention.

1. Les dérogations à certaines fins thérapeutiques

Lorsqu'une intervention médicale est dictée par une nécessité thérapeutique, la Cour accepte qu'elle puisse être imposée de force : « Une mesure dictée par une nécessité thérapeutique du point de vue des conceptions médicales établies ne saurait en principe passer pour inhumaine ou

²⁰⁵⁸. Comme l'a rapporté Claire Ambroselli, c'est depuis 1907 qu'aux Etats-Unis l'eugénisme a été pratiqué sur les détenus par la stérilisation. Il s'agissait de condamnés récidivistes mais aussi de condamnés légers d'esprit et d'aliénés, C. AMBROSELLI, *L'Ethique médicale*, Paris, PUF, 1988, pp. 50-52.

dégradante²⁰⁵⁹ ». S'agissant précisément de traitements médicaux imposés à des personnes détenues, la Cour a, jusqu'à présent, jugé que tel peut être le cas en raison soit des troubles mentaux d'un détenu **(a)** soit d'une grève de la faim prolongée **(b)**.

a. Les traitements forcés des malades mentaux

Pour imposer de force un traitement à une personne malade mentale, la Cour exige d'établir la nécessité thérapeutique de manière convaincante et de respecter un ensemble de garanties procédurales.

Pour établir de manière convaincante la nécessité thérapeutique et la nécessité des moyens employés, la Cour se remet au corps médical auquel il appartient de décider « sur la base des règles reconnues de leur science » des moyens thérapeutiques à employer, au besoin de force, pour préserver la santé physique et mentale de tels détenus²⁰⁶⁰. Les conceptions médicales établies sont à cet égard « décisives »²⁰⁶¹. La Cour se réserve toutefois le droit de s'assurer que la nécessité du traitement en question a été démontrée de manière convaincante²⁰⁶².

Quant aux garanties procédurales, la Cour exige la tenue d'un dossier médical détaillant le plus possible les traitements forcés. Doivent notamment y être mentionnés : le consentement donné ou refusé et pour quel traitement précis ; les moyens de contrainte utilisés ; les effets aussi bien de l'usage de la force que du traitement ; ou encore la surveillance médicale de l'intervention médicale.

Concernant la question du consentement des détenus malades mentaux, le droit français et le droit grec ne prévoient pas de dispositions spécifiques. Sont alors applicables, les dispositions qui prévoient la dérogation générale au principe de consentement, à savoir celle concernant les personnes hors d'état de donner leur consentement alors qu'une intervention ou un traitement s'impose par leur état de santé (droit grec²⁰⁶³, droit français²⁰⁶⁴).

²⁰⁵⁹ CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, CEDH 2006-VII, § 69. Voir CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, préc., § 82 ; CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, préc., § 112.

²⁰⁶⁰ CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, préc., § 112 (détenu souffrant de troubles mentaux); CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, préc., § 82.

²⁰⁶¹ « Une mesure dictée par une nécessité thérapeutique, si désagréable soit-elle à l'intéressé, ne saurait, en principe, passer pour 'inhumaine' ou 'dégradante' », CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, préc., § 112 ; CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, préc., § 82.

²⁰⁶² « Cependant, même de telles mesures thérapeutiques n'échappent pas à l'emprise de l'article 3 de la Convention, les exigences de cet article ne souffrant aucune dérogation. Il incombe donc à la Cour de s'assurer que la nécessité du traitement en question soit démontrée de manière convaincante », CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, préc., § 112.

²⁰⁶³ Le Procureur de la République peut ordonner des « mesures appropriées » lorsque « le détenu ne se trouve pas en état de consentir » mais aussi lorsqu'« il refuse son consentement pour un acte médical alors qu'elle est jugée indispensable pour sa santé » (art. 29§3 C. pénit.).

A part les interventions médicales forcées auprès des malades mentaux, la Cour range dans la catégorie des traitements à des fins thérapeutiques l'alimentation forcée des grévistes de la faim.

b. L'alimentation forcée des grévistes de la faim

En se référant à la jurisprudence de la Commission, la Cour reconnaît que « le fait de nourrir de force une personne comporte des aspects dégradants qui, dans certaines circonstances, peuvent être considérés comme interdits par l'article 3 de la Convention »²⁰⁶⁵. Mais elle reconnaît aussi que la grève de la faim soulève un conflit entre le droit à l'intégrité physique de l'individu et l'obligation positive des Etats de protéger la vie de la personne ; conflit que la Convention ne résout pas²⁰⁶⁶.

Aussi, la Cour tend-elle à résoudre ce conflit en l'inscrivant dans le cadre des dérogations à des fins thérapeutiques. Même lorsque la personne demeure consciente, l'alimentation forcée peut être justifiée si elle est dictée par la nécessité thérapeutique²⁰⁶⁷ et, si les garanties procédurales sont respectées²⁰⁶⁸ ainsi que les modalités de l'alimentation²⁰⁶⁹.

Eu égard à l'application faite de ces critères, dans l'affaire *Nevmerjitski*, à propos de l'alimentation forcée d'une personne détenue en grève de la faim, nous pouvons déduire que la nécessité d'un tel acte peut être considérée comme établie en cas d'« aggravation de l'état de santé risquant de devenir mortel »²⁰⁷⁰. Ce risque doit être établi par des examens médicaux appropriés et non, par exemple, par un simple examen du taux d'acétone dans les urines.

²⁰⁶⁴ Code civil précise les exceptions à ces principes : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne à laquelle il n'est pas à même de consentir » (art. 16-3, C.civ.).

²⁰⁶⁵ CEDH, *Nevmerjitski c. Ukraine*, n° 54825/00, CEDH 2005-IV, § 93.

²⁰⁶⁶ « Une personne détenue poursuit une grève de la faim, cela peut inévitablement conduire à un conflit, que la Convention ne résout pas, entre le droit à l'intégrité physique de l'individu et l'obligation positive que l'article 2 de la Convention fait peser sur les Hautes Parties contractantes », CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc., § 93 ; CEDH, *Ciorap c. Moldova*, n°12066/02, CEDH 2007-VI, § 76.

²⁰⁶⁷ « La Cour rappelle qu'une mesure dictée par une nécessité thérapeutique selon les conceptions médicales établies ne saurait en principe passer pour inhumaine ou dégradante. Il en va de même de l'alimentation de force destinée à sauver la vie d'un détenu qui refuse en toute conscience de se nourrir », CEDH, *Nevmerjitski c. Ukraine*, préc., § 94 ; CEDH, *Ciorap c. Moldova*, préc., § 77.

²⁰⁶⁸ « Il incombe pourtant à la Cour de s'assurer que la nécessité médicale a été démontrée de manière convaincante. La Cour doit de plus vérifier que les garanties procédurales devant accompagner la décision d'alimentation de force sont respectées », CEDH, *Nevmerjitski c. Ukraine*, préc., § 94.

²⁰⁶⁹ « De surcroît, la manière dont un requérant est alimenté de force pendant sa grève de la faim ne doit pas représenter un traitement dépassant le seuil minimum de gravité envisagé par la jurisprudence de la Cour sur l'article 3 de la Convention. La Cour examinera ces questions tour à tour », CEDH, *Nevmerjitski c. Ukraine*, préc., § 94.

²⁰⁷⁰ *Ibid.*, § 96.

A défaut, l'alimentation forcée peut être constitutive de traitement inhumain ou dégradant, voire d'acte de torture²⁰⁷¹. En effet, la Cour a jugé que tel a été le cas aussi bien dans l'affaire *Nevmerjitski*²⁰⁷² que dans l'affaire *Ciorap*²⁰⁷³. Compte tenu des moyens de contrainte employés (menottes, écarteur buccal et tube en caoutchouc spécial inséré dans l'œsophage), combinés à la force manuelle des surveillants en raison de la résistance de l'intéressé, la personne concernée a subi un traitement grave méritant la qualification de torture, a déclaré la Cour dans la première²⁰⁷⁴. Et de conclure dans la seconde que, le procédé utilisé, la pose obligatoire des menottes, l'usage des instruments métalliques pour ouvrir la bouche à l'intéressé et lui tirer la langue, alors qu'il existe une méthode moins intrusive pour procéder à l'alimentation de force, à savoir une perfusion intraveineuse, qui n'a pas même été envisagée, combinés à l'absence d'examens médicaux, l'alimentation forcée n'était pas motivée par des buts thérapeutiques mais par la volonté de le contraindre à mettre fin à son action de protestation²⁰⁷⁵.

Le traitement de la grève de la faim d'une personne détenue en droit français et en droit grec s'inscrit dans le même cadre : « l'altération de l'état de santé », au sein du premier droit national²⁰⁷⁶, et le « danger imminent pour sa vie ou de risque grave et permanent pour sa santé », au sein du second (art. 31 §3 C. pénit.), justifient l'alimentation de force de la personne sous surveillance médicale. Le droit grec prévoit tout de même de tenir compte de la personnalité du détenu, de ses motivations et de la stabilité de sa décision (art. 31 §3 C. pénit.).

Ces solutions ne sont toutefois pas sans susciter des interrogations. Si la Cour, comme ces deux droits nationaux, résolvent ce conflit en inscrivant l'alimentation forcée dans le cadre des traitements à des fins thérapeutiques, la grève de la faim, soulève des questions bien complexes. Son inscription dans le cadre thérapeutique ne va pas de soi.

La grève de la faim, comme son nom l'indique, est une grève. C'est donc une forme de protestation politique et même la plus violente parmi les formes de grèves pacifiques. Pour obtenir satisfaction de ses revendications, la personne s'en prend à son propre corps en lui infligeant, par le refus de manger, une souffrance qui, en se prolongeant, devient physique. De ce fait, cet acte est également politiquement embarrassant en ce qu'il défie les fondements même de toute société. Celle-ci est censée être instituée pour répondre aux instincts de survie de l'homme en s'organisant de

²⁰⁷¹ *Ibid.*, § 99.

²⁰⁷² *Ibid.*

²⁰⁷³ CEDH, *Ciorap c. Moldova*, préc.

²⁰⁷⁴ « En l'espèce, la Cour considère que l'alimentation de force à laquelle le requérant a été soumis à l'aide des moyens prévus par le décret, en dépit de sa résistance et sans que le Gouvernement ait fourni de justification médicale, a constitué un traitement grave méritant la qualification de torture », CEDH, *Nevmerjitski c. Ukraine*, préc., § 98.

²⁰⁷⁵ CEDH, *Ciorap c. Moldova*, préc., § 89.

²⁰⁷⁶ L'article D 364 al.1 du Code de procédure pénale prévoit que « si un détenu se livre à une grève de la faim prolongée, il ne peut être traité sans son consentement, sauf lorsque son état de santé s'altère gravement et seulement sur décision et sous surveillance médicales ».

manière à lui assurer les besoins vitaux élémentaires et à préserver son intégrité physique par la mise en place des moyens pacifiques de dénouement des conflits entre les individus et entre ces derniers et le pouvoir. Or, voilà qu'elle est défiée par le gréviste de la faim qui souligne les défaillances de son mode d'organisation. Cette forme de grève constitue souvent le moyen de pression ultime, après l'épuisement des moyens de protestation individuels et/ou collectifs (grèves et manifestations). Ces défis sont encore plus accentués dans la prison parce que la grève de la faim, de moyen ultime, y devient le moyen unique de protestation soulignant alors la défaillance totale dans ce lieu de vie du fonctionnement des règles fondamentales qui doivent régir l'organisation d'une société. Les moyens juridiques contraignants étant rares et les moyens collectifs de protestation inexistant dans la prison²⁰⁷⁷, le détenu gréviste de la faim donne l'image d'un homme acculé à mettre en première ligne, dans sa tentative de négocier avec le pouvoir, son propre corps, voire sa vie.

Le degré de cet embarras politique est reflété par le refus de certains pays à la reconnaître comme une forme de grève. Elle est qualifiée comme un "refus de manger", et gérée comme un acte d'indiscipline et de désordre. Le gréviste de la faim, en tout cas dans la prison, est alimenté de force après le cinquième jour d'abstinence nutritive²⁰⁷⁸.

Mais la gestion de ce conflit dans les pays qui acceptent de la qualifier de « grève de la faim », nous incite aussi à nous demander si sérieusement le gréviste de la faim est considéré comme un homme révolté qui demande justice ou comme un patient qui nécessite assistance médicale. Car force est de constater que c'est la part de la médicalisation de la grève de la faim qui domine sa gestion et sa solution. Le gréviste de la faim est immédiatement suivi par un médecin. Les autorités pénitentiaires ont tendance à se débarrasser de toute responsabilité en transférant le gréviste aux services médicaux, et en demandant son hospitalisation²⁰⁷⁹. Ainsi, les conséquences du durcissement de la grève de la faim et de son dénouement final devient une question de responsabilité médicale.

Or, il importe de rappeler la position des autres organes du Conseil de l'Europe et des instances internationales de santé. Dans la Recommandation n°R(98)7 précitée, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe demande d'appliquer dans la prison les mêmes règles qu'à l'extérieur²⁰⁸⁰. La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (1997) prévoit que même

²⁰⁷⁷ Voir infra, dans le chapitre sur le droit du travail.

²⁰⁷⁸ Ainsi en Israël, il est désigné comme simple acte de désordre appelé « refus de manger », à partir du 5ème jour du « refus de manger », la personne est soumise à l'alimentation forcée par sonde gastrique ou par voie intraveineuse, G. CASILE-HUGUES, *La grève de la faim en milieu carcéral*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

²⁰⁷⁹ *Ibid.*

²⁰⁸⁰ Recommandation n°15: « le *consentement éclairé* devrait être obtenu de la part des malades souffrant de troubles mentaux et des patients placés dans des situations où les obligations médicales et les règles de sécurité ne coïncident pas nécessairement, par exemple en cas de refus de traitement de nourriture ». Recommandation n° 61 : « L'examen clinique d'un *gréviste de la faim* ne devrait être pratiqué qu'avec son consentement explicite sauf s'il souffre de troubles mentaux graves et qu'il doit alors être transféré dans un service

lorsque la personne a perdu conscience, « les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté seront pris en compte²⁰⁸¹ ». Quant aux instances médicales internationales, l'OMS²⁰⁸² et l'AMM²⁰⁸³ condamnent sans réserve l'alimentation forcée des grévistes en état de formuler un jugement conscient et rationnel. Mais en ce qui concerne ceux qui ne le sont plus, ils se contentent de relever que l'opinion médicale ne fait pas l'unanimité²⁰⁸⁴. En revanche, le Conseil des organisations internationales des sciences médicales a proposé une solution de compromis. Il suggère que le dilemme entre la préservation de la vie et le respect de la volonté doit être un cas de conscience pour chaque médecin appelé à intervenir dans chaque cas particulier ce qui devrait empêcher que les médecins encourrent une responsabilité pénale. Ce Conseil donne certaines directives qui doivent guider l'attitude du médecin : tenir compte de l'âge, de la personnalité, de la situation familiale, et dans le cas des détenus, de la durée de leur peine²⁰⁸⁵.

Dans tous les cas, le médecin est pris dans une relation triangulaire entre l'individu et le pouvoir le plaçant devant un problème d'éthique médicale. Or, il est clair qu'en médicalisant le problème, le pouvoir étatique se dégage de sa responsabilité. L'intervention médicale lui permet de s'abstenir de donner une solution politique tout en annihilant la force de pression de cet acte ; voire, elle lui permet même de donner un visage humaniste à cette solution, sauver la vie de la personne en détresse, alors qu'en réalité c'est un dénouement de force de ce conflit d'autant plus violente et cruelle que la personne a déjà « payé de sa personne ». Sa vie est certes sauvée, mais sa cause perdue. En fait le gréviste de la faim qui est alimenté de force, alors qu'il ne peut plus donner son consentement, a perdu sur toute la ligne : et sa cause et sa santé car les effets de la grève de la faim sont graves et rapidement irréversibles²⁰⁸⁶.

psychiatrique », *Rec(99)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, préc., (règle 6).

²⁰⁸¹ *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* (1997), Conseil de l'Europe,

²⁰⁸² A/CONF.56/9, préc., p. 16.

²⁰⁸³ *Déclaration de l'Association médicale mondiale adoptée à Tokyo en 1975* : « 5. Lorsqu'un prisonnier refuse toute nourriture et que le médecin estime que celui-ci est en état de formuler un jugement conscient et rationnel quant aux conséquences qu'entraînerait son refus de se nourrir, il ne devra pas être alimenté artificiellement. La décision en ce qui concerne la capacité du prisonnier à exprimer un tel jugement devra être confirmée par au moins un deuxième médecin indépendant. Le médecin devra expliquer au prisonnier les conséquences que sa décision de ne pas se nourrir pourrait avoir sur sa santé. » Aussi *Déclaration de l'Association médicale mondiale sur les grévistes de la faim* (adoptée par la 43^e Assemblée médicale mondiale à Malte en novembre 1991), Préambule, principe n°4.

²⁰⁸⁴ A/CONF.56/9, préc., p. 17.

²⁰⁸⁵ CASILE-HUGUES, *La grève de la faim*, préc., pp. 277-278.

²⁰⁸⁶ Selon Geneviève Casile-Hugues, les traces de la grève demeureront définitives sur le gréviste : affaiblissement physique dû à la destruction de la masse musculaire qui commence dès la mobilisation des réserves graisseuses ; le foie perd la moitié de son poids, les reins et le cœur en perdent le quart ; le travail cardiaque et respiratoire diminue ; seul le cerveau est relativement épargné tout au moins dans sa masse. Dès la troisième semaine de jeûne absolu, certaines de ces destructions sont irréparables, même si le refus de s'alimenter cesse avant la mort. La mort peut être graduelle mais peut aussi intervenir, de manière inopinée par arrêt cardiaque en raison de la mise en oeuvre des mécanismes multiples et complexes d'adaptation au jeûne tendant à réduire les dépenses énergétiques. L'auteur décrit ainsi la phase de coma terminal : « les membres supérieurs sont rejetés en extension, la tête en arrière, la mâchoire pendante. L'aspect terne de la cornée

Mais les buts thérapeutiques ne sont pas les seuls motifs qui peuvent justifier des dérogations au respect du consentement libre. La Cour estime que l'intérêt général, en l'occurrence la nécessité de prévention et de répression de la criminalité, peut également justifier une intervention médicale forcée.

2. Les dérogations à des fins répressives

« Même lorsqu'une mesure n'est pas motivée par une nécessité thérapeutique, les articles 3 et 8 de la Convention n'interdisent pas le recours en tant que tel à une intervention médicale contre la volonté d'un suspect en vue de l'obtention de la preuve de sa participation à une infraction », affirma la Cour dans l'arrêt *Jalloh*²⁰⁸⁷. Consciente toutefois qu'une telle intervention peut porter atteinte à la dignité, elle assortit cette dérogation d'un certain nombre de garanties. Si le procédé utilisé comporte des risques pour la santé et risque d'être humiliant, il doit être entouré des garanties qui ne passent alors la sphère de la vie privée (art. 8)²⁰⁸⁸. Dans ce cas, la Cour exige des garanties renforcées quant à la nécessité et à la procédure.

Etablir la nécessité de manière convaincante. Plus l'atteinte est grave, plus l'établissement d'une telle preuve est pressante. Ainsi, à propos de l'usage de la force d'une sonde nasogastrique pour passer à l'estomac un émétique afin de recueillir la preuve d'une infraction (un sachet de drogues avalé), la Cour a déclaré : « Cela vaut en particulier lorsque l'intervention vise à recueillir à l'intérieur du corps de la personne la preuve matérielle de l'infraction même dont elle est soupçonnée. La nature particulièrement intrusive d'un tel acte exige un examen rigoureux de l'ensemble des circonstances »²⁰⁸⁹. Pour établir la nécessité de manière convaincante, la Cour estime qu'il faut prendre en compte les critères suivants : la *gravité de l'infraction* en question (par exemple, si le trafic de drogues est une infraction grave, il faut faire la distinction entre un trafiquant de rue et un gros trafiquant²⁰⁹⁰) ; la possibilité de *choix du procédé* (dans ce cas il faut choisir le

rappelle celle du mort vivant. L'autopsie du sujet mort de faim permet de se rendre compte que tous les organes ont souffert », CASILE-HUGUES, *La grève de la faim*, préc. pp. 180-183.

²⁰⁸⁷ « Ainsi, les institutions de la Convention ont conclu à plusieurs reprises que le prélèvement de sang ou de salive contre la volonté d'un suspect dans le cadre d'une enquête sur une infraction n'avait pas enfreint ces articles dans les circonstances des affaires examinées », CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 70.

²⁰⁸⁸ La Cour a, dans une décision, jugé que le *prélèvement de matériel cellulaire dans la bouche, la conservation systématique de ce matériel et l'établissement du profil ADN* constituent des atteintes au droit du requérant au respect de sa vie privée. Des atteintes qui peuvent toutefois être nécessaires dans une société démocratique, si l'on songe à l'importante contribution que les informations sur l'ADN ont apportée ces dernières années aux activités de répression, CEDH, *Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XII (irrecevable).

²⁰⁸⁹ CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 71.

²⁰⁹⁰ Toute en soulignant que le trafic de stupéfiants est une infraction grave et qu'elle est consciente des problèmes que rencontrent les Etats contractants dans leur lutte pour protéger leurs sociétés des maux que provoque l'afflux de drogue, CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 77.

procédé le moins dangereux et le moins humiliant²⁰⁹¹) ; et l'évaluation des risques encourus pour la santé et l'intégrité physique de toute personne²⁰⁹², ainsi que de la personne concernée (ce qui peut exiger un examen préalable de la compatibilité du procédé envisagé avec la santé de la personne²⁰⁹³).

Les autorités doivent également respecter des *garanties procédurales*. A commencer par la justification du choix des moyens de contrainte utilisés²⁰⁹⁴. Ainsi, estime la Cour, l'immobilisation par quatre policiers et l'introduction de force d'une sonde nasogastrique, « indique l'usage d'une force proche de la brutalité » ; cette « manière de procéder a dû être douloureuse et angoissante pour lui »²⁰⁹⁵.

Elles doivent enfin, assurer des *garanties médicales*. L'intervention pratiquée de force doit être ordonnée et exécutée par des médecins. La personne concernée doit faire l'objet d'une surveillance médicale constante²⁰⁹⁶ ainsi que d'une évaluation des effets physiques et les effets sur la santé de la personne. Enfin, de telles interventions ne doivent pas provoquer de « vives douleurs ou souffrances physique »²⁰⁹⁷, ni de « conséquences durables pour sa santé »²⁰⁹⁸. En appliquant, dans l'affaire *Jalloh*, l'ensemble de ces critères (but non thérapeutique, nécessité non convaincante, procédé humiliant et dangereux, pas d'examen préalable de la victime sur l'absence de contre-indication médicales pour utiliser ce procédé, et effets physiques et psychique nuisibles), la Cour a conclu que cette intervention a constitué un traitement inhumain et dégradant²⁰⁹⁹.

²⁰⁹¹ Par exemple, lorsque les autorités cherchent à obtenir la preuve d'un objet avalé et ils ont le choix entre, d'une part, l'usage d'un émétique pour provoquer des vomissements et, d'autre part, l'élimination du produit par des voies naturelles, il est clair que c'est la seconde méthode qui est préférable. Car elle est moins lourde et moins dangereuse pour l'intégrité physique. CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 77.

²⁰⁹² Ainsi, à propos de l'usage de force d'une sonde nasogastrique, elle a déclaré que le caractère dangereux ou non de pareille mesure prête à controverse entre les experts médicaux. Il ne comporte pas que de risques négligeables pour la santé puisque des accidents mortels sont survenus lorsque la force avait été utilisée et de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe n'appliquent pas cette méthode. Ils préfèrent attendre l'élimination de la drogue par les voies naturelles, CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 71.

²⁰⁹³ Ainsi l'usage d'une sonde nasogastrique pour administrer un émétique demande de procéder préalablement à une anamnèse adéquate, CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 80. Voir aussi CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc., §§ 64, 97.

²⁰⁹⁴ « La manière dont on contraint une personne à subir un acte médical destiné à récupérer des preuves dans son corps doit rester en deçà du degré minimum de gravité défini dans la jurisprudence de la Cour relativement à l'article 3 de la Convention », CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 72.

²⁰⁹⁵ CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 79.

²⁰⁹⁶ *Ibid.*, § 72, § 73, § 80. Voir D *Ilijkov c. Bulgarie*, n° 33977/96, 20.10.1997.

²⁰⁹⁷ « En particulier, il faut tenir compte du point de savoir si l'intervention médicale de force a causé à la personne concernée de vives douleurs ou souffrances physiques », CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 72. Voir D 21132/93, (*Peters c. Pays-Bas*), 6.4.1994 ; CEDH, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, préc., § 94, § 97 ; CEDH, *Schmidt*, préc.

²⁰⁹⁸ CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 74, § 81.

²⁰⁹⁹ « ...la Cour estime que...les autorités ont porté gravement atteinte à l'intégrité physique et mentale du requérant, contre son gré. Elles l'ont forcé à vomir, non pas pour des raisons thérapeutiques mais pour recueillir des éléments de preuve qu'elles auraient également pu obtenir par des méthodes moins intrusives. La façon dont la mesure litigieuse a été exécutée était de nature à inspirer au requérant des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir. En outre, elle a comporté des risques pour la santé de l'intéressé, en particulier en raison du manquement à procéder préalablement à une anamnèse adéquate. Bien que ce ne fût pas délibéré, la façon dont l'intervention a été pratiquée a également occasionné au requérant des douleurs physiques et des souffrances mentales. L'intéressé a donc été soumis à un traitement

Concernant l'autorisation des interventions médicales dans le cadre de l'instruction pénale, en France et en Grèce, leurs législations divergent. Le *droit grec* interdit expressément l'usage de sérum de vérité qu'il qualifie d'un acte portant atteinte à la dignité humaine (at. 137A, § 3 C. pén.), ainsi que l'usage de toute substance chimique ou narcotique en vue de vaincre la résistance de la volonté de la personne qu'il qualifie de torture (at. 137A, § 2, C. pén.).

En *droit français*, bien que la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique interdise expressément l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, cette interdiction n'est pas absolue. Un tel examen peut être entrepris à des fins médicales ou de recherche scientifique (art. 16-10 C. civ.), mais aussi dans le cadre des mesures d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire (art. 16-11 C.civ.). Le refus de s'y soumettre constitue une infraction pénale et dans la prison également une infraction disciplinaire²¹⁰⁰.

B. La vigilance particulière concernant les risques d'un consentement biaisé

Le consentement libre et éclairé, quant bien même serait-il donné, peut ne pas suffire pour empêcher que certaines interventions médicales revêtent un caractère dégradant pour l'image de l'homme. La raison en est qu'elles comportent des risques qui ne sont pas totalement connus pour l'intégrité physique ou mentale de la personne et que leur but n'est pas exclusivement thérapeutique. Ces interventions poursuivent également ou exclusivement un intérêt général : un intérêt scientifique, comme les expérimentations (1), un intérêt social, comme certains traitements médicaux des délinquants sexuels (2).

1. Les expérimentations médicales

Parce que lorsqu'on effectue une expérimentation sur un être humain, on bouleverse les fondements même de la philosophie occidentale pour laquelle l'homme est une fin en soi et non un moyen, soumettre quelqu'un à des expérimentations est un acte de plus haut risque pour la dignité de l'homme. C'est aux frais d'une telle dégradation de l'image de l'homme par les crimes Nazis que le Code de Nuremberg (1946), a consacré le principe concernant, entre autres, les recherches menées sur des sujets humains : « Il est absolument essentiel d'obtenir le consentement volontaire du malade ». La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) a inclut les expérimentations sans consentement libre, parmi les formes de torture : « En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique » (art. 7). L'AMM

inhumain et dégradant contraire à l'article 3. Partant, la Cour conclut à la violation de l'article 3 de la Convention », CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, préc., § 82.

²¹⁰⁰. « Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende », (art. 706-56, al. b CPP).

a, dans la Déclaration de Helsinki, 1964, ajouté que non seulement le consentement doit être libre et éclairé, mais aussi de préférence écrit. A défaut, doit-il être donné devant des témoins²¹⁰¹.

Il est depuis précisé que consentement libre signifie qu'aucune pression directe ou indirecte n'est exercée et qu'un consentement éclairé signifie que la personne doit connaître les risques encourus pour sa santé. Il est, d'autre part, paru nécessaire, de compléter ces garanties en exigeant que les expérimentations ne doivent poursuivre que des fins thérapeutiques, et que des précautions soient prises pour minimiser les risques comme celle de ne les effectuer sur des êtres humains qu'à un stade avancé de la recherche. Ces garanties ont été consacrées par le premier texte juridique à vocation internationale, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (1997)²¹⁰². Celle-ci a érigé en principe primordial la primauté de l'être humain : « L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science » (art. 2). Elle a précisé que le consentement doit être éclairé (à savoir que la personne doit préalablement être informée quant au but, la nature, ainsi que les conséquences et les risques de l'intervention), libre (la personne ne doit pas seulement ne pas être incitée mais elle doit aussi pouvoir se rétracter à tout moment), exprès et spécifique (art. 2 et 16, V). Elle a, enfin, ajouté la garantie de minimisation des risques²¹⁰³.

Au niveau national, *le droit français* fait figure de pionnier. Les deux lois sur la bioéthique, votées l'été 1994²¹⁰⁴, constituent la première codification juridique nationale sur les expérimentations²¹⁰⁵. Elles ont été révisées par la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique qui a étendu les garanties dans le cadre des examens des caractéristiques génétiques d'une personne. Elle prévoit qu'un tel examen ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique et avec le consentement exprès, éclairé et écrit de la personne²¹⁰⁶.

En *droit grec*, les examens des caractéristiques génétiques d'une personne sont régis par la loi n° 24/72/1997. L'ensemble des questions éthiques sont régies par le Code de déontologie médicale ainsi que par les textes européens et internationaux. Le droit grec a notamment, par la loi

²¹⁰¹ AMM, « Principes éthiques applicables aux recherches médicales sur des sujets humains », 1964, Règle 22.

²¹⁰² Elle a été signée par le Conseil de l'Europe et sa signature a été ouverte à des pays non membres de cet organisme. Ce texte avait été précédé au sein du Conseil de l'Europe de la *Recommandation Rec(90)3 sur la recherche médicale sur l'être humain*, préc.

²¹⁰³ En prévoyant que « le projet de recherche doit avoir été approuvé par une instance compétente, après avoir fait l'objet d'un examen indépendant sur le plan de sa pertinence scientifique, y compris une évaluation de l'importance de l'objectif de la recherche, ainsi que d'un examen pluridisciplinaire de son acceptabilité sur le plan éthique » (art. 16, iii).

²¹⁰⁴ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (*JO*, 30 juillet 1994). Loi 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (*JO* 30 juil. 1994).

²¹⁰⁵ Notons qu'à l'issue des débats très animés, les expérimentations ne sont pas interdites mais seulement entourées de certaines garanties. La poursuite des fins thérapeutiques et le consentement volontaire et écrit donné par le couple, Décision n° 94-343-344 DC, 27 juil. 1994, *JO* du 29 juillet 1994.

²¹⁰⁶ Cette garantie est reprise dans l'article 16-10 du Code civil.

n°2619/1998, incorporé en droit interne la *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* (1997).

Concernant l'application de ces garanties à l'égard des détenus, la question est particulièrement sensible. C'est la seule catégorie de personnes qui, capables mentalement de consentir, ont cependant été soumises à des expérimentations forcées non seulement durant la deuxième guerre mondiale mais bien auparavant. En effet, si ces expérimentations ont atteint leur point culminant dans les camps de concentration où l'état de droit n'avait pas de prise – « j'ai pu faire sur des êtres humains des expériences qui d'ordinaire ne sont possibles que sur des lapins », avoua le médecin H. Münch ayant sévi à Auschwitz²¹⁰⁷ - elles ont également eu lieu dans les prisons ordinaires en Allemagne, mais aussi dans d'autres pays d'Europe²¹⁰⁸ ainsi qu'aux Etats-Unis. Des médecins américains qui ont témoigné devant un tribunal américain militaire, lors d'un procès commencé le 21 novembre 1946²¹⁰⁹, avaient reconnu avoir pratiqué des expérimentations forcées parce que « les prisonniers d'un pénitencier peuvent consacrer tout leur temps aux expériences, et peuvent être soumis à un contrôle strict - un prisonnier n'a rien à faire d'autre, et peut devenir malade sans conséquences sérieuses²¹¹⁰ ». Cela constitue la preuve suprême de la considération des détenus, encore récente, comme des personnes dont la condamnation emporte également privation de la liberté de disposer de soi et dégradation du statut d'homme.

Actuellement le problème qui se pose à propos de leur consentement n'est pas tant son absence, puisque les législations européennes le requièrent, mais son caractère véritablement libre. Des médecins parlent du risque d'un consentement « biaisé²¹¹¹ » et l'OMS d'un consentement « truqué ». Selon cet organisme, la condition socio-juridique des détenus diminue leur liberté de consentement. Outre le besoin d'argent (qui peut être commun à d'autres catégories de personnes qui statistiquement se prêtent plus volontiers à ces expérimentations comme les chômeurs, les étudiants, les retraités²¹¹²), « ce qui est unique dans le cas des détenus », note l'OMS, « c'est qu'ils ont des motifs profonds d'échapper à la misère et à la monotonie de leur existence, d'améliorer leur confort, de mériter en quelque sorte l'approbation de la société et, dans certains cas, de se soustraire aux traitements humiliants utilisés par leurs compagnons de prison ou leurs gardiens²¹¹³ », ou encore « d'espérer un avantage sur la durée de la peine surtout si la recherche implique une modification du

²¹⁰⁷ Témoignage paru dans *Spiegel* et cité dans *Libération* du 5.10.1998.

²¹⁰⁸ C. AMBROSELLI, *L'Ethique médicale*, Paris, préc., pp. 50-52.

²¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 92.

²¹¹⁰ Cité par Claire AMBROSELLI, *Ibid.*, p. 99.

²¹¹¹ Jean-Michel ELCHARDUS estime que « c'est davantage le problème de ces consentements biaisés qui se pose en milieu pénitentiaire que le refus net de tout soin », in *Actes de la 20e Conférence de Recherches Criminologiques*, Conseil de l'Europe, novembre 1993 p. 75 et s.

²¹¹² Nations-Unies, A/CONF.56/9, p. 29-31.

²¹¹³ *Ibid.*, p. 31.

comportement ou une action thérapeutique²¹¹⁴ ». Le CPT a formulé les mêmes recommandations en 1993²¹¹⁵.

La jurisprudence européenne n'a pas connu d'affaires posant des questions concernant des expérimentations, de surcroît, effectuées sur des détenus. Mais de telles questions ont préoccupé le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et le Comité européen de la santé (CDSP). Leurs travaux ont donné lieu à la Recommandation R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, adoptée par le Comité des Ministres en 1998. Sa disposition n°74, tout en renvoyant à la Recommandation n R(90)3 sur la recherche médicale sur l'être humain, notamment à celle qui prévoit que ces personnes ne doivent faire l'objet d'une recherche médicale que s'il en est attendu un bénéfice direct et significatif pour leur santé (principe n° 7), apporte certaines précisions. Elles visent à ce que les principes énoncés dans le texte de cette dernière soient correctement appliqués aux détenus : le détenu ne devrait pas être incité à se prêter à la recherche médicale dans l'optique d'événements privilégiés ; il doit avoir la possibilité de revenir sur son consentement à tout moment, les procédés expérimentaux doivent avoir été approuvés par un comité d'éthique approprié indépendant. Enfin, les Règles pénitentiaires (2006), outre la soumission des détenus à des expériences sans leur consentement, interdit également les expériences, y compris avec consentement, « pouvant provoquer des blessures physiques, une souffrance morale ou d'autres atteintes à leur santé doivent »²¹¹⁶.

Les droits grec et français interdisent également les expériences médicales sur les détenus. Le *droit français* les autorise seulement dans le même cadre que la Recommandation R(90)3 précitée du Conseil de l'Europe. À savoir, que « s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé », (art. D 363 CPP²¹¹⁷). Le *droit grec* reprend, quant à lui, dans l'article 24 du Code de déontologie médicale, la plupart des garanties de la Convention sur les droits de l'homme et la biomedecine (1997). Quant à la participation des détenus à des recherches médicales et expériences médicales, le droit pénitentiaire l'entoure de garanties supplémentaires à celle du consentement. Même si la personne a donné son consentement, il interdit toute intervention médicale ou expérience médicale qui peut mettre en danger la vie, l'intégrité physique ou la santé physique ou psychique ou qui portent atteinte à la dignité de la personne (art. 29 § 1 C. pénit.).

²¹¹⁴ *Ibid.*, p. 29-31.

²¹¹⁵ En ce qui concerne la participation des détenus à la recherche médicale, il est évident qu'une approche très prudente s'impose ; leur accord risque d'être faussé par la situation pénale, CPT/Inf (93) 12, *3e rapport général d'activités du CPT*, préc.

²¹¹⁶ *Règles pénitentiaires européennes*, (règles 48-1 et 48.2).

²¹¹⁷ Conformément à l'article L. 209-5 du Code de la santé publique, les détenus ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches biomédicales que s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé. Le consentement est recueilli selon les modalités prévues par les articles L. 209-9 et L. 209-10 du même Code».

Les interventions médicales dans le but de traiter certains détenus comme ceux condamnés pour des infractions sexuelles soulèvent des questions comparables.

2. Les traitements médicaux des délinquants sexuels

Si la conception de la délinquance en général comme une pathologie est en recul depuis des années '70, il n'est pas de même de la délinquance sexuelle. Celle-ci continue d'être ouvertement perçue comme étant liée à des problèmes de pathologie médicale²¹¹⁸. D'où l'appel de la justice à la médecine, et surtout à la psychiatrie, de lui prêter son concours pour traiter les détenus condamnés pour des infractions sexuelles. En effet, durant tout le XX^e siècle, leur ont été appliqués des traitements chirurgicaux (castration), psycho-chirurgicaux (lobotomie), chimiques (du bromure jusqu'à l'électroconvulsion dite TEC, en passant par toute sorte des tranquillisants et médicaments agissant sur l'humeur), biologiques (implantation des granules de stilboestrol ou l'hormonothérapie) et psychosociaux.

Or, ces traitements ne sont pas sans soulever des problèmes d'éthique importants, en raison de leur but, qui n'est pas exclusivement thérapeutique, des risques qui ne sont pas totalement connus, mais aussi des questions concernant le respect effectif du consentement libre et éclairé.

But non exclusivement thérapeutique. Ces traitements visent également la prévention de la récidive par la modification du comportement sexuel et social ou par la simple docilité de ces personnes. L'OMS a mis en évidence ces buts en soulignant en particulier : que la psychochirurgie consiste à « muter irrémédiablement des zones critiques du cerveau en vue de modifier le comportement²¹¹⁹ » ; que l'électroconvulsion (TEC), « traitement appliqué ostensiblement à des fins thérapeutiques, il sert, en fait, de moyen de contrainte²¹²⁰ » ; que les tranquillisants visent à rendre les détenus dociles en réduisant les capacités intellectuelles et affectives²¹²¹. Des psychiatres qui exercent en milieu pénitentiaire admettent que les traitements psycho-sociaux poursuivent également un but social : « On ne peut espérer au mieux qu'une meilleure adaptation aux contraintes sociales mais non une guérison²¹²² ».

Risques non totalement connus. Ces traitements sont controversés par le milieu médical en raison également des risques qu'ils présentent pour l'intégrité physique et mentale de la personne²¹²³

B. GRAVIER, C. DEVAUD, « Délinquance sexuelle. Etats des lieux », *Nervure*, T. VIII, n°7, p.14.

²¹¹⁹ Nations-unies, A/CONF.56/9 : « Aspects sanitaires des mauvais traitements intuitivement infligés aux prisonniers et détenus », préc.

²¹²⁰ *Ibid.*

²¹²¹ *Ibid.* p. 20.

²¹²² Principes, 1991 cités par Jean-Michel ELCHARDUS, *Actes de la 20e Conférence de Recherches Criminologiques*, préc., p.78.

²¹²³ *Ibid.*

au point de soulever des questions identiques pour les expérimentations. « C'est un débat qui rejoint de très près celui de la bioéthique : le progrès de la science ou la protection de la société permettent-elles toutes les dérives ? », s'interrogent B. Gravier, et C. Devaud à propos de l'hormonothérapie²¹²⁴. L'OMS a souligné : que des traitements chimiques, biologiques et psycho-chirurgicaux (comme le bromure, le chloral, le paraldéhyde et les premiers barbituriques), ont été utilisés longtemps (le bromure pendant 100 ans) avant que des études relèvent qu'ils entraînent une intoxication chronique²¹²⁵; que la TEC entraîne des fractures de vertèbres par compression et d'autres fractures²¹²⁶; que la castration et la lobotomie constituent des atteintes évidentes à l'intégrité physique et mentale de la personne. Même l'hormonothérapie relève toujours du domaine des essais thérapeutiques²¹²⁷. L'OMS estime que s'agissant des traitements tant soit peu controversés (comme la TEC²¹²⁸, de la lobotomie²¹²⁹, de la castration²¹³⁰) ne doivent pas être appliqués aux détenus.

Le Conseil de l'Europe n'interdit pas l'usage de certains de ces procédés, à tout le moins, dans le cadre de traitement de la maladie mentale. Concernant les électrochocs et la lobotomie, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation 1235(1994) relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme prévoit seulement qu'ils soient pratiqués avec le consentement éclairé de l'intéressé²¹³¹. Quant au TEC, le CPT ne le condamne que lorsqu'il est appliqué dans sa « forme non atténuée » à savoir sans anesthésiques et myorelaxants. Appliqué dans cette forme, il le considère comme une méthode « dégradante » à la fois pour le patient et pour le personnel concerné car il entraîne des fractures et autres conséquences médicales fâcheuses²¹³².

Efficacité douteuse. L'application des traitements chimiques et biologiques repose sur l'hypothèse que la délinquance sexuelle serait corrélée avec une hypersexualité non maîtrisée et une élévation du taux de testostérone qu'il suffit alors de diminuer par l'hormonothérapie ou l'implantation des granulés de stilboestrol ou la faire disparaître par la castration. Mais cette

²¹²⁴ *Ibid.*, p. 17 et s.

²¹²⁵ Nations-unies, A/CONF.56/9, *préc.*, p. 20.

²¹²⁶ *Ibid.*

²¹²⁷ A propos de laquelle, les médecins B. Gravier et C. Devaud notent : « Il est intéressant de constater que près de quarante ans après l'introduction de l'hormonothérapie (introduits aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Allemagne, en Belgique, en Scandinavie et en Suisse dès 1950), le Comité consultatif National considère que celle-ci relève du domaine de l'essai thérapeutique estimant qu'on connaît mal la totalité des effets » B. GRAVIER B. DEVAUD C., « Délinquance sexuelle. Etats des lieux », *préc.*, p. 17.

²¹²⁸ « ...On ne devrait pas lui appliquer pendant qu'il est en prison, même s'il est consentant, la TEC ou tout autre traitement médical tant soit peu controversé », Nations-unies, A/CONF.56/9, *préc.*, p. 22.

²¹²⁹ C'est la thérapie la plus controversée ; elle ne doit pas être appliquée aux détenus, *Ibid.*

²¹³⁰ Vues partagées sur sa justification morale; considéré comme moyen de maîtrise du comportement sexuel aberrant et d'efficacité douteuse. Dans certains pays la castration est appliquée aux détenus coupables de délits sexuels répétés; dans d'autres, la castration à des fins autres que celle consistant à remédier à une maladie organique est considérés comme acte préjudiciable et un crime. Entre 1929 et 1959, 900 castrations ont eu lieu au Danemark, *Ibid.*

²¹³¹ « La lobotomie et la thérapie par électrochocs ne peuvent être pratiqués que si le consentement éclairé a été donné par écrit par le patient lui-même ou par une tierce personne et si la décision a été confirmée par un comité restreint qui n'est pas composé uniquement d'experts psychiatriques ».

²¹³² CPT/Inf(98)12, 8ème Rapport général d'activités du CPT, *préc.*

hypothèse n'est pas convaincante. La récidive, pour être moindre que chez les autres détenus libérés, n'est pas inexistante. Des études psychosociales ont montré que la délinquance sexuelle n'est pas due uniquement à des problèmes biologiques mais aussi à de multiples facteurs psychologiques et sociaux. Selon une typologie établie chez les violeurs, le viol peut être expliqué par la recherche du pouvoir, la rage, le sadisme et le comportement antisocial²¹³³. Quant aux traitements psycho-sociaux, leur efficacité serait entravée non seulement par l'absence d'un consentement intègre²¹³⁴, mais aussi par la classification criminologique des délinquants sexuels qui est fondée exclusivement sur l'acte et non sur des critères médicaux²¹³⁵.

Consentement vicié. Il est en effet évident que du moment où une libération anticipée dépend essentiellement ou même accessoirement de l'évaluation clinique du progrès dans la maîtrise des pulsions sexuelles, le détenu est poussé à consentir à se soumettre aux traitements proposés : « Le prisonnier qui se porte volontaire est mu par l'espoir de se voir appliquer une sentence plus légère ou de se libérer plus tôt », note l'OMS²¹³⁶.

Ce problème est au centre des débats en France, depuis la loi du 17 juin 1998²¹³⁷ qui a introduit l'obligation des soins dans la mesure du sursis avec mise à l'épreuve, du suivi-socio-judiciaire et de la mise en libération conditionnelle²¹³⁸ appelés par Jean Pradel des « sanctions ambulatoires »²¹³⁹. Or cette obligation pour ne pas être explicitement forcée, n'en soulève pas moins des problèmes éthiques puisque de l'engagement de l'intéressé à s'y soumettre dépend sa mise en liberté, et du respect de son engagement, son maintien en liberté. Ce débat est depuis lors récurrent. Il est revenu à l'actualité depuis 2007, à propos de la loi sur la récidive qui a étendu l'injonction de soins à d'autres infractions²¹⁴⁰.

²¹³³ Mc Kibber 1993, J. M., ELCHARDUS *Actes de la 20e Conférence de Recherches Criminologiques*, préc., p. 66.

²¹³⁴ « Il est bien difficile pour un thérapeute d'accepter l'idée que l'on doit soigner quelqu'un chez qui tout indique qu'il n'en a aucune envie et qu'il n'en ressent aucun besoin, hormis le bénéfice qu'il pourrait en réitérer auprès de la justice. », B. GRAVIER, C. DEVAUD, « Délinquance sexuelle », préc., pp. 14-15. Ce problème exposé au Conseil de l'Europe par Jean-Michel ELCHARDUS *Actes de la 20e Conférence de Recherches Criminologiques*, préc.

²¹³⁵ « Une approche psychopathologique précise met en évidence le manque de pertinence des catégories fondées exclusivement sur l'acte », *Ibid.*, p. 66.

²¹³⁶ Nations-Unies, A/CONF.56/9, préc.

²¹³⁷ Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

²¹³⁸ La loi du 17 juin 1998 qui renforce la répression des infractions sexuelles ainsi que la protection des victimes, institue une nouvelle réponse pénale : le suivi socio-judiciaire. Il est l'aboutissement d'un parcours débuté en 1994 par la loi n°94-89 du 1er février 1994 qui prévoit que les auteurs d'agressions sexuelles exécuteront leur peine dans des établissements pénitentiaires adaptés et met en place l'expertise de pré libération obligatoire prenant en compte l'orientation vers un suivi thérapeutique.

²¹³⁹ J. PRADEL, *Droit comparé pénal*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 768.

²¹⁴⁰ Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

Au niveau européen, la question du traitement des délinquants sexuels n'a pas encore donné lieu à une prise de position claire. Dans la Recommandation R(98)7 du Comité des Ministres²¹⁴¹, il est simplement prévu qu'un traitement soit « proposé aux délinquants sexuels » (Règle n° 54). Ce qui est largement insuffisant comme précaution pour résoudre les problèmes signalés. Quant à la Cour, elle n'a pas encore été saisie de telles questions. Mais nous estimons que les critères qu'elle appliquera doivent être au moins ceux appliqués à propos des traitements imposés aux malades mentaux. Concernant ces derniers, rappelons que cette instance considère qu'un traitement imposé ne peut être compatible avec l'article 3 de la Convention que sous une triple condition : que les traitements poursuivent un but thérapeutique ; qu'ils soient « communément admis » par le milieu médical ; et qu'ils soient administrés conformément aux règles communément admises (Commission²¹⁴² et Cour²¹⁴³).

Mais il est à souligner que que, quel que soit le type de traitement, s'il n'atteint pas le seuil minimum de gravité requis pour constituer un état contraire à l'article 3 de la Convention, il peut être contraire à l'article 8 de la Convention. En effet, si l'on tient compte de la jurisprudence constante de la Cour relative à l'application de l'article 8, la soumission à l'obligation des soins sous la menace de la privation de liberté, doit être considérée comme une ingérence forcée dans la sphère de la vie privée²¹⁴⁴. Elle doit alors donner lieu à une appréciation individualisée. C'est à-dire-elle ne peut pas être justifiée par la seule appartenance à une catégorie de délinquants. Elle ne pourra être justifiée que : si la personne présente une pathologie et un danger suffisamment graves ; si les moyens ne sont pas disproportionnés aux buts poursuivis ; et s'ils ne présentent aucun risque ou doute de risque sur la santé et l'intégrité physique ou mentale de la personne concernée.

Toujours est-il que ces traitements, tant soit peu controversés, posent une question d'éthique générale : la justice et, à travers elle, une société qui se veut démocratique, a-t-elle le droit d'utiliser tous les moyens à sa disposition pour traiter le problème de la délinquance ? Elle pose aussi une question d'éthique médicale. Comme l'a souligné Jean-Michel Elchardus dans son rapport présenté à la 20e conférence de recherche criminologique organisée par le Conseil de l'Europe : « Dans le domaine de la santé mentale, l'adaptation du sujet à son milieu est évidemment un élément important ; mais le but premier d'un soin reste malgré tout la guérison ou au moins le soulagement d'une souffrance²¹⁴⁵ ».

²¹⁴¹ Recommandation R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, préc.

²¹⁴² Décision J.-C.C/France, du 11 mai 1994.

²¹⁴³ CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, préc. ; CEDH, *Naoumenko c. Ukraine*, préc. ; CEDH, *Nevmerjitski c. Ukraine*, préc.

²¹⁴⁴ CEDH, *B. c. R.U.*, préc.

²¹⁴⁵ Ce problème a été exposé au Conseil de l'Europe par Jean-Michel Elchardus, *Actes de la 20e Conférence de Recherches Criminologiques*, préc., p. 62.

*

Quoi qu'il en soit, la prison est un lieu critique pour le respect de l'autonomie de la personne de même que pour son intégrité physique et mentale. L'étude de l'ensemble des aspects constitutifs de la notion de dignité, à tout le moins de ceux susceptible d'entrer dans le cadre de l'article 3 de la Convention, ont montré la grande difficulté de respecter la dignité de la personnes en détention. Si bien que la Cour est allée jusqu'à légitimer un écart dans le respect de la dignité des personnes en détention par rapport aux personnes libres. A l'instar de la justification des restrictions plus amples dans le respect des droits à protection relative, à savoir soumis à des dérogations, elle admet comme compatible avec l'article 3 un degré de souffrance et d'humiliation inhérent à toute détention. Elle élève donc, par rapport aux atteintes à l'extérieur, le seuil de gravité des atteintes aux détenus constitutif de traitements contraires à l'article 3. Le niveau de seuil peut parfois monter très haut, jusqu'à mettre en danger la vie ou l'intégrité de la personne.

Soulignons à ce propos que l'OMS s'interroge sur la difficulté de déterminer la notion de peines ou traitement inhumain ou dégradant, s'agissant des atteintes aux détenus. Car « l'expérience de la prison peut être désagréable dans son ensemble », en raison entre autres, de la privation liberté, de la réprobation de la société, de l'isolement de la personne de sa famille et de ses amis, des conditions sanitaires, notamment du manque d'intimité et des risques pour l'intégrité physique à cause de la cohabitation non choisie avec des co-détenus²¹⁴⁶.

Dès lors, nous pouvons nous poser la question de savoir si la Convention parviendra à constituer cet instrument qui mettra des limites claires et efficaces aux exigences de la justice pénale en général et à la peine privative de liberté en particulier afin de la rendre conforme au principe de légalité, à savoir sa limitation à la privation de liberté physique.

²¹⁴⁶ Nations-Unies, A/CONF.56/9, *préc.*

CONCLUSION PARTIE 1

L'apport de l'application des droits de l'homme étudiés dans cette première partie dans la limitation du sens de la peine privative de liberté est inégal. Si au regard du droit à la liberté physique et au droit à la vie, nous sommes restés dans la logique de la recherche du degré de contrôle physique que cette peine peut atteindre, au regard de l'interdiction de mauvais traitements, nous sommes passés à la recherche de la nature même de cette peine.

Précisément, concernant le droit à la vie, nous avons pu constater que malgré la dérogation prévue au sein de l'article 2, la Cour a pu poser des limites et des garanties importantes autour des notions de légitime défense, d'obligation de sécurité, de protection contre la mise en danger de la vie, et de volet procédural de la protection de l'article 2. Ainsi, pour utiliser la force mortelle en cas de tentative d'évasion, cette instance a demandé le concours des circonstances supplémentaires proches de celles de la légitime défense prévues par le droit commun à savoir le droit pénal. Elle a, en outre, étendu l'application de l'article 2 à la mise en danger de la vie et a renforcé les obligations positives des Etats en matière de sécurité en raison de la dépendance totale des détenus des autorités pénitentiaires. Elle a également dégagé une violation procédurale de l'article 2 en raison de l'absence de recours efficace permettant d'écarter les conditions d'une mort, d'établir les responsabilités et de punir les responsables.

L'importance de l'application du droit à la liberté est également à souligner. La Cour a étendu son application aux détenus privés de leur liberté suite à une condamnation pénale régulière. En effet, l'extension de l'application de cet article est marquée par des notions dégagées par la Cour, comme celle d'état privatif de liberté, de temps pénal évolutif, de lieu de détention approprié ou de régime de détention ordinaire. La jurisprudence européenne a ainsi consacré une approche de la *légalité à la fois temporelle* (celle-ci serait évolutive rendant concevable que le maintien en détention au-delà d'une certaine période risque de devenir arbitraire car rompant avec les motifs de la condamnation initiale), *et matérielle* (fondée sur le caractère approprié ou pas du lieu de détention au regard des objectifs visés par chaque type de détention prévus par l'article 5 de la Convention). Cependant si ces évolutions sont incontestablement positives, leur application demeure marginale.

La jurisprudence européenne n'a cherché, ni à définir en termes positifs en quoi consiste ou devrait consister la peine privative de liberté ni à mettre des limites dans les degrés que la privation de la liberté de mouvement puisse atteindre, y compris devant l'isolement. L'application de l'article 5 à des demandes de transfert vers un établissement de détention approprié est réservé à des motifs médicaux. Le caractère évolutif n'est pas clairement reconnu à tous les types de condamnation.

Des évolutions sont alors souhaitables dans ces domaines mais aussi dans le domaine suivant. Pour l'instant, si la Cour demande le contrôle de la légalité de la détention au nom du caractère évolutif de la peine, elle le fait en considérant que c'est le passage d'un état de détention vers un état de liberté qui est en jeu. Même si elle reconnaît, s'agissant de la sortie de la détention sous le régime de libération conditionnelle que la personne n'est pas juridiquement libre. Elle aurait alors gagné en cohérence et éviter des éventuels malentendus, en ayant recours au motif de *lieu approprié d'exécution de la peine privative de liberté*. Elle serait fondée sur une approche matérielle de la légalité de la détention. A l'instar de la détention des jeunes et des toxicomanes dans une prison ordinaire, le maintien en détention au-delà d'un certain temps peut rendre la détention illégale, au motif de lieu de détention inapproprié au regard des objectifs assignés à la peine : punir et réinsérer. Si le premier objectif peut dans une première phase justifier l'exécution de cette peine en détention, le lieu le plus approprié pour le second est incontestablement le milieu ouvert ou semi-ouvert. De cette manière, se clarifierait également le lien entre la peine privative de liberté et la prison : celle-ci serait clairement perçue comme une des modalités d'application de la peine privative de liberté, à savoir la plus contraignante qui, avec le temps devrait être succédée par des modalités d'exécution de plus en plus allégées.

Par ailleurs, cela offrirait une assise autre que l'article 3 pour libérer les personnes incapables à subir une *détention ordinaire* en raison de handicaps ou des maladies. La prison n'est pas pour eux ni un lieu approprié ni ne représente le même degré de contrainte que pour les personnes en état physique et de santé normaux. Ne serait-ce que parce que les premiers ne peuvent pas exécuter leur peine en régime de détention ordinaire caractérisée par une certaine mobilité dans la prison et une certaine vie collective. Pour les personnes à mobilité réduite, le degré de la privation de liberté est nettement supérieur par rapport aux personnes de condition physique normale.

Mais cela implique l'introduction dans le raisonnement de la légalité matérielle de la détention de l'élément de degré de contrainte. A part la mort, tout le raisonnement consistant à déterminer les atteintes aux droits de l'homme est question de degré, y compris la définition de certains parmi eux comme l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Ils sont définis en se référant au degré d'atteinte à l'intégrité de la personne. D'ailleurs la définition de la privation de liberté, elle-même, est question de degré comme l'a admis la Cour en le comparant à la liberté de circulation. Dès lors l'élément de degré devrait également être introduit dans la détermination du contenu que la privation de liberté puisse atteindre. Elle servirait ainsi de faire du régime de détention ordinaire la norme de référence de la légalité matérielle. Ce qui aurait permis de contester aussi bien l'application des régimes de sécurité renforcée et d'isolement carcéral que le maintien en détention des personnes à mobilité réduite.

La question justement du maintien en détention des personnes ayant des problèmes physiques ou de santé importants, nous amènent à la question de l'application de l'article 3. Elle nous amène à poser d'abord cette question : par quelle logique, quel cheminement intellectuel, sommes-nous amenés à parler des limites des atteintes à l'intégrité physique et à la santé compatibles avec l'interdiction des mauvais traitements ? Alors qu'il ne s'agit que d'une peine à propos de laquelle il ne devrait être question de saisir que les contours de la privation de la liberté d'aller et venir.

Qu'avons-nous constaté à propos de l'application de l'article 3 ? La prison est un lieu pathogène. Il génère des suicides plus nombreux qu'à l'extérieur, une détérioration de la santé, une exposition à des risques de contamination de maladies, à des violences non seulement par les impératifs de la sécurité de ce lieu fermé et collectif mais aussi par la cohabitation forcée. De manière générale, la prison est un lieu de souffrance, d'humiliation, de stress, de tensions, de frustration et de manque d'affection. Voilà les dimensions qu'atteint encore aujourd'hui la peine privative de liberté lorsqu'elle s'exécute dans la prison. Ce lieu est alors un bras de fer permanent à la dignité humaine.

Qu'a pu apporter l'application de l'article 3 ? Limiter l'usage de la force à la mesure nécessaire, améliorer les soins, augmenter la vigilance du personnel lors du choix des co-détenus de la cellule, juridictionnaliser le recours à l'isolement et le reconstruire dans certains cas à la sanction disciplinaire de « mitard », mettre à la disposition des personnes handicapées physiques des fauteuils roulants ou, dans quelques cas rares, libérer les grands malades. Ces garanties permettent-elles cependant d'affirmer que la dignité du détenu est préservée et que celui-ci n'est privé que de sa liberté d'aller et venir ? Permettent-elles d'écarter l'accusation portée dans le passé que la « prison » est une peine corporelle, si ce n'est au détriment du niveau de protection de l'article 3. C'est malheureusement au prix d'une interprétation compromettant la force de la protection de l'interdiction de mauvais traitements que la Cour parvient à concilier cette interdiction avec les conditions de vie et les divers traitements dans la prison.

Mais si les textes des droits de l'homme ont, à un moment de l'histoire, celui de leur déclaration le lendemain de la deuxième guerre mondiale, entériné la compatibilité de la peine privative de liberté, y compris sous la forme de détention, avec la nature de l'homme et les valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, la prison peut-elle et doit-elle perdurer alors que l'exigence pour le respect des droits de l'homme devient, comme le souligne la Cour, croissante et la conception de la peine est passée de celle de prison à la peine privative de liberté ?

Rappelons que la Cour a bien été amenée à considérer que trois coups de verge trois et trois coups de chaussure de gymnastique à semelle de caoutchouc portés à des élèves à titre de sanction

scolaire sont des peines corporelles même sans conséquences physiques importantes²¹⁴⁷. La prison avec l'armada de ses conséquences, en serait-elle épargnée ? La prison telle qu'elle fonctionne actuellement et même dans son meilleur fonctionnement possible matériel est nocive. Dans le courrier de l'Unesco, on parle d'effets « irréparables », dès 1954²¹⁴⁸. En 1976, le Conseil de l'Europe reconnaissait, dans une Résolution, que la prison est un lieu pathogène. Les effets détériorant la santé se manifestent dès les premiers jours, pour commencer à devenir irréversibles au bout de quatre à six ans⁽²¹⁴⁹⁾. Le CPT reconnaît que « le bien-être physique et psychologique d'un détenu est déjà mis à l'épreuve par le simple fait de son incarcération »; d'autre part, il estime, comme nous l'avons noté, que « garantir un niveau satisfaisant de soins médicaux dans une prison sera toujours tâche difficile²¹⁵⁰ ». La Cour elle-même reconnaît comme inévitable un certain degré de telles conséquences²¹⁵¹.

Nous estimons à l'issue de l'étude sur l'étendue de l'application des droits de l'homme concernant la condition physique et la santé de la personne détenue que non seulement le principe selon lequel la peine privative de liberté devrait être la privation de la liberté d'aller et venir est intenable mais aussi que la société démocratique entière est mise à l'épreuve. Qu'en est-il du sens et des limites de la peine privative de liberté au regard de l'application des autres droits de l'homme relatifs à la protection des aspects de la vie de la personne qui ne sont pas forcément liés à sa condition physique à savoir, des droits relatifs à la vie privée, économique et socio-politique ?

²¹⁴⁷ Respectivement dans l'arrêt *Tyler c.R.U.* et l'arrêt *Costello-Roberts c. R.U.*, précités.

²¹⁴⁸ *The Unesco Courier*, n° 10, 1954, « Prisoners are People : When the Punishment too becomes a Crime », p. 10.

²¹⁴⁹ « Troubles émotifs, troubles de la compréhension et du jugement, modification du comportement se traduisant par une régression vers l'infantilisme et troubles affectant les relations sociales », *Projet de Rapport général sur le traitement des détenus en détention de longue durée*, Rapport, 18 août 1975, CDPC, Conseil de l'Europe, p. 8.

²¹⁵⁰ CPT 92(3), *Rapport de visite*, France, du 27 octobre au 8 novembre 1991, § 162.

²¹⁵¹ CEDH, *Tyler c.R.U.*, préc. ; CEDH, *Costello-Roberts R.U.*, préc. ; CEDH, *T. c. R.U.*, [GC], préc., § 69.

**DEUXIEME PARTIE. UNE PEINE A DIMENSION MULTIPLE
RESTRICTIVE DE LA LIBERTE AU SENS LARGE**

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

Avec l'étude des droits relatifs à la sphère de la vie privée, la vie économique, la vie sociale, la vie intellectuelle et politique consacrés par les articles 8 à 12 de la Convention et certains protocoles, nous montrerons que la peine privative de liberté dépasse de loin les conséquences physiques dans la vie de la personne. Celles-ci s'étendent à tous les aspects de la vie, et donc à la liberté au sens large.

Alors qu'à l'exception de l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé ou obligatoire, la peine privative de liberté ne justifie une quelconque interprétation spécifique de ces droits, puisqu'ils ne se réfèrent ni explicitement ni implicitement au statut du détenu ou à la peine, ces droits connaissent des restrictions spécifiques à l'égard des détenus. De manière générale, ils connaissent des *restrictions contextuelles*, celles fondées sur le fonctionnement interne de la prison, dans la mesure où la Cour justifie des restrictions des droits de l'homme dans la prison plus amples qu'à l'extérieur. Si bien que ce lieu, censé n'être qu'un simple moyen d'exécution de la peine privative de liberté, contribue-t-il indirectement, mais certainement, à aggraver la situation légale des détenus, en étendant les restrictions à tous les droits et libertés composant la liberté au sens large. Certains de ces droits connaissent également des *restrictions inhérentes à la peine* en tant que prolongements des conséquences physiques directes. Cela est clair dans la mesure où l'exercice de certains droits nécessite la présence physique et la mobilité de la personne (comme par exemple, la communauté de la vie familiale, l'exercice d'une profession libérale ou salariale, le suivi des études nécessitant la présence physique, etc). Il y a également des *restrictions explicitement supplémentaires*, au titre soit de sanctions pénales complémentaires ou accessoires, soit de conséquences collatérales prévues par différentes branches du droit national (civil, commercial, électoral, etc). Enfin, en examinant de près les restrictions de ces droits et libertés, il ressort que derrière, mais aussi au-delà de ces motifs, nombre de restrictions ne sont ni inhérentes à l'objet de cette peine ni au fonctionnement interne de la prison en tant que lieu de vie collective. Elles sont *intrinsèquement liées à la conception multifonctionnelle de la peine* dépassant celle de sanction d'une infraction proportionnée à la gravité de cette dernière.

En effet, en recensant la nature des motifs invoqués, l'organisation de l'exécution de cette peine reflète la recherche des fonctions suivantes. Une *fonction sécuritaire* entendue dans un sens large dépassant la prévention de nouvelles infractions par l'effet de la dissuasion intrinsèque à la punition. L'objectif sécuritaire est conçu en temps réel et a un objectif total : empêcher matériellement le détenu, par des moyens techniques, d'avoir la possibilité de commettre de nouvelles infractions et même de perturber la tranquillité de la vie, tant dans la prison, qu'à l'extérieur. Empêcher non seulement l'évasion, mais aussi les contacts non contrôlés avec l'extérieur ou encore l'expression publique par la presse ou par d'autres moyens. Ce que montrera notamment l'étude des droits à la vie privée et familiale. Leur étude montrera aussi que pour être réalisé, ce but degré zéro d'insécurité il

implique un degré d'ingérence dans la vie privée, à savoir une surveillance, un contrôle, une obéissance et une transparence propres aux régimes politiques, à l'opposé de régimes démocratiques.

L'étude des droits relatifs à la vie sociale, civile et économique de l'individu confirmera et accentuera ce fonctionnement de la prison mais aussi celui de la conception de la peine comme réduction de l'homme non seulement à l'impuissance physique mais aussi à l'impuissance sociale et politique. Ces conséquences, dès lors qu'elles visent à priver le condamné de droits pouvant servir de contre-pouvoirs face à l'Etat, en le privant de l'autonomie de gérer ses affaires, ses relations familiales, amicales, sociales, seraient inscrites dans l'esprit de la mort civile qui accompagnait expressément les différentes peines d'emprisonnement, il y a encore quelques décennies ; elle-même tiendrait ses origines de la peine d'*ergastule* qui réduisait le citoyen au statut d'esclave.

S'y ajoutent des motifs liés à la conception de la peine privative de liberté comme *souffrance* opposée à toute idée de confort et de plaisir. Ce que montrera l'étude de l'application aussi bien de certains aspects de la vie privée, notamment la vie affective et sexuelle, que la gestion des biens notamment dans le domaine de la consommation. En même temps que la privation d'autonomie, les restrictions corrélatives visent à la privation de toute source de confort et de plaisir.

S'y mêlent enfin des motifs relatifs à une conception de peine comme expression d'une *humiliation publique*, comme marque d'indignité citoyenne. Ce que mettra en évidence l'étude en particulier des droits politiques et de la liberté d'expression.

Seule la conception de la politique de traitement est nettement réorientée vers un sens non plus de changement de la personnalité mais comme mise en œuvre des moyens tendant à la réinsertion sociale et professionnelle des personnes condamnées. Ce que montrera l'étude notamment des droits relatifs à l'éducation, la formation, l'information ou encore des croyances religieuses.

Lors de l'application de l'ensemble de ces droits de l'homme en prison, il serait alors question non seulement de restrictions plus amples qu'à l'extérieur, mais des restrictions les plus amples dans une société démocratique. Des restrictions qui vont jusqu'à la mise à l'épreuve de la société démocratique. Si le seuil d'équilibre entre droits individuels et intérêt collectif s'écarte trop par rapport à l'extérieur, au point de toucher la substance de ces droits, il s'agit d'atteintes aux droits et libertés propres des régimes politiques non démocratiques. C'est tout l'enjeu de ces droits et libertés dont l'exercice implique le respect d'un degré d'autonomie et d'intimité opposés au contrôle, à tout le moins, au contrôle préventif et systématique, et à la pan-surveillance. En premier lieu, se trouvent indiscutablement les droits relatifs à la sphère de la vie privée dont l'exercice est caractérisé par les éléments diamétralement opposés : l'autonomie et l'intimité. Les droits corrélatifs visent à garantir à la

personne d'être maître de soi-même et maître chez-soi (**Titre I**). L'application des droits relatifs à la vie économique, à l'activité professionnelle et à la gestion des biens, dans la mesure où l'autonomie de la personne passe également par son autonomie économique, contribuera à déterminer si et dans quelle mesure la peine privative de liberté est régie par une conception comme une privation de toute source de contre-pouvoirs et donc d'autonomie au sens large (**Titre II**). Enfin, l'étude de l'application des droits de l'homme relatifs à la vie politique, intellectuelle et sociale, montrera que, alors que la condition physique du condamné n'implique pas inévitablement les restrictions de tels droits, et ne met pas en cause la sécurité physique ni dans la prison ni dans la société, elle garde néanmoins des traces d'ostracisme : ne sont souhaitables dans la cité, ni la présence physique ni celle des idées et opinions des condamnés (**Titre III**).

A propos de l'ensemble alors de ces droits, il convient de déterminer quelles sont les limites posées par la jurisprudence de la Cour et quelles sont les perspectives d'une évolution vers une plus grande limitation du sens de la peine privative de liberté au nom de la légalité des peines et de la société démocratique.

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

TITRE 1

LE SENS DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE DETERMINE PAR L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA SPHERE DE VIE PRIVEE

Au sein de ce premier titre, nous étudierons les droits relatifs au respect de la vie privée : la vie privée au sens strict, au sens du respect du domicile, de la vie familiale et de la correspondance, tels qu'ils sont consacrés par l'article 8 de la Convention. Bien qu'il s'agisse de droits n'incluant pas dans leur énoncé de clause mentionnant le détenu ou la peine, ils sont pourtant ceux qui démentent le plus directement la limitation de la peine privative de liberté à la seule privation de la liberté d'aller et venir. La jurisprudence européenne reconnaît expressément que « toute détention régulière au regard de l'article 5 de la Convention entraîne *par nature* une restriction à la vie privée et familiale de l'intéressé²¹⁵² ». Cela est en effet incontestable au regard du choix du lieu de vie, du mode de vie et de l'intimité.

Mais la question va encore plus loin que le seul écart dans les restrictions de ces droits par rapport à l'extérieur. Elle va au cœur du sens de cette peine en tant que privation de liberté au regard de l'organisation de la prison. La vie privée à elle seule exprime l'essence même de la démocratie, à savoir un système d'organisation de la société fondée sur la distinction de la vie publique de la vie privée et le respect d'un équilibre entre elles. En effet, la liberté individuelle a été bâtie sur l'acquisition des droits visant à protéger une sphère de vie des personnes contre des immixtions de l'Etat. Si bien que le principe qui régit la protection de cette sphère de vie est l'abstention du pouvoir ; les immixtions ne peuvent être que de dérogations prévues pour certains motifs et entourées de garanties procédurales. Or, nous verrons que la prison, plus qu'une variation, est l'envers du décor d'une telle société. C'est le principe inverse qui régit la relation du détenu avec l'Etat : c'est l'immixtion quasi-totale de l'Etat qui la caractérise ; l'abstention est l'exception, voire que le détenu doit justifier l'intérêt de protéger une partie de sa vie privée. En effet, malgré certaines limites apportées par la jurisprudence européenne, celles-ci sont insuffisantes pour changer aussi bien le fonctionnement structurel de cette institution, que le sens de la peine, à savoir la soumission du condamné à une dépendance, voire une transparence totale au regard de l'Etat. Les motifs sécuritaires y atteignent leur paroxysme mêlés à la persistance de la perception de la peine comme souffrance, frustration et privation d'autonomie de la volonté. Ce que nous tâcherons de démontrer dans le premier chapitre, en étudiant l'application aux détenus condamnés du droit au respect de la vie privée au sens

²¹⁵² Voir entre autres, D 166/7 (X, Y/Suisse), 3.10.1978, DR 13, p. 245 ; CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc. § 61 ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 68.

strict, du domicile et de la correspondance. Ces droits constituent des aspects particuliers de la vie privée au sens large (**Chapitre 1**).

Dans un second chapitre, nous aborderons l'application, à l'égard des détenus condamnés, du droit au respect de la vie familiale. Ce droit connaît aussi des restrictions qui font partie de la nature même de la détention. Mais ces immixtions posent des questions supplémentaires au-delà de la propre condition du détenu. Le sujet de ces droits et libertés n'est pas « je », il est « nous ». Le niveau de protection de ces droits à l'égard d'une personne détenue est également déterminant de la protection d'au moins un autre membre de la famille. Elles posent ainsi la question du respect du *principe de personnalité de la peine*. Le respect de ce principe exige que les effets de la peine doivent être limités à l'auteur de l'infraction ; ils ne doivent pas s'étendre à d'autres membres de la famille. Or, les conséquences extensives de la peine privative de liberté sur la famille sont trop évidentes pour être niées. Rappelons que la Cour n'a pu que s'incliner devant cette évidence, en admettant que « toute détention régulière au regard de l'article 5 est certes par nature une restriction de la vie privée et familiale de l'intéressé²¹⁵³ ». Ces dimensions des droits familiaux devaient alors contribuer à leur assurer une meilleure protection que celle assurée aux droits abordés sous le premier titre. Surtout que la protection de la vie familiale devrait être un objectif commun au détenu et à l'administration pénitentiaire : la famille constitue l'agent primordial, privilégié, dans la réinsertion du détenu qui est le facteur majeur de prévention de la récidive et donc de la protection de la paix sociale. Qu'en est-il dans la réalité ? Ca sera l'objet du deuxième chapitre auquel nous intégrerons également les droits de se marier et de fonder une famille, puisqu'ils contribuent à la création des liens familiaux (**Chapitre 2**).

²¹⁵³ CEDH, *Messina c. Italie* (n°2), préc., § 61 ; CEDH, *Van der Leer c. Pays-Bas*, préc., § 68 ; CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Aliiev c. Ukraine*, préc., § 187.

CHAPITRE 1. LE SENS DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE DETERMINE PAR LE RESPECT DE LA VIE PRIVEE EN GENERAL

Avec l'examen du droit au respect de la vie privée, nous entrons au cœur de la philosophie des droits de l'homme. Les propos de certains auteurs reflètent la place centrale de ce droit : la vie privée est « la plus ancienne et la plus importante des libertés », « le noyau autour duquel se sont développées des sphères de liberté plus vastes²¹⁵⁴ » ; elle est « le droit le plus sacré et le plus indispensable pour la dignité de l'homme²¹⁵⁵ ». En effet, concernant l'émergence du droit au respect de la vie privée, la doctrine s'accorde à reconnaître qu'il tire ses racines des déclarations des droits du XVIII^e siècle, à travers lesquelles l'individu a commencé à affirmer son pouvoir face à celui de l'Etat en revendiquant la préservation d'une sphère de vie contre les intrusions de l'Etat ou d'autrui²¹⁵⁶. Cependant, si la protection du *Right of Privacy* par les tribunaux américains date de 1890²¹⁵⁷, la consécration de ce droit, comme droit fondamental, est relativement récente, car postérieure à la seconde guerre mondiale. Cela serait expliqué par le progrès des sciences et des techniques qui ont créé de nouveaux risques pour la protection de l'intimité²¹⁵⁸, et par la prise de conscience de l'importance de préserver outre la tranquillité, également l'épanouissement des personnes²¹⁵⁹. M.-T. Meulders-Klein souligne à ce propos que constitue « un saut qualitatif essentiel le passage de la protection du secret et de l'intimité de la vie privée à l'idée selon laquelle le secret n'est que l'un des moyens de protéger la liberté individuelle, laquelle n'est à son tour que le moyen d'assurer l'épanouissement personnel de chacun²¹⁶⁰ ». Un événement mérite toutefois une attention particulière dans la prise de conscience de la nécessité de garantir la vie privée en tant que droit fondamental de l'homme : le procès de Nuremberg. Ce procès a fortement contribué à ce que l'humanité toute entière prenne conscience du lien intrinsèque entre la dignité de l'homme et sa vie privée, et donc de l'urgence qu'il y avait à renforcer la protection de cette dernière²¹⁶¹.

²¹⁵⁴. P. KAYSER, *La Protection de la vie privée*, Paris, Economica, 1990.

²¹⁵⁵. KONTAXIS A., *Code pénal grec*, commenté, Athènes, Sakkoulas, 1987

²¹⁵⁶. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, préc., p. 771; et P. KAYSER, *La protection de la vie privée*, préc., p. 45.

²¹⁵⁷. Les auteurs sur la vie privée reconnaissent l'origine du droit au respect de la vie privée dans le Common Law. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, préc., pp. 767-794. D'après R. BADINTER, the *Right of Privacy* est implicitement consacré aux Etats-Unis par voie jurisprudentielle, depuis 1890 (WARREN ET BRANDEIS, « *Right of Privacy* », *Harvard Law Review*, 1890, p. 196 et s.), et expressément depuis l'arrêt *Griswoold* rendu par la Cour suprême des Etats-Unis en 1965, « Le Droit au respect de la vie privée », *JCP.I.2134-2136*, 1968.

²¹⁵⁸. P. KAYSER, *La Protection de la vie privée*, préc., p. 5.

²¹⁵⁹. Si bien qu'il ait paru nécessaire d'inclure dans les droits de l'homme « l'ensemble des droits et des facultés sans lesquels l'être humain ne peut développer pleinement sa personnalité » *Ibid.*, p. 9. et R. BADINTER, « Le droit au respect de la vie privée », préc.

²¹⁶⁰. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », préc., p. 771.

²¹⁶¹. C. AMBROSELLI, *L'Ethique médicale*, PUF, Coll. « Que-Sais-Je ? », 1988.

Le respect de la vie privée est, depuis lors, consacré au *niveau international* par la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes » (art. 12). Au *niveau européen*, il est consacré par la Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » (art. 8 §1). Il est complété par l'article 12 qui consacre le droit de se marier et de fonder une famille.

Avant d'examiner la garantie effective de ce droit aux détenus au sein de la jurisprudence européenne et au sein des droits grec et français, il convient de souligner d'emblée, dans une section introductive, les défis majeurs que présente son application en prison eu égard à la définition de la vie privée et les garanties exigées dans une société démocratique.

PARAGRAPHE INTRODUCTIF : SENS ET PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

Si le droit au respect de la vie privée est au cœur des droits de l'homme, la privation de ce droit est au cœur de la peine privative de liberté. Cette peine, dans son application actuelle, comporte essentiellement la privation de l'autodétermination et de l'intimité, les deux piliers de la vie privée (A). Si bien que les principes qui régissent la vie dans ce lieu sont en telle opposition avec ceux qui régissent le respect de la vie privée, que la vie en prison pourrait servir de référence pour une définition *a contrario* de la vie privée (B).

A. Définition et garanties de la vie privée

Nous présenterons la protection dont jouit le droit au respect de la vie privée et sa définition, tout d'abord, au sein des droits grec et français (1) et, ensuite, au sein de la jurisprudence européenne (2).

1. Les garanties exigées par les droits nationaux

Le droit au respect de la vie privée jouit d'une protection constitutionnelle, pénale et civile aussi bien en *droit français* (a) qu'en *droit grec* (b).

a. Droit français

Protection constitutionnelle. La reconnaissance du droit à la vie privée comme un droit de valeur constitutionnelle fut tardive en droit français. Absent du texte de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, il a fallu attendre la décision du Conseil constitutionnel n°99-416 DC du 23

juillet 1999 sur la Loi portant création d'une couverture maladie universelle²¹⁶², pour qu'une telle valeur lui soit expressément reconnue. Jusqu'à cette date, ce droit ne jouissait que d'une valeur législative.

Protection législative. C'est notamment au sein de la théorie civiliste des libertés fondamentales que le droit au respect de la vie privée a trouvé un terrain favorable à son élaboration. Comme l'a établi Robert Badinter, c'est par l'abandon, de la part des tribunaux, de l'exigence d'une faute pour fonder la responsabilité dans les atteintes à la vie privée et par l'acceptation que la seule constatation de l'empiétement emporte présomption de l'existence de préjudice moral et de faute²¹⁶³, que le droit au respect de la vie privée fut consacré comme un droit subjectif. En effet bien qu'on trouve le terme de « vie privée » dans l'article 15 al.b de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, et que le premier arrêt de la Cour de Cassation y faisant référence date de 1932²¹⁶⁴, ce droit n'a été reconnu comme un droit de la personnalité et donc comme un droit subjectif au même titre que le droit à l'image ou à l'honneur, que beaucoup plus tard.

C'est seulement en 1970 (loi du 17 juillet 1970), lorsque le législateur français a décidé de suivre la jurisprudence, que le droit au respect de la vie privée a été reconnu. Il est, depuis lors, inséré dans le premier alinéa de l'article 9 du Code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

Quant à la *définition civiliste de la vie privée*, elle est bien large. Si nous retenons celle donnée par Jean Carbonnier, la vie privée inclut une *sphère de vie autonome* - « Chacun, dès lors qu'il est maître de ses droits, choisit de vivre comme il lui plaît » - et une *sphère de vie intime* - « Il sied d'accorder à l'individu une sphère secrète de vie d'où il aura le pouvoir d'écarter les tiers²¹⁶⁵ ».

La protection pénale de la vie privée est plus restreinte. D'une part, le champ de sa protection est plus limité. Seules sont expressément protégées, *la parole* (art. 226-1, 1° C. pén.), *l'image* (art. 226-1, 2° C. pén.) et les *informations nominatives* (art. 226-22 C. pén.)²¹⁶⁶. D'autre part, il est requis l'élément intentionnel. L'article 226-1 du Code pénal prévoit qu'il « est puni d'un an

²¹⁶² « Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée », Décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999 sur la Loi portant création d'une couverture maladie universelle », (45, Considérant).

²¹⁶³ J. CARBONNIER, *Droit civil, I, Les personnes*, Paris, PUF. 1992, p. 129.

²¹⁶⁴ Cass. crim. 7 mars 1932, *Gaz. Pal.* 1932, 2.18, cité par R. BADINTER, « Le Droit au respect de la vie privée », *préc.*

²¹⁶⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, I, Les Personnes*, *préc.*, pp. 127-128.

²¹⁶⁶ Insérée dans le titre relatif aux *atteintes à la personne humaine* (Titre II) et, précisément, dans son chapitre relatif aux *atteintes à la personnalité* (Chapitre VI), la protection de la vie privée est plus restreinte que celle assurée par le droit civil.

d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ».

b. Droit grec

Protection constitutionnelle. A la différence de la Constitution française, la Constitution grecque réserve, depuis 1975, une place importante à la garantie de la vie privée. Celle-ci est considérée comme le corollaire de la dignité et de la valeur humaine. Plusieurs dispositions de la Constitution concourent à sa protection. L'article 9 §1 de la Constitution garantit expressément la vie privée : « Le domicile est un asile. La vie privée et familiale de l'individu est inviolable... ». Et nombre d'autres dispositions consacrent des aspects précis de la vie privée : « *Le droit de développer librement sa personnalité et de participer à la vie sociale, économique et politique du pays, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ou aux bonnes mœurs ni ne viole la Constitution* » (art. 5 §1) ; « Tous ceux qui se trouvent sur le territoire hellénique jouissent de *la protection absolue de leur vie, de leur honneur et de leur liberté* » (art. 5 §2) ; « Chacun a *droit à la protection de ses données personnelles* contre la collecte, le traitement et l'usage notamment par les moyens électroniques conformément à la loi » (art. 9A). « Chacun a *droit à la protection de sa santé et de sa carte d'identité génétique* » (art. 5 §) ; « *Le secret de la correspondance et de la libre communication par tout autre moyen est absolument inviolable* » (art. 19).

La jurisprudence grecque confirme le concours de l'ensemble de ces dispositions dans la protection de la vie privée. Pour savoir si l'usage d'un enregistrement de la parole comme moyen de preuve viole le secret de la correspondance, la Cour de cassation a, par exemple, eu recours aux articles 2 § 1, 5 § 1, et 19 de la Constitution considérant que ces dispositions garantissent le respect de la personne et la protection au libre développement de sa personnalité et de son intimité contre toute intrusion arbitraire²¹⁶⁷.

Protection législative. Le respect effectif de la protection de la vie privée est assuré par le droit civil ainsi que par le droit pénal. Pour ce qui est de la *protection civile*, l'article 57 du Code civil grec peut être considéré comme l'équivalent de l'article 9 du Code civil français. Mais à la différence de ce dernier, l'article 57 du Code civil grec garantit un droit général à la protection de la personnalité : « Quiconque est arbitrairement atteint dans sa personnalité a le droit d'exiger la cessation de l'atteinte et de sa répétition dans l'avenir ». Quant à sa *protection pénale*, nous observons que, bien qu'aucune des dispositions du Code pénal ne concerne explicitement la vie privée, elle est néanmoins assurée par les dispositions relatives à la violation du secret de la correspondance (art. 370), à la violation du

²¹⁶⁷. Référence aussi à l'article 370 du Code pénal et à l'article 57 du Code civil, n° 717/1984 Cour de cassation, *Le Syntagma*, 1985 (11), p. 79-80.

domicile (art. 241), à l'injure et la diffamation (art. 362-363), et à toute atteinte à l'honneur par acte, parole ou tout autre moyen (art. 361, 361A).

Cet ensemble de dispositions, tout en laissant apparaître que le champ de protection de la vie privée est assez étendu, laisse entrevoir les difficultés de définir la notion de vie privée. L'absence d'une définition juridique de cette notion ainsi que la difficulté d'en donner une, soulignées dès 1965 par Robert Badinter²¹⁶⁸, demeurent entières. La vie privée est une notion « des plus déconcertantes », admet-on encore aujourd'hui²¹⁶⁹ ; « Il est difficile, voire impossible, d'en donner une définition qui soit utilisable au plan juridique. La vie privée "se sent" plus qu'elle ne se définit », selon le professeur Jacques Velu et Rusen Ergec qui fut juge à la Commission européenne des droits de l'homme²¹⁷⁰.

On comprend alors que les juristes soient déconcertés. A travers les différentes définitions recensées, on retrouve des traits communs avec les définitions de la liberté en général qui, par essence, ne se prête pas à une définition unanime. La liberté est définie comme « abstention de l'Etat²¹⁷¹ », « absence de contrainte²¹⁷² », « autodétermination²¹⁷³ », « autonomie²¹⁷⁴ », « liberté de disposer de soi-même²¹⁷⁵ », ou encore comme « libre épanouissement de l'homme²¹⁷⁶ ». Or, le droit au respect de la vie privée est également défini comme le « droit à l'autodétermination », le « droit à l'épanouissement personnel », le « droit d'être seul²¹⁷⁷ » ; on reconnaît d'ailleurs volontiers que « la liberté se confond avec une sphère privée où chacun est maître de lui-même²¹⁷⁸ ».

²¹⁶⁸ R. BADINTER, « Le Droit au respect de la vie privée », préc.

²¹⁶⁹ M.-T. MEULDES-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, préc., p. 770.

²¹⁷⁰ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 536.

²¹⁷¹ « L'Etat libéral ou démocratique reconnaît au profit de l'individu une zone de libertés à l'intérieur de laquelle il est interdit de pénétrer », R. ARON, *La Définition libérale de la liberté*, 1972, p. 145 et s.

²¹⁷² « La liberté se définit par l'absence d'assujettissement. L'homme est libre dans la mesure où il échappe au pouvoir, c'est-à-dire dans la mesure où les attitudes qu'il adopte sont délibérées, choisies et modifiées par lui seul. La liberté s'épanouit dans une sphère d'autonomie », G. BURDEAU, *Traité des sciences politiques*, t.V, 2^e éd, préc., p. 169. « Dans une première acception, la liberté est la qualité de ce qui n'est pas soumis à une contrainte (physique, morale, psychologique) », J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7^e éd., préc., p. 183.

²¹⁷³ « La liberté est un pouvoir d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel », J. RIVERO, *Les Libertés publiques et droits de l'homme*, préc., p.5. « La liberté d'un être, c'est l'autodétermination de cet être », J ROBERT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 18 ; « La liberté est le pouvoir de décision et d'autodétermination », HAURIOU A., GICQUEL J. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1980, p. 188.

²¹⁷⁴ 2174. « Liberté-autonomie, c'est celle qui s'exprime le plus directement par l'absence de contrainte physique ou spirituelle, cette liberté se traduit par le sentiment d'indépendance », G. BURDEAU, *Traité des sciences politiques*, 1971, p. 7.

²¹⁷⁵ *Ibid.*, préc., p. 7.

²¹⁷⁶ « C'est affirmation du moi et de son déploiement dans l'acte créateur », HAURIOU A., GICQUEL J. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc.

²¹⁷⁷ M.-T. MEULDES-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, préc., p. 771.

²¹⁷⁸ J. ROBERT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, préc., p. 11.

2. Les garanties exigées par la Convention

La jurisprudence européenne est venue confirmer certaines de ces définitions. Le droit au respect de la vie privée comprend « le droit à l'intimité », « le droit d'établir et de développer des relations avec autrui²¹⁷⁹ », le droit à l'autodétermination²¹⁸⁰, et « assure à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité²¹⁸¹ ». Mais la Cour s'est bien gardée de donner une définition précise de la vie privée en déclarant que « la notion de 'vie privée' est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive²¹⁸² ». Aussi souscrivons-nous à la remarque de Jacques Velu et Rusen Ergéc : « Plus peut-être qu'aucune autre liberté fondamentale, le contenu du droit au respect de la vie privée contribue à l'évolution des mœurs et du milieu social²¹⁸³ » et à celle du professeur Dimitris Tsatsos pour qui la vie privée fait partie des notions abstraites et soumises à la « loi de l'évolution historique perpétuelle²¹⁸⁴ ». On doit alors lui reconnaître *un caractère flexible et évolutif* de manière à pouvoir embrasser « l'infinie variété de situations susceptibles d'être rattachées à la vie privée²¹⁸⁵ ».

La vie privée échappant à une définition unique et globale, les instances européennes se sont résolues à la définir en déterminant les aspects précis relevant de cette notion. Pour ce faire, la jurisprudence européenne a dégagé deux groupes de critères : d'une part, la *vie individuelle et interindividuelle de l'homme*, et, d'autre part, le *secret* et la *liberté*. En application de ces critères ont déjà été considérés comme relevant de la notion de vie privée les aspects suivants : *l'intégrité physique et morale*²¹⁸⁶, qui implique les questions d'avortement thérapeutique²¹⁸⁷ les problèmes de santé en général²¹⁸⁸ ainsi que les soins²¹⁸⁹ ; *le droit à l'identité et à l'épanouissement personnel* qui implique les aspects suivants : la liberté de nouer et de développer des relations avec ses

²¹⁷⁹ Voir, par exemple : CEDH, *Rotaru c. Roumanie*, [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V, § 43 ; R (Ludvig Friedl c. Autriche) n° 15225/89, 19 mai 1994, § 45 ; CEDH, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, CEDH 2002-II, § 53 ; CEDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, Serie A n° 251-B, § 29

²¹⁸⁰ CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 61.

²¹⁸¹ R 6959/75 (Brüggemann, Scheuten/RFA) 12.7.1977, D.R. 10, p. 100 ; D 8307/78 (Declerck/Belgique), Rec. 21, p. 116, et R 12.07.77, DR 10, p. 100.

²¹⁸² CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 61.

²¹⁸³ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 537.

²¹⁸⁴ D. TSATSOS, *Droit constitutionnel. Droits fondamentaux*, Athènes, Sakkoulas, 1988, pp. 321-323.

²¹⁸⁵ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 537.

²¹⁸⁶ CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, préc., § 22 ; CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 61 ; CEDH, *Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, CEDH, 2002-III ; CEDH, *Glass c. R. U.*, n° 1827/00, CEDH 2004-II, §§ 74-83 ; CEDH, *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III ; CEDH, *Pentiacova et autres c. Moldova* (déc.), n° 14462/03, CEDH 2005-I.

²¹⁸⁷ CEDH, *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03), CEDH 2007-III, § 107.

²¹⁸⁸ CEDH, *Boso c. Italie*, (déc.) n° 50490/99, CEDH 2002-IX ; R 6959/75 (Brüggemann, Scheuten/RFA) préc., p. 100 ; et D 8416/79 (X/RU), 13.5.1980, D.R., 19, p. 244.

²¹⁸⁹ Mais pas un niveau particulier des soins médicaux, CEDH, *Tysiac c. Pologne*, préc., § 107.

semblables et le monde extérieur - « Le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables²¹⁹⁰ », y compris des relations commerciales²¹⁹¹ ; la vie sexuelle - « Il ne fait aucun doute que les tendances et le comportement sexuels se rapportent à un aspect intime de la vie privée²¹⁹² » - ; *l'identité physique et sociale*²¹⁹³ et *l'identité biologique* - dès lors qu'ils contribuent à « la sauvegarde de la stabilité mentale »²¹⁹⁴ - ; *l'honneur et la bonne réputation* lorsque l'atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne se rapporte à sa vie privée²¹⁹⁵ ; *l'autodétermination et l'autonomie personnelle*²¹⁹⁶ ; *le secret de l'état de santé* qui s'oppose à la divulgation des pièces médicales, y compris dans le cadre des procès²¹⁹⁷, *la protection des données à caractère personnel*²¹⁹⁸, y compris, le recueil et la conservation des empreintes digitales²¹⁹⁹, l'enregistrement de l'image²²⁰⁰ ; *la protection des effets et documents personnels*²²⁰¹ ; *l'intimité des lieux privés*²²⁰² ; *le secret des communications*²²⁰³ (qui s'oppose à

²¹⁹⁰ CEDH, *Rotaru c. Roumanie*, [GC], préc., § 43. Voir entre autres : CEDH, *Niemietz c. Allemagne*, préc., § 29 ; CEDH, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, Série A n° 280-B, § 24 ; CEDH, *Mikulic c. Croatie*, préc., § 53.

²¹⁹¹ A propos des conséquences d'une faillite personnelle, CEDH, *Allanose c. Italie*, n° 77924/01, CEDH 2006-III.

²¹⁹² CEDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. R.U.*, 2 octobre 1991, Recueil 1997-I, § 36 ; CEDH, *Dudgeon c. R.U.*, n° 7525/76, 22 octobre 1981, Série A n° 45, § 52 ; CEDH, *A.D.T. c. R.U.*, n° 35765/97, CEDH 2000-VII. Voir aussi dans l'arrêt *K.A. et A.D.* : « La Cour a souvent souligné que l'expression de « vie privée » est large et ne se prête pas à une définition exhaustive. Des éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8 », CEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et n° 45558/99, CEDH 2005-I, § 79.

²¹⁹³ CEDH, *Mikulic c. Croatie*, préc., § 55 ; CEDH, *Niemietz c. Allemagne*, préc., § 29. Entre autres éléments protégés, font partie le *droit de porter un nom*, comme le droit du mari de porter le nom de son épouse (CEDH, *Burghartz c. Suisse*, préc., § 24), le droit pour une femme de continuer à porter le nom de l'ex-époux (CEDH, *Halimi c. France* (d.c.), n° 50614/99, CEDH 2001-III), et le *droit de changer de sexe et de nom*, (CEDH, *B. c. France*, 25 mars 1992, Série A n° 232-C).

²¹⁹⁴ « La Cour rappelle à cet égard que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. (...) », CEDH, *Odièvre c. France* (CC), n° 42326/98, CEDH 2003-II, § 29.

²¹⁹⁵ « L'atteinte portée à l'honneur par une diffamation perpétrée par les médias relève du droit au respect de la vie privée », D n° 11366/85 (X/Suède) 16.10.1986, D.R. 50, p. 173, et D n° 10871/84 (*Winer/R.U.*), 10.7.1986, D.R. 48, p. 154.

²¹⁹⁶ « Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 », CEDH, *Pretty c. R.U.*, préc., § 61.

²¹⁹⁷ CEDH, *Panteleyenko c. Ukraine*, n° 11901/02, CEDH 2006-VI (à propos de la divulgation de données psychiatriques confidentielles) ; CEDH, *L.L. c. France*, n° 7508/02, CEDH 2006-X (Reproduction dans un jugement de divorce).

²¹⁹⁸ CEDH, *Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, CEDH 2000-II, §§ 69-70 ; CEDH, *Rotaru c. Roumanie*, [GC], préc., § 43.

²¹⁹⁹ Elles peuvent être autorisées pour une personne soupçonnée d'infraction, si elles se révèlent strictement nécessaires, *S. et Marper c. R.U.*, (déc.), n° 30562/04 et n° 30566/04, CEDH 2007-I.

²²⁰⁰ L'enregistrement de l'image d'une personne équivaut à la collecte des données personnelles, a déclaré la Cour à propos de l'enregistrement sur film à l'aide d'une caméra cachée, à des fins d'identification, d'un suspect dans un commissariat de police, CEDH, *Perry c. R.U.*, n° 63737/00, CEDH 2003-VII.

²²⁰¹ « Les effets et documents personnels de l'individu sont indissolublement liés à son intimité, de sorte que toute saisie ou perquisition constitue une immixtion dans sa vie privée », D 6794/74, (X/RFA) 10.12.1975, D.R. n°3, p.104 et s.

l'enregistrement et à la diffusion des communications privées²²⁰⁴ ; la qualité du cadre de vie au sens de quiétude²²⁰⁵ et d'environnement non nocif pour la santé²²⁰⁶ (mais pas le droit à une protection de l'environnement contre la détérioration²²⁰⁷) ; l'anonymat²²⁰⁸ ; le droit à la procréation²²⁰⁹, y compris par les techniques de procréation artificielle²²¹⁰ ; et la liberté de disposer de son corps contre toute intervention sans le consentement de l'intéressé, aussi mineure soit-elle²²¹¹. Cette dernière s'oppose notamment aux actes suivants non consentis : les examens médicaux²²¹², les traitements médicaux²²¹³, les hospitalisations et les interventions médicales²²¹⁴, y compris pour établir des preuves juridiques²²¹⁵, comme des prélèvements sanguins pour établir la paternité²²¹⁶, les tests

²²⁰² Elle peut être mise en cause également par le placement sous vidéo-surveillance de la maison, CEDH, *Martin c. R.U.*, (déc.), n° 63608/00, CEDH 2003-III.

²²⁰³ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, préc. § 41; CEDH, *Malone c. R.U.*, n° 8691/79, 2 août 1984, Série A n° 82, § 53 ; D (McVeight & autres/RU) préc., p. 15.

²²⁰⁴ Ainsi, la diffusion du contenu d'écoutes dans un procès sans un tri préalable des éléments utiles pour le procès et d'éléments d'ordre purement privé sans rapport avec les besoins du procès, CEDH, *Craxi c. Italie*, n°25337/94, CEDH 2003-VII ; la pose de micros par la police au domicile d'un ami d'un accusé dans le cadre d'une information judiciaire, CEDH, *Vetter c. France*, n°59842/00, CEDH 2005-V ; ou encore l'enregistrement des conversations des détenus, CEDH, *Doerga c. Pays Bas*, n° 021099, CEDH 2004-IV.

²²⁰⁵ Les bruits pouvant affecter la quiétude des voisins, en l'occurrence des bruits provenant d'un aéroport, constituent une atteinte à la vie privée (CEDH, *Hatton et autres c. R.U.*, préc.) ou encore des bruits des établissements de loisirs voisins des habitations (CEDH, *Moreno Gómez c. Espagne*, (déc.), n° 4143/02, CEDH-VI).

²²⁰⁶ Ainsi une détérioration de la qualité de vie peut provenir soit d'une activité industrielle polluante (CEDH, *Taşkin et autres c. Turquie*, n° 46117/99, CEDH 2004-XI), soit de la proximité d'une décharge non entretenue en raison des émanations toxiques et des odeurs nauséabondes, CEDH, *Branduse c. Roumanie*, n°6586/03, (communiqué).

²²⁰⁷ La Convention ne garantit pas un droit à une protection de l'environnement contre la détérioration générale. Ainsi tel ne peut pas être le cas des effets du développement urbain au sens de densité des constructions des habitations. Toutefois, dans certaines circonstances, une détérioration « grave » susceptible d'avoir des effets nocifs sur la santé, et en général au bien-être, peut constituer une atteinte à la jouissance du domicile et donc, porter atteinte à la vie privée et familiale d'une personne, CEDH, *Kyrtatos c. Grèce*, n° 41606/98, CEDH 2003-V.

²²⁰⁸ Il comprend alors le droit de ne pas être photographié ou filmé à son insu, même lorsque la personne se trouve dans un lieu privé. Ainsi à propos de la publication dans la presse de photos montrant, sans son consentement, une princesse seule ou avec son compagnon dans des lieux « non isolés », CEDH, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, CEDH 2003-VII.

²²⁰⁹ Mis en cause par la stérilisation des femmes d'origine rom alléguant avoir été stérilisées sans leur consentement, CEDH, *I.G. M.K. et R.H. c. Slovaquie* (Communiqué).

²²¹⁰ Par exemple le refus d'autoriser un détenu marié à procéder à une insémination artificielle, CEDH, *Dikson et Dickson c. R.U.*, n° 44362/04, CEDH 2004-IV.

²²¹¹ D 8278/78 (X/Autriche), 13.12.1979, D.R., D.R., 18, p. 154.

²²¹² Examen gynécologique obligatoire de l'épouse du requérant durant sa détention : CEDH, *Y. F. c. Turquie*, n° 24209/94, CEDH 2003-VII.

²²¹³ Administration de substances psychotropes à un enfant handicapé malgré l'opposition de la mère, CEDH, *Glass c. R.U.*, préc.

²²¹⁴ *Ibid.*

²²¹⁵ Dans l'affaire *Jalloh c. Allemagne*, précitée, l'article 3 avait été appliqué dans le cadre de la santé à propos de l'intervention chirurgicale sur des personnes soupçonnées de trafic de drogue ayant avalé des sachets de drogue ; Voir les communiqués dans les affaires *Komba c. Portugal*, n°18553/03, et *Bogumil c. Portugal*, n° 35228/03.

²²¹⁶ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 543.

ADN²²¹⁷, l'usage de détecteur de mensonge, du sérum de vérité ou de la narco-analyse²²¹⁸ ou encore *l'examen de la personnalité* dans le cadre d'un procès pénal²²¹⁹ ou dans le cadre de recrutement à un poste de travail²²²⁰.

Avant d'examiner la protection d'un nombre de ces aspects invoqués par les détenus, il convient de relever les défis majeurs que soulève l'application du droit à la vie privée dans la prison eu égard aux éléments constitutifs fondamentaux de ce droit : l'autonomie et l'intimité.

B. Les défis de la prison

Les principes qui régissent le fonctionnement de la prison sont si antinomiques avec ceux qui doivent régir le respect de la vie privée que la prison pourrait en effet servir d'exemple pour une définition *a contrario* de la vie privée : intervention (1), hétéronomie (2) et surveillance (3) caractérisent le rapport du détenu aux autorités pénitentiaires

1. L'équilibre inversé dans le rapport abstention/intervention de l'Etat dans la vie privée

Le respect de la vie privée étant au centre des droits de l'homme dits classiques, et sa fonction étant d'assurer une sphère de vie où l'homme est maître de soi, on comprend que le respect de ce droit commande, plus que tout autre, à l'Etat de s'abstenir.

Certes, comme l'application effective d'autres droits de l'homme, celle du respect de la vie privée peut également faire naître des obligations positives demandant alors l'intervention de l'Etat. L'article 8 ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences ; à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives²²²¹. « De telles obligations peuvent être inhérentes à un respect effectif de la vie privée et peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux²²²² ». Il faut pourtant se garder de confondre ingérence positive, qui vise à mieux faire respecter l'exercice

²²¹⁷ Prélèvement d'un échantillon d'ADN sur une personne condamnée et conservation de son profil ADN dans un fichier national pendant 30 ans, CEDH, *Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), préc.

²²¹⁸ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc p. 540.

²²¹⁹ D 8334/78 (X/RFA) 7.5.1981, DR 24, p.103; D 8509/79 (X/RFA) 5.5.1981, DR 24, p. 131.

²²²⁰ CEDH, *Wretlund c. Suède*, (déc.), n° 46210/99, CEDH 2004-III, à propos de l'obligation pour une employée d'une usine nucléaire de subir un test antidrogue.

²²²¹ CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, préc., § 23 ; CEDH, *Zawadka c. Pologne*, n°48542/99, CEDH 2005-VI, § 53 ; CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, n° 78028/01;78030/01, CEDH 2003 XI, § 149 ; CEDH, *Wagner et J.M.W.VL. c. Luxembourg*, n° 76240/01, CEDH 2007-VI, § 118.

²²²² Voir entre autres : CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, préc., § 23 ; CEDH, *Keegan c. Irlande*, n° 16969/90, 26 mai 1994, Série A n° 290, § 50 ; CEDH, *Botta c. Italie*, préc., § 33 ; D 11366/85, (N/Suède), préc., p. 177 ; CEDH, *Zawadka c. Pologne*, préc., § 53 ; CEDH, *Rozanski c. Pologne*, n° 55339/00, CEDH 2006-V, § 60, F. SUDRE, *Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, Rev. trim. dr. h., 1995.

des droits de l'homme, et ingérence négative qui, elle, vise à limiter leur exercice dans l'intérêt général. Concernant cette dernière forme d'ingérence, le principe qui domine la détermination des rapports entre l'individu et l'Etat est l'abstention de ce dernier. D'ailleurs, ce qui caractérise la protection de la vie privée par rapport à l'Etat demeure son abstention : « La garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans ses rapports avec ses semblables²²²³ ».

Or, dans le cas des détenus, force est de constater que l'équilibre du rapport abstention/intervention est inversé. Ce rapport est dominé par l'intervention « négative » maximale de l'Etat. Ainsi que nous l'observerons lors de l'examen du respect des aspects précis de la vie privée, le raisonnement des instances européennes est construit sur la base que la peine privative de liberté et la prison entraînent inévitablement une immixtion de l'Etat dans la vie privée des détenus et de leurs proches²²²⁴ mais que cette immixtion est compatible avec la Convention²²²⁵. Si bien que leur raisonnement en la matière vise à démontrer la nécessité de l'abstention de l'Etat.

En même temps, la détention crée une autre particularité : la nécessité d'une *immixtion positive maximale de l'Etat* pour faire respecter les droits de l'homme, y compris le droit au respect de la vie privée. Le respect de ce droit du détenu dépend de la prise de mesures normatives et matérielles de la part des autorités pénitentiaires : mesures qui, en raison du placement du détenu dans un rapport de dépendance totale à l'égard de l'Etat, couvrent la quasi-totalité des aspects de la vie privée.

Le renversement de l'équilibre entre abstention et immixtion dans le rapport entre individu et Etat et du rôle névralgique à ce dernier apparaît clairement si l'on tient compte du fait que, de manière générale, la condition du détenu est marquée par des éléments opposés à ceux qui sont constitutifs de la vie privée : l'autonomie et l'intimité.

2. L'hétéronomie des détenus opposée au respect de l'autonomie

« L'essence de la contrainte est la menace d'infliger à un autre, s'il ne se soumet pas à notre volonté, une sanction » et celui qui y est contraint « perd la capacité d'user de ses intelligences pour choisir ses moyens et ses fins », a écrit Raymond Aron dans ses commentaires sur l'œuvre de

²²²³ CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, préc., § 23. Voir CEDH, *Botta c. Italie*, n°21439/93, 24 février 1998, Recueil 1998-I, § 32 ; CEDH, *Zawadzka c. Pologne*, préc., § 53 ; CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 149 ; CEDH, *Wagner et J.M.W.VL. c. Luxembourg*, préc., § 118.

²²²⁴ « La détention est certes par nature une restriction à la vie privée et familiale, D 9054/80 (X/RU), 8.10.1982, DR 30, p. 118 ; « La détention constitue nécessairement une ingérence dans la vie privée ainsi que dans la vie familiale lorsqu'il s'agit de personnes mariées », D 8166/78 (X, Y/Suisse), 3.10.1978, DR 13, p. 245.

²²²⁵ R 8022, 8025 et 8027/77 (McVeigh et autres /RU), préc., § 233.

Hayek²²²⁶. Dès lors, la sanction privative de liberté porte en elle-même atteinte à l'autonomie entendue comme liberté à l'autodétermination. Mais, à part cette privation d'autonomie inhérente à la notion de toute sanction, la peine privative de liberté exécutée dans la prison ajoute de multiples privations.

La vie entière en prison est régie par des principes tels qu'on pourrait soutenir qu'elle constitue l'anti-exemple de la liberté d'autodétermination. Dostoïevski ne disait-il pas que le mot « prisonnier exprime un homme privé de sa propre volonté²²²⁷ » ? Deux éléments de la condition du détenu sont à cet égard éloquentes.

D'abord, la soumission de quasiment tout acte et mouvement des détenus à l'*autorisation préalable* des autorités pénitentiaires. Autorisation qui ne constitue pas une simple formalité. Ces autorités sont dotées d'un pouvoir discrétionnaire déterminant l'exercice effectif des droits de l'homme par les détenus. Elles peuvent refuser l'exercice de certains aspects de ces droits parfois élémentaires sans avoir à motiver leur décision et sans que celle-ci fasse l'objet de contrôle juridictionnel.

L'autre élément éloquent est le placement du détenu dans un rapport d'*obéissance forcée* avec les autorités pénitentiaires. Rapport qui est plus qu'évident pour être expressément décrit aussi bien en droit français qu'en droit grec.

Au sein du premier, il est prévu que « les détenus doivent obéissance aux fonctionnaires ou agents ayant autorité dans l'établissement pénitentiaire en tout ce qu'ils leur prescrivent pour l'exécution des règlements » (art. D 243 CPP). Le droit grec le prévoit à deux reprises : d'abord en termes de « devoir primordial des détenus²²²⁸ » et ensuite en tant que faute disciplinaire²²²⁹.

En plus de ces formes évidentes de privation d'autonomie, le détenu est soumis à des formes d'hétérodétermination plus subtiles. Selon le professeur grec Dimitris Tsatsos, l'autodétermination doit être entendue dans un sens large comme absence d'orientation dans le développement de la conscience et du mode de pensée. D'après cet auteur, une telle orientation peut, par exemple,

²²²⁶ R. ARON, *Essai sur les libertés*, Calman-Levy, 1965, p. 130.

²²²⁷ DOSTOÏEVSKI, *Souvenirs de la maison des morts*, cité par Leszek LERNELL, « L'Essence de la liberté », in *Mélanges Jean GREVIN*, Faculté de Droit de Genève, 1969, p. 99.

²²²⁸ « Les détenus ont comme devoir primordial de se conformer aux ordres des fonctionnaires compétents » (art. 7 § 2, C. pénit.).

²²²⁹ « L'inobservation des ordres du personnel de l'établissement pénitentiaire, tel que le refus de rendre un service dû ou l'empêchement d'un tiers de le faire » (art. 68 § 2, al.a, C. pénit.).

provenir de la fixation de critères auxquels le système éducatif d'un pays doit répondre²²³⁰. Mais elle peut également provenir de l'orientation des moyens d'expression et d'information vers la création d'un consensus de l'opinion publique. Comme nous verrons dans le chapitre suivant, c'est dans le but de contrecarrer de tels effets que la Cour insiste sur le respect du pluralisme dans l'éducation, mais aussi dans l'expression et l'information.

Or, concernant les détenus, nous observons que tel fut toujours l'objectif du traitement pénitentiaire justifié par la certitude d'exercer une hétérodétermination positive sur le développement de leur personnalité. Cela, ainsi que nous l'avons souligné à l'introduction de la présente étude, n'est mis en cause qu'à partir des années '70, avec la naissance des mouvements de défense des droits des détenus condamnant le lavage du cerveau de ceux-ci par les différents programmes de traitement. Or, si actuellement on nie que le traitement des détenus vise un tel objectif, il n'empêche que le droit pénitentiaire continue à en fournir des preuves inverses.

Au-delà du fait que l'accès des détenus à l'information et à l'expression n'est pas totalement libre (comme nous le verrons lors de leur examen respectif), les détenus n'ont pas la maîtrise d'importants aspects de leur vie privée. Ainsi, le choix des personnes avec qui ils souhaitent entretenir des rapports privés leur échappe : l'autorisation de recevoir la visite des personnes autres que de la famille est, tant en droit grec qu'en droit français, fondée sur l'appréciation de leur influence bénéfique sur le détenu. Même leur personnalité doit évoluer vers un sens souhaité par les autorités compétentes pour que celles-ci accordent aux détenus des mesures qui consistent à alléger la contrainte carcérale ou à les mettre en liberté.

3. La surveillance des détenus opposée au respect de l'intimité

« Il existe des rapports entre la protection du secret et celle de la liberté de la vie privée. Une vie privée qui est l'objet d'investigation et de divulgation n'est pas vraiment libre : elle est entravée par la connaissance qu'on acquièrent l'autorité publique et les particuliers », affirme Pierre Kayser²²³¹. Or, la peine privative de liberté non seulement entraîne de telles immixtions dans la vie privée, mais la privation du secret est l'élément central de l'organisation de la vie en détention. La surveillance des détenus et de l'espace carcéral constitue une des tâches principales du personnel pénitentiaire. Les surveillants sont préposés à la « garde » et à la « surveillance » des détenus. D'ailleurs, le terme « surveillants de prison » est à cet égard symptomatique. Quant à l'ampleur de surveillance autorisée,

²²³⁰ D. TSATSOS, *Droit constitutionnel. Droits fondamentaux*, préc., pp. 323-324. Tel est, selon cet auteur, le cas de l'article 16 § 2 de la Constitution grecque relatif à l'organisation de l'éducation, qui prévoit qu'elle doit tendre vers « le développement de la conscience nationale et religieuse ».

²²³¹ P. KAYSER, *La Protection de la vie privée*, préc., p. 7.

elle atteint le panoptisme. Ainsi que nous allons voir, la surveillance doit, si possible, être totale et constante.

Etant données ces immixtions majeures qu'opère la détention dans la sphère de la vie privée des détenus, comment les instances européennes et les droits nationaux, en l'occurrence les droits grec et français, parviennent-ils à concilier détention et vie privée ?

D'autant plus que, signalons-le, aux défis que la détention soulève au regard de la vie privée individuelle, où le sujet de droit est au singulier, s'ajoutent ceux au regard de la vie privée interindividuelle, où le sujet de droit devient pluriel : « Il » devient « Nous ». Ces rapports placent les individus dans une telle interdépendance que la garantie du droit au respect de la vie privée assurée à un individu détermine celle assurée à un autre individu et en est déterminée. Or, lorsqu'une des personnes impliquées dans ce rapport est un détenu, des questions particulières naissent dans la protection efficace de ce droit. Le statut de détenu doit-il systématiquement l'emporter sur celui des autres sujets des droits communs ?

C'est à quoi nous tâcherons de répondre en examinant au sein de ce chapitre, le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. D'après la jurisprudence européenne, ces droits constituent les aspects particuliers de la vie privée²²³².

Comme nous venons de le souligner, la protection du droit au respect de la vie privée implique une problématique différente suivant que le sujet est au singulier, « je », ou au pluriel, « nous ». Aussi, nous traiterons en premier lieu, de la vie privée individuelle (**Section 1**) et, en second lieu, de la vie privée interindividuelle (**Section 2**).

SECTION 1. LA PRISON RESTRICTIVE DE LA VIE PRIVÉE INDIVIDUELLE

Relèvent de la vie privée individuelle, les droits relatifs à des aspects de vie les plus personnels, qui peuvent n'impliquer aucune relation avec autrui. On doit ranger parmi ces droits : le droit à l'intégrité physique et morale ; le droit à la santé ; le droit à l'intimité et à la liberté corporelle ; le droit à l'intimité et à la liberté du lieu privé ; et le droit au libre développement et épanouissement personnel.

²²³² « A la notion générique de "vie privée" succèdent celles de "vie familiale", de "domicile" et de "correspondance" : les trois dernières s'analysent, dans une certaine mesure, comme des aspects particuliers de la vie privée... Il reste, cependant, que chacun des droits garantis par l'article 8 § 1 pose des problèmes suffisamment spécifiques quant à son contenu pour mériter un examen séparé », J. VELU, R. ERGEC, 1990, préc., p. 535 ; et P. KAYSER, *La Protection de la vie privée*, 1990, p. 16.

Soulignons à propos de l'intégrité physique et morale ainsi que de la santé, que si elles relèvent de la vie privée, elles la dépassent largement : leur respect est si intimement lié avec celui de la dignité et de la vie que les instances européennes les examinent quasi systématiquement au regard des articles 3 et 2 de la Convention qui consacrent respectivement le droit au respect de la dignité et de la vie. Pour cette raison, ces aspects font l'objet d'un examen dans le cadre de l'étude de ces deux derniers droits.

Quant au libre développement et épanouissement de la personne, les traits généraux sont présentés dans la section introductive, ci-dessus, et bon nombre d'aspects sont traités dans le chapitre portant, entre autres, sur les droits à l'instruction, à l'expression, aux échanges de biens.

Dès lors, nous nous limiterons ici à l'étude de deux aspects de la vie privée : d'une part, de l'intimité et liberté corporelle (la liberté est ici entendue dans le sens de la maîtrise du paraître du corps), et d'autre part, de l'intimité et liberté du lieu privé. Le lieu privé est le prolongement de l'intimité et de la liberté du corps : « Seul un mur protecteur des intrusions abusives peut permettre l'exercice véritable de cette liberté d'existence²²³³ ». Cela nous amène inévitablement à inclure ici l'étude du droit au respect du domicile, « le siège de la vie privée²²³⁴ » : la notion de lieu privé est, comme nous allons le préciser, plus large que celle de domicile.

C'est dans cette sphère de vie privée ainsi délimitée, que nous tenterons de voir comment, et dans quelle mesure, on peut et on devrait concilier son respect avec l'exécution de la peine privative de liberté par la prison en distinguant, d'une part, *la liberté et l'intimité du lieu privé* (§ 1), et d'autre part, *la liberté et l'intimité du corps* (§ 2).

§ 1. Le détenu privé de lieu privé

La privation du choix du domicile fait partie intégrante de la peine même privative de liberté. Privation de circuler se combine avec privation de choisir son domicile. L'image de l'homme condamné à cette peine est celle de l'homme qui quitte le tribunal en bonne escorte pour être amené de force dans une prison. Il est à peine reconnu aux personnes détenues le choix de la prison ou du pays de l'exécution de leur peine. Pourtant ce droit fait l'objet de protection de l'article 8 de la Convention et il est donc distinct du droit au respect de la liberté consacré par l'article 5 de la Convention et qui est le seul visé par cette peine. Dès lors, nous devons poser la question du cadre dans lequel son respect peut être posé au regard de la définition et des garanties généralement

²²³³ R. KOERING-JOULIN, 1986, préc., pp. 721-722.

²²³⁴ R. BADINTER en faisait le critère principal, « Le Droit au respect de la vie privée », préc., et la jurisprudence européenne y a également eu recours.

exigées (A), avant d'aborder la question de la protection des deux aspects précis : de l'intimité (B) et de la liberté d'usage (C).

A. Le cadre d'interrogation du droit des détenus au respect du domicile

Il conviendrait de déterminer son champ d'application et les garanties qu'exige son respect en général (1), avant d'examiner l'application de ce droit à l'égard des détenus (2).

1. Champ d'application et garanties du droit au respect du domicile

L'application du droit au respect du domicile ne se limite pas à la maison ou l'appartement. Elle s'étend à tout lieu privé c'est à dire à *tout lieu où une personne a le droit de se dire chez-elle*, quelle que soit l'affectation de ce lieu²²³⁵. Ainsi la doctrine française et grecque s'accorde pour considérer comme lieux privés, en dehors de la maison ou de l'appartement, également une chambre d'hôtel, une cour, un jardin, une tente, un véhicule, un bateau, le bureau sur le lieu de travail ou l'ensemble de l'espace de travail pendant les heures de fermeture au public²²³⁶. Le Conseil constitutionnel français a confirmé l'extension de la notion de domicile au lieu privé²²³⁷.

La Cour entend le mot domicile dans un sens large²²³⁸. Elle a, par exemple, reconnu comme lieu privé, outre le domicile²²³⁹, les locaux professionnels, comme le cabinet d'avocats²²⁴⁰, mais aussi le cabinet des notaires²²⁴¹, le siège d'un journal²²⁴², un restaurant²²⁴³, ou encore les parties

²²³⁵ « Ce qui importe c'est l'affectation psychologique et subjective d'un lieu, considéré par une personne comme chez-soi, où il est en droit de se croire hors des regards d'autrui. Ainsi une chambre d'hôtel, mais aussi un bureau de travail peut être considéré comme un lieu privé », KAYSER P., *La Protection de la vie privée par le droit*, 3e éd., préc., pp. 268, 273 (Réf. : Cass., Crim., 8-12.1983, *Gaz. pal.*, 1984-1-394; et 18-11.1986, *Gaz. pal.*, 1987-1-167).

²²³⁶ MANESSIS A., *Droits constitutionnels*, Athènes, Sakkoulas, 1982, pp. 223-224 KAYSER P., *La Protection de la vie privée par le droit*, 3e éd., préc., pp. 268-269, 273.

²²³⁷ N° 33-164 DC, JO 30 déc. 1983, p. 3873; P. KAYSER, *La Protection de la vie privée*, préc., p. 268.

²²³⁸ « La Cour rappelle que la notion de « domicile » figurant à l'article 8 § 1 ne se limite pas au domicile proprement dit d'un particulier. Le terme « domicile » a une connotation plus large que le mot « home » (figurant dans le texte anglais de l'article 8) et peut englober par exemple le bureau ou le cabinet d'un membre d'une profession libérale. Par conséquent, le terme « domicile » doit s'interpréter comme incluant aussi le bureau officiel d'une société dirigée par un particulier, et le bureau officiel d'une personne morale, y compris les filiales et autres locaux professionnels », CEDH, *Chappell c. R.U.*, n° 10461/83, 30 mars 1989, Série A n° 152-A, § 26, § 51 ; CEDH, *Niemietz c. Allemagne*, préc., §§ 29-31 ; et CEDH, *Société Colas Est et autres c. France*, n° 37971/97, CEDH 2002-III, §§ 40-41 ; CEDH, *Buck c. Allemagne*, n° 41604/98, CEDH 2005-I, § 31.

²²³⁹ CEDH, *Imakayeva c. Russie*, n°7615/02, CEDH 2006-XI. Aussi, entrée de force des policiers pour effectuer une perquisition, dans une maison située à une adresse donnée par un suspect, sans vérification préalable de l'identité des occupants, CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc. ; et perquisition prétendument illégale effectuée au domicile du requérant, CEDH, *H.M. c. Turquie*, n° 34494/97, CEDH 2006-VIII.

²²⁴⁰ Perquisition et saisie effectuées au domicile d'un avocat, sans aucune justification ni garantie, CEDH, *Smirnov c. Russie*, n° 71362/01, CEDH 2007-VI. Voir Communiqué dans l'affaire *Yuditskaya et autres c. Russie* (n°5678/06) à propos de la saisie d'ordinateurs dans un cabinet d'avocats.

²²⁴¹ CEDH, *Panteleyenko c. Ukraine*, préc.

administratives à savoir le siège ou les bureaux d'une entreprise²²⁴⁴ mais pas les autres parties, et certes pas celle abritant les porcs au sein d'une exploitation agricole²²⁴⁵.

Afin de saisir l'importance de la *protection du droit au respect du domicile* et du lieu privé en général, il serait opportun d'évoquer les propos de Georges Burdeau : « S'il est un droit inscrit dans la nature de l'homme, c'est bien celui de faire de sa maison... un lieu de délectation et de paix²²⁴⁶ » ; d'évoquer aussi l'adage anglais : *My House is my Coustle*, qui cristallise fort bien l'importance du domicile dans la protection à la fois de la vie privée et de la sûreté²²⁴⁷. Adage dont l'actualité est confirmée par Jean Carbonnier : « La forteresse de l'individu est sa maison²²⁴⁸ ». Ce double rôle du domicile est également reconnu par la Cour : « ...Le respect du domicile relève de la sécurité et du bien-être personnel²²⁴⁹ ». Les termes « inviolabilité du domicile » sous lesquels est consacré ce droit, depuis *The Bill of rights* de 1776 de Virginie jusqu'à présent dans certains ordres constitutionnels européens, témoignent également de l'importance qui lui est effectivement accordée.

Le *droit grec* a recours au terme « asile ». C'est aux termes d'« asile sacré et inviolable » que la protection du domicile est consacrée dans les premières Constitutions de l'Etat grec (article 12 de la Constitution de Troizinie et article 38 de la Constitution de 1832). Et c'est sous les termes « le domicile de chacun constitue un asile » que le respect du domicile est encore aujourd'hui consacré par l'article 9 §1 de la Constitution 1975/1986/2001. Il est également à noter que sa protection fait partie des droits constitutionnels qui jouissent d'une garantie renforcée, à savoir des droits dont la violation est considérée par la Constitution comme une infraction pénale. En l'occurrence le deuxième paragraphe de l'article 9 de la Constitution prévoit que la violation du domicile constitue un délit. Ce délit est repris par le Code pénal en termes de « perturbation de la paix domiciliaire » (art. 241 et 334 C. pén.). La doctrine grecque confirme l'importance primordiale accordée par la Constitution grecque au respect du domicile en soulignant que son respect est inséparable non seulement du respect de la sûreté de la personne mais aussi de la sauvegarde de la dignité humaine²²⁵⁰.

²²⁴² CEDH, *Ernst et autres c. Belgique*, n°33400/96, CEDH 2003-VII ; CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, n° 48666/99, CEDH 2007-VII.

²²⁴³ CEDH, *R. L. et M. J.D., c. France*, préc.

²²⁴⁴ Comme ceux d'une compagnie des transports routiers, CEDH, *Buck c. Allemagne*, préc.

²²⁴⁵ CEDH, *Leveau et Fillon c. France*, (déc.), n°63512/00 et N° 63513/00, CEDH 2005-IX.

²²⁴⁶ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 4e éd., LGDJ, 1972, p. 176.

²²⁴⁷ G. VLACHOS, « La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », *RIDC*, 1972, n°2, pp. 311-312.

²²⁴⁸ J. CARBONNIER J., *Droit civil, I, Les personnes*, 2^e éd., Paris, PUF, 1992, p. 1525.

²²⁴⁹ ° CEDH, *Buckley c. R. U.*, préc., § 76.

²²⁵⁰ *Ibid.*, p. 311. (A. Svolos-G. Vlachos).

En droit français, le respect du domicile ne fait pas partie des droits proclamés par la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Son respect n'a figuré que dans les Constitutions révolutionnaires de 1791 et 1795²²⁵¹, et pour la dernière fois, dans la Constitution du 4 novembre 1848. Il a fallu attendre 1983 pour que cette lacune soit comblée par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision n° 33-164 DC, 30 décembre 1983, cette instance a déclaré que l'article 66 de la Constitution « confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile²²⁵² ». Quant à la protection effective de ce droit, elle est assurée tant par le droit pénal (art. 226-4 et 432-8 C. pén.) que par le droit civil (art. 9 C. civ.).

En ce qui concerne les garanties requises par le respect du domicile, elles ont trait à la liberté et au secret. La *liberté du domicile* signifie que toute personne a droit de choisir son domicile, de s'y installer et d'en changer sans qu'aucune autorisation ou déclaration ne soit requise, ainsi que d'en user à sa convenance²²⁵³. Le *secret du domicile* signifie qu'aucune personne, ni agents publics ni tiers, ne pénètrent, ne photographient ou par tout autre moyen, n'enregistrent des images des lieux ou des personnes ou n'écoutent ce qui se passe à l'intérieur de la maison ou autre lieu privé sans autorisation valable ou sans l'invitation expresse de son occupant. Cette protection est exigée contre les immixtions arbitraires tant de la part des autorités publiques que de celles de tierces personnes ; et rappelons-le, elle est reconnue à toute personne occupant un lieu privé indépendamment du titre juridique de son occupation²²⁵⁴ (propriétaire, locataire, usager), et même sans titre légal²²⁵⁵. Enfin, l'intimité des lieux privés dépasse l'espace intérieur ; elle englobe le jardin et les entrées et sorties²²⁵⁶.

2. La question de l'applicabilité du droit au respect du domicile en prison

La question posée par la peine privative de liberté est celle de la possibilité même de parler de respect du domicile ou de lieu privé. Car force est de constater que la privation du domicile est bien la première conséquence qu'entraîne cette peine lorsqu'elle s'exécute par l'emprisonnement.

²²⁵¹ ²²⁵¹ A. MANESSIS, *Droits constitutionnels*, Athènes, Sakkoulas, 1982, p. 222.

²²⁵² N° 33-164 DC, *J.O.*, 30 déc. 1983, p. 3873, et 85-198 DC, *JO*, 14 déc. 1985 concernant la communication audiovisuelle, P. KAYSER, *La Protection de la vie privée*, préc., pp. 268 et 273.

²²⁵³ G. BURDEAU, *Les Libertés publiques*, 1972, préc., p. 177; et A. MANESSIS, *Droits constitutionnels*, préc., p. 138. A noter, toutefois, qu'au sein de la jurisprudence des Communautés européennes, le droit à la vie privée est essentiellement interprété comme le droit à la liberté de déplacement et à la libre circulation des personnes, P. KAYSER, *La Protection de la vie privée*, préc., p. 53.

²²⁵⁴ P. KAYSER, *La Protection de la vie privée*, préc., pp. 268, 273.

²²⁵⁵ MANESSIS A., *Droits constitutionnels*, préc., p. 225.

²²⁵⁶ Ainsi la mise sous vidéo-surveillance d'une maison constitue une ingérence dans le vie privée, a estimé la Cour dans sa décision rendue dans l'affaire *Martin c. R.U.*, précité et réglée à l'amiable.

Pour ce qui est de la privation du détenu de *la liberté de choisir son lieu de vie*, elle est pleinement justifiée par les instances européennes. Celles-ci ont estimé que cette liberté relève plutôt de la liberté de circuler et de s'installer au sens de l'article 2 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention : « Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence ». Or, la notion de celle-ci étant plus restreinte que la liberté physique au sens de l'article 5 de la Convention, sa privation est considérée comme inhérente à la peine privative de liberté²²⁵⁷. Ce n'est, comme nous verrons plus loin, que le respect de la vie familiale qui puisse limiter la privation de cette liberté : le respect de la vie familiale doit être pris en compte dans le choix du lieu de détention.

Reste donc la question du respect des autres éléments du droit au respect du domicile : la liberté de son usage et l'intimité. La question que soulève leur application à l'égard des détenus est la suivante : quand bien même le lieu de vie n'est pas librement choisi, le respect de la vie privée n'imposerait-il pas la reconnaissance d'un droit des détenus au respect d'un lieu privé à l'intérieur de la prison, du moins celui de la cellule ? Ou est-ce que la prison, en tant qu'institution publique, abolirait-elle toute discontinuité entre vie privée et vie publique,astreignant le détenu à une vie publique continue ?

La jurisprudence européenne nous dispense d'une interrogation en ces termes. La manière d'aborder cette question montre qu'elle n'accorde pas valeur d'argument légitime ni à la théorie du statut public du détenu ni aux qualifications juridiques du titre d'occupation de la cellule. Les raisons en faveur ou à l'encontre du respect du secret de certains espaces dans la prison sont puisées dans la liste exhaustive de l'article 8 de la Convention. En principe, seules des considérations liées à la situation de fait des détenus peuvent justifier une spécificité dans la garantie de la vie privée. Or, eu égard à la jurisprudence européenne, la seule spécificité d'ordre général qu'on puisse reconnaître est la soumission des détenus à une forme de vie publique du fait qu'il vit en collectivité. La Commission a reconnu, à propos des personnes ayant une vie publique, que celle-ci entraîne une restriction considérable de leur vie privée²²⁵⁸. Toutefois, à la différence de ces personnes, la vie des détenus est de caractère forcé, et de surcroît, permanent et non « intermittent » pour reprendre le terme utilisé par Jean Carbonnier²²⁵⁹. Le détenu est forcé de vivre au sein d'une institution publique qui encadre continûment et globalement sa vie quotidienne²²⁶⁰. Dès lors, et du fait que le respect de

²²⁵⁷ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 58.

²²⁵⁸ . « La prétention au respect de sa vie privée est automatiquement réduite dans la mesure où l'individu lui-même met sa vie privée en contact avec la vie publique ou la place dans un rapport étroit avec d'autres intérêts protégés », Rapport de la Commission du 12 juillet 1977.

²²⁵⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, PUF, 1993, p. 121.

²²⁶⁰ . Le détenu ne retrouve pas le droit au respect de son domicile, même lors des congés familiaux : il reste sous surveillance permanente et ininterrompue, CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, n° 9659/82, 9658/82, 27 avril 1988, Série A, n°131, § 77.

la vie privée nécessite un lieu privé, ne devrait-on pas attacher une certaine garantie au moins à la cellule ?

Dans les droits nationaux, la qualification de la prison comme établissement public ne constitue pas non plus, comme nous l'avons noté, un obstacle juridique majeur à ce qu'un lieu soit considéré comme privé. Ce qui importe, c'est l'affectation psychologique et subjective d'un lieu, considéré par une personne comme chez-soi²²⁶¹. Dès lors, indépendamment du titre d'occupation de la cellule, celle-ci pourrait et devrait servir au détenu de lieu privé. De même qu'on reconnaît que le bureau de travail, ou une chambre d'hôtel, sont des lieux privés, on peut reconnaître qu'au moins là où le détenu vit sa vie la plus intime (où il y dort, mange et fait sa toilette), en l'occurrence la cellule, est un lieu privé.

En prison nous entrons en terre étrangère au concept de vie privée. Il est significatif que même les termes « domicile » et « vie privée » sont absents du vocabulaire du droit pénitentiaire. Notons à ce propos, que le terme « logement » utilisé dans la traduction française d'une décision de la Commission pour désigner la cellule pourrait laisser voir un rapprochement de la cellule au domicile²²⁶². Dans l'affaire citée, la Commission avait précisément décrit la cellule en ces termes : « Habituellement, le logement des requérants consiste en une petite cellule, équipée de...²²⁶³ ». Cependant, la traduction anglaise nous détrompe d'une telle intention de la Commission. Cette même phrase est traduite dans les termes suivants : « *The applicants' accommodations consists...* ». D'ailleurs, pour importante que soit la sémantique des termes utilisés, l'assimilation effective de la cellule au domicile résulterait de l'application de garanties similaires à celles prévues pour le domicile. Or, tel que nous allons le voir, ce n'est pas le cas. Tout en considérant divers agissements des autorités pénitentiaires dans les cellules comme des ingérences dans la vie privée du détenu, la Commission s'est gardée d'assimiler la cellule à un domicile ou à un lieu privé. En effet, à part la protection de la propreté du lieu de détention comme celui de l'environnement proche de la prison qui est reconnue aux détenus²²⁶⁴, mais qui, en général, est indépendante du lien juridique entre un lieu et son occupant, l'examen des garanties du secret et de la liberté de l'usage de la cellule au sein de la jurisprudence européenne et des droits nationaux, nous détrompe d'une quelconque assimilation de la cellule à un lieu privé.

B. Transparence de la cellule

²²⁶¹ Références : Cass, Crim., 8-12.1983, *Gaz. pal.*, 1984-1-394; et 18-11.1986, *Gaz. pal.*, 1987-1-167.

²²⁶² D 8317/78 (McFeeley/R.U) 1980, DR 20, p. 140.

²²⁶³ « Habituellement, le logement des requérants consiste en une petite cellule, équipée de couchettes, d'une table et de chaises, d'un petit placard pour les effets personnels et d'un tableau d'affichage au mur. Il possède une fenêtre de taille appropriée qui donne assez de lumière et une ventilation suffisante », D 8317/78 (McFeeley/RU), préc., p. 140.

²²⁶⁴ Air infecté et odeurs pestilentielles émanant d'une ancienne décharge située à proximité de la prison, *Branduse c. Roumanie*, n° 6586/03 (communiqué).

Que la cellule ne soit pas considérée comme lieu privé, apparaît comme une évidence, si l'on examine les modalités des *fouilles et des perquisitions* dans les cellules (1), et si l'on tient compte également que les détenus ne possèdent pas les *clés* et qu'un *judas* est installé sur les portes permettant aux surveillants d'inspecter l'intérieur à tout moment (2).

1. Les modalités des fouilles et des perquisitions de la cellule

Certes les fouilles et les perquisitions ne sont pas une spécificité de la prison. Elles peuvent avoir lieu dans d'autres contextes. Ainsi, comme nous l'avons vu, afin de recueillir des preuves d'une infraction et/ou identifier les auteurs, des perquisitions peuvent avoir lieu au domicile, dans des locaux professionnels, aux sièges des journaux, etc.²²⁶⁵.

Mais c'est la comparaison des règles applicables lors des fouilles et perquisitions des cellules des détenus et celles appliquées dans les lieux privés qui nous permet de déterminer si, et dans quelle mesure, les cellules sont assimilées à des lieux privés. Compte tenu de la gravité de l'atteinte que ces ingérences portent à la vie privée et au domicile, elles sont encadrées des garanties visant à limiter leur exercice et à protéger les personnes contre des abus. Ainsi à propos des perquisitions dans les lieux précités, la Cour a déclaré : « Il faut que la législation et la pratique en la matière offrent aux individus des 'garanties adéquates et suffisantes' contre les abus »²²⁶⁶ ainsi qu'« un encadrement légal et une limitation des plus strictes de tels pouvoirs »²²⁶⁷.

Cette instance européenne demande précisément des « raisons pertinentes et suffisantes » pour justifier ces mesures et « des garanties adéquates et effectives » contre les abus²²⁶⁸, et pour le respect de la proportionnalité.²²⁶⁹ Le but est que « l'exercice des pouvoirs permettant de porter atteinte au domicile et à la vie privée demeure confiné dans des limites raisonnables afin que soit réduit au minimum l'impact que de telles mesures peuvent avoir sur la sphère personnelle – y compris les aspects de sécurité et de bien-être – de l'individu telle que la garantit l'article 8 »²²⁷⁰.

²²⁶⁵ « La Cour a toujours jugé que les Etats contractants peuvent estimer nécessaire de recourir à des mesures telles que les visites domiciliaires et les saisies pour établir la preuve matérielle de certaines infractions », CEDH, *Buck c. Allemagne*, préc., §§ 45-52. Voir CEDH, *Funke c. France*, 25 février 1993, Série A n° 256-A, §§ 55-57 ; CEDH, *Crémieux c. France*, 25 février 1993, Série A n° 256-B, §§ 38-40 ; CEDH, *Mialhe c. France*, 25 février 1993, Série A n° 256-C, §§ 36-38.

²²⁶⁶ CEDH, *Camenzind c. Suisse*, 16 déc. 1997, Recueil 1997-VIII, § 45 ; CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 31 ; arrêt *Camenzind*, 16 déc. 1997, § 45.

²²⁶⁷ CEDH, *Camenzind c. Suisse*, préc., § 45 ; CEDH, *Buck c. Allemagne*, préc., §§ 44-45.

²²⁶⁸ CEDH, *Buck c. Allemagne*, préc., §§ 44-45 ; CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 31.

²²⁶⁹ CEDH, *Buck c. Allemagne*, préc., § 45.

²²⁷⁰ CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 34. Voir CEDH, *Buckley c. R. U.*, 25 sept. 1996, Recueil 1996-IV, § 76.

Ces garanties s'apprécient à la lumière des circonstances particulières à chaque affaire²²⁷¹ et au regard des éléments suivants : la gravité de l'infraction qui a motivé la perquisition et la saisie²²⁷² ; l'existence d'un mandat judiciaire ou pas (son absence demande le redoublement de la vigilance de la Cour contre les abus²²⁷³) ; le contenu et l'étendue du mandat, eu égard en particulier à la nature des lieux perquisitionnés²²⁷⁴ ; l'existence d'autres moyens d'établissement des preuves moins graves²²⁷⁵ ; les garanties prises afin que la mesure n'ait pas d'effets déraisonnables²²⁷⁶, y compris la présence des observateurs indépendants pendant la recherche²²⁷⁷ ; des précautions élémentaires telles que la vérification de l'adresse donnée par un suspect et de l'identité des occupants²²⁷⁸ ; ainsi que l'étendue des répercussions possibles sur la réputation de la personne visée par la perquisition²²⁷⁹.

Enfin la violation de l'article 8 peut être d'ordre procédural et due au manquement de mener une enquête effective sur des allégations d'une perquisition abusive. Il s'agit de manquement au « respect des obligations de caractère procédural » qui incombent également aux Etats en matière de protection de la vie privée et du domicile²²⁸⁰.

Or même au regard des deux garanties fondamentales exigées par les droits grec et français en matière de fouilles et perquisitions, à savoir l'autorisation judiciaire expressément accordée pour une fouille et perquisition précise (a) et l'assentiment et présence de l'occupant (b), celles qui ont lieu dans les cellules montrent que ces lieux ne sont pas considérés comme des lieux privés.

a. Non-exigence d'une autorisation judiciaire

L'autorité judiciaire étant le garant de la liberté individuelle, il va de soi qu'il en est ainsi de l'inviolabilité du domicile. En effet, dans l'ordre juridique français et grec, toute fouille et perquisition doit être décidée par l'autorité judiciaire²²⁸¹. Cette autorisation doit en outre être délivrée

²²⁷¹ CEDH, *Buck c. Allemagne*, préc., § 45 ; CEDH, *Smirnov c. Russie*, préc., § 44.

²²⁷² Ainsi, une infraction mineure peut ne pas justifier un acte aussi intrusif dans la vie privée, CEDH, *Buck c. Allemagne*, préc., § 47.

²²⁷³ CEDH, *Camenzind c. Suisse*, préc., §§ 37-45. Voir CEDH, *Funke c. France*, préc., §§ 55-57 ; CEDH, *M. c. Turquie*, n° 34494/97, CEDH 2006-VIII, § 25.

²²⁷⁴ « Concerne le contenu et la portée du mandat de perquisition et de saisie, la Cour constate que la décision était rédigée en termes larges. La portée du mandat ne fut pas limitée à ce qui était indispensable dans les circonstances de l'espèce », CEDH, *Buck c. Allemagne*, préc., § 50.

²²⁷⁵ *Ibid.*, § 49.

²²⁷⁶ *Ibid.*, § 45.

²²⁷⁷ CEDH, *Smirnov c. Russie*, préc., § 44.

²²⁷⁸ Cela n'implique pas que toute perquisition infructueuse doive être considérée comme disproportionnée, il signifie seulement qu'une perquisition peut être jugée disproportionnée si elle n'a pas été entourée des précautions raisonnables qu'il était possible de mettre en œuvre, CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 35.

²²⁷⁹ CEDH, *Chappell c. R.U.*, préc., § 60 ; CEDH, *Niemietz c. Allemagne*, préc., § 37 ; CEDH, *Funke c. France*, préc., § 57 ; CEDH, *Camenzind c. Suisse*, préc., § 46 ; CEDH, *Buck c. Allemagne*, préc., § 45.

²²⁸⁰ CEDH, *M. c. Turquie*, préc., § 26.

²²⁸¹ P. KAYSER, *La Protection de la vie privée*, préc., pp. 276-282.

pour effectuer une fouille et perquisition pour des motifs limitativement énumérés par les textes juridiques. L'autorisation doit avoir un caractère individualisé. Elle doit toujours se référer à un domicile précis et à un occupant précis, et non de manière générale, à tout domicile et à tout occupant.

Cependant, dans la prison, de telles garanties sont inexistantes. Nous observons même un renversement des règles applicables. Tout d'abord, l'autorisation des fouilles et perquisitions prévues par la législation pénitentiaire est générale et permanente. Les fouilles et perquisitions peuvent être effectuées à tout moment, à tout espace de la prison et sans motif précis. En *droit français*, il est prévu que « les surveillants procèdent en l'absence des détenus, à l'inspection fréquente et minutieuse des cellules et locaux où les détenus séjournent, travaillent ou ont accès » (article D. 269 CPP). En *droit grec*, cette surveillance est énoncée comme un devoir du personnel surveillant : le premier surveillant doit « inspecter quotidiennement les cellules individuelles, les dortoirs communs, les lieux de travail et les autres locaux de l'établissement » (art. 115 § 2, al.b CRFTD) ; et le surveillant chef doit « entreprendre une fouille spéciale de l'établissement chaque fois qu'il le juge nécessaire » (article 115 § 2, al.c CRFTD). Les fouilles et perquisitions ne sont donc pas individualisées.

De plus, elles ont un caractère essentiellement préventif et un objectif absolu : assurer le « danger zéro » pour la sécurité de la prison. Elles visent en effet à prévenir tout risque d'évasion, d'atteinte à l'intégrité physique d'autrui ou de soi-même, mais aussi tout risque de désordre²²⁸². Outre la fréquence des fouilles, l'ampleur des perquisitions témoigne également d'un tel objectif du fait que tout objet est considéré dans la prison comme potentiellement dangereux, donc confiscable : « Les détenus ne peuvent garder à leur disposition aucun objet, médicament ou substance pouvant permettre ou faciliter un suicide, une agression ou une évasion, non plus qu'aucun outil dangereux en dehors du temps de travail » (D. 273 CPP).

Au sein de la jurisprudence européenne, la cellule n'est pas non plus considérée comme un lieu privé. La Commission n'a pas mis en cause de telles modalités des fouilles et des perquisitions dans les cellules. La seule limite qu'elle a apportée concerne la protection des objets personnels des détenus en considérant que leur confiscation peut porter atteinte au respect de la vie privée. Ainsi, s'agissant de la confiscation des papiers personnels d'un détenu, elle a estimé que, même temporaire, elle « porte atteinte au droit au respect de la vie privée²²⁸³ ».

Il en résulte donc clairement que les cellules ne sont pas considérées comme des espaces privés. Et l'absence du respect des deux autres règles relatives aux fouilles, à savoir l'assentiment et la présence de l'occupant, ne font que le confirmer.

²²⁸². Michel PEDAMON, « La Fouille corporelle », *RSC*, 1961, n° 1, pp. 467-499.

²²⁸³. D 6794/74 (RFA), 10.12.1975, DR 3, p. 104.

b. Non-exigence d'assentiment et de présence des détenus

L'exercice des fouilles et perquisitions exige également l'assentiment et la présence des occupants. Dans le droit de procédure pénale français, les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès, *a priori* écrit, de la personne chez laquelle l'opération a lieu (article 76 CPP). De surcroît, elles doivent s'effectuer en présence de la personne au domicile de laquelle elles ont lieu (article 57 CPP), sous peine de nullité (article 59 CPP français). Le droit grec prévoit des garanties similaires (art. 256 CPP).

Or, dans la prison, c'est le principe inverse qui s'applique. Le droit français prévoit expressément que « les surveillants procèdent, *en l'absence des détenus*, à l'inspection fréquente et minutieuse des cellules » (article D. 269 CPP français).

Mais les fouilles et perquisitions peuvent encore être considérées comme des atteintes à la vie privée moins graves, ne serait-ce que par leur caractère ponctuel et tangible, comparées à la surveillance visuelle, au panoptisme continu et souvent invisible.

2. La surveillance et la dépossession des clés de la cellule

La preuve manifeste de non-consideration de la cellule comme lieu de vie privée, est également apportée par le fait que le détenu ne peut pas s'y enfermer ni s'y abriter des regards d'autrui. Car pouvoir s'enfermer chez-soi, faire de sa maison une forteresse, se mettre à l'abri des regards d'autrui, se mettre en état de défense, expressions par lesquelles Jean Carbonnier définit le respect du domicile²²⁸⁴, signifie que la personne détient au moins les clés. Détenir les clés ne symbolise pas seulement qu'une personne est le maître des lieux. Leur détention est le moyen matériel permettant de s'y enfermer. S'agissant des détenus, c'est l'inverse qui se produit. Ils ne sont pas maîtres de leur enfermement y compris dans leur cellule ; ils le subissent.

A cela s'ajoute le « judas » sur les portes des cellules qui empêche les détenus de se sentir en intimité, au moins lorsque la porte est fermée. L'intérieur de la cellule peut à tout moment, sans avertissement, ni bien sûr autorisation du détenu, être surveillé. A cette surveillance physique, le recours de plus en plus fréquent à la vidéosurveillance (ou télésurveillance), détruira même toute illusion d'intimité en cellule²²⁸⁵. Outre que cette surveillance sera permanente, elle sera invisible. Le détenu saura qu'il peut à tout moment être regardé, mais il ignorera quand il est effectivement

²²⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, I, Les Personnes*, préc., p. 125.

²²⁸⁵ L. MAMPAEY Luc et Jean-Philippe RENAUD, *Technologies dans les prisons*, Rapport final, Document de travail pour le STOA Panel, Parlement européen ; juillet 2000.

regardé. Ainsi, la transparence totale, et donc le panoptisme, le vieux fantasme de Bentham, sera enfin réalisée.

Notons que la Cour n'a pas condamné une telle surveillance appliquée durant quatre mois et demi, dans l'affaire *Van der Graaf* (2004)²²⁸⁶. Tout en la qualifiant comme une « considérable limitation », une « sérieuse ingérence » dans la vie privée, et susceptible de porter atteinte également à la dignité dès lors que l'absence totale d'intimité peut amener au désarroi et à la déstabilisation psychique, cette instance estime que, dans certains cas, elle peut être justifiée. A condition qu'elle soit limitée dans le temps, et de s'assurer qu'elle n'a pas causé une souffrance mentale d'une gravité telle qu'elle ait atteint le minimum de gravité requis pour être qualifiée de traitement inhumain ou dégradant. Son application peut être justifiée par le risque d'évasion combiné avec la gravité de l'infraction commise par la personne concernée. Tel a-t-elle jugé avoir été le cas d'une personne soupçonnée d'avoir tué par balles un homme politique connu aux Pays-Bas : son acte a provoqué un grand choc et une grande indignation et peut être considéré comme une attaque directe à la démocratie.

Nous observons donc que, si le secret ne jouit pas d'une garantie absolue dans une société démocratique, il n'y a pas d'échelle commune de comparaison avec sa garantie au sein de la prison. L'atteinte au secret du lieu privé y devient la règle ; la discontinuité entre vie privée et vie publique y est abolie. Le principe qui régit est la mise sous surveillance globale et continue des détenus et de l'espace. D'autant plus que la surveillance des agents publics n'est pas la seule à laquelle les détenus sont soumis. A celle des surveillants, s'ajoute celle exercée par les codétenus. Pourtant le droit de s'abriter des regards d'autrui est valable non seulement à l'égard des agents publics, mais également à l'égard de tierces personnes. Cet aspect relevant également de la liberté d'une personne à s'isoler totalement ou à choisir les personnes avec qui il souhaite partager sa vie intime, nous amène à l'examen de la liberté des détenus de vivre en cellule à leur convenance.

C. Usage non-libre de la cellule

Contrairement à l'intimité de la vie en cellule, une certaine liberté dans la manière de vivre est accordée au détenu. Mais nous verrons, en examinant la liberté d'y vivre seul, et à défaut, de choisir ses compagnons (1), ainsi que de la liberté d'aménager la cellule et y passer son temps comme il le souhaite (2), qu'elle est très limitée et ne jouit pas de garanties suffisantes.

1. Absence d'un droit à rester seul dans la cellule

²²⁸⁶ CEDH, *Van der Graaf c. Pays-Bas*, (déc.), n° 8704/03, CEDH, 2004-VI.

Le droit de vivre seul dans son domicile, à moins que la personne ait choisi d'y vivre avec d'autres personnes, est un droit requis par le respect tant de l'intimité que de la liberté de l'usage du domicile.

Concernant l'application de cette liberté en prison, nous constatons que la possibilité d'occuper une cellule individuelle est reconnue aux détenus tant en droit français qu'en droit grec. En *droit grec*, la vie en cellule individuelle est prévue en tant que droit des détenus : « Le placement en cellule individuelle constitue un droit des détenus » (art. 21 §2 C. pénit.). En *droit français*, elle est prévue en tant que possibilité : « Tout détenu sauf s'il est mineur peut être placé à l'isolement par mesure de protection ou de sécurité, soit sur sa demande, soit d'office » (art. D. 283-1 CPP). Cependant les autorités pénitentiaires ne sont tenues de satisfaire une telle demande du détenu que dans la mesure du possible. Et en réalité, cela devient un privilège. Devant la surpopulation carcérale, phénomène qu'aucun pays d'Europe n'ignore, non seulement le partage de la cellule est la règle, mais les détenus y sont entassés à plusieurs de sorte que même la préservation d'un espace physique vital, parfois indispensable pour ne pas se toucher physiquement et respirer, ne leur est pas assurée. Pourtant dans le cadre de la prison, lieu de vie collective, respecter la volonté de vivre seul ou de choisir ses compagnons est (comme nous l'avons noté dans le cadre de l'examen des droits à la vie, à l'intégrité et à la dignité) encore plus impératif tant pour éviter les effets néfastes de la promiscuité que pour assurer la sécurité physique des détenus. Le détenu peut se trouver en compagnie non seulement indésirable, mais aussi stressante, voire menaçante.

2. Dépersonnalisation de l'espace et du temps de vie en cellule

Le droit au respect du domicile comprend également la liberté de la personne d'user de son domicile à sa convenance, à savoir la liberté d'aménager l'espace intérieur et d'y vivre à sa guise.

Pour ce qui est de son application en prison, nous observons qu'une certaine possibilité est reconnue aux détenus de vivre en cellule à leur convenance. Mais cette possibilité ne leur est pas reconnue dans le cadre du respect du droit à la vie privée en général et au domicile en particulier. Elle leur est reconnue dans le cadre de la politique du traitement depuis que l'objectif de celui-ci est réorienté vers la limitation des effets désocialisants de la prison. Ayant conscience que l'uniformité de l'espace et des modalités de vie entraînent la dépersonnalisation des détenus par la privation de repères identitaires²²⁸⁷, et que cet effet est contraire à ce nouvel objectif, certains droits nationaux leur ont reconnu la faculté de reconstituer un espace personnalisé en les autorisant à aménager et à décorer leur cellule. Il en est ainsi en *droit pénitentiaire français*. Cette possibilité est expressément reconnue par le décret n° 83-48 du 26 janvier 1983 : « Chaque condamné est autorisé à aménager sa

²²⁸⁷. E. GOFFMAN, *Asiles, Études sur la condition sociale des malades mentaux*, Paris, éd., Minit, 1968.

cellule d'une façon personnelle », à condition de ne pas « entraîner la dégradation des installations immobilières ou mobilières existantes » (art. D.449 al.b CPP). Dans des prisons surpeuplées l'importance de cette possibilité est réduite à un mètre carré sur le mur à côté du lit, si elle n'est pas purement et simplement anéantie. Le *droit pénitentiaire grec* donne la même possibilité aux détenus sous la condition que le chef d'établissement estime que cela ne perturbe pas la vie en commun ni l'observation des mesures de sécurité (art. 21 §7 C. pénit.).

Quant à la liberté des détenus d'y vivre à leur convenance, elle ne peut qu'être réduite à la liberté de choisir les occupations autorisées par le règlement : lire, écrire, écouter la radio, regarder la télévision, travailler, réfléchir, etc. A propos de cette liberté, le *droit grec* est silencieux. En revanche, le *droit français* prévoit cette possibilité : « Les détenus peuvent être autorisés lorsqu'ils se trouvent dans leur cellule, à se livrer individuellement à des activités de leur choix qui ne préjudicient pas à l'ordre et à la sécurité » (art. D. 449, al.a CPP).

Mais les atteintes à la vie privée entraînées par la peine privative de liberté dépassent celles des lieux pour toucher le corps.

§ 2. Le détenu quasiment privé de l'intimité et de la libre disposition de son corps

L'intégrité physique, l'intimité et le paraître du corps constituent des aspects de vie privée exigeant un respect encore plus renforcé que l'espace privé. L'intégrité physique du corps étant examiné à part, nous nous limitons ici, à l'examen du respect de l'intimité du corps (A) et de la liberté de paraître (B).

A. Le corps transparent

L'examen de l'intimité du corps montrera l'ampleur la plus extrême de l'extension de la peine privative de liberté à la vie privée. Le détenu devient un homme public jusque dans sa chair ; il devient transparent. Nous allons en effet voir que le but et l'essence de la peine privative de liberté exécutée par la prison ne vise pas seulement à priver le détenu de sa liberté de mouvement physique en lui assignant un périmètre de vie ; elle vise aussi à le soumettre à une surveillance totale et ininterrompue à l'intérieur de ce périmètre jusqu'à la visibilité totale, voire à la transparence de son corps. Cet objectif se dessine clairement par l'ampleur de la surveillance de son corps qui va de celle de sa position physique dans l'espace (1) jusqu'aux fouilles corporelles (2).

1. Le corps surveillé

Qu'il soit en mouvement ou en état statique le détenu est constamment surveillé. Il ne peut pas se déplacer sans autorisation préalable ; et cette autorisation ne peut être accordée que pour effectuer des déplacements précis, prévus par le règlement : pour emprunter un itinéraire précis, à des heures précises, pour effectuer des tâches précises. De surcroît, tout placement et déplacement du détenu est surveillé (physiquement par l'escorte) et visuellement par des moyens de télésurveillance dans les établissements qui en sont équipés. Seuls y échappent, les lieux des visites médicales et des visites d'avocats, couverts réciproquement par le secret médical et le secret de la défense. C'est là une tâche expressément assignée aux autorités pénitentiaires par les textes relatifs à l'exécution de la privation de liberté.

En *droit français*, on peut lire, dans la partie « Décrets » du Code de la procédure pénale : « Les personnels pénitentiaires doivent être en mesure de s'assurer de la présence effective des détenus » ; « La présence de chaque détenu doit être contrôlée au moment du lever et du coucher, ainsi que deux fois par jour, à des heures variables » (art. D. 271) ; « Des rondes sont faites après le coucher et au cours de la nuit... » (art. D. 272) ; « Les détenus placés à l'extérieur demeurent soumis à la surveillance effective du personnel pénitentiaire » (art. D. 130), et, durant les visites, « un surveillant est présent au parloir ou au lieu de l'entretien. Il doit avoir la possibilité d'entendre les conversations » (article D. 406, al.a).

En *droit grec*, les dispositions du Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus qui sont annexées au Code pénitentiaire, bien que plus laconiques, n'en sont pas moins significatives. Le premier surveillant « contrôle la présence des détenus dans les cellules individuelles et dans les dortoirs communs, au réveil, durant le repos journalier et au moment du coucher... (art. 115 §2, al.a). Les visites faites aux détenus se déroulent dans un local « où il y a un contrôle optique » (art. 50 §2).

Et comme nous l'avons vu, la jurisprudence européenne a approuvé des degrés de surveillance extrêmes de la vie en cellule. Au-delà de l'inspection régulière jour et nuit de la cellule par le « judas » de la porte, et la soumission sous le regard permanent des codétenus dans les prisons surpeuplées, certains détenus peuvent être soumis à une surveillance physique permanente via un circuit de télésurveillance (*Van der Graaf*, 2004)²²⁸⁸.

Avec la soumission du détenu à une telle surveillance et un tel contrôle nous sommes au cœur du totalitarisme de la prison, à propos de laquelle Erving Goffman disait qu'elle est le prototype de l'institution totalitaire : elle en est son expression la plus ostensible. D'autant plus que la surveillance physique des détenus dépasse celle de leurs gestes et mouvements ; elle transperce leurs vêtements pour atteindre l'intimité de leur corps.

²²⁸⁸ CEDH, *Van der Graaf c. Pays-Bas*, (déc.), préc.

2. Le corps fouillé

La surveillance de la position physique du détenu dans l'espace n'est pas encore suffisante pour les exigences de sa peine ou de la sécurité de la prison. Celles-ci visent à rendre le détenu parfaitement inoffensif. Pour ce faire, il faut neutraliser le corps comme source potentielle de risque. Dès lors, les vêtements mais aussi l'opacité du corps sont considérés comme des obstacles. Seul le corps transparent convient à leurs exigences. C'est ce que visent en général les fouilles corporelles²²⁸⁹, qui peuvent aller de la simple palpation jusqu'à l'auscultation du corps. Or, si la palpation du corps ne constitue qu'une légère atteinte à la vie privée de la personne (elle est d'ailleurs actuellement de plus en plus généralisée pouvant s'effectuer à toute personne souhaitant pénétrer dans certains lieux publics ou privés), en revanche les fouilles dites intégrales, consistant à dénuder une personne, constituent une atteinte grave aussi bien à l'intimité qu'à la dignité de la personne. C'est alors notamment l'exercice de ce dernier type de fouille des détenus qui est le plus préoccupant.

Nous avons traité, dans le cadre du respect de la dignité au sens de l'article 3 de la Convention, la question des fouilles corporelles. Rappelons que, depuis 2001, la Cour les considère comme potentiellement attentatoires à la dignité aussi bien lorsqu'elles sont exercées sur des détenus²²⁹⁰ que sur les visiteurs²²⁹¹. Elle ne les a pour autant pas interdites estimant qu'elles peuvent, parfois, être nécessaires pour assurer la sécurité dans une prison, défendre l'ordre ou prévenir des infractions pénales. Elle a seulement exigé qu'elles doivent être motivées et menées selon les modalités adéquates. A défaut, elles risquent de dégénérer en traitements dégradants²²⁹² et, combinées avec d'autres mesures de sécurité renforcées, de devenir des traitements inhumains ou dégradants²²⁹³. Ce qui importe de souligner ici est que si, pour tomber sous l'article 3, elles doivent atteindre le seuil minimum de gravité requis pour une telle qualification, en revanche elles doivent automatiquement être analysées comme des atteintes à la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention.

L'intérêt pratique de cette qualification est de faciliter le droit de recours dans les droits nationaux. Dans la mesure où, au regard du premier paragraphe de l'article 8, les fouilles sont automatiquement analysées comme des ingérences dans la vie privée, les personnes concernées

²²⁸⁹ Selon cet auteur, la fouille opérée après une arrestation régulière, si elle vise de découvrir des éléments de preuve, cherche avant tout, à prévenir toute possibilité de suicide, d'évasion ou d'agression. Elle est une mesure de sécurité et elle s'impose du fait que les autorités dont elle dépend, assument la responsabilité de sa vie et de ses actes. De ce fait, son domaine a toujours été largement entendu, car il doit répondre à une sorte de nécessité de neutralisation, E. GOFFMAN, *Asiles*, préc., p. 486.

²²⁹⁰ CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc.; CEDH, *Frérot c. France*, préc.; CEDH, *Valašinas c. Lituanie*, préc., § 117; CEDH, *Iwanczuk c. Pologne*, préc.

²²⁹¹ CEDH, *Wainwright c. R.U.*, n°12350/04, CEDH 2006-IX.

²²⁹² CEDH, *Valašinas c. Lituanie*, préc., § 117,; CEDH, *Iwanczuk c. Pologne*, préc., § 59.

²²⁹³ CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc.; CEDH, *Frérot c. France*, n°70204/01, CEDH-2007-VI.

doivent pouvoir exercer un recours devant une instance au sens de l'article 13 de la Convention pour contrôler la légitimité des motifs, la nécessité d'y procéder et les modalités de leur déroulement. Ainsi, l'application de l'article 8 contribuerait à limiter la carte quasi blanche dont disposent actuellement les autorités pénitentiaires en cette matière. Elle contribuerait du moins, à les inciter à effectuer les fouilles dans des conditions respectant mieux l'intimité et à limiter leur fréquence en exigeant de motiver chaque fouille par des raisons précises et non par des considérations générales d'ordre et de sécurité.

Telles sont les exigences de la Cour qui estime que la violation peut également résider dans la réglementation même de l'exercice des fouilles marquée par l'absence de telles garanties. Ainsi, même lorsque les garanties pour réduire le caractère humiliant sont prévues et respectées (comme le fait d'avoir lieu dans un local hors la vue des tierces personnes, en absence de personnel de sexe opposé, avec des gants, en présence d'un médecin, etc.), les fouilles peuvent constituer des traitements dégradants, voire inhumains. Tel peut être le cas lorsqu'elles sont intégrales, systématiques et sans motivation spéciale. Ainsi, la Cour a jugé que cela fut le cas dans les affaires *Frérot*²²⁹⁴ et *Van der Ven*²²⁹⁵ à propos des fouilles sécuritaires c'est à dire des fouilles qui faisaient partie des régimes de sécurité renforcée auxquels ces détenus avaient été soumis. De telles mesures, si elles peuvent encore être justifiées, pour une courte durée, se transforment, avec le temps, en traitement dégradant²²⁹⁶, voire inhumain²²⁹⁷.

Mais « même isolée », une fouille corporelle peut constituer un tel traitement eu égard à la manière dont elle est pratiquée et les objectifs poursuivis. Tel a été par exemple le cas dans l'affaire *Iwańczuk*²²⁹⁸ eu égard aux motifs et aux conditions dans lesquelles elle a eu lieu. Cette personne, qui tentait depuis la prison de faire respecter les droits des détenus, a été soumise à une fouille intégrale accompagnée des rires moqueurs des surveillants avant d'entrer dans le local de vote sans aucun autre motif. La Cour a estimé que son objectif était l'humiliation et l'avilissement de cette personne. Tel a également été le cas dans l'affaire *Valasinas*²²⁹⁹. La personne concernée avait été mise à nu en présence des personnes du sexe opposé, et des surveillants ont touché sa nourriture avec leurs mains alors qu'ils venaient de toucher ses organes génitaux sans porter de gants.

²²⁹⁴ CEDH, *Frérot c. France*, préc.

²²⁹⁵ CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc..

²²⁹⁶ CEDH, *Frérot c. France*, préc., §47-48.

²²⁹⁷ Dans l'arrêt *Van der Ven c. Pays-Bas*, précité, § 63, la Cour avait estimé que la pratique de la fouille corporelle, même selon des modalités « normales », avait un effet dégradant et s'analysait en une violation de l'article 3 de la Convention dès lors qu'elle avait lieu chaque semaine, de manière systématique, routinière et sans justification précise tenant au comportement du requérant.

²²⁹⁸ CEDH, *Iwańczuk c. Pologne*, préc., § 59.

²²⁹⁹ CEDH, *Valasinas c. Lituanie*, préc., § 117.

Pour les *fouilles effectuées sur des visiteurs*, la Cour est encore plus exigeante. En qualifiant la fouille sur une personne dénudée de « procédure aussi intrusive et potentiellement avilissante pour des personnes²³⁰⁰ », elle insiste sur la nécessité d'appliquer strictement les règles en vigueur. Ainsi, l'absence d'explication sur le déroulement de la fouille, le dénudement total et certes le risque d'être vu par des tiers parce que le local n'est pas isolé, peuvent rendre une telle mesure dégradante. Ce qui a été le cas à propos de la fouille d'une mère et de son fils qui rendaient pour la première fois visite au second fils qui venait d'être incarcéré. Ces agissements n'ayant pas été motivés par le but d'humilier les personnes mais plutôt par un « laxisme » au regard du respect de la procédure, la Cour, tout en admettant qu'ils ont incontestablement angoissé les intéressés, a estimé qu'ils n'ont pas atteint le minimum de gravité requis par l'article 3. En revanche, elle a estimé qu'ils ont constitué une violation de la vie privée au sens de l'article 8. Alors même que le but était légitime, lutter contre le problème de drogue auquel la prison se trouvait confrontée, cette instance n'a pas été convaincue que les fouilles étaient proportionnées à ce but, et donc nécessaires dans une société démocratique : « Lorsque des procédures sont mises en place pour une conduite adéquate des fouilles pratiquées sur des personnes extérieures à la prison, qui peuvent parfaitement n'avoir rien à se reprocher, il incombe aux autorités carcérales de se conformer strictement aux garanties fixées et de protéger autant que possible, par des précautions rigoureuses, la dignité des personnes soumises à la fouille²³⁰¹ ».

Concernant les détenus, les fouilles corporelles continuent pourtant à rythmer leur vie en prison. Elles ont lieu avant et après les entrées et sorties de la prison (quel que soit le motif de la sortie), avant et après les visites, ainsi que chaque fois que cela est jugé nécessaire par la direction de l'établissement pénitentiaire. En *droit français*, ces fouilles ainsi que la fouille avant et à la fin d'une mesure d'isolement ou d'une sanction disciplinaire de mise en cellule²³⁰² sont expressément prévues dans la partie Décret du Code de procédure pénale (art. D 275, al.a, D 284 al. b et D 406 al. b), et dans la circulaire n° 86-12 du 14 mars 1986²³⁰³. Quant au *droit grec*, le Code pénitentiaire ne prévoit expressément que les fouilles lors de l'écrou (art 23 §6).

Mais eu égard à la disposition de l'article 115 § 1 al. c, du Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus, qui prévoit parmi les attributions du chef surveillant la supervision des fouilles corporelles, la détermination des cas où celles-ci peuvent avoir lieu serait laissée au pouvoir d'appréciation de la direction de l'établissement. Il est simplement précisé que les fouilles sont effectuées par des gardiens conformément aux lois et aux règlements (art. 117, al.c, CRFTD). Et le

²³⁰⁰ CEDH, *Wainwright c.R.U.*, préc., § 44.

²³⁰¹ *Ibid.*, § 48.

²³⁰² Voir à ce propos, Martine HERZOG-EVANS, « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », *RSC* (4), oct.-déc., 1998, pp. 735-747.

²³⁰³ *Ibid.*

règlement pénitentiaire précise que les fouilles tant des personnes que des lieux doivent avoir lieu dans le respect de la dignité (art. 10 § 9).

Par conséquent, tant en droit grec qu'en droit français, où il est expressément accordé au directeur d'établissement d'ordonner une fouille chaque fois qu'il l'estime nécessaire (art. D 275, al.a, CPP), le détenu peut être fouillé à n'importe quel moment sans fournir un motif précis. Dès lors, ni les modalités ni les motifs, ni encore moins la nécessité, ne peuvent faire l'objet de contrôle.

A l'heure actuelle, ni les habits ni même la peau ne peuvent servir aux détenus de rempart contre l'invasion de leur intimité. Pourtant nous ne pouvons omettre de souligner à propos des fouilles, leur gravité particulière tant pour l'intimité et la dignité de l'homme, que pour leur participation au sens donné à la peine privative de liberté et de l'ordre dans une société démocratique, fût-il de l'ordre d'une institution spéciale. Alors même qu'une personne n'a plus de lieu privé pour préserver son intimité, il lui reste au moins les habits, l'ultime refuge d'intimité de l'homme²³⁰⁴, seraient-ils en lambeaux, pour cacher au moins une partie de sa nudité. Or, non seulement le rôle élémentaire des habits n'est pas respecté dans le cas des détenus, mais il est fort probable que si la « scannerisation » de leurs corps était financièrement supportée, les autorités n'auraient pas hésité à y procéder.

Cette invasion totale du corps des détenus à des fins sécuritaires permet de poser cette question sur l'ordre de la prison : peut-on concevoir la légitimité d'un ordre de risque zéro, serait-il limité en prison, dans une société démocratique ? Un tel objectif contredit indéniablement le principe affirmé par les instances européennes que, quel que soit l'objectif visé et les circonstances, seules des limitations dans l'exercice des droits de l'homme peuvent être justifiées dans une société démocratique et jamais des privations. Ces dernières vident les droits de l'homme de leur substance, ce qui est incompatible avec leur respect dans une société démocratique. Or, avec des fouilles si intimes, et avec une fréquence laissée à l'appréciation totale des autorités pénitentiaires, il ne fait pas de doute qu'il ne reste rien d'intime au détenu à protéger. Il est réduit à la transparence totale et constante.

Après, une telle invasion de l'intérieur du corps du détenu, les questions qui portent sur son apparence, peuvent paraître secondaires. Elles n'en contribuent pas moins à la sauvegarde de la vie privée et de la dignité de la personne.

B. Le paraître défiguré

²³⁰⁴ .« Le vêtement constitue le 'lieu' même où se meut le corps en toute liberté et toute intimité », R. KOERING-JOULIN, « Des implications répressives du droit au respect de la vie ... 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RSC* 1986, n°4, pp. 721-750, (p. 747).

Le droit à l'image comporte également le droit à la liberté de l'apparence. Le droit à l'image peut être défini comme « le droit de la personne d'être perçue par les tiers avec l'apparence qu'elle a choisie²³⁰⁵ ». En général, la réglementation de la garantie de ce droit porte sur des questions liées à l'identité civile (comme la liberté de changer ou pas de sexe), à la déformation de l'image par des montages ou de son usage à des fins publicitaires ou commerciales sans le consentement de la personne²³⁰⁶. Toutefois, dans la prison, ce droit peut concerner des aspects si élémentaires que le législateur n'a pas pris la peine de les réglementer tant leur considération comme des aspects relevant de la vie privée la plus stricte va de soi. Il s'agit en effet de la liberté vestimentaire (1), mais aussi de la coupe des cheveux et de l'esthétique du visage (2).

Pourtant, il a fallu attendre longtemps pour que ces aspects, si évidents du respect de la liberté de l'image, soient reconnus au détenu par certains droits pénitentiaires. Ces aspects faisaient, jusqu'à une époque encore récente, partie de la peine privative de liberté. Ils sont, selon Erving Goffman, fortement associés au processus de la dépersonnalisation et de dégradation de l'image du détenu.

1. Le choix vestimentaire

Depuis l'institution de la peine privative de liberté, le détenu a été privé de la liberté vestimentaire. Il était obligé de revêtir le costume pénal. Les raisons traditionnellement invoquées pour le justifier furent : l'hygiène, la sécurité (notamment pour pouvoir les distinguer des visiteurs), la prévention des évadements ou la facilitation de la reprise des évadés. Mais au-delà des raisons invoquées ci-dessus, le costume pénal signifiait également la dépersonnalisation des détenus : il servait d'insigne à leur nouvelle identité, celle de « détenu ». La représentation artistique du détenu par l'uniforme témoigne de la force symbolique identitaire de cet habit. L'expression « costume pénal » ne laisse pas de doutes que le port de l'uniforme était également lié à la pénalité. A ce propos, le droit français montre que cette expression était en soi significative. Le législateur français avait, lors de la réforme du droit pénitentiaire en 1975, jugé important de ne changer que la terminologie. Le décret n° 75-402 du 23 mai 1975 a remplacé l'expression de « costume pénal » par celle de « costume fourni par l'administration pénitentiaire ».

Que le port de l'uniforme constitue une atteinte à la dignité des détenus et à leur personnalité fut conscient et accepté, cela ne laisse pas de doutes si l'on tient également compte d'un autre élément. Que sa suppression ait commencé à avoir lieu lorsque l'objectif du traitement des détenus est passé de celui de la création d'un nouvel homme qui devrait se défaire de son identité passée, vers celui de non-désocialisation et de réinsertion ; réinsertion par une politique sociale, de surcroît, proposée et

²³⁰⁵. J. ROBERT, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrétien, 1993, p. 370.

²³⁰⁶. *Ibid.*, pp. 370-373.

non imposée aux détenus et pour la réussite de laquelle sont fortement sollicités le respect de la dignité et le respect de l'autonomie de la personne.

L'abandon du port obligatoire de l'uniforme pénitentiaire et la reconnaissance de *la liberté du choix des vêtements* aux détenus est en effet récente. En *droit français*, c'est en 1986 (décret du 26 février 1986) que cette liberté fut reconnue à tous les détenus. Elle est, depuis lors, insérée dans l'article D. 348 du Code de procédure pénale. Des exceptions peuvent toutefois être justifiées « pour d'impérieuses raisons d'ordre ou de propreté ». En *droit grec*, elle est reconnue depuis 1989²³⁰⁷. Elle figure actuellement dans l'article 33 du Code pénitentiaire. Il est, par ailleurs prévu, au cas où les détenus demanderaient à l'administration de leur en fournir, que les costumes « doivent ne pas être humiliants » « ni de porter des insignes susceptibles d'identifier le statut de détenu » (art. 33 C. pénit.).

Les seules restrictions vestimentaires que les détenus continuent à subir ce sont pour des raisons de sécurité et de prévention du suicide : interdiction de porter une ceinture, une cravate, des lacets, de blousons doublés etc.

Au sein de la jurisprudence européenne, le port obligatoire de costume uniforme n'est pas encore condamné. La Cour n'a pas eu à se prononcer. Mais la Commission, qui avait été saisie d'un tel grief, tout en ayant considéré cette obligation comme une ingérence à la vie privée des détenus²³⁰⁸, l'avait justifiée au regard du second paragraphe de ce même article. Pour ce faire, elle a adopté les vieux arguments précités présentés par le gouvernement défendeur, en l'occurrence le gouvernement anglais, à savoir la nécessité d'empêcher les détenus de s'évader, d'aider à les reprendre et de les distinguer des visiteurs dans l'établissement²³⁰⁹. Elle a estimé que ces motifs correspondent à ceux prévus par l'article 3 § 2 de la Convention, et en particulier à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales. Pour conclure que « cette ingérence n'était pas disproportionnée au point de mettre en cause sa nécessité dans une société démocratique²³¹⁰ ».

2. Le paraître du visage

La coupe de cheveux est un autre aspect du paraître de la personne qui, dans l'histoire pénitentiaire, est lié à la pénalité. Raser le crâne des détenus était officiellement justifié par les

²³⁰⁷ Par le Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus (art. 36 § 1).

²³⁰⁸ « L'obligation faite aux détenus de porter des vêtements constitue une ingérence dans l'exercice des droits que leur garantit l'article 8 § 1 », D 8231/78 (X/RU), 6.3.1982, DR 28, p. 64.

²³⁰⁹ Pour le gouvernement, le port des vêtements pénitentiaires était nécessaire pour « empêcher le détenu de s'évader, aider à les reprendre et pour les distinguer des visiteurs dans l'établissement », D 8231/78 (X/RU), préc., p. 63. V. aussi D 8317/78 (McFeeley/RU) préc., p. 148.

²³¹⁰ D 8231/78 (X/RU), préc., pp. 65-66; D 8317/78 (McFeeley/RU), préc., p. 148.

mêmes raisons que le port du costume pénal : propreté, hygiène et sécurité. Mais, de même que dans l'obligation de porter le costume, ces raisons n'étaient pas exclusives. Le rasage du crâne visait aussi à stigmatiser et à dépersonnaliser le détenu. Sa suppression officielle est également récente. Dans le *droit pénitentiaire grec*, comme pour le costume pénal, ce fut plus tardivement que dans le *droit pénitentiaire français*. Alors que dans ce dernier, cette coupe a été supprimée par le décret n° 75-402 du 23 mai 1975, ce n'est qu'avec l'entrée en vigueur du Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus qu'elle a disparu dans le droit pénitentiaire grec, à savoir en 1989²³¹¹.

Au regard de la Convention, le rasage du crâne fait incontestablement partie des traitements qui, sans forcément comporter une souffrance physique, peuvent constituer des traitements dégradants dès lors qu'ils portent atteinte à l'image de la personne. C'est ce qu'a jugé la Cour, en 2003, saisie pour la première fois de cette question. Cet acte a eu lieu en réaction à la commission d'une infraction disciplinaire et a accompagné la mesure de mise en isolement. Le fait qu'on lui ait rasé le crâne de force, a ceci de particulier, a noté la Cour : « Il a pour effet de modifier l'apparence d'un individu contre son gré en le privant de ses cheveux » ; et d'ajouter : « Une personne subissant pareil traitement ressent très vraisemblablement un sentiment d'infériorité lié au changement de son aspect physique contre sa volonté²³¹² ». Pour conclure que le rasage du crâne constitue, en principe, un traitement humiliant et avilissant contraire l'article 3 de la Convention²³¹³. D'autant plus qu'une personne, même détenue, peut être exposée au regard d'autrui²³¹⁴. Mais cette appréciation dépend également des motifs de cet acte. Ainsi, alors qu'il peut être justifié par des mesures d'hygiène et de santé²³¹⁵, il constitue un traitement dégradant lorsqu'il a lieu à titre de sanction ou sans aucune motivation²³¹⁶.

Le CPT considère également cette mesure comme dégradante. Ayant constaté que dans l'« ex-République yougoslave de Macédoine », les autorités pénitentiaires rasent la tête des nouveaux

²³¹¹ . Le Code pénitentiaire précédent prévoyait la coupe de cheveux à ras pour certaines catégories de détenus (vagabonds, sales, souffrants d'une maladie dermatologique) mais aussi de tous les mineurs de moins de 17 ans (art. 31 § 2).

²³¹² CEDH, *Yankov c. Bulgarie*, n°39084/97, CEDH 2003-XI, § 112.

²³¹³ *Ibid.*, § 114.

²³¹⁴ « Un détenu dont le crâne a été rasé porte pendant un certain temps la trace visible du traitement qui lui a été infligé. Celle-ci apparaît immédiatement à autrui, notamment au personnel de la prison, aux codétenus et aux visiteurs, ou encore au public si le détenu est libéré ou emmené dans un lieu public peu de temps après. L'intéressé ressent très vraisemblablement comme une atteinte à sa dignité d'avoir à exposer pareille marque », *Ibid.*, § 113.

²³¹⁵ *Ibid.*, § 115.

²³¹⁶ *Ibid.*, §§ 117-118.

pensionnaires et de ceux qui viennent d'être arrêtées après une évasion, sans motivation spéciale, il leur a recommandé d'y mettre fin²³¹⁷.

On doit mettre dans les éléments importants de la liberté de paraître également l'esthétique du visage. Il s'agit notamment de la liberté pour les hommes de porter une barbe et pour les femmes de se maquiller. En ce qui concerne ces aspects, il ne font pas l'objet d'une disposition expresse ni en droit français ni en droit grec. Mais en pratique, il semblerait qu'ils soient tolérés.

En revanche, la Commission avait estimé que la Convention ne garantit pas aux détenus le droit de porter une barbiche, serait-ce pour des raisons religieuses, en l'occurrence la demande provenait d'un détenu de confession hindoue.

Pourtant, il ne fait pas de doutes que le paraître du visage non seulement fait partie des aspects les plus élémentaires de la vie privée, mais il aide à l'équilibre et au bien être de la personne. Etant donc un élément positif dans la politique pénitentiaire visant à éviter la dépersonnalisation des détenus, au lieu d'être méprisé par les autorités pénitentiaires, celles-ci devraient au contraire stimuler les détenus d'y prêter attention. D'autant plus que les prisons étant mixtes, les détenu(e)s seraient tenté(e)s de négliger leur apparence, faute d'intérêt de plaire.

Toujours est-il que le paraître physique, et la décoration des cellules dans la mesure où la surpopulation carcérale ne l'empêche, sont les seuls aspects où les buts de la peine et la conception de l'ordre de la prison ont fléchi. Le détenu peut paraître maître de son image, au moins, de son apparence physique ; il ne doit pas être maître de son être. Son être appartient à l'institution qui le gère suivant les buts de la peine et les besoins du fonctionnement de la prison. Buts qui, avec l'examen de la surveillance de l'espace et de son corps, dessinent clairement l'essence de la peine et de l'ordre de la prison : un ordre totalitaire au service d'une peine ayant un objectif total : celui de la neutralisation du détenu pour empêcher non seulement de nuire à autrui, mais aussi de déranger l'ordre de la prison. Un ordre qui fait comprendre au détenu que la privation de sa liberté ne s'arrête pas aux murs de la prison : elle y commence. Elle est la réduction de sa vie à cet espace et surtout à cet ordre dont les règles doivent entourer sa vie comme « une ceinture invisible », selon l'expression de Danielle Loschak²³¹⁸.

Ces conceptions de la peine et de l'ordre de la prison se confirment également par la réglementation de la vie interindividuelle du détenu.

²³¹⁷ CPT/Inf (2001) 20, *Rapport de visite*, Ex-République yougoslave de Macédoine, du 17 au 27 mai, 1998.

²³¹⁸ D. LOSCHAK, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », in *Le droit et l'institution totalitaire*, Paris, PUF, 1981, pp. 176-177.

SECTION 2. LA PRISON RESTRICTIVE DE LA VIE PRIVÉE INTERINDIVIDUELLE

Avec la vie privée interindividuelle, nous passons dans la dimension du droit au respect de la vie privée où le sujet devient « nous » et vise à protéger les relations privées qu'un individu entretient ou souhaite entretenir avec autrui. La jurisprudence a expressément reconnu que ce droit comprend *le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains de toute sorte*²³¹⁹ tant affectives²³²⁰, sexuelles²³²¹ ou encore commerciales.

Quant à leur application aux détenus, la Commission, après avoir déclaré que « cet élément du concept de vie privée s'étend au domaine de la détention²³²² », a précisé que les détenus ont le *droit au lien humain tant avec le monde extérieur*²³²³, qu'avec la communauté carcérale²³²⁴.

Observons à propos de cette déclaration qu'elle est aux antipodes du système carcéral cellulaire préconisé autrefois. Rappelons-le, le rapport entre le détenu et la communauté humaine était déterminé par l'idée que le détenu exerce une influence négative sur elle et non sous l'angle inverse, à savoir que la communauté humaine exerce sur le détenu une influence positive. Plus encore, cette personne était considérée comme nuisible non seulement pour la société des honnêtes gens, mais aussi pour celle de ses semblables. C'est la réorientation de l'objectif du traitement des détenus vers celui de sa réinsertion par l'application d'une politique sociale qui a contribué à ce que les droits nationaux reconnaissent qu'au lieu de couper ou limiter les contacts humains il fallait, au contraire, les maintenir et les favoriser.

Avec l'application des droits de l'homme en prison, cet objectif est également devenu une exigence juridique. Des lois, sa réalisation n'est pas seulement un moyen de la politique de la réinsertion et ne relève plus uniquement du pouvoir discrétionnaire des autorités nationales fondé sur l'appréciation du caractère bénéfique ou pas d'un lien sur le traitement du détenu. Garantir les liens

²³¹⁹ . CEDH, *Rotaru c. Roumanie*, [GC], préc., § 43. Voir aussi, par exemple, CEDH, *Burghartz c. Suisse*, préc., § 24 ; R (Ludvig Friedl c. Autriche) n° 15225/89, 19 mai 1994, § 45 ; CEDH, *Mikulic c. Croatie*, préc., § 53 ; CEDH, *Niemietz c. Allemagne*, préc., § 29.

²³²⁰ . « Le droit au respect de la vie privée comprend également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité », D 6825/74 (X/Islande), préc., p. 86.

²³²¹ . « La vie privée... comprend la vie sexuelle », CEDH, *X. et Y. c. Pays-Bas*, préc., § 22 ; CEDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. R. U.*, préc., § 36. Voir CEDH, *Dudgeon c. R.U.*, préc., § 45, § 52 ; CEDH, *A.D.T. c. R.U.*, préc.

²³²² . « La Commission estime que cet élément du concept de vie privée s'étend au domaine de la détention et que l'interdiction faite aux requérants d'entretenir des contacts avec d'autres constitue donc, à cet égard, une ingérence dans l'exercice de leur droit à la vie privée », D 8317/78, (McFeeley/RU), 1980, DR.20, p.148.

²³²³ D 9054/80 (X/RU), préc., p. 118;

²³²⁴ D 8231/78 (T/RU), préc., D.R. 49, p. 8.

privés avec autrui est un but en soi fondé sur le respect du droit à la vie privée du détenu et de ses proches.

Ce double fondement, juridique et socio-politique, de la protection des liens humains, est en effet souligné par la jurisprudence européenne : « Il est essentiel tant à la vie privée du détenu qu'à sa réadaptation de maintenir autant que possible ses contacts avec le monde extérieur pour faciliter sa réintégration sociale après sa libération²³²⁵ ». Comme il est également souligné que, à cette fin, il incombe aux autorités pénitentiaires l'obligation positive de prendre des mesures normatives et matérielles adéquates permettant aux détenus et à leurs proches d'entretenir des contacts effectifs²³²⁶. Et les règles pénitentiaires de 2006 d'abonder dans ce sens : « Les autorités pénitentiaires doivent aider les détenus à maintenir un contact adéquat avec le monde extérieur et leur fournir l'assistance sociale appropriée pour ce faire » (24.5).

Nous allons pourtant voir que cette dimension de la vie privée des détenus devient squelettique. Alors que les hommes sont libres de choisir ceux avec qui ils souhaitent nouer des relations privées, la manière de les vivre et les moyens de les établir et de les entretenir, les détenus subissent des limitations considérables. L'établissement et l'entretien des relations humaines privées connaissent une limitation indéniable aussi bien dans les moyens que dans la qualité. C'est ce que nous allons relever en examinant, tout d'abord, l'entretien des liens privés par des moyens de communication (§ 2), et ensuite, par des contacts de proximité (§ 1).

Si les instances européennes ont affirmé que les moyens essentiels d'entretien des liens avec l'extérieur sont la *correspondance* et les *visites*²³²⁷, nous aborderons également l'usage du téléphone et les sorties des détenus qui font partie des moyens d'entretien des relations avec l'extérieur dans les droits pénitentiaires grec et français.

§ 1. LES RESTRICTIONS AU RESPECT DES RAPPORTS DE DISTANCE

Le droit à la correspondance est déterminé par trois séries d'éléments. D'abord par le type de média de communication protégé. Selon la jurisprudence européenne, sont couverts par cette notion au sens de l'article 8 de la Convention, outre la *correspondance écrite*, également les *communications téléphoniques*²³²⁸ et les *communications électroniques*²³²⁹.

²³²⁵ D 9054/80 (X/RU), 8.10.1982, D.R. 30, p. 118.

²³²⁶ D 9054/80 (X/RU), préc., p. 118,

²³²⁷ « L'administration y parvient notamment en permettant à ses amis de lui rendre visite et en l'autorisant à correspondre soit avec eux soit avec d'autres », D 9054/80 (X/RU), préc., p. 118.

²³²⁸ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, préc., § 41. Voir entre autres arrêts en la matière : CEDH, *Kruslin c. France*, n° 11801/85, 24 avril 1990, Série A n° 176-A, § 26 ; CEDH, *Malone c. R.U.*, préc., § 64 ; CEDH, *Huvig c. France*, n° 11105/84 24 avril 1990, Série A, n° 176-B, § 25 ; CEDH, *Halford c. R.U.*, n° 20605/92, 25

Le droit à la correspondance est, ensuite, déterminé par les aspects protégés lors de l'usage de ces moyens. Le droit au respect de la correspondance est entendu comme *le droit de communiquer librement et dans le secret*. Le droit de communiquer librement est entendu comme la garantie de communiquer avec toute personne, quand et autant de fois qu'on le souhaite. Cette liberté est non seulement incontestable mais semble être le seul aspect de la vie privée dont la protection est absolue, si l'on tient compte du fait que les droits nationaux n'ont ressenti le besoin de réglementer que le respect du secret. Quant à la garantie de ce dernier, son importance peut se mesurer si l'on se réfère à cette déclaration de la Cour qui l'érige en critère de différenciation de la société démocratique de l'Etat policier : « Caractéristique de l'Etat policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques », déclarait-elle dans l'arrêt *Klass et autres*²³³⁰.

En troisième lieu, ce droit est déterminé par référence au lieu ou au type d'activité dans le cadre desquels peuvent être utilisés ces moyens. Leur protection dépasse leur usage à partir du *domicile*, pour s'étendre à tout lieu privé, mais aussi aux *locaux professionnels*²³³¹, et *a priori* à tout lieu de travail et à l'égard de *tous les salariés*. Ainsi, en 2007, à l'occasion de la surveillance de l'usage de l'internet par une salariée dans une école publique, la Cour a déclaré : « Les appels téléphoniques passés depuis des locaux professionnels sont de prime abord couverts par les notions de 'vie privée' et de 'correspondance'. Il s'ensuit logiquement que les courriers électroniques envoyés depuis le lieu de travail devraient bénéficier d'une protection analogue, tout comme le devraient les renseignements provenant de la surveillance de l'utilisation personnelle d'internet²³³² ».

Quant aux types d'ingérence, il résulte de la jurisprudence européenne que constituent une ingérence, dans la *correspondance écrite* : l'interception, l'ouverture, la lecture, la censure, les retards²³³³, ou encore la divulgation du contenu, y compris dans le cadre d'un procès²³³⁴. Dans les *communications téléphoniques*, constituent une ingérence : les écoutes, leur enregistrement et leur conservation ou simplement la collecte des informations par le biais des factures détaillées permettant d'identifier les correspondants²³³⁵. Quant aux ingérences dans les communications

juin 1997, Recueil 1997-III, § 52 ; CEDH, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, n° 27671/95 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, § 42, § 47 ; CEDH, *Lambert c. France*, n° 23618/94, 4 août 1998, Recueil 1998-V, § 21.

²³²⁹ CEDH, *Copland c. R.U.*, n° 62617/00, CEDH 2007-IV, § 41.

²³³⁰ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, préc., § 45 et s.

²³³¹ A propos de l'usage du *téléphone des locaux professionnels*, CEDH, *Halford c. R.U.*, préc., § 44, § 48.

²³³² CEDH, *Copland c. R.U.*, préc., § 41.

²³³³ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc.

²³³⁴ Ainsi la production parmi les preuves dans un procès de divorce des lettres échangées entre un des époux et une tierce personne sans l'accord de ces derniers, CEDH, *N. N. et T. A. c. Belgique* (déc.), n°65097/0, CEDH 2006-II.

²³³⁵ CEDH, *Popescu c. Roumanie* (n°2), n°71525/01, CEDH 2007-IV.

électroniques et l'usage d'Internet, sont analysées comme telles : le relevé des adresses des messages électroniques ainsi que le relevé des sites web visités²³³⁶.

La protection du droit à la correspondance n'est toutefois pas absolue comme le montre cette déclaration de la Cour à propos d'une ingérence motivée par la sauvegarde de la sûreté nationale. La surveillance, y compris secrète, peut « devant une situation exceptionnelle », se révéler nécessaire dans une société démocratique. Les législateurs nationaux jouissent en la matière d'un certain pouvoir discrétionnaire. Mais loin d'être illimité, ce pouvoir doit être encadré par des garanties très strictes²³³⁷.

Dès lors, ce qui différencie une société démocratique d'un Etat policier, au regard du secret de la correspondance, sont les garanties dont sont entourées les dérogations. Celles-ci doivent être *strictement nécessaires* et être entourées des *garanties adéquates et effectives*. Eu égard à la jurisprudence corrélative des instances européennes, les Etats doivent assurer au moins les garanties suivantes : préciser les cas justifiant le recours à cette dérogation, la durée de celle-ci, les personnes susceptibles de faire objet d'un contrôle, les personnes autorisées à décider de ce contrôle et celles autorisées à l'effectuer, ainsi que les moyens mis à la disposition des intéressés pour se prémunir contre des abus, à tout le moins celui de pouvoir exercer un recours *a posteriori* devant un organe juridictionnel indépendant et impartial²³³⁸.

En matière d'écoutes téléphoniques, les exigences européennes sont encore plus strictes à cause de la complexité de ce moyen de contrôle. Doivent, de surcroît, être précisés : les numéros de téléphone susceptibles d'être mis sous surveillance ; les précautions à prendre pour communiquer, intacts et complets, les enregistrements réalisés ou les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignants les conversations interceptées ; les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdits enregistrements, notamment après un non-lieu ou une relaxe²³³⁹ ; ainsi que l'existence d'une autorité indépendante (autre que celle qui a réalisé les interceptions) pouvant attester la réalité et la fiabilité des enregistrements²³⁴⁰.

Aussi, la Cour se montre-t-elle très exigeante au regard de la prévisibilité légale des restrictions en cette matière. La violation la plus fréquente en matière d'ingérences dans le domaine des

²³³⁶ CEDH, *Copland c. R.U.*, préc., § 41.

²³³⁷ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, préc., § 49 ; CEDH, *Popescu c. Roumanie* (n°2), préc., § 68.

²³³⁸ CEDH, *Malone c. R.U.*, préc., § 80 ; CEDH, *Kruslin c. France*, préc., § 35 ; CEDH, *Huvig c. France*, préc., § 34 ; CEDH, *Popescu c. Roumanie* (n°2), préc.

²³³⁹ CEDH, *Kruslin c. France*, préc., § 35, ; CEDH, *Huvig c. France* préc., § 34 ; CEDH, *Prado Bucallo c. Espagne*, n°58496/00, CEDH 2003-II, § 30 ; CEDH, *Doerga c. Pays-Bas*, préc. « Les circonstances dans lesquelles les informations obtenues par écoutes téléphoniques pouvaient être détruites, CEDH, *Popescu c. Roumanie* (n°2), préc., §§ 72-79.

²³⁴⁰ CEDH, *Popescu c. Roumanie* (n°2), préc., §§ 80-81.

communications réside dans le manquement à la condition que toute ingérence soit « prévue par la loi »²³⁴¹.

Ne pas respecter l'ensemble de ces garanties quel que soit le but visé, c'est faire courir « le risque de saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre²³⁴² », avait déclaré la Cour dans l'arrêt *Klass*, à propos des dérogations effectuées en vue de combattre le terrorisme.

Ainsi, alors que la France, condamnée, en 1990, dans les arrêts *Kruslin* et *Huvig* pour divers manquements dans le cadre des écoutes téléphoniques, avait légiféré en la matière, elle a de nouveau été condamnée dans l'affaire *Vetter* (2005²³⁴³) à propos de la pose des micro dans un lieu privé. Ce mode de surveillance, estima la Cour, ne tombe manifestement pas sous le coup de l'article 81 et des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale qui réglementent les écoutes téléphoniques. Par ailleurs, l'article 81 n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités pouvant autoriser les écoutes des conversations privées.

L'examen du respect de la correspondance en prison présente alors un intérêt tout particulier. Etant un lieu où l'impératif du maintien de la sécurité et de l'ordre ainsi que de la prévention des infractions pénales sont en permanence mis en avant, la prison apparaît encore une fois comme le lieu de mise à l'épreuve du respect de ces limites. Enjeu d'autant plus évident que c'est à propos de cette matière que la Cour, tout en mettant fin à la théorie des « limitations implicites » à l'exercice des droits de l'homme par les détenus, a admis la justification des « ingérences plus amples à l'égard d'un détenu que d'une personne en liberté » compte tenu des « exigences normales et raisonnables de la détention²³⁴⁴ ».

Ainsi l'examen de cette matière nous offre-t-il l'occasion de déterminer l'étendue la plus ample des restrictions justifiées par la prison et en même temps de nous interroger sur la substance du droit au respect de la correspondance d'une société démocratique. Il importe de rappeler que la *sauvegarde de la substance des droits de l'homme* est la limite à ne pas dépasser dans les restrictions des droits de l'homme en toutes circonstances dans une société démocratique.

²³⁴¹ Voir entre autres : CEDH, *Malone c. R.U.*, préc., § 64 ; CEDH, *Kruslin c. France*, préc. ; CEDH, *Huvig c. France*, préc. ; CEDH, *Rotaru c. Roumanie*, [GC], préc., §§ 61-63 ; CEDH, *Prado Bucallo c. Espagne*, n°58496/00, CEDH 2003-II ; CEDH, *Popescu c. Roumanie* (n°2), préc. ; CEDH, *Copland c. R.U.*, préc., § 41 ; CEDH, *Doerga c. Pays-Bas*, préc.

²³⁴² CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, préc., § 45 et s.

²³⁴³ CEDH, *Vetter c. France*, préc.

²³⁴⁴ CEDH, *Golder, c. R.U.*, préc., § 45.

C'est en ayant à l'esprit cet enjeu que nous allons examiner l'application du droit au respect de la correspondance dans la prison, au sein de la jurisprudence européenne (A). Nous comparerons ensuite son application dans les droits grec et français (B).

A. Faiblesse de la garantie européenne dans le respect de la correspondance écrite

La jurisprudence européenne actuelle ne nous permet pas d'affirmer que l'accès aux communications téléphoniques doit être garanti aux détenus. Une décision de la Commission datant de 1997 laissait présager une telle reconnaissance en affirmant que la correspondance des détenus comprend également les communications téléphoniques²³⁴⁵. Toutefois, dans l'arrêt *A. B.* (2002), la Cour a déclaré que « l'article 8 de la Convention ne peut pas être interprété comme garantissant aux détenus le droit à des communications téléphoniques²³⁴⁶ ». C'est seulement dans le cas où les droits nationaux prévoient un tel accès que cette instance analyse les limitations comme des ingérences au regard de l'article 8 et demande à ce que les garanties du droit à la correspondance soient appliquées. Ainsi, si dans l'affaire *A. B.*, elle avait justifié les ingérences alléguées par le but de prévenir les infractions et le désordre²³⁴⁷, dans l'affaire *Doerga* (2004)²³⁴⁸ elle les a sanctionnées pour manquement de prévisibilité légale. Il s'agissait en l'occurrence de l'enregistrement et de la conservation des conversations téléphoniques d'un prisonnier à son insu par les autorités pénitentiaires dans le but de les utiliser comme moyen de preuve dans le cadre d'un procès et sans fixer un délai précis pour leur destruction²³⁴⁹.

Quant à l'accès des détenus à l'Internet, il n'a pas encore donné lieu à une jurisprudence européenne. Aussi, concernant l'examen de l'application effectif du droit à la correspondance, nous nous limiterons à celui de la correspondance écrite.

Ce qui frappe l'état actuel de la garantie de ce droit dans la prison, à l'exception du respect de la légalité (1), c'est l'extrême particularité des restrictions jugées nécessaires par la Cour par rapport à sa protection à l'extérieur : la justification des « restrictions amples », peut prendre des propositions inconcevables à l'extérieur, jusqu'à compromettre la conception même de la société démocratique. Ainsi, alors que dans nos sociétés démocratiques seule la dérogation au respect du secret peut être justifiée entouré d'un maximum de garanties, dans la prison la levée du secret peut être la règle et la correspondance peut subir des ingérences inconnues à l'extérieur. Elles peuvent aller du filtrage ou

²³⁴⁵ D 26739/95 (*Helin et autres/Finlande*), 9.4.1997.

²³⁴⁶ CEDH, *A.B. c. Pays-Bas*, n° 37328/97, CEDH 2002-I, § 92.

²³⁴⁷ *Ibid.*, § 93.

²³⁴⁸ CEDH, *Doerga c. Pays-Bas*, préc., § 43, § 51.

²³⁴⁹ *Ibid.*

des retards dans l'expédition, à la censure, l'interception²³⁵⁰ ou encore à la limitation du choix des correspondants (2).

1. La légalité des restrictions équivalente à l'extérieur

Dès le premier arrêt en la matière, l'arrêt *Silver et autres*, de 1983, qui regroupait les requêtes de sept détenus portant sur plusieurs griefs relatifs au droit au respect de la correspondance, Commission et Cour ont adopté les mêmes garanties qu'à l'extérieur concernant la condition que les restrictions doivent être « prévues par une loi ». Cette exigence de « prévisibilité légale » est, depuis lors, confortée par une jurisprudence abondante²³⁵¹, qui a précisé cette notion (a) et a donné lieu à la sanction d'un nombre de manquements (b).

a. La notion de prévisibilité

Rappelons à ce propos que la Cour entend le terme « loi » dans un sens européen autonome par rapport aux droits nationaux. Il est entendu dans un matériel et non formel²³⁵². Si bien qu'il peut englober des sources de droit autres que les textes de loi au sens de textes votés par les parlements nationaux. Il peut comporter des textes normatifs infra-législatifs²³⁵³. Peuvent ainsi en faire partie, les décrets et les règlements, ou encore la jurisprudence bien établie sur un aspect de droit. Quant aux circulaires, directives et instructions, la Cour considère qu'elles n'ont pas de force contraignante et généralement ne sont pas publiées pour répondre à l'exigence de l'accessibilité de la loi²³⁵⁴. Notons toutefois que dans l'arrêt *Campbell*²³⁵⁵ elle avait admis que les instructions constituent une loi dès

²³⁵⁰ R 13303/88, (M/Italie), 20.2.1992, § 61 ; La possibilité d'envoyer des lettres est un aspect protégé par le droit à la correspondance.

²³⁵¹ Voir entre autres tous les arrêts concernant la visa de censure en droit italien : CEDH, *Domenichini c. Italie*, n° 15943/90, 15 nov. 1996, Recueil 1996-V ; CEDH, *Calogero Diana c. Italie*, n° 15211/89, 15 nov.1996, Recueil 1996-V ; CEDH, *Nicoli c. Italie*, n° 26161/95, CEDH 2001-I, § 44 ; CEDH, *Messina* (n° 3), c. *Italie* n° 35993/96, CEDH 2002-X, § 28 ; CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 81 ; CEDH, *Di Giovanni c. Italie*, n° 39920/98, CEDH 2001-VII, § 26 ; CEDH, *Rinzivillo c. Italie*, n° 31543/96, CEDH 2000-XII, § 30 ; CEDH, *Labita c. Italie*, [GC], préc., §§ 175-185. Voir aussi les arrêts : CEDH, *Petra c. Roumanie*, n° 27273/95 23 sept.1998, Recueil 1998-VII ; CEDH, *Peers c. Grèce*, préc. ; CEDH, *Niebdala c. Pologne*, préc. ; CEDH, *Lavents c. Lettonie*, n° 50442/00, CEDH 2002-XI ; CEDH, *Copland c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Ciorap c. Moldova*, préc. ; CEDH, *Frerot c. France*, préc.

²³⁵² CEDH, *Niebdala c. Pologne*, n° 7915/95, CEDH 2000-VII, § 79. Voir aussi « La Cour rappelle que les mots 'prévue par la loi' signifient en premier lieu que la mesure incriminée doit avoir une base en droit interne, qu'elle entend le terme 'loi' dans son acception matérielle plutôt que formelle, et qu'elle y a inclus des textes de rang 'interlégislatif' édictés par les autorités compétentes en vertu d'un pouvoir normatif délégué », CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 57.

²³⁵³ CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., § 135 ; CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 57.

²³⁵⁴ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 86, § 87. Les circulaires ne sont rien de plus que des instructions de service adressées, en vertu de son pouvoir hiérarchique, par une autorité administrative supérieure à des agents subordonnés, a souligné la Cour dans l'arrêt *Poltoratski c. Ukraine*, préc., §§ 158-162 ; « selon la Cour, on ne saurait voir dans un texte de cette nature, édicté en dehors de l'exercice d'un pouvoir normatif, la 'loi' à laquelle renvoie l'article 8 de la Convention notamment », CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 59.

²³⁵⁵ CEDH, *Campbell c. R.U.*, 25 mars 1992, Série A n° 233, § 59.

lors qu'elles sont publiées et sont donc accessibles aux intéressés. En revanche, dans l'arrêt *Petra*, cette instance avait écarté du champ de la loi en droit hongrois, le règlement pénitentiaire du fait qu'il n'est pas publié²³⁵⁶.

On en déduit que les critères déterminants sont : le caractère normatif du texte, le pouvoir de son auteur (celui-ci doit être investi d'un pouvoir d'élaborer un tel texte) et sa publication. Mais au-delà de la nature du texte, la Cour accorde beaucoup d'importance à l'accessibilité et à la qualité de la loi pour que celle-ci soit compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention²³⁵⁷. Pour en être ainsi, il faut que trois autres conditions soient remplies.

Publicité du texte. Toute personne concernée et intéressée doit pouvoir avoir accès aux textes réglementant l'exercice des droits fondamentaux. Ainsi, les textes non publiés ne répondent pas à cette qualité, comme l'exemple du règlement pénitentiaire mentionné dans l'affaire *Petra*²³⁵⁸.

Contenu clair, précis et détaillé concernant les limitations. Accessibilité et prévisibilité de la loi, signifient aussi que le type de limitations, les motifs, l'étendue, la durée doivent y être précisés. C'est ce que la Cour réitère inlassablement : « On ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant des conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé²³⁵⁹ ». Aussi, à propos de la surveillance des communications téléphoniques des détenus, la Cour a estimé que la loi doit préciser les circonstances dans lesquelles ces conversations peuvent être surveillées, enregistrées et conservées et quelles procédures à observer²³⁶⁰. L'énoncé que les autorités peuvent les conserver « le temps que le danger existe », ne constitue pas une précision conforme à la sécurité juridique²³⁶¹.

Détermination du pouvoir d'appréciation conféré par la loi à l'autorité de la réglementation. La prévisibilité légale, et donc la sécurité juridique, exigent qu'une « loi conférant un pouvoir

²³⁵⁶ CEDH, *Petra c. Roumanie*, préc., §38.

²³⁵⁷ R 27273/95 (*Petra/Roumanie*), 30.10.1997, § 55 ; CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 90 ; CEDH, *Golder, c. R.U.*, préc., § 34 ; CEDH, *Niebdala c. Pologne*, préc., § 79 ; CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 57.

²³⁵⁸ CEDH, *Petra c. Roumanie*, préc., § 38.

²³⁵⁹ Entre autres : CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., §§ 87-88 ; CEDH, *Domenichini c. Italie*, préc., § 33 ; CEDH, *Calogero Diana c. Italie*, préc. ; CEDH, *Petra c. Roumanie*, préc., § 38 ; CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc. ; CEDH, *Niebdala c. Pologne*, préc., § 79 ; Voir CEDH, *Frerot c. France*, préc. ; CEDH, *Cotlet c. Roumanie*, n°38565/97, CEDH 2003-VI, § 35. En revanche, « la prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé », CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., § 135.

voir, notamment, CEDH, *Tolstoy Miloslavsky c. R. U.*, 13 juillet 1995, Série A n° 316-B, § 37 ; CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, 25 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 37.

²³⁶⁰ CEDH, *Doerga c. Pays Bas*, préc., § 52.

²³⁶¹ *Ibid.*, § 53.

d'appréciation (aux autorités) doit en fixer la portée²³⁶² ». Ce qui ne signifie certes pas, précisa la Cour que la loi doit assurer une « certitude absolue » sur les limites de ce pouvoir²³⁶³. Cela signifie que la loi doit user de termes clairs pour indiquer à tous, en quelles circonstances et sous quelles conditions, la puissance publique est habilitée à opérer des atteintes à ces droits²³⁶⁴ ».

b. L'application de la prévisibilité légale

Ainsi la jurisprudence européenne a jugé que des termes vagues utilisés pour retenir les lettres, l'absence de distinction entre différents types de correspondance, l'absence de détermination du pouvoir de l'autorité chargée de réglementer la correspondance, les dérogations au régime ordinaire de la correspondance sans précision des motifs et de la durée, et l'absence de recours prévu contre les ingérences en matière de correspondance, peuvent constituer autant de raison compromettant la prévisibilité légale. Plus précisément, les instances européennes ont sanctionné les manquements suivants.

Énoncé de l'exercice du droit de la correspondance en termes généraux. La Cour a, par exemple, jugé que le droit roumain qui se contente d'énoncer que les détenus condamnés ont droit de recevoir et d'envoyer du courrier, est à l'évidence loin de répondre aux exigences d'une précision et donc d'une limitation du pouvoir réglementaire laissé aux autorités pénitentiaires²³⁶⁵. De même, laisser au directeur d'une prison le pouvoir de déterminer la notion même de correspondance privée en se référant, de surcroît, à son contenu, constitue un pouvoir très large²³⁶⁶.

Terminologie insuffisamment précise pour intercepter les lettres. La Cour a jugé que constitue certainement une telle terminologie celle du régime de contrôle de la correspondance, en droit polonais, qui prévoit la possibilité de la censure de tout type de courrier sans distinction aucune, et sans précision de l'étendue de la censure²³⁶⁷, mais également l'expression « lettres répréhensibles » utilisée en droit anglais pour intercepter les lettres des détenus²³⁶⁸.

²³⁶² CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 88.

²³⁶³ *Ibid.* « Il est impossible d'arriver à une certitude absolue dans sa rédaction », CEDH, *Di Giovanni c. Italie*, préc., § 26. Voir aussi CEDH, *Calogero Diana c. Italie*, préc., § 32.

²³⁶⁴ CEDH, *Petra c. Roumanie*, préc., § 38 ; CEDH, *Domenichini c. Italie*, préc., § 33 ; CEDH, *Calogero Diana c. Italie*, préc. § 33 ; CEDH, *Niebdala c. Pologne*, préc., § 79. ; CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., § 135.

²³⁶⁵ CEDH, *Petra c. Roumanie*, préc., §§ 38-39.

²³⁶⁶ A propos d'une circulaire en droit français qui exclut de la correspondance des détenus celle dont le « contenu ne concerne pas spécifiquement et exclusivement le destinataire ». La Cour a déclaré : « Il en résulte que le contenu de la correspondance dont il est question est sans pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer si une mesure restrictive est constitutive d'une 'ingérence' (ce qu'illustre au demeurant l'arrêt *A c. France* du 23 novembre 1993, série A n° 277-B, §§ 35-37) : pour qu'il en aille de la sorte, il suffit qu'il y ait immixtion dans une communication privée », CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 54.

²³⁶⁷ CEDH, *Niebdala c. Pologne*, préc., §§ 79-82.

²³⁶⁸ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 91.

Absence de distinction entre différents types de correspondance et absence de détermination du pouvoir de l'autorité chargée de réglementer la correspondance. Dans l'affaire *Petra*, qui concernait l'ouverture du courrier avec la Commission (et des retards dans son acheminement, souvent plus d'un mois à cause de sa transmission préalable au service pénitentiaire central à Bucarest), la Cour avait, entre autre, noté que le droit roumain, d'une part, ne fait aucune distinction dans la réglementation de la correspondance des détenus avec la famille, les amis, les avocats et les autorités²³⁶⁹ et, d'autre part, laisse au directeur le pouvoir d'apprécier si le contenu du courrier est « approprié à la rééducation du détenu et la décision de le retenir »²³⁷⁰. Ces dispositions laissant aux autorités nationales une « très grande latitude », n'assurent pas aux détenus le « degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique²³⁷¹ ».

Dérogations au régime ordinaire de la correspondance sans précision des motifs et de la durée. C'est dans une série d'arrêts rendus contre l'Italie concernant la correspondance soumise à la « visa de censure » (un régime dérogatoire appliqué à certaines personnes détenus pour des activités mafieuses²³⁷²), que la Cour a estimé que l'expression « prévue par la loi » signifie non seulement que la loi doit prévoir le type d'ingérence en termes précis et le type de correspondance ou la catégorie des détenus concernés, mais également qu'elle doit prévoir *la durée et les motifs* qui peuvent justifier une ingérence. La Cour a estimé que la loi italienne, en se bornant à identifier la catégorie des personnes dont la correspondance peut être contrôlée et l'autorité qui peut décider un tel contrôle, « laisse aux autorités une très grande latitude²³⁷³ ». Dans l'arrêt *Lavents*, elle en a jugé de même, ayant relevé que la loi lettone ne contente d'identifier les infractions qui peuvent donner lieu à l'application d'un régime dérogatoire et de désigner l'autorité sans préciser la durée ni prévoir de recours²³⁷⁴.

Droit de recours effectif. La prééminence du droit exige également d'assurer *a posteriori* un contrôle pour prémunir les individus contre d'éventuels abus du pouvoir : « L'un des principes sous-jacents à la Convention, la prééminence du droit, veut qu'une immixtion des autorités dans les droits

²³⁶⁹ R 27273/95 (*Petra/Roumanie*) 30.10.1997, § 61.

²³⁷⁰ *Ibid.*

²³⁷¹ CEDH, *Petra c. Roumanie*, préc., §§ 38-39.

²³⁷² « Visa de censure » signifie que le juge d'instruction, durant l'instruction de l'affaire, ou le JAP, après la condamnation, peuvent, par acte motivé, autoriser le contrôle de la correspondance des détenus, y compris avec les avocats et la Cour. En cas d'interception, le détenu doit en être informé.

²³⁷³ CEDH, *Domenichini c. Italie*, préc., § 32 ; CEDH, *Calogero Diana c. Italie*, préc., § 32 ; CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 81 ; CEDH, *Di Giovanni c. Italie*, préc., § 26 ; CEDH, *Rinzivillo c. Italie*, préc., § 30 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., §§ 175-185) ; CEDH, *Musumeci c. Italie*, n°33695/96, CEDH 2005-I, § 57.

²³⁷⁴ CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., §§ 136-137.

d'un individu puisse subir un contrôle efficace », au sens du droit au recours national effectif prévues par l'article 13 de la Convention²³⁷⁵.

2. La nécessité démocratique sensiblement plus large qu'à l'extérieur

L'appréciation de la nécessité des restrictions de la correspondance des détenus est dominée par une double considération du statut de détenu. Son statut est pris en compte, d'un côté, comme facteur accentuant l'importance de la correspondance écrite aussi bien pour la personne que pour la société : « Pour mesurer le degré tolérable, il ne faut pas oublier que la possibilité d'écrire et de recevoir des lettres représente parfois, pour le détenu, le seul lien avec le monde extérieur²³⁷⁶ ». Lien qui est également important pour la réinsertion du détenu : « Il faut rechercher un équilibre entre la nécessité de réinsérer le détenu et les intérêts de l'ordre public et de la sécurité²³⁷⁷ ».

Mais le statut de détenu est, d'un autre côté, pris en compte comme facteur justifiant des restrictions plus amples qu'à l'extérieur : « Les exigences normales et raisonnables de la détention » justifient des « ingérences plus amples à l'égard d'un détenu que d'une personne en liberté »²³⁷⁸. Et c'est plutôt ce dernier trait qui caractérise la garantie de la correspondance des détenus. Alors que les ingérences dans l'exécution de ce droit dans une société démocratique ne peuvent concerner que le secret de la correspondance, dans la prison elle s'étend au-delà de la violation du secret (a), pour prendre la forme de la censure, propre à l'exercice de la liberté d'expression publique au sens de l'article 10 de la Convention (b), ou encore pour prendre la forme des limitations dans le choix des correspondants (c).

a. Justifications de violation du secret

Ce qui caractérise la garantie européenne de la correspondance des détenus est l'absence de la garantie du secret à l'exception de la correspondance avec les autorités, y compris avec les organes de la Cour, et de la correspondance couverte par le secret professionnel, au moins celle avec les avocats. Alors que le contrôle de cette deuxième catégorie de correspondance ne peut avoir lieu qu'à titre dérogatoire, celui de la correspondance strictement privée peut être systématique au point de constituer la règle.

La levée du secret : un « contrôle normal » de la correspondance privée des détenus

²³⁷⁵ Voir entre autres, CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 90 ; CEDH, *Frerot c. France*, préc., §§ 63-66.

²³⁷⁶ CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 45 ; CEDH, *Erdem c. Allemagne*, préc., § 61 ; CEDH, *A. B. c. Pays-Bas*, préc., § 90 ; CEDH, *Ekinici et Akalin c. Turquie*, n° 77097/01, CEDH 2007-III, § 44.

²³⁷⁷ D 7291/75, 7365/76, 8574/79, 8991/80, 9198/80 9551/80 (*Farrant, Gleaves, Costello, Smith, Stevens, et Grace/RU*), Résolution DH(87)3, 12.2.1987, p. 28.

²³⁷⁸ CEDH, *Golder, c. R.U.*, préc., § 45.

Les restrictions dans l'application des droits de l'homme en prison plus amples qu'à l'extérieur sont traduites en matière de correspondance privée intime par l'acceptation d'emblée d'un « contrôle normal » conforme à la Convention. Tout en analysant la lecture et l'ouverture des lettres comme des « ingérences », au sens de l'article 8²³⁷⁹, la Cour estime qu'en recherchant si une ingérence dans l'exercice du droit d'un condamné détenu au respect de sa correspondance est « nécessaire » à la poursuite de l'un des buts énumérés à l'article 8 §2, il y a lieu d'avoir égard aux « exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement²³⁸⁰ ». Par conséquent, « elle reconnaît en effet qu'un contrôle de la correspondance des détenus se recommande et ne se heurte pas en soi à la Convention²³⁸¹ ». Contrôle qui, ultérieurement allait être consacré en termes de « contrôle normal²³⁸² ». C'est-à-dire qu'il est considéré d'emblée comme nécessaire.

Ainsi dans l'affaire *Boyle et Rice* à propos de la *lecture* et la *filtration* de la correspondance dont se plaignaient les requérants (le père et son fils détenu) cette instance a estimé que « nulle allévation défendable de violation de l'article 8 ne se trouve établie de ces chefs²³⁸³ ». Elle a confirmé cette jurisprudence dans l'arrêt *Doerga*, à propos de tout type de communication : « Eu égard aux exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement, il peut être nécessaire de surveiller les contacts d'un détenu avec l'extérieur, y compris téléphoniques »²³⁸⁴.

Toutefois si le droit national prévoit le respect du secret, la Cour exige alors que les garanties de l'article 8 de la Convention soient respectées. Ainsi, si un droit national prévoit que l'ouverture des lettres doit avoir lieu sur autorisation d'un juge, ne pas respecter cette condition est contraire à la Convention²³⁸⁵.

La levée du secret dans la correspondance avec les avocats et les autorités : un contrôle à justifier

Contrairement à la correspondance strictement privée, celle avec la Cour, les avocats et les autorités diverses jouit de la protection contre toute forme de contrôle. L'ouverture et la lecture du

²³⁷⁹ Dans l'exercice du droit de ces derniers au respect de celle-ci, voir, par exemple : CEDH, *Calogero Diana c. Italie*, préc. § 28 ; CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 53.

²³⁸⁰ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 98 ; CEDH, *Golder, c. R.U.*, préc., § 45 ; CEDH, *Ekinçi et Akalın c. Turquie*, préc., § 44.

²³⁸¹ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 98 ; CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc., § 62 ; CEDH, *Erdem c. Allemagne*, préc., § 61 ; CEDH, *Ekinçi et Akalın c. Turquie*, préc., § 44 ; CEDH, *Doerga c. Pays Bas*, préc., § 53 ; CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 56.

²³⁸² CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc., § 62.

²³⁸³ *Ibid.*, §§ 61-62.

²³⁸⁴ CEDH, *Doerga c. Pays Bas*, préc., § 53.

²³⁸⁵ Par exemple, s'il est prévu que l'ouverture des lettres doit avoir lieu sur autorisation d'un juge, le manquement à cette condition est considérée comme non prévue par la loi, CEDH, *Ciorap c. Moldova*, préc., §§ 103-104.

courrier sont analysées comme des ingérences et soumises alors au contrôle de la conformité européenne.

Cela dit, la reconnaissance du respect du secret de la correspondance avec les instances européennes fut tardive. Dans sa jurisprudence antérieure à l'affaire *Campbell*, la Commission considérait que cette ingérence n'était pas contraire à la Convention européenne, sauf si les requérants démontraient qu'elle était préjudiciable à l'effectivité du recours européen. Saisie de cette affaire, la Cour a, dans son arrêt rendu en 1992²³⁸⁶, souligné l'importance de la confidentialité de ce type de correspondance. Son respect est depuis lors, devenu la règle²³⁸⁷.

C'est dans cette même affaire que la Cour a étendu la protection de la confidentialité aux contacts avec l'avocat. « Le principe de confidentialité est inhérent aux rapports entre avocat et client²³⁸⁸ ». Il touche directement les droits de la défense²³⁸⁹ et, par conséquent, il fait partie des « exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique²³⁹⁰ ». Cette correspondance bénéficie alors d'un régime privilégié au sein de l'article 8²³⁹¹. Autrement l'assistance d'un avocat perdrait beaucoup de son utilité²³⁹².

Toutefois la garantie de la confidentialité de la correspondance avec les avocats et la Cour pour être importante dans une société démocratique n'est pas absolue. Elle peut exceptionnellement être dérogée pour abus du privilège du secret. « Une dérogation à ce principe ne peut être autorisée que dans des cas exceptionnels et doit s'entourer de garanties adéquates et suffisantes contre les abus²³⁹³ ».

En effet, la Cour accepte des dérogations qui peuvent aller de la simple ouverture des lettres, jusqu'à leur lecture. Ce qui caractérise son raisonnement est la distinction entre les motifs et les raisons exigés pour justifier l'ouverture d'une lettre et celles pour justifier sa lecture.

²³⁸⁶ CEDH, *Campbell c. R.U.*, préc., § 62.

²³⁸⁷ CEDH, *Peers c. Grèce*, préc., § 84 ; CEDH, *Valašinas c. Lituanie*, préc., § 129 ; CEDH, *Rehbock c. Slovaquie*, préc., § 99.

²³⁸⁸ CEDH, *Campbell c. R.U.*, préc., § 47

²³⁸⁹ CEDH, *Erdem c. Allemagne*, préc., § 65.

²³⁹⁰ CEDH, *S. c. Suisse*, nos 12629/87, 13965/88, 28 nov.1991, Série A n° 220, § 48.

²³⁹¹ CEDH, *Campbell c. R.U.*, préc., § 46. Dans un arrêt précédent (CEDH, *Schönenberger et Durmaz c. Suisse*, n° 11368/85, 20 juin 1998, Série A n° 137, § 29), la Cour avait condamné l'interception de la lettre adressée à un avocat mais non son ouverture.

²³⁹¹ CEDH, *Erdem c. Allemagne*, préc., § 65.

²³⁹² CEDH, *Campbell c. R.U.*, préc., § 46.

²³⁹³ CEDH, *Erdem c. Allemagne*, n° 38321/97, CEDH 2001-VII, § 65.

L'ouverture des lettres ne peut avoir lieu que pour *des motifs plausibles et des raisons impérieuses*. Le critère fondamental pour justifier le recours à l'ouverture d'une lettre est en effet l'existence de « motifs plausibles » donnant à penser qu'il y figure « un élément illicite, non révélé par les moyens normaux de détection²³⁹⁴ ». Ce critère doit, comme celui de « la plausibilité des soupçons » utilisé dans l'interprétation de l'article 5 §1, al.c de la Convention (relative à la protection de la liberté contre des arrestations arbitraires)²³⁹⁵, être interprété de manière à ne pas porter atteinte à la substance du droit en cause²³⁹⁶. Aussi, son sens est à son tour précisé par l'application des sous-critères suivants : *insuffisance d'une simple éventualité d'abus*²³⁹⁷ ; *persuasion d'un observateur objectif d'abus du secret*²³⁹⁸ ; *prise en compte de l'ensemble des circonstances*²³⁹⁹.

En plus de la plausibilité d'abus du secret de la correspondance, il faut démontrer que celui-ci fasse encourir à la prison un *risque d'une certaine gravité*. Et entre le risque à éviter et le respect de la correspondance à protéger, le dernier pèse plus lourd dans la balance. Ainsi, concernant la correspondance échangée avec les avocats et la Cour, cette dernière a estimé que les autorités pénitentiaires doivent accepter l'existence d'un *risque négligeable* : Ce risque ne s'accommode pas avec la notion de « raison impérieuse²⁴⁰⁰ ». Soulignons à propos du *risque négligeable d'abus du secret* qu'il semble bien, au regard de l'ensemble de la jurisprudence européenne, être le seul pour lequel les instances européennes dérogent à la justification de la pansurveillance des détenus.

La lecture des lettres ne peut avoir lieu que pour *des motifs et des raisons exceptionnels*. Passer de la simple ouverture de la lettre à sa lecture constitue une ingérence aggravée qui, selon les instances européennes, ne peut être justifiée que « dans des cas exceptionnels, si les autorités ont lieu de croire à un abus de privilège en ce que le contenu de la lettre menace la sécurité de l'établissement ou d'autrui ou revêt un caractère délictueux d'une autre manière²⁴⁰¹ ». Afin de respecter la limite

²³⁹⁴ CEDH, *Campbell c. R.U.*, préc., § 47. Voir CEDH, *Peers c. Grèce*, préc., § 84.

²³⁹⁵ La Cour, en interprétant cette disposition de la Convention, avait déclaré que « la "plausibilité" des soupçons sur lesquels doit se fonder une arrestation constitue un élément essentiel de la protection par l'article 5 §1, al.c de la Convention contre les privations de liberté arbitraires » ; que « l'existence de soupçons plausibles présuppose celle de faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction » ; et que « ce qui peut passer pour "plausible" dépend toutefois de l'ensemble des circonstances », CEDH, *Fox, Campbell et Hartley c. R.U.*, nos 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30 août 1990, Série A, n° 182, § 32.

²³⁹⁶ CEDH, *Campbell c. R.U.*, préc., § 47 ; CEDH, *Fox, Campbell et Hartley c. R.U.*, préc., § 32.

²³⁹⁷ « Une simple éventualité d'abus ne suffit pas à constituer un critère suffisant pour ouvrir la lettre », CEDH, *Campbell c. R.U.*, préc., § 52.

²³⁹⁸ « Elle présuppose des faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'on abuse de la voie privilégiée de communication », *Ibid.*

²³⁹⁹ « La plausibilité des motifs dépend de l'ensemble des circonstances », *Ibid.*, § 48.

²⁴⁰⁰ « Le risque de voir fabriquer des faux papiers à l'en-tête de la Commission, afin d'introduire en prison des objets ou messages prohibés, est si négligeable qu'il faut l'écarter », *Ibid.*, § 62. Comme, il est négligeable le risque d'introduire des substances interdites dans la prison, CEDH, *Peers c. Grèce*, préc., § 84. Voir CEDH, *Rehbock c. Sloveenie*, préc., § 99.

²⁴⁰¹ CEDH, *Campbell c. R.U.*, préc., § 47, § 62 ; CEDH, *Erdem c. Allemagne*, préc., § 61.

entre l'ouverture de la lettre et sa lecture, ces instances estiment que, par exemple, la présence du détenu peut constituer une garantie²⁴⁰².

Le principe du secret est également reconnu à d'autres autorités, comme les médiateurs (ou ombudsman)²⁴⁰³, les parlementaires et les ministres²⁴⁰⁴. On peut s'interroger sur l'allongement de cette liste. Mais, c'est aller à l'encontre du principe qui doit régir le raisonnement sur le respect des droits de l'homme dans la société démocratique : celui-ci ne cherche pas à justifier l'intérêt de leur respect mais celui de la nécessité de leurs limitations.

b. Justification de la censure

La censure, étant une ingérence propre à l'exercice de la liberté d'expression, sa justification dans la correspondance devrait être inconcevable. Or la jurisprudence européenne ne l'interdit pas. Elle la soumet simplement à la preuve de sa nécessité dans une société démocratique. La Commission a seulement déclaré à propos de la preuve de sa nécessité que « ce principe, énoncé en matière de restrictions apportées à une publication, n'en est que plus valable s'agissant d'une limitation imposée à une lettre personnelle au sens de l'article 8 de la Convention²⁴⁰⁵ ».

La censure ainsi justifiée dans la jurisprudence européenne peut donner lieu à l'effacement des passages critiques mais aussi à la *saisie au courrier*. Cette dernière ingérence n'est pas non plus considérée comme contraire à la Convention : « Les autorités de contrôle de la correspondance doivent se voir aussi accorder le droit de saisir toute la correspondance susceptible de menacer le bon ordre de l'établissement » déclarait la Cour dans l'arrêt *Schönenberger et Durmaz*²⁴⁰⁶.

Pour l'instant, seule la *censure répétée et sévère* est considérée comme non conforme à la Convention²⁴⁰⁷. La sévérité de la censure est appréciée par l'application du critère de *contenu répréhensible* au regard du but de la détention et du maintien du bon ordre de l'établissement.

Censure justifiée

²⁴⁰² « Il y a lieu de fournir des garanties appropriées pour en empêcher la lecture, par exemple, l'ouverture de l'enveloppe en présence du détenu », CEDH, *Campbell c. R.U.*, préc., § 48.

²⁴⁰³ CEDH, *Niebdala c. Pologne*, préc., § 81.

²⁴⁰⁴ *Faulkner C. R.U.*, n° 37471/97, CEDH 2002-VI.

²⁴⁰⁵ R 10802/84 (*Heinrich Pfeifer, Margit Plankl/Autriche*) 11.10.90, § 109.

²⁴⁰⁶ CEDH, *Schönenberger et Durmaz c. Suisse*, préc., § 19.

²⁴⁰⁷ « La censure du courrier à plusieurs reprises ainsi que les propos censurés dans le cas de certaines lettres avait constitué une violation du droit au respect de la correspondance », CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 98.

Seulement deux types de propos ont, à ce jour, été considérés dans la jurisprudence européenne, comme constitutifs de contenu répréhensible : *l'usage d'un langage ordurier accompagné des menaces* mettant en cause la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales²⁴⁰⁸ et *des instructions relatives à l'exercice de l'activité professionnelle à l'origine de la condamnation du détenu*. La Cour a, par exemple, justifié l'interception des lettres d'un détenu condamné pour escroquerie, dans lesquelles il donnait des ordres pour une transaction commerciale²⁴⁰⁹.

Censure injustifiée

A part la condamnation par la Cour de l'interception d'une lettre expédiée par un journaliste à un détenu, contenant copie d'un article paru sur ce dernier²⁴¹⁰, la jurisprudence européenne a reconnu aux détenus le droit de commenter *les conditions de détention*. Selon la Commission, les restrictions qui tentent d'empêcher les détenus de s'exprimer sur leurs conditions de vie sont des « restrictions excessives non nécessaires dans une société démocratique... à la défense de l'ordre »²⁴¹¹. La Cour a statué dans le même sens au sujet de l'interception de plusieurs lettres : une lettre adressée par un détenu à son solicitor et à un député au motif qu'elle contenait des critiques sur les conditions de détention en général²⁴¹² ; une lettre adressée au Procureur au motif qu'elle visait à susciter une agitation ou pétition publique²⁴¹³ ; ainsi qu'une lettre expédiée à un détenu par son représentant au motif qu'elle contenait copie des lettres adressées par ce dernier à la direction générale de l'administration pénitentiaire, dénonçant le fonctionnement des prisons²⁴¹⁴.

Les détenus ont également droit de commenter *le comportement du personnel*. La Commission avait considéré comme non nécessaire la censure de la lettre d'une détenue au motif qu'elle avait écrit que « les hommes sont soumis à l'observation indécente du personnel masculin de la prison »²⁴¹⁵. Quant à la Cour, elle a sanctionné l'interception d'une lettre, destinée au Procureur (Procurator Fiscal) au motif qu'elle contenait des commentaires sur des voies de fait commises sur des détenus²⁴¹⁶.

²⁴⁰⁸ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 103.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*, § 101.

²⁴¹⁰ CEDH, *McGallum c. R.U.*, 30 août 1990, Série A, n°183, §10, § 28, § 31.

²⁴¹¹ D 7291/75, 7365/76, 8574/79, 8991/80, 9198/80 9551/80, (*Farrant, Gleaves, Costello, Smith, Stevens et Grace/RU*), préc., p. 29.

²⁴¹² CEDH, *McGallum c. R.U.*, préc., § 31.

²⁴¹³ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 99.

²⁴¹⁴ CEDH, *McGallum c. R.U.*, préc., §10, § 28, § 31.

²⁴¹⁵ R 10802/84 (Heinrich Pfeifer et Margit Planki/Autriche), préc., p. 18.

²⁴¹⁶ CEDH, *McGallum c. R.U.*, préc., §10, § 28, § 31.

Les détenus ont droit d'utiliser une certaine liberté de ton. La Commission avait précisé que les détenus ont, non seulement, le droit de commenter les conditions de détention et le comportement du personnel, mais aussi de le faire en des termes librement choisis, y compris « énergiques » : « Le recours à un langage énergique peut être un moyen d'exprimer sa désapprobation d'un comportement particulier et ne devrait être restreint que lorsque les termes employés sont disproportionnés à l'objet légitime de la critique voulue²⁴¹⁷ ». Ainsi, les expressions « tas de singes » ou « voyeurs » auxquels une requérante a eu recours en parlant des surveillants, cette instance avait estimé qu'« ils ne sauraient être totalement disproportionnés à la critique qu'elle voulait exprimer », et que cela peut être expliqué « par un accès émotionnel de la requérante face à une situation qu'elle estimait sérieuse²⁴¹⁸ ».

La Cour a également eu l'occasion de juger qu'était injustifiée l'interception de lettres privées « visant à attirer le mépris sur les autorités » ou « usant de « termes délibérément injurieux pour les autorités pénitentiaires »²⁴¹⁹. Elle en a jugé de même s'agissant de l'interdiction des allégations dirigées contre les membres du personnel pénitentiaire²⁴²⁰.

Liberté d'expression, censure et délit de diffamation. La Commission avait même franchi un pas important dans la libération de l'expression des détenus en mettant en cause la légitimité du motif, communément admis par les droits pénitentiaires, celui de la protection de la réputation du personnel. Du fait que des atteintes à la réputation d'autrui constituent l'infraction pénale de diffamation, il est admis que la censure des lettres des détenus est pleinement justifiée dès lors qu'elle vise à prévenir la commission d'une telle infraction²⁴²¹. Saisie des requêtes corrélatives, la Commission avait enfin corrigé le cadre légal dans lequel la question de la compatibilité entre liberté d'expression des détenus dans leur correspondance et la préservation de la réputation du personnel de la prison doit être posée : elle a démontré l'absurdité du raisonnement des Etats selon lequel les détenus commettent le délit de diffamation en formulant certaines critiques à l'égard des membres du personnel pénitentiaire ou d'autres personnes. Cette instance avait, à juste titre, observé qu'une telle infraction, comportant par essence un aspect public, ne peut pas être commise par un moyen de communication privé²⁴²². Elle faisait partie de la correspondance privée, et seul un ami intime de la

²⁴¹⁷ R 10802/84 (Heinrich Pfeifer et Margit Planki/Autriche), préc. ; V. aussi R 9815/82 (Lingens/Autriche), 11 10.84, § 81.

²⁴¹⁸ R 10802/84 (*Heinrich Pfeifer et Margit Planki/Autriche*), préc., § 109.

²⁴¹⁹ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 64, § 99.

²⁴²⁰ *Ibid.*, § 91, § 99. Voir aussi, CEDH, *Ekinici et Akalin c. Turquie*, préc., § 47.

²⁴²¹ R 10802/84 (*Heinrich Pfeifer et Margit Planki/Autriche*), préc., p. 16.

²⁴²² Elle faisait partie de la correspondance privée, et seul un ami intime de la requérante était supposé la lire » ; en conséquence, la Commission « ne peut estimer que la censure était une mesure nécessaire pour pouvoir justifier le soupçon d'une infraction, qui par nature, ne peut être commise que publiquement », *Ibid.*, pp. 16-17. La requête n° 22686/93 (W. Stürm/Suisse) déclarée recevable par la Commission le 30.11.1994,

requérante était supposé la lire » ; en conséquence, la Commission « ne peut estimer que la censure était une mesure nécessaire pour pouvoir justifier le soupçon d'une infraction, qui par nature, ne peut être commise que publiquement ».

On aurait, en effet, trop exagéré la dérogation déjà admise au regard du respect de la correspondance des détenus par son contrôle et sa censure, pour y ajouter une infraction pénale spéciale commise par les détenus. La Cour, saisie d'une question relative à la liberté du détenu d'utiliser des propos insultants à l'encontre d'un magistrat dans une lettre adressée à un procureur, a justifié cette restriction au regard de l'article 10. Mais elle ne l'a pas abordée également sous l'article 8 de la Convention sous lequel elle aurait peut-être dû être abordée.

Notons à propos de la censure et de la rétention du courrier des détenus que, les résultats d'un questionnaire sur le respect de la vie privée des détenus dans les Etats membres du Conseil de l'Europe²⁴²³, montrent que ces deux ingérences sont une pratique courante et que les principaux motifs sont le maintien de la sécurité et de l'ordre²⁴²⁴, la prévention des infractions²⁴²⁵, et la réadaptation du détenu²⁴²⁶.

c. Justification de la limitation du cercle des correspondants

Dans une société démocratique, on conçoit mal les ingérences intentionnelles, par des immixtions de l'Etat, dans la liberté de communiquer avec autrui. Les seules ingérences concevables ne peuvent être dues qu'à l'abstention de l'Etat de mettre en place des services postaux ou des installations téléphoniques ou d'autoriser des entreprises privées à le faire, et empêcher leurs dysfonctionnements. Or, dans la prison les ingérences d'autres types sont également concevables, de nature aussi bien juridique que matérielle.

Restrictions par des entraves juridiques

Selon la Commission, constituent des entraves à l'exercice de la correspondance, au même titre que les entraves physiques, celles qui rendent l'écriture totalement inutile à cause de la certitude que la lettre ne sera pas expédiée. Les entraves juridiques peuvent résider dans les restrictions

portait également sur des griefs similaires : le détenu se plaignait de la non expédition de sa lettre en raison de son contenu diffamatoire pour le personnel.

²⁴²³ M. HERZOG-EVANS, *L'intimité du détenu et de ses proches, en droit comparé*, Paris, L'harmattan, 2000.

²⁴²⁴ Allemagne, Bulgarie, Espagne, Irlande du Nord, Irlande, Suisse, Pays-Bas, *Ibid.*, p. 50.

²⁴²⁵ Turquie, Roumanie, Allemagne, Autriche, Irlande du Nord, Grande-Bretagne, Finlande, Italie, République tchèque, M. Herzog-Evans, *L'intimité du détenu...*, *préc.*, p. 52.

²⁴²⁶ Espagne, Irlande du Nord, Allemagne, Pologne, France, *Ibid.* pp. 53-54.

réglementaires du nombre et de la fréquence des lettres, mais aussi dans les restrictions du cercle des correspondants ainsi que dans les restrictions à titre de sanction disciplinaire.

Dans l'affaire *Golder*, la Cour avait démontré l'absurdité du raisonnement présenté par le gouvernement anglais qui, partant de l'inexistence physique d'une lettre, niait la violation de l'article 8 en prétendant qu'il n'y avait ni interception ni censure. Ayant constaté que dans le cas du requérant, l'impossibilité d'écrire à un avocat sans autorisation préalable des autorités pénitentiaires était prévue par le règlement pénitentiaire, elle a estimé que « si le requérant avait essayé d'écrire à son avocat, nonobstant l'interdiction, ou sans avoir sollicité l'autorisation indispensable, cette correspondance aurait été interceptée, et il aurait donc pu invoquer l'article 8 ». Et la Cour de déclarer qu'il s'agissait même d'une « forme radicale » d'ingérence dans le droit au respect de la correspondance, par « l'obstacle apporté à la possibilité même de correspondre²⁴²⁷ ».

La jurisprudence européenne ne condamne toutefois pas toutes les restrictions. Ainsi la Cour a justifié des *restrictions du nombre et de la fréquence des lettres*. Dans l'arrêt *A. B.* (2002)²⁴²⁸, elle a affirmé que la limitation du nombre de lettres qu'un détenu peut envoyer, à deux ou trois par semaine, ne constitue ni une restriction arbitraire ni une restriction déraisonnable dans le maintien des contacts avec l'extérieur. Pourtant la Commission, après avoir, dans un premier temps, justifié de telles restrictions pour des raisons de sécurité estimant que la reconnaissance aux détenus du droit de correspondre sans limites représenterait une surcharge considérable pour le personnel pénitentiaire et entraverait le contrôle effectif de leur correspondance, elle avait, par la suite, considéré que cette limitation était contraire à l'exigence d'assurer un exercice effectif de ce droit par les détenus²⁴²⁹.

En revanche, concernant les *restrictions fondées sur l'identité des correspondants*, tout en justifiant le principe, c'est l'aspect de la correspondance dans lequel la jurisprudence européenne a marqué le progrès le plus notable. Jusqu'à l'affaire *Silver et autres*, la Commission justifiait d'emblée toutes les restrictions à part la correspondance avec les parents et amis²⁴³⁰. C'est après cette affaire que cette instance, tout en maintenant le principe du contrôle des lettres, a estimé que les restrictions fondées sur l'identité du correspondant constituent des ingérences dans l'exercice du droit au respect de la correspondance²⁴³¹ ; elles doivent, par conséquent, être justifiées dans chaque cas d'espèce. La Cour est venue valider cette approche en garantissant le droit des détenus de correspondre avec toute personne de leur choix. Ce fut notamment dans l'arrêt *Silver et autres* (à propos du refus d'autoriser un détenu à correspondre avec une personne qui n'était ni parent ni ami

²⁴²⁷ CEDH, *Golder*, c. R.U., préc., §43.

²⁴²⁸ CEDH, *A. B. c. Pays-Bas*, préc., §§ 90-91.

²⁴²⁹ Affaire *Silver et autres c. R.U.*, Série B-51, § 213.

²⁴³⁰ *Ibid.*

²⁴³¹ D 5442/72, (X/RU), 20.12.1974, DR 1; D 7052/75, (Colne/R.U), 4.10.1977, DR 10.

avant l'emprisonnement)²⁴³² et dans l'affaire *Campbell et Fell*²⁴³³ (à propos du refus d'autoriser un détenu de correspondre avec deux religieuses), en garantissant le droit des détenus de correspondre avec toute personne de leur choix ou encore dans l'arrêt *McGallum* (à propos de l'interception des lettres au motif que le correspondant n'était ni un destinataire antérieur ni son conseiller juridique, a violé l'article 8 de la Convention)²⁴³⁴.

Liberté de correspondre avec des organisations indépendantes ou privées. Saisie des griefs de violation de l'article 8 de la correspondance à cause de l'interdiction des détenus de correspondre avec des organisations indépendantes ou privées, la Commission avait estimé qu'une restriction si générale dans la correspondance du détenu « ne saurait être qualifiée de "nécessaire dans une société démocratique... à la défense de l'ordre" au sens de l'article 8 §2 de la Convention²⁴³⁵ ».

En revanche, la jurisprudence européenne a estimé que peuvent être justifiées les restrictions suivantes.

Restrictions de la correspondance avec des détenus dangereux. Le motif de caractère dangereux du correspondant n'a pas été récusé dans son principe par la Cour. Celle-ci a seulement exigé que les restrictions fondées sur ce motif soient justifiées dans chaque cas d'espèce au regard de la personnalité du correspondant et non de son appartenance dans une catégorie de personnes²⁴³⁶.

Restrictions dans la correspondance avec un codétenu ou ex-détenu. Différents droits nationaux interdisent la correspondance entre détenus ou anciens détenus²⁴³⁷. La considérant comme une ingérence dans leur correspondance²⁴³⁸, la Cour a adopté la même approche que pour l'interdiction précédente. Même si le contrôle d'une telle ingérence peut être justifié, elle « ne trouve pas des raisons justifiant l'interdiction générale d'une telle correspondance », a-t-elle déclaré²⁴³⁹. Chaque restriction doit être justifiée de manière circonstanciée²⁴⁴⁰.

²⁴³² CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 99.

²⁴³³ CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 120.

²⁴³⁴ CEDH, *McGallum c. R.U.*, préc., § 10, § 28, § 31.

²⁴³⁵ D 7291/75, 7365/76, 8574/79, 8991/80, 9198/80 9551/80, Affaire *Farrant, Gleaves, Costello, Smith, Stevens, et Grace/RU*, préc., p. 30.

²⁴³⁶ « Ce motif de limitation du courrier ne reposait pas sur une nécessité au sens de l'article 8 §2 », car elle n'a pas décelé la présence des « considérations spéciales », CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 120.

²⁴³⁷ Il en est encore le cas, par exemple, en droit ukrainien, lituanien, Pays-Bas, Slovaquie, Grèce M. HERZOG-EVANS, *L'intimité du détenu...*, préc., p.38.

²⁴³⁸ CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 55.

²⁴³⁹ CEDH, *A. B. c. Pays-Bas*, préc., §§ 85-88.

²⁴⁴⁰ Rappelons que la Commission avait déclaré recevable une requête concernant le refus des autorités pénitentiaires d'autoriser un détenu de correspondre avec un ex-détenu au motif que cette correspondance n'aurait pas une influence positive sur le détenu, D 22048/93 (M.S/Autriche), 11.1.1995. Dans une autre affaire, elle n'avait justifié l'interception d'une lettre adressée à un codétenu qu'en raison de son contenu : le requérant le félicitait pour son acte terroriste, D 7736/76 (X/Suisse), 9.5.1977, D.R. 9, p. 206. La Cour a jugé

Les restrictions dans la correspondance avec leurs enfants. Selon une décision de la Commission, en date de 1971, une telle restriction peut être justifiée dès lors qu'elle « s'inspire du *souci de protéger des mineurs*, souci dont la jurisprudence de la Commission reconnaît la légitimité sur le terrain de l'article 8 §2, spécialement en ce qui concerne la protection de la morale²⁴⁴¹ ». Eu égard à l'évolution, depuis lors, de la correspondance européenne relative aux relations entre les enfants et leurs parents incarcérés, une telle restriction ne peut être justifiée que de manière exceptionnelle. Le principe est que ces relations doivent, autant que possible, être maintenues.

Les restrictions dans la correspondance entre les prévenus et les témoins. Cette restriction, qui figure dans l'ensemble des droits nationaux, n'a pas été mise en cause par les instances européennes. Celles-ci ont estimé que cette interdiction est pleinement justifiée, au sein de l'article 8 §2 de la Convention, par le but de la *prévention des infractions*, précisément par le souci de « ne pas influencer un témoin²⁴⁴² ». La Commission estimait que cela vaut également pour la correspondance avec les proches. Elle avait, par exemple, estimé que l'interception par le juge d'instruction d'une lettre adressée par un prévenu à sa compagne « peut être regardée comme nécessaire dans une société démocratique, pour la prévention du désordre et du crime », si cette personne est témoin au procès²⁴⁴³.

L'interdiction de communiquer dans une langue étrangère. Elle constitue une ingérence, à tout le moins lorsqu'il s'agit de la correspondance avec la famille vivant à l'étranger et ne connaissant pas de langues étrangères. Mais elle peut être justifiée pour des raisons d'ordre et de sécurité, surtout lorsque les autorités ont proposé des solutions comme le recours à un traducteur gratuitement²⁴⁴⁴.

Restrictions à titre de sanction. Dans le droit commun, il n'est nullement prévu que le droit de correspondre puisse faire l'objet de privation ou de restriction à titre de sanction. Toutefois, le droit pénitentiaire s'attribue également ce pouvoir. La correspondance, qui représente souvent pour les détenus, coupés du monde extérieur, l'unique moyen de communication, offre même une matière idéale à sanction. La Cour a, dans l'arrêt *McGallum*, conclu à la violation de l'article 8 de la Convention pour avoir interdit au requérant de correspondre pendant vingt-huit jours avec toute

dans le même sens, dans l'affaire *Frerot c. France*, précitée, à propos de la décision du directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis du 28 juin 1993 de ne pas acheminer un courrier qu'il avait rédigé à l'attention d'un ami détenu dans un autre établissement.

²⁴⁴¹ D 5239/71 (X/Belgique), 14.12.1972, Rec. 42, p. 142.

²⁴⁴² D 2566/65 (X/RFA), 6.2.1967, R 22, pp. 35-37.

²⁴⁴³ D 12976/87 (G/Autriche), 9.10.1991.

²⁴⁴⁴ A propos d'un détenu pakistanais au Portugal et demandant de correspondre en urdu avec sa famille restée au Pakistan, CEDH, *Chishti c. Portugal* (déc.), n° 57248/00, CEDH 2003-X.

personne à l'exception d'un député, du Procureur et de son conseiller juridique²⁴⁴⁵. Mais son raisonnement ne permet pas d'affirmer si c'est le motif de la restriction ou seulement sa durée qui a été considéré comme contraire à la Convention.

Restrictions par des entraves matérielles

Les empêchements matériels de l'exercice du droit à la correspondance ainsi que des retards dans l'acheminement des lettres ou des pertes du courrier constituent des limitations a priori injustifiées

Restrictions de la possession du matériel d'écriture. A moins de se trouver dans des situations anormales, telles que l'isolement à des endroits où il n'y a pas de papier, il est difficile d'imaginer l'impossibilité d'une personne qui sait écrire, de rédiger une lettre. Or, la prison montre encore une fois qu'elle a son propre sens de la normalité. L'impossibilité d'écrire est tout à fait imaginable pour des raisons matérielles. Cette impossibilité peut résider purement et simplement dans l'indisponibilité du matériel d'écriture à cause de la confiscation du papier de la part de l'administration pénitentiaire ou de la limitation du nombre de feuilles dont le détenu est autorisé à disposer²⁴⁴⁶. La contrainte d'utiliser du papier avec des en-têtes des insignes de la prison peut également constituer une ingérence mais pas lorsque les détenus demandent à l'administration pénitentiaire de le lui en fournir²⁴⁴⁷.

Difficultés d'assumer les frais de la correspondance. Un obstacle de fait peut également résider dans une grande pauvreté. Elle peut empêcher un détenu tant d'écrire une lettre que de l'expédier. L'entrave provient alors, non pas de l'immixtion, mais de l'abstention des autorités. Commission et Cour ont reconnu l'existence d'une obligation positive des Etats d'intervenir afin de rendre effectif l'exercice de ce droit²⁴⁴⁸.

A ce propos, la Cour a estimé qu'en principe « l'article 8 de la Convention n'oblige pas les Etats à supporter les frais d'affranchissement de toute la correspondance des détenus, ni ne garantit aux détenus le choix du matériel à écrire²⁴⁴⁹ ». C'est lorsqu'un détenu est totalement dénué de moyens financiers, qu'il incombe aux autorités pénitentiaires de prendre en charge les frais²⁴⁵⁰. La Cour a,

²⁴⁴⁵ CEDH, *McGallum c. R.U*, préc., § 31.

²⁴⁴⁶ « Le fait de disposer de fournitures comme du papier à écrire, des timbres et des enveloppes est inhérent à l'exercice, par le requérant, de son droit au respect de sa correspondance, garanti par l'article 8 », a déclaré la Cour, dans l'arrêt *Cotlet c. Roumanie*, préc., § 59.

²⁴⁴⁷ CEDH, *Cotlet c. Roumanie*, préc., § 61.

²⁴⁴⁸ CEDH, *Cotlet c. Roumanie*, préc., §§ 59-61.

²⁴⁴⁹ CEDH, *Cotlet c. Roumanie*, préc., § 61.

²⁴⁵⁰ D 9659/82, (Boyle/RU), 6.3.1985, D.R. 41, p. 91.

dans l'arrêt *Cotlet* (2003), précisé l'étendue de cette obligation. Elle n'est pas illimitée. Toutefois, a-t-elle jugé, limiter la prise en charge à deux lettres par mois ou à la correspondance intérieure à un pays excluant celle avec l'étranger, est manifestement insuffisante et contraire au droit au respect de la correspondance.

Retards et pertes du courrier. Un obstacle, de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique, a déclaré la Cour dans l'arrêt *Golder* à propos du report de l'autorisation de correspondre avec son avocat, afin d'introduire une action en justice pour coups et blessures²⁴⁵¹ et dans la correspondance avec la Cour²⁴⁵². Néanmoins, de légers retards sont qualifiés de « légères ingérences » pouvant être justifiées au regard de l'article 8 §2 de la Convention, si eu égard au destinataire, ou au contenu de la lettre, celle-ci n'a pas un caractère urgent. En effet, telle était la décision de la Commission à propos du *retard de deux jours*²⁴⁵³. Cependant, dans l'arrêt *Silver et autres*, la Cour avait justifié un retard bien plus important : un retard de trois semaines²⁴⁵⁴.

Interceptions des lettres. A plus forte raison constitue une entrave matérielle, la non remise du courrier²⁴⁵⁵. A ce propos la Commission avait estimé, lors d'une affaire dirigée contre la France relative à la non-remise d'une lettre et dont les autorités pénitentiaires niaient l'existence, qu'une des garanties contre les pertes du courrier, ses retards et ses interceptions peut constituer l'enregistrement de toutes les lettres entrant et sortant de la prison²⁴⁵⁶.

Après l'examen de la jurisprudence européenne en matière de correspondance des détenus, le moins que l'on puisse dire c'est qu'elle n'a pas révolutionné cette matière. A part le droit de recours effectif au sens de l'article 13 (qui doit être assuré aux détenus et leurs correspondants contre toute restriction analysée comme ingérence au regard de l'article 8 de la Convention et qui marque un renforcement indéniable de la protection de la correspondance), les autres points ne marquent qu'un faible progrès par rapport aux droits nationaux. La jurisprudence européenne s'adapte au *status quo* des droits pénitentiaires assurée à la correspondance par le droit commun plus qu'elle ne les incite à avancer pour s'approcher de la protection. Elle met en cause ses propres principes sur une interprétation des droits de l'homme propre à une société démocratique : respecter la substance de

²⁴⁵¹ CEDH, *Golder*, c. R.U., préc., §26.

²⁴⁵² « La Cour note ensuite qu'il n'est pas contesté que le retard dans l'acheminement du courrier du requérant entre les 16 novembre 1995 et 20 octobre 1997 constitue, en l'occurrence, une ingérence au droit au respect de sa correspondance, garanti par l'article 8 § 1 de la Convention, qui n'était pas prévue par une 'loi', au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention », CEDH, *Cotlet c. Roumanie*, préc., § 34.

²⁴⁵³ D 7291/75, 7365/76, 8574/79, 8991/80, 9198/80 9551/80, (Farrant, Gleaves, Costello, Smith, Stevens, et Grace/RU), préc., p. 33.

²⁴⁵⁴ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 104.

²⁴⁵⁵ D 20127/92 (Collet/France), 12 10.1994 (Règlement amiable, dans le rapport rendu le 4.7.1995).

²⁴⁵⁶ Dans cette affaire, la Commission avait relevé, entre autres manquements, que seules les lettres recommandées avec accusé de réception font l'objet d'un tel enregistrement, *Ibid.*

ces droits dans toutes les circonstances. Or, lorsqu'en matière de correspondance elle justifie des restrictions jusqu'à en inverser la règle concernant le secret, en justifiant d'emblée le non respect du secret de la correspondance des détenus, on peut se demander où est la limite entre un Etat policier et une société démocratique. Elle s'aligne sur le dénominateur commun le plus faible. Si bien que pour bon nombre d'aspects, cette jurisprudence est en retard par rapport à de nombreux droits nationaux parmi lesquels le droit grec et le droit français.

B. Progrès et retards de la protection nationale par rapport à la protection européenne

En *droit grec*, l'inviolabilité du droit au respect de la correspondance fait partie de toutes les Constitutions, depuis 1845 jusqu'à aujourd'hui. La Constitution de 1927 a étendu la protection de la correspondance aux télégrammes et aux télécommunications ; et les Constitutions à partir de celle de 1952 l'ont étendue à tous les moyens de communication. L'article 19 de la Constitution actuelle (de 1975/1986/2001) prévoit que « le secret des lettres et de la libre correspondance et la communication, quel que soit le moyen, est absolument inviolable ». Toutefois, malgré les termes « absolument inviolable », la suite du texte de ce même article prévoit des exceptions : « La loi fixe les garanties sous lesquelles l'autorité judiciaire n'est pas liée par le secret pour des raisons de sûreté nationale ou de constatation de délits particulièrement graves ». A la différence du droit grec, le respect du secret de la correspondance n'est pas expressément garanti par la Constitution française.

Quant au régime de la correspondance des détenus ces deux droits présentent des différences notables aussi bien concernant la correspondance écrite (1) que la communication téléphonique (2).

1. Au regard de la correspondance écrite

Le droit grec se distingue du droit français et de la jurisprudence européenne en ce qu'il a considérablement rapproché la garantie de la correspondance des détenus de celle du droit commun (a). En revanche, le droit français continue à soumettre leur correspondance à des restrictions comparables à celles justifiées par les instances européennes (b).

a. Protection renforcée en droit grec

C'est le Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus, mis en vigueur en 1989, qui avait apporté des innovations importantes dans le respect de la correspondance écrite des détenus. Il avait érigé en principe le respect de son secret et rayé toutes les limitations automatiques de la liberté décisionnelle. Ces innovations sont maintenues dans l'actuel code pénitentiaire qui lui a succédé en 1999.

Garantie du secret

Le progrès notable du droit pénitentiaire grec réside indéniablement dans la garantie du secret de la correspondance des détenus. L'article 53 §4 du Code pénitentiaire stipule que « le contenu des lettres, des communications téléphoniques et de tout autre moyen de communication n'est pas contrôlé conformément à l'article 19 de la Constitution », c'est-à-dire pour les mêmes raisons que celles prévues par l'article 19 de la Constitution : des raisons de sûreté nationale et des exigences d'enquête pour des délits particulièrement graves. Le contrôle de la correspondance est donc considéré comme une ingérence qui ne peut avoir lieu qu'à titre de dérogation pour les deux motifs prévus par la Constitution et conformément aux garanties prévues par la loi. Toutefois, le Règlement intérieur précise que le courrier est contrôlé mais en présence de l'intéressé. Le contrôle consiste en l'ouverture de la lettre mais pas en sa lecture (art. 23 § 5 Règlem. Intér.).

Enfin, concernant le respect du secret, nous supposons que, suite à l'arrêt *Peers*²⁴⁵⁷ qui a condamné la Grèce pour violation du secret de la correspondance du requérant échangée avec la Commission, il ne serait plus entendu dans le sens excluant l'ouverture d'une lettre en la présence de l'intéressé afin d'empêcher sa lecture. La simple ouverture d'une lettre est considérée comme une ingérence au respect de la correspondance telle qu'elle est garantie par l'article 53 §4 du Code pénitentiaire grec.

En cas de privation ou de restriction, les détenus peuvent recourir devant l'« officier de justice » (art. 53 §7 C. Pénit.). On entend par ce terme, les procureurs et substituts du procureur²⁴⁵⁸. Toutefois, nous observons qu'il n'est pas précisé l'autorité qui décide d'une ingérence, ni de sa durée. Quant au recours prévu devant l'officier de la justice, il ne nous semble pas constituer un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention, ne serait-ce que parce qu'aucune règle de procédure n'est prévue.

En ce qui concerne les restrictions relatives à la liberté décisionnelle, le droit grec a également marqué un progrès.

Garantie de la liberté décisionnelle

Elle est garantie depuis le Code de règles fondamentales pour le traitement des détenus (1989) qui avait mis fin aux multiples restrictions en la matière, prévues par le code précédent, à savoir le Code pénitentiaire de 1967. Ce dernier soumettait la correspondance à des limitations liées à

²⁴⁵⁷ CEDH, *Peers c. Grèce*, préc., §§ 79-84.

²⁴⁵⁸ S. ALEXIADIS, *Pénitentiaire* (Sophronistiki), Athènes, 4^e éd., Sakkoulas, 2001, p. 208 et s.

l'identité des correspondants²⁴⁵⁹ ainsi qu'à des limitations du nombre de lettres et même du nombre de pages²⁴⁶⁰. Celles-ci, bien que critiquées par une partie de la doctrine pour leur anticonstitutionnalité²⁴⁶¹, étaient justifiées par une autre partie, fondée sur la théorie des « limitations implicites de la peine privative de liberté », ou encore, sur les « buts de l'exécution de la peine privative de liberté « tendant à la réforme du condamné et à sa protection d'influences nuisibles²⁴⁶² ».

La liberté d'envoyer des lettres et des télégrammes, sans limitations, est garantie par l'article 53 §3 de l'actuel Code pénitentiaire. De surcroît, pour assurer son exercice contre des entraves de nature financière, il est prévu que la direction de l'établissement prenne en charge les frais de communication, pour les détenus dépourvus de moyens financiers suffisants (art. 53 §5 C. pénit.).

Ajoutons un autre progrès accompli par le code pénitentiaire actuel. Il a supprimé toute privation ou restriction de la correspondance, à titre de sanction disciplinaire.

b. Protection faible en droit français

Concernant le respect du secret, le droit français est bien en retard par rapport au droit grec. En revanche, concernant la liberté décisionnelle, il assure une protection équivalente.

Absence de garantie du secret

Le droit pénitentiaire français ne garantit aux détenus la possibilité d'écrire « tous les jours sans limitation » (art. D 417 CPP), continue à exclure la correspondance des détenus de la garantie du secret. Le seul progrès marqué sur cette question est le renversement de la règle relative au contrôle des lettres. Depuis le décret du 6 août 1935, celui-ci n'est plus systématique, mais facultatif. La formulation catégorique de la rédaction précédente de l'article D. 416, al.a CPP, « les lettres de tous les détenus, tant à l'arrivée qu'au départ, *sont lues* aux fins de contrôle », est devenue : « Les lettres de tous les détenus, tant à l'arrivée qu'au départ, *peuvent être lues* aux fins de contrôle ». Mais aucun

²⁴⁵⁹ Conformément au Code pénitentiaire précédent (1967) : la correspondance était limitée à celle avec les parents et le conjoint (art. 81 §1) ; la correspondance entre détenus ou ex-détenus non liés par des rapports de parenté était interdite (art. 82 §2) ; et la possibilité de correspondre avec d'autres personnes était soumise à l'autorisation du directeur fondée sur l'appréciation de l'influence bénéfique sur le détenu (art. 81 §2).

²⁴⁶⁰ Selon l'article 81 § 4 du Code pénitentiaire (1967), les condamnés à perpétuité avaient droit d'envoyer et de recevoir des lettres une fois par mois, les condamnés à temps y avaient droit deux fois par mois, et les condamnés à l'emprisonnement trois fois par mois. Seuls les condamnés à une peine d'emprisonnement avaient le droit de correspondre sans limites. Un nombre supplémentaire pouvait être autorisé à titre de récompense pour bonne conduite ou d'amendement. L'article 81 §7 fixait le nombre maximum de pages autorisées à quatre pages sans distinction de catégorie pénale.

²⁴⁶¹ A. MANESSIS, *Droits constitutionnels*, préc., p. 245.

²⁴⁶² GARDICAS, *Criminologie*, t. 3, Athènes 1954, p. 241 et s.

critère ne permet de rendre prévisible une telle éventualité, à l'exception de la qualité du destinataire²⁴⁶³.

Le droit français continue également à pratiquer la censure et l'interception des lettres. Mais à la différence de l'ouverture des lettres, elles peuvent, dans une certaine mesure, être prévisibles par l'application du critère de « contenu répréhensible ». Les articles D 415 al.b et D 416 al.b du Code de procédure pénale, prévoient respectivement que les lettres « sont retenues lorsqu'elles contiennent des *menaces précises contre la sécurité des personnes ou celle des établissements pénitentiaires* » et que celles « qui *ne satisfont pas aux prescriptions réglementaires* peuvent être retenues » parmi lesquelles figurent les lettres qui ne sont pas écrites en clair ou comportent des signes ou caractères conventionnels (art. D. 415 al.2 CPP). La Cour a confirmé dans l'arrêt *Frerot* (2007) que cette réglementation laisse un pouvoir large au directeur de l'établissement surtout si l'on tient également compte de la circulaire du 29 décembre 1986 qui précise encore plus les conditions dans lesquelles les détenus peuvent correspondre. La Cour a estimé que cette circulaire entache d'illégalité les restrictions qu'elle prévoit en matière de correspondance. D'abord, elle contient une définition de la correspondance incompatible avec la Convention ; elle se réfère au contenu des écrits ce qui a comme conséquence d'exclure d'office du champ de protection de cette disposition une catégorie entière d'échanges épistolaires privés auxquels des détenus peuvent souhaiter participer²⁴⁶⁴ ». La correspondance des détenus est entendue dans un sens excluant notamment les « lettres (...) dont le contenu ne concerne pas spécifiquement et exclusivement le destinataire²⁴⁶⁵ ». Ensuite, elle est dépourvue de pouvoir normatif pour constituer une loi au sens de l'article 8 de la Convention. Dès lors, d'office les restrictions qu'elle prévoit sont entachées d'illégalité : « Selon la Cour, on ne saurait voir dans un texte de cette nature, édicté en dehors de l'exercice d'un pouvoir normatif, la « loi » à laquelle renvoie l'article 8 de la Convention notamment²⁴⁶⁶ ».

Garantie de la liberté décisionnelle

La possibilité d'écrire à une personne de son choix, et de recevoir des lettres, est reconnue aux détenus depuis le décret du 26 janvier 1983. Les restrictions relatives à la fréquence et au nombre des lettres sont supprimées par le décret du 23 mai 1975. Depuis lors, « les détenus peuvent écrire tous les jours et sans limitation » (D. 417 CPP). Les privations et restrictions de la correspondance, que ce soit à titre de sanction principale ou accessoire, sont supprimées par le Décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Toutefois, il subsiste une restriction qui peut être entachée d'anticonventionnalité. L'article D.414, al.b du Code de procédure pénale prévoit que le chef d'établissement peut interdire la

²⁴⁶³ Il semble que cela dépend essentiellement du destinataire, F. BIANCHI, *Cours de réglementation pénitentiaire*, vol. 2, 1990, p. 15.

²⁴⁶⁴ CEDH, *Frerot c. France*, préc., § 61 .

²⁴⁶⁵ *Ibid.*

²⁴⁶⁶ *Ibid.*, § 59.

correspondance, occasionnelle ou périodique, avec des personnes autres que le conjoint ou les membres de la famille d'un condamné, lorsque cette correspondance « paraît compromettre gravement la réinsertion du détenu ou la sécurité et le bon ordre de l'établissement ». Or, cette disposition peut, eu égard au jugement de la Cour dans l'arrêt *Petra*, être considérée contraire à la prévisibilité légale des restrictions : elle accorde au directeur de l'établissement un pouvoir d'appréciation large, de surcroît, non soumis à un contrôle efficace par une instance nationale au sens de l'article 13 de la Convention.

Par ailleurs, la conformité avec la Convention de la possibilité du juge d'instruction d'interdire à un prévenu toute communication nous paraît douteuse (sauf avec l'avocat) pendant vingt jours au total (art. 145-4 et D. 65 CPP.). D'autant plus qu'aucun recours n'est prévu contre cette ingérence. Rappelons que la Cour avait sanctionné la privation de correspondre avec toute personne, excepté l'avocat de la défense, le procureur et un député, pendant vingt-huit jours²⁴⁶⁷.

En effet, l'ensemble des ingérences dans la correspondance des détenus en droit français comporte le risque d'être jugées contraires à la Convention pour inefficacité du système de contrôle contre des abus. La Commission a jugé que le contrôle des lectures des détenus étant prévu par les dispositions des décrets régissant l'exécution de la peine privative de liberté, censées donc être conformes à la loi et à la Constitution française, un recours des détenus administratif ou pénal n'a aucune chance d'aboutir à la condamnation des personnes chargées d'exercer ce contrôle. Telle est, en effet, l'appréciation de la Commission européenne, saisie des requêtes des détenus, dirigées contre la France²⁴⁶⁸. Le recours en plein contentieux, le seul recours administratif qui pourrait être conforme à l'article 13 de la Convention, ne l'est pas dans le cas de tels griefs des détenus : ceux-ci ne peuvent pas rapporter la preuve de faute commise par les autorités pénitentiaires, dès lors que celles-ci agissent dans le cadre de leur pouvoir réglementaire. De non-conformité à ce même article de la Convention est également frappée la plainte pénale : la responsabilité pénale des fonctionnaires exige, de surcroît, la preuve d'intention délictueuse. En tout état de cause, la Cour a constaté en 2007, dans l'arrêt *Frerot* qu'il n'est pas permis, au regard du droit français et de la jurisprudence française, à l'heure actuelle, d'affirmer que les détenus disposent d'un recours effectif en la matière.

En comparaison avec la protection de la correspondance écrite, celle des communications téléphoniques des détenus est sensiblement moindre, aussi bien dans le droit français que dans le droit grec.

²⁴⁶⁷ CEDH, *McGallum c. R.U*, préc., § 31.

²⁴⁶⁸ « Le fait commis de mauvaise foi d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende » (art. 226-15 C. pén.).

2. Au regard de la communication téléphonique

Dans l'examen de la protection des communications téléphoniques à l'égard des détenus, il faut avoir à l'esprit que, si les instances européennes n'ont pas encore exigé d'assurer aux détenus l'usage du téléphone, du moment que les droits internes le prévoient, les Etats peuvent être sanctionnés pour non respect de leur propre législation²⁴⁶⁹.

Les droits grec et français font partie des droits nationaux qui prévoient l'usage du téléphone en prison. Mais à la différence de la réglementation de la correspondance écrite, celle de l'usage du téléphone révèle que ce dernier demeure une faculté accordée aux détenus. L'usage du téléphone demeure sous l'autorisation du directeur de l'établissement et est limité à un certain nombre d'appels, hebdomadaires ou mensuels, aussi bien dans le droit grec **(a)**, que dans le droit français **(b)**.

a. Les progrès en droit grec

Le droit pénitentiaire grec prévoit que « chaque détenu communique par téléphone qui se trouve dans un lieu de l'établissement contrôlé optiquement » (art. 55 §1 C. pénit.). Le secret est donc garanti. Le règlement intérieur précise que les communications téléphoniques sont autorisées uniquement avec des personnes possédant un permis de visite. En revanche, la fréquence et la durée sont libres dans la mesure où le permet l'usage collectif d'un nombre de postes limité installés dans chaque prison (art. 22 Règlem. Intér.).

b. Les progrès en droit français

L'accès des détenus au téléphone diffère selon leur catégorie pénale. Reconnu, en 1975, aux détenus dans les *centres de détention*, l'accès au téléphone a été étendu, en 1983, aux détenus dans les *établissements pour peine*. Jusqu'en 2007, alors que pour la première catégorie de détenus, l'accès au téléphone était un principe et pour la seconde était réservé dans des « circonstances familiales ou personnelles importantes », depuis²⁴⁷⁰, les données sont inversées : « Dans les centres pour peines aménagées, les condamnés peuvent téléphoner, à leurs frais ou aux frais de leur correspondant, aux personnes de leur choix » (art. D 419-2 CPP), alors que dans les centres de détention il revient au directeur de l'établissement d'étendre ce droit à des personnes autres que les membres de la famille et les proches (art. D 419-1 CPP). Ces conversations peuvent être écoutées, enregistrées (art. D 419-3, al.a CPP) et conservés pour une durée maximum de trois mois (art. D 419-3, al.g CPP). Dans les

²⁴⁶⁹ Ainsi, la Cour a conclu à la violation du droit au respect de la vie privée et familiale, du fait qu'une personne détenue en Russie n'a été autorisée à parler avec son père, qui allait être euthanasié le lendemain, à son pays d'origine, les Pays-Bas, qu'une minute, CEDH, *Lind c. Russie*, n° 25664/05, CEDH 2007XII.

²⁴⁷⁰ Décret n° 2007-699 du 3 mai 2007, *JO*, 5 mai 2007.

maisons centrales, les conversations téléphoniques « peuvent être enregistrées de façon systématique » (art. D 419-3, al.b CPP).

Si, outre ces limitations, on prend également en compte le fait que le support financier incombe au détenu, ou à son correspondant, et d'une note du 10 juillet 1989 précisant que l'envoi d'une carte téléphonique par correspondance est interdite²⁴⁷¹, on ne peut que constater que la politique pénitentiaire est loin d'être guidée par la volonté de faciliter l'accès des détenus au téléphone et de l'utiliser comme moyen de maintien des liens avec l'extérieur. D'autant plus que l'accès au téléphone ne constitue pas un droit pour les détenus et la possibilité de recevoir des appels téléphoniques est totalement exclue. Pourtant ce moyen, non seulement élargit les moyens de communication, mais offre aussi la possibilité d'avoir un autre type de communication, plus immédiat et vivant que la correspondance écrite. Sans oublier que dans le cas des détenus analphabètes, il permet de remédier à leur difficulté de communiquer par l'écrit.

En effet, tant la Grèce que la France ne font pas partie des pays qui assurent le meilleur accès des détenus au téléphone. A part la Turquie (où les détenus ne peuvent appeler que pour des raisons exceptionnelles et sous l'autorisation du directeur), d'autres pays autorisent les détenus à utiliser plus fréquemment le téléphone²⁴⁷². D'autres encore les autorisent également à recevoir des appels. Ainsi en Suède, Islande, Allemagne, Autriche, Italie, Slovaquie et Ukraine, les détenus peuvent donner et recevoir des appels téléphoniques²⁴⁷³. Certains ont érigé en principe, le respect du secret des conversations téléphoniques (comme la Belgique, la Pologne, le Luxembourg, la Roumanie, la Slovaquie, le Danemark, la Finlande, l'Islande, les Pays-bas et l'Espagne). Les écoutes ne peuvent avoir lieu que pour des motifs d'ordre de sécurité ou de suspicion²⁴⁷⁴.

Toujours est-il que l'évolution dessinée de l'usage du téléphone dans les pays mentionnés, si elle constitue un progrès intéressant, est pourtant bien en retrait par rapport à celui marqué dans la correspondance écrite. Une garantie similaire exigerait d'ériger en principe la liberté et le secret des communications téléphoniques. Cela impliquerait non seulement de limiter la mise sous écoute, mais aussi de supprimer les limitations du nombre d'appels passés et reçus par les détenus, ainsi que les limitations des personnes avec qui les détenus peuvent avoir des contacts téléphoniques ; sauf à démontrer que dans un cas donné de telles limitations sont justifiées. Enfin, si l'on va au bout de la logique de l'application du principe de limiter les effets de la prison à la liberté physique (ce qui nécessite d'assurer au moins un respect des droits de l'homme en prison, égal à celui à l'extérieur, et

²⁴⁷¹ F. BIANCHI, *Cours de réglementation pénitentiaire*, préc., p. 20.

²⁴⁷² C'est le cas par exemple de la Grande-Bretagne, de l'Irlande du Nord, de la Suisse et de la Pologne, où les détenus ont un accès quotidien au téléphone. En Espagne, ils y ont accès 5 fois par semaine, et en Islande trois fois par semaine, M. HERZOG-EVANS, *L'intimité du détenu*, préc., p. 60.

²⁴⁷³ M. HERZOG-EVANS, *L'intimité du détenu*, préc., pp. 68-70.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*, pp. 70-77.

de justifier chaque dérogation par des motifs précis et non par l'état de détention en général), devrait être assuré au détenu l'usage de tous les moyens de communication existants à un moment donné dans une société.

Dès lors, la véritable évolution (révolution) en matière de communication adviendra lorsqu'on autorisera aux détenus d'utiliser des téléphones portables à leur guise. D'une part, cela faciliterait l'usage illimité du téléphone du point de vue matériel, dès lors qu'il n'y aurait plus de problèmes pratiques d'installation des appareils téléphoniques ; d'autre part, si le détenu avait la possibilité d'avoir « à portée de main » un téléphone, cela permettrait de rendre plus spontané et intime ce moyen de communication. L'usage libre du téléphone peut (avec celui de l'accès à l'internet) constituer même le moyen le plus efficace contre des effets de barrière de la prison avec le monde extérieur. A cette fin, des formes d'aide financière, telles que l'envoi de cartes téléphoniques et les abonnements des téléphones mobiles, devraient être autorisés.

Or, au vu de l'état actuel des droits nationaux et de la jurisprudence européenne sur l'usage du téléphone, cela semble utopique. La jurisprudence européenne n'a même pas encore consacré le droit des détenus à communiquer par téléphone fixe. Quant aux droits nationaux, sept pays autorisent la réception des appels, et cinq l'usage quotidien du téléphone (dont quatre sans limitation du nombre ni de durée)²⁴⁷⁵. Cela montre qu'en fixant un nombre minimum d'appels passés et reçus par jour et leur durée maximale, un usage quotidien ne bouleverserait pas forcément la vie de la prison.

L'étude de la garantie des moyens de communication des détenus avec l'extérieur, au sein de la jurisprudence européenne et des droits grec et français (correspondance écrite ou communication téléphonique) montre que pour l'instant, le souci demeure de les garder sous le contrôle des autorités pénitentiaires. Ce contrôle prend des formes variables : du contrôle du contenu des lettres et leur censure au contrôle des correspondants. Cette étendue du contrôle n'est pas sans mettre en cause le maintien des liens familiaux et sociaux et compromettre non seulement l'objectif pénologique de réinsertion des détenus, mais aussi le respect d'au moins deux principes de droit.

Premièrement, le respect du principe pénal de *légalité des peines*. L'étude du respect de la correspondance ne laisse pas de doutes non seulement sur l'extension du contenu de la peine privative de liberté à la vie privée, mais offre un terrain privilégié pour observer l'essence de cette peine : plus encore qu'en *la mise à l'écart de la société*, elle consiste en la *mise d'une personne sous surveillance totale et ininterrompue*. A ce propos, la Commission a fait un résumé fort explicite de la position de la jurisprudence européenne, en affirmant que « la Cour a constaté que l'exécution des

²⁴⁷⁵ *Ibid.*, pp. 60, 68.

peines, fondées sur les nécessités de la sécurité publique, exige des mesures de surveillance et de contrôle, non seulement quant à la personne mais aussi quant à la correspondance²⁴⁷⁶ ».

Deuxièmement, le respect du principe, en matière d'application des droits de l'homme, de *sauvegarde de la substance des droits de l'homme* : lorsque les « restrictions normales » de la correspondance, plus précisément son « contrôle normal », va jusqu'à incorporer la dérogation systématique au respect du secret, au point d'inverser le rapport de règle/exception dans une société démocratique, peut-on encore défendre qu'au moins la substance de ce droit est garantie ?

Enfin, en acceptant pareille ampleur dans les dérogations au respect des droits de l'homme, peut-on encore défendre que la prison fasse partie d'une société démocratique sans compromettre l'identité même d'une telle société ?

Un tel raisonnement ne fait-il pas encourir le « saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre »²⁴⁷⁷ ? Ce risque, souligné par la Cour dans les restrictions justifiées par le but de combattre le terrorisme, danger direct pour la démocratie, n'est-il pas plus pressant dans la justification des restrictions dans le but d'assurer le bon fonctionnement d'une institution publique, serait-elle de type spécial ? Rappelons encore une fois que légitimer le contrôle systématique de la correspondance privée, au point de renverser le rapport entre abstention-immixtion de l'Etat dans ses rapports avec les individus, c'est abolir les frontières entre vie privée et vie publique. Or, cette abolition est le propre des Etats totalitaires²⁴⁷⁸ ou des « Etats policiers » selon les termes même de la Cour²⁴⁷⁹.

§ 2. LES RESTRICTIONS AU RESPECT DES RAPPORTS DE PROXIMITE

Rappelons que les instances européennes ont reconnu aux détenus le *droit au lien humain tant avec le monde extérieur*²⁴⁸⁰ *qu'avec la communauté carcérale*²⁴⁸¹. En tentant de déterminer quel est l'état de protection de ces liens dans les droits grec et français et quel est l'apport de la jurisprudence européenne, nous verrons que celle-ci n'a pas encore contribué à renforcer ni les moyens de leur maintien **(A)** ni leur qualité **(B)**. Les exigences des instances européennes demeurent même en deçà

²⁴⁷⁶ D 8383/78 (Vanderlinden/Belgique), 14.10.1980, D.R. 23, pp. 127-131.

²⁴⁷⁷ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, préc., § 49.

²⁴⁷⁸ « Une des caractéristique majeure d'un Etat totalitaire, a-t-on relevé avec pertinence, est l'abolition de toute frontière entre vie sociale et vie privée, la volonté de régir non seulement les activités publiques mais aussi la vie privée des personnes », A. ROUX, « La protection de la vie privée entre l'Etat et les particuliers », cité par Pierre Kayser, *La Protection de la vie privée par le droit*, 3e éd., préc., p. 7.

²⁴⁷⁹ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, préc., § 45 et s.

²⁴⁸⁰ D 9054/80 (X/RU), préc., p. 118.

²⁴⁸¹ D 8231/78 (T/RU), préc., D.R. 49, p. 38.

des garanties déjà assurées en la matière par certains droits nationaux, en l'occurrence par les droits grec et français.

A. Les restrictions des moyens

Le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains demeure dans le cas des détenus extrêmement limité. L'entretien des contacts tant avec la communauté carcérale (1) qu'avec les personnes extérieures (2) est soumis à l'autorisation des autorités pénitentiaires. Autorisation qui n'est pas formelle. Elle détermine aussi bien le choix des personnes avec qui le détenu peut entretenir des relations privées que leur fréquence et leur durée.

1. Le droit à des contacts avec la communauté carcérale

C'est à l'occasion de l'isolement carcéral, que la Commission avait affirmé le droit des détenus au lien avec la communauté carcérale²⁴⁸². Cela ne signifie pas pour autant la consécration d'un droit d'exécution de leur peine en commun. Exécuter la peine en isolement ou en commun est considérée comme un aspect relevant du domaine des modalités de l'exécution de la peine privative de liberté. Domaine que la Commission laissait au pouvoir discrétionnaire des autorités nationales. Elle considérait, ainsi que nous l'avons souligné à propos de l'examen de la liberté, qu'il relève du champ du droit à la liberté tel qu'il est entendu et protégé au sein de l'article 5 de la Convention. A moins que le degré d'isolement ne porte atteinte à un des autres droits protégés par la Convention (en l'occurrence à l'article 3 et à l'article 8) telle qu'elle ne pourrait être justifiée par des exigences de la prison.

L'application de l'article 8 permet de considérer toute restriction ou suppression des contacts avec la communauté carcérale qu'elle soit entraînée par l'isolement carcéral ou par une sanction disciplinaire, comme une ingérence dans la vie privée. Mais cet article est rarement invoqué par les détenus dans leurs requêtes devant la Cour. Ces mesures sont quasi systématiquement mises en cause au regard de l'article 3 qui interdit les traitements inhumains ou dégradants. Nous pouvons toutefois douter de l'efficacité de l'application de l'article 8. De telles restrictions sont facilement considérées comme nécessaires dans une société démocratique.

Par ailleurs, la Cour a écarté l'applicabilité d'une autre disposition pour garantir une vie collective en prison, à savoir le droit à la vie associative consacré par l'article 11 de la Convention :

²⁴⁸² *Ibid.*, p. 38.

« La Cour considère que dans le cadre des prisons, l'article 11 ne confère pas le droit de mener une vie sociale avec les autres détenus à un moment ou à un endroit donné²⁴⁸³ ».

Le détenu n'a alors aucune maîtrise de ses rapports avec autrui dans le cadre de la détention. De même qu'il n'a pas le droit de s'isoler de ses codétenus, il n'a pas non plus le droit de vivre avec eux. C'est seulement dans les contacts avec l'extérieur qu'il sauvegarde une certaine maîtrise, au moins lorsque l'existence d'un lien privé ou familial est établie.

2. Le droit à des contacts avec des personnes extérieures

Le droit de maintenir des liens privés avec l'extérieur est expressément reconnu aux détenus par la jurisprudence européenne dans le cadre de la protection du droit à la vie privée et familiale consacré par l'article 8. Partant du constat que la détention entraîne la séparation physique du détenu de son entourage, la position dominante des instances européennes en la matière est que des efforts doivent être faits pour contrecarrer ces effets et préserver au moins le maintien des liens privés et familiaux. Mais, même dans ce domaine, nous allons voir en examinant *les visites (a)* et *les sorties (b)* que le détenu n'a la maîtrise ni de l'étendue de leur usage ni du choix des personnes avec qui il souhaite entretenir des liens privés.

a. Les visites

De même que les restrictions ou privations de la correspondance, celles des visites sont considérées par des instances européennes comme des ingérences dans l'exercice du droit à la vie privée²⁴⁸⁴. Mais à la différence des premières, ces instances n'ont mis en cause concernant celles des visites ni leur autorisation préalable ni les limitations de leur fréquence et de leur durée : « On ne saurait obliger les prisons à fournir aux détenus des possibilités de visite illimitées²⁴⁸⁵ ». Toutefois la Cour considère que les limitations plus amples des visites familiales que comportent certains régimes spéciaux que celles prévues par le régime normal constituent une ingérence que les Etats doivent justifier²⁴⁸⁶. Et elle condamne les privations totales des visites durant un temps relativement long, comme, par exemple, celles qui dépassent un an²⁴⁸⁷.

²⁴⁸³ CEDH, *Bollan c. R.U.*, n° 42117/98, CEDH 2000-VI.

²⁴⁸⁴ « L'interdiction faite aux requérants d'entretenir des contacts avec d'autres constitue donc, à cet égard, une ingérence dans l'exercice de leur droit à la vie privée », D 8317/78, (*McFeeley/RU*), préc., p. 148 ; CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 62 ; CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., §§ 138-141 ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 69 ; CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, préc., §§ 129-130 .

²⁴⁸⁵ D 9054/80 (X/RU), 8.10.1982, DR 30, p. 113 et s.

²⁴⁸⁶ Ainsi les restrictions des visites familiales afin d'empêcher le maintien des contacts avec le milieu mafieux, sont justifiées par la Cour (*Bastone c. Italie*, n° 59638/00, CEDH 2005-I). Sont également justifiées, la privation de visites de longue durée à des personnes en détention provisoire alors que de telles visites sont

En fait, en comparant les droits grec et français avec la jurisprudence européenne en la matière, la seule contribution de celle-ci dans le renforcement de ces liens est l'élargissement du *cercle des personnes* autorisées à rendre visite aux détenus. En revanche, concernant la *fréquence et durée des visites*, la jurisprudence européenne est loin d'inciter les Etats à renforcer le maintien des liens privés par le moyen des visites.

Limitation du cercle de visiteurs

Pour ce qui est des personnes qui doivent être autorisées à rendre visite aux détenus, la Commission avait estimé « raisonnable » la « limitation en général aux *parents et amis proches*, à quelques exceptions près²⁴⁸⁸ ». Mais cette affirmation constitue déjà une avancée par rapport aux droits nationaux, en l'occurrence aux droits grec et français. Au sein de ces deux droits, l'autorisation des visites à des personnes autres que des parents continue d'être soumise à l'appréciation de leur influence positive sur la réinsertion sociale du détenu.

En effet, en *droit français*, « le chef d'établissement ne peut refuser de délivrer un permis de visite aux membres de la famille d'un condamné ou à son tuteur (art. D. 404, CPP). Alors qu'il n'autorise les visites à d'autres personnes que « s'il apparaît que ces visites contribuent à l'insertion sociale ou professionnelle du condamné » (art. D. 404 CPP). Quant au *droit grec*, le principe affirmé est que les contacts réguliers et sans obstacles des détenus avec l'extérieur visent à assurer « la paix de la vie en détention » et la réinsertion sociale la plus rapide possible après leur mise en liberté (art. 51 §1 C. pénit.). Toutefois le cercle des personnes autorisées à rendre visite aux détenus est assez limité. En principe, seuls sont autorisés les parents jusqu'au quatrième degré. L'octroi d'une permission de visite à d'autres personnes est soumis à l'autorisation du directeur de l'établissement et doit être recommandé par écrit par le service social (art. 52 §1, C. pénit.).

Limitation de la fréquence et de la durée des visites

Pour ce qui est du nombre et de la durée des visites, les instances européennes ne fixent aucune règle. Reconnaisant que « pour les autorités pénitentiaires, les visites en prison sont une lourde charge du double point de vue de l'administration et de la sécurité²⁴⁸⁹ », elles laissent en la matière une large marge d'appréciation aux autorités nationales y compris dans les contacts d'un détenu avec

possibles aux détenus condamnés (Lettonie) ainsi que leur limitation à une heure par mois, (*Estrikh c. Lettonie*, n°73819/01, CEDH 2007-I, §§ 170-174).

²⁴⁸⁷ D 17261/90, (C/France), 30.8.1993. Et certes la privation de 13 mois (CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, préc., §§ 129-130) ou de un an et demi (CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., §§ 138-141).

²⁴⁸⁸ D 7878/77 (P.Fell/R.U.), 19.3.1981, p. 123; D 9054/80 (X/RU), préc., p. 118.

²⁴⁸⁹ D 9054/80 (X/RU), préc.

sa famille²⁴⁹⁰. Le contrôle européen de conformité des restrictions en matière de visites se fait au regard d'une part de cette large marge d'appréciation, et d'autre part, des « exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement²⁴⁹¹ ». Mais nous observons que la Cour justifie des limitations dans la réglementation du nombre et de la fréquence des visites bien plus amples que la moyenne nationale européenne, qui est d'une demi-heure par semaine²⁴⁹², et dans laquelle se trouvent les droits français et grec.

En *droit français*, le nombre de visites varie entre prévenus et condamnés. Les premiers peuvent recevoir au moins trois visites par semaine et les seconds une seule (art. D. 410 CPP). Toutefois les visites des prévenus peuvent être supprimées pour une durée fixée par le juge d'instruction. Il peut, selon l'article 145-4 du Code de procédure pénale (loi n° 93-2, du 4 janv. 1993, loi n° 96-1235 du 30 déc. 1996), prescrire l'interdiction de communiquer et de recevoir des visites pour une période de dix jours, renouvelable, une seule fois pour dix jours. De surcroît, il peut les supprimer pendant le premier mois d'incarcération, voire ultérieurement. Mais dans ce dernier cas, et lorsqu'il s'agit des membres de la famille du détenu, il est obligé de motiver spécialement cette décision au regard des nécessités de l'instruction. En *droit grec*, le code pénitentiaire prévoit qu'au moins une visite par semaine doit être accordée à tous les détenus prévenus ou condamnés (art. 52 § C. pénit.). Mais les autorités pénitentiaires jouissent du pouvoir d'en prévoir un nombre supérieur. C'est en effet le règlement intérieur de chaque établissement qui fixe la durée, le nombre et les autres modalités des visites (art. 52 § 4, C. pénit.).

Toujours est-il que même ces normes minimales du droit grec et français sont bien au-dessus de celles admises dans la *jurisprudence européenne*. La Cour a admis des restrictions jusqu'à une visite par mois d'une demi-heure²⁴⁹³. Dans l'arrêt *Boyle et Rice*, le premier requérant se plaignait de la violation de sa vie privée à cause de la limitation de la fréquence des visites (douze visites annuelles), et de leur durée (une heure chacune), ce qui l'empêchait de recevoir d'autres visites que celle de son épouse. Il accusait la direction de l'établissement pénitentiaire de ne pas avoir usé de son pouvoir discrétionnaire pour lui accorder des visites plus fréquentes. Commission et Cour avaient jugé que « tout bien considéré... la manière dont l'administration avait pesé, d'un côté, les intérêts de M. Boyle et la vie familiale des deux requérants, et de l'autre, les impératifs d'une bonne gestion et

²⁴⁹⁰ CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc., § 74.

²⁴⁹¹ *Ibid.*

²⁴⁹² Dans la plupart des pays européens les visites familiales sont hebdomadaires et durent une demi-heure. Mais, dans d'autres pays, comme la Finlande, la Lituanie, la Tchéquie, elles sont d'une durée plus longue. Par exemple en Ukraine, elles peuvent durer de quatre heures à trois jours par mois, M. HERZOG-EVANS, *L'intimité du détenu et ...*, préc.

²⁴⁹³ D n° 42662/98 (*Marincola et Sestito c. Italie*), 25 nov. 1999.

de la sécurité, *n'était pas assez déraisonnable* pour entraîner une ingérence contraire à l'article 8²⁴⁹⁴ ».

Nous estimons que ce raisonnement de la Cour va à l'encontre du principe énoncé concernant la détermination des obligations positives des autorités pénitentiaires dans le respect des droits de l'homme en prison, à savoir qu'elles doivent déployer tous les efforts pour assurer le respect le plus effectif possible. Nous observons dans cet arrêt que, d'une part, à la notion de « restrictions raisonnables » utilisée habituellement dans le raisonnement des instances européennes, la Cour substitue celle, plus large, des « restrictions pas assez déraisonnables ».

D'autre part, pour justifier le non-usage de la part de l'administration de son pouvoir discrétionnaire, cette instance a eu recours à une application spéciale du principe de non discrimination. Rappelons que des dérogations au principe de non discrimination sont admises lorsqu'il s'agit d'une *discrimination positive* visant à mieux assurer le respect des droits de certaines personnes. Or, la suite du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Boyle et Rice*, laisse déduire qu'en prison une telle discrimination serait négative, pouvant induire l'arbitraire : « La défendabilité de pareille plainte pour violation de l'article 8 inspire à la Cour de grandes hésitations et aussi parce qu'il se justifie d'ordinaire, on doit le reconnaître, d'imposer aux détenus un régime uniforme évitant toute apparence d'arbitraire ou de discrimination²⁴⁹⁵ ». On ne peut donc s'empêcher de voir dans ce raisonnement que la préservation de la non discrimination fonctionne en sens unique, à savoir vers la garantie d'un niveau minimum, et non d'un niveau maximum, des droits des détenus et ce malgré les obligations positives incombant à l'administration pénitentiaire d'œuvrer vers ce dernier sens.

b. Les sorties

Alors que la jurisprudence européenne reconnaît aux détenus le droit de recevoir des visites de leurs proches et amis, et à ces derniers le droit de les effectuer, il n'en est pas de même pour les sorties. Celles-ci sont considérées comme constituant de simples modalités d'exécution de la peine privative de liberté et, à ce titre, elles ne tombent sous la protection d'aucune disposition de la Convention. La Cour n'a reconnu un tel droit que pour des événements familiaux graves, en l'occurrence pour le décès des parents, et seulement en 2002 (*arrêt Ploski*).

Cependant, les droits nationaux ont de plus en plus recours à ce moyen dans le cadre de la politique de réinsertion et de non-désocialisation des détenus. Il en est ainsi des *droits grec et français*. Ceux-ci prévoient les sorties des détenus pour des raisons non seulement humanitaires, mais aussi pour des raisons professionnelles, éducatives ainsi que familiales, afin de

²⁴⁹⁴. CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc.

²⁴⁹⁵. *Ibid.*

maintenir les liens familiaux et préparer leur réinsertion sociale. Mais n'étant accordées dans le cadre de la vie privée que pour maintenir les liens familiaux, nous les présenterons plus en détail dans le cadre de l'examen des liens familiaux.

A la lumière de la protection assurée aux contacts de proximité, notre conclusion est que ceux-ci sont sévèrement limités. Même si nous nous limitons aux visites, force est de constater que malgré l'élargissement du cercle des visiteurs à des amis proches, le droit aux liens humains ne comprend pas dans le cas des détenus le droit de nouer et de développer de nouvelles relations. Ils doivent rapporter la preuve qu'un tel lien existe déjà. Pourtant, rappelons-le, la Commission avait estimé qu'« il serait trop restrictif de limiter la notion de "vie personnelle" à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et peut écarter le monde extérieur de ce cercle. La vie privée doit englober le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur²⁴⁹⁶ ».

B. Les restrictions qualitatives

Permettre à des personnes de se rencontrer sans leur laisser la liberté de nouer le type de relation qu'elles souhaitent, réduit de manière considérable leur importance. Or, à moins de tomber dans le cadre des traitements inhumains ou dégradants²⁴⁹⁷, les instances européennes n'ont pas mis en cause les conditions dans lesquelles les visites se déroulent au regard de l'article 8. Aucune garantie concernant la qualité du lien n'est requise. En effet, alors que ces instances reconnaissent que le droit à la vie privée implique le droit à l'épanouissement personnel par l'entretien des liens avec d'autres êtres humains et dans le cas des détenus, elles ont expressément reconnu qu'ils ont droit à des relations affectives²⁴⁹⁸ elles n'ont pas exigé d'assurer la condition minimale de l'entretien et le développement de telles relations (1), l'intimité encore moins les relations sexuelles (2). Si bien que la jurisprudence européenne n'est guère incitatrice d'une évolution des droits nationaux de manière positive en cette matière. Ce qui autorise un certain nombre de critiques et d'interrogations (3).

1. Privation de contacts intimes

Ni la Commission ni la Cour n'ont estimé que la surveillance des visites (a) et des sorties (b), y compris familiales, porte atteinte à la vie privée des détenus et de leurs partenaires.

²⁴⁹⁶ R n°15225/89, (Ludvig Friedl/Autriche), 19.05.1994, § 45.

²⁴⁹⁷ Voir plus haut, la partie sur la dignité.

²⁴⁹⁸ « Le droit au respect de la vie privée comprend également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif », D 9054/80 (X/RU), préc., p. 118. Voir D 6825/74, D.R. 5, pp. 86-87 ; D 8231/78(X/RU), préc., p. 70.

a. Intimité non garantie en prison

Saisie d'une plainte relative au déroulement des visites familiales dans des conditions de surveillance acoustique, la Commission avait au moins considéré que celles-ci « semblaient, à première vue, impliquer une ingérence dans la vie privée et familiale de la requérante et celle de ses enfants²⁴⁹⁹ ». Elle ne les avait justifiées qu'en tenant compte des circonstances particulières de l'espèce, à savoir « des risques exceptionnels pour la sécurité » que représentent pour la prison les détenus condamnés pour des actes terroristes²⁵⁰⁰.

Cependant eu égard à la jurisprudence ultérieure de la Commission et de la Cour, le caractère exceptionnel de cette dérogation non seulement n'a pas été confirmé mais ces deux instances ont entériné le principe selon lequel la surveillance acoustique et visuelle des visites ne constitue même pas une ingérence dans la vie privée. En effet, dans l'affaire *Boyle et Rice* où le premier requérant se plaignait de recevoir la visite de sa femme dans un perchoir bondé et sous une surveillance étroite, la Cour, en suivant la conclusion de la Commission, a rejeté ces griefs pour défaut manifeste de fondement au motif que « de telles visites surveillées ne constituent pas une ingérence au sens de l'article 8²⁵⁰¹ ». En 2003 et 2007, elle a confirmé cette jurisprudence. Tout en soulignant d'approuver le mouvement dans nombre de pays européens permettant les visites conjugales, elle a estimé que la privation des visites intimes est une des conséquences des mesures de contrôle des contacts avec l'extérieur qui n'est pas en elle-même incompatible avec la Convention²⁵⁰².

b. Intimité non garantie lors des sorties

Même lorsque le détenu quitte la prison pour regagner son domicile pour quelques jours, il ne recouvre pas le droit à l'intimité, pourtant requise par le respect effectif de sa vie privée mais aussi de celui de son domicile. C'est dans ce sens que la Cour a statué dans l'affaire *Boyle et Rice*. Le premier requérant estimait que le fait d'être sous surveillance constante d'un gardien durant ses congés au foyer prévus en droit britannique constituait une ingérence à sa vie privée et familiale. Mais la Cour a exprimé des doutes « sur la plausibilité de la doléance, estimant que la Convention ne garantit pas à un détenu le droit à recouvrer sa liberté par des congés de ce genre au foyer²⁵⁰³ ».

2. Privation de relations sexuelles

²⁴⁹⁹ . D 8065/77 (X/RU), 3.5.78, D.R. 14, p. 250.

²⁵⁰⁰ . *Ibid.*

²⁵⁰¹ . CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc., §§ 16, 77.

²⁵⁰² CEDH, *Aliiev c. Ukraine*, préc., §§ 185-189 ; CEDH, *Dickson et Dickson c. R.U.*, §§ 26-31.

²⁵⁰³ . CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc., § 16, § 77.

Si, malgré l'absence d'intimité, les instances européennes se permettent d'affirmer que le droit des détenus à des relations affectives est respecté, elles n'ont pas pu en faire autant du droit à des relations sexuelles. L'indiscrétion admise dans l'ingérence à la vie privée des détenus allant jusqu'à « mâter » leurs moments affectifs, trouve sa limite devant les relations sexuelles, mais au détriment de ces dernières. Devant le dilemme entre le voyeurisme et le renoncement à la pan-surveillance du détenu, la solution est sans appel : castrer le détenu.

La jurisprudence européenne conforte ainsi les droits nationaux qui continuent à opter pour cette solution. Toutefois, au vu de l'évolution de plus en plus suivie des droits nationaux en la matière, qui autorisent de telles relations dans le cadre de la vie familiale, et des Recommandations de certains organes du Conseil de l'Europe qui dans le cadre de la lutte contre la propagation du sida en prison, reconnaissent implicitement l'existence des relations sexuelles en prison, qui ne peuvent alors être qu'homosexuelles, refuser de reconnaître aux détenus le droit à de telles relations ne peut qu'être de plus en plus critique.

Les instances européennes ont affirmé que le droit d'établir des « relations de différentes sortes » avec d'autres personnes comprend « les relations sexuelles » et que « le comportement sexuel se rapporte à un aspect intime de vie privée²⁵⁰⁴ ». Dès lors, chaque fois que l'Etat édicte des règles en ce domaine, il s'ingère dans la vie privée. Il doit, par conséquent, justifier cette ingérence au regard de l'article 8 §2, faute de quoi ledit article est violé. Or il n'en va pas de même dans le cas des détenus. Les instances européennes n'ont pas encore exigé de garantir aux détenus la vie sexuelle ni en tant qu'aspect de la vie privée, ni en tant qu'aspect de la vie familiale.

La Commission avait pleinement justifié la privation des relations sexuelles en prison dans des affaires dont elle a été saisie tout en exprimant sa satisfaction d'avoir constaté que dans certains pays des facilités ont été accordées pour favoriser les relations sexuelles des couples mariés²⁵⁰⁵. Des raisons d'ordre pratique, de sécurité et du bon ordre de la prison, ont été invoquées pour justifier cette privation : « La Commission observe que, de l'avis général, il se justifie, pour éviter tout désordre dans les prisons, de ne pas autoriser les relations sexuelles des couples mariés en prison... En effet la sécurité et le bon ordre seraient sérieusement compromis si tous les détenus mariés étaient autorisés à poursuivre leur vie conjugale en prison²⁵⁰⁶ ». Mais ces raisons ne sont pas exclusives.

²⁵⁰⁴ CEDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. R. U.*, préc., § 36. Voir CEDH, *Dudgeon c. R.U.*, préc., § 52 ; CEDH, *A.D.T. c. R.U.*, préc.; CEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc.

²⁵⁰⁵ La Commission « note avec satisfaction le mouvement des réformes dans plusieurs pays européens et la possibilité pour les détenus de maintenir dans une certaine mesure leur vie conjugale », D 8166/78 (X et Y/Suisse), préc., p. 246.

²⁵⁰⁶ *Ibid.*

D'autres arguments invoqués par la Commission, comme l'absence de recommandation dans le texte des *Règles pénitentiaires européennes (1987)* de garantir la vie sexuelle des détenus (de même lors de leur révision en 2006) ou encore la *pratique suivie dans la majorité des Etats Parties à la Convention* qui consiste à « ne pas permettre les relations sexuelles en prison », dénotent, elles, que la raison réside également dans la perpétuation d'une certaine conception de la peine privative de liberté. Une conception formée avant que le principe de limitation de la peine privative de liberté à la seule privation de liberté physique soit consacré, au moins avant que le respect des droits de l'homme en prison soit devenu une exigence juridique.

Même l'argument de la nécessité d'assurer une surveillance constante et totale, tirée des raisons de sécurité et de bon ordre de la prison, décèle bien une telle étendue de la privation de liberté. La Commission avait admis que « le respect de la vie privée exigerait que les autorités pénitentiaires renoncent à leur droit de surveillance constante. Des visites ou des contacts libres pourraient notamment faciliter l'échange de messages secrets, l'introduction frauduleuse d'objets tels que la drogue ou même des armes²⁵⁰⁷ ». Mais une telle surveillance ne peut signifier que l'acceptation de la privation de toute vie privée intime.

La Cour ne s'est pas encore distinguée de cette jurisprudence. Rappelons que, dans l'affaire *Boyle et Rice*, lors de l'examen du grief de la violation de la Convention par le refus des autorités pénitentiaires d'octroyer des congés au foyer sans escorte, ce qui impliquait la possibilité pour le détenu d'avoir des rapports sexuels, cette instance a exprimé des doutes « sur la plausibilité de la doléance car la Convention ne garantit pas à un détenu le droit à recouvrer sa liberté par des congés de ce genre au foyer²⁵⁰⁸ ». Et, dans l'affaire *Aliev* et l'affaire *Dickson et Dickson* elle a clairement justifié la privation des visites intimes en prison au nom de la nécessité de contrôle continu des contacts avec l'extérieur alors qu'elle notait que la majorité des pays européens autorisaient des visites intimes en prison²⁵⁰⁹.

Au lieu donc de contribuer à renforcer le mouvement en faveur des relations sexuelles des détenus, noté depuis plus de vingt ans dans certains pays européens, la jurisprudence européenne contribue à cautionner les pays retardataires. Pourtant cette position de la Cour devient de plus en plus critiquable.

3. Interrogations et critiques

²⁵⁰⁷ . *Ibid.*

²⁵⁰⁸ . CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc., § 77.

²⁵⁰⁹ CEDH, *Aliev c. Ukraine*, préc. § 187 ; CEDH, *Dickson et Dickson c. R.U.*, §§ 26-31.

Même si l'on ramène tous les arguments susmentionnés à des raisons d'ordre et de sécurité de la prison, celles-ci ne devraient pas justifier la privation des relations sexuelles des détenus. D'abord, parce que, pour être impératives, ces raisons ne doivent pas être absolues dans le raisonnement sur l'application des droits de l'homme. Quelles que soient les raisons opposées à l'exercice effectif des droits de l'homme, elles ne peuvent justifier que des restrictions et non des privations dans leur exercice. Ensuite, parce que l'exemple des Etats autorisant déjà les relations sexuelles en prison montre que ces impératifs ne sont pas insurmontables. Les pays qui souhaitent sincèrement permettre aux détenus d'avoir des relations sexuelles, conjuguent les congés au foyer avec des moyens leur permettant une vie sexuelle à l'intérieur de la prison. Les interrogations auxquelles cette possibilité donne lieu dans ces pays ne portent pas tant sur les difficultés d'assurer l'ordre et la sécurité de la prison, que sur celles d'assurer la meilleure organisation des rencontres intimes tant pour les détenus que pour leurs partenaires.

Les prisons mixtes²⁵¹⁰, expérimentées au Danemark, ne semblent pas constituer une réponse généralisée à cause, d'une part, du nombre sensiblement inférieur de femmes détenues et, d'autre part, des problèmes de stabilité des couples des détenus mariés. En revanche, on assiste à un développement de l'organisation des visites intimes. Ces visites, autorisées, dès 1940 au Mexique et dans les pays de l'ex-URSS, n'ont commencé d'être expérimentées en Europe occidentale qu'à partir des années 1975. Les premiers pays furent les pays scandinaves, précisément le Danemark et la Suède²⁵¹¹.

Les questions soulevées à propos de ces visites, autres que pratiques, et qui servent d'arguments aux pays opposés à leur adoption, sont les suivantes. D'abord, une question liée à une discrimination qu'elles risquent de provoquer suivant les personnes autorisées d'entretenir des relations intimes en prison : doivent-elles être limitées aux couples mariés ou les étendre aux concubins(es), et aux ami(e)s intimes. Ensuite, une question relative à la discrétion : faut-il opter pour des chambres spécialement réservées aux visites conjugales ou toutes les visites privées doivent-elles avoir lieu dans une pièce hors surveillance, ou dans la cellule. Ce sont ces deux derniers lieux, qui servant à recevoir toute visite privée, respecteraient le mieux la discrétion, car ils ne sont pas étiquetés comme lieux « d'accouplement »²⁵¹².

Au *Danemark*, par exemple, les détenus dans les prisons ouvertes reçoivent toutes les visites privées dans leur cellule et hors surveillance, et les détenus dans les prisons fermées les reçoivent dans des chambres spéciales qui ne sont contrôlées qu'exceptionnellement. Ces visites peuvent durer

²⁵¹⁰ . La première prison mixte a été celle de Ringe à Danemark, pour jeunes délinquants, ouverte en 1976. E. SWINNEN, « La Sexualité dans les prisons », in *Bulletin de l'Administration pénitentiaire*, 1981 (pp. 259-282), 1982 (pp. 15-40 et pp. 129-150).

²⁵¹¹ . *Ibid.*

²⁵¹² . *Ibid.*

deux heures. Dans les prisons ouvertes, elles peuvent, pendant les week-ends et les jours fériés, durer jusqu'à huit heures²⁵¹³.

D'autres pays de l'Europe occidentale ont suivi le Danemark. Si l'Espagne, comme nous le verrons à propos du droit à la procréation, limite les visites intimes aux personnes apportant la preuve d'existence d'une relation affective stable, d'autres pays, comme la Suède, les Pays-Bas, garantissent l'intimité à toutes les visites²⁵¹⁴.

En ce qui concerne l'état des *droits grec et français* en cette matière, ils font partie des droits retardataires. Le législateur grec n'a pas saisi l'occasion de la réforme du droit pénitentiaire ni en 1989 ni en 1999, pour mettre fin à la privation des détenus des relations sexuelles. Notons que le motif principal n'a pas trait à des raisons pratiques (matérielles ou de sécurité) de la prison, mais à l'opinion publique : elle ne serait pas prête à les accepter²⁵¹⁵. Ce qui signifie que la privation de la vie sexuelle est implicitement liée à la conception de la reine bien ancrée au fil de l'histoire dans la conscience juridique et publique. Ainsi, seules les permissions de sortie pour des raisons familiales sans escorte permettent aux détenus en Grèce d'entretenir des relations sexuelles. En *droit français*, si la possibilité de recevoir des visites non surveillées dans un local aménagé avait été expérimentée dès 1984 dans la prison ouverte de Casabianca, ce n'est qu'à partir de 2005 que cette possibilité a été expérimentée dans des prisons fermées. Des Unités de Visites Familiales (UVF) sont installées dans les prisons²⁵¹⁶. Il s'agit de studios aménagés hors du lieu de détention proprement dit dans lesquels les détenus peuvent recevoir leurs familles. Toujours est-il que ces visites ne signifient pas que le droit français reconnaît la sexualité en soi comme un des aspects protégés de la vie privée des détenus. Au vu des modalités d'organisation de ces visites (les personnes autorisées et les motifs invoqués en faveur de leur mise en place), le soin est pris de mettre l'accent sur leur caractère de mesure de réinsertion des détenus et du maintien des liens familiaux. Ainsi, leur ouverture à tous les membres de la famille, si elle a été motivée par le but de préserver la discrétion des visites conjugales, elle le fut également afin de pouvoir les inscrire dans le cadre du maintien des liens familiaux, de sorte qu'elles soient mieux acceptées par le personnel pénitentiaire qui, notons-le, s'était opposé à ce projet²⁵¹⁷. D'ailleurs, dans ce même but, leur octroi est laissé au pouvoir discrétionnaire du directeur de l'établissement. Ces visites étant circonscrites dans le cadre de la vie familiale, nous y reviendrons lors de l'étude du respect de la vie familiale.

²⁵¹³ . Ministry of Justice, Department of Prisons and Probation, *Prisons in Denmark*, Copenhagen, 1990, p. 34.

²⁵¹⁴ SENAT, « Le maintien des liens familiaux en prison », *Étude de législation comparée* n° 163 - mai 2006.

²⁵¹⁵ . *Sophonistiki nomothessia* (Législation pénitentiaire), préc., pp. 43-44. Point critiqué par Ch. BAKAS, « Le Nouveau Code pénitentiaire », *Poinika*, n°27, pp. 135-136.

²⁵¹⁶ En 2007, elles étaient installées dans sept prisons.

²⁵¹⁷ *Le Monde*, 7/8.12.1997

Pour l'instant, donc, les relations hétérosexuelles des détenus en prison ne sont pas autorisées ni en droit grec ni en droit français. Mais, même après la mise en place de visites si limitées, comme en droit français, la règle pour la majorité des détenus demeure l'exclusion de la vie sexuelle. Ces visites sont réservées aux détenus mariés ou ayant vécu en concubinage, de surcroît, seulement à ceux qui correspondent aux critères qui seront fixés par les autorités pénitentiaires. Aussi ne sont ouvertes à tous les détenus que les tentatives d'avoir des relations sexuelles de manière clandestine au parloir. Tentatives qui sont réprimées disciplinairement²⁵¹⁸. En raison du manque d'intimité des visites, tout contact à connotation sexuelle est considéré comme atteinte à la pudeur²⁵¹⁹.

Pourtant, à travers les exemples cités, nous constatons que, lorsqu'il y a volonté de faire respecter un droit de l'homme en prison, si difficile que cela puisse paraître, l'imagination de l'homme est assez riche pour que des solutions adéquates puissent être trouvées. Les raisons pratiques ne sont pas insurmontables ; et le renoncement à la pan-surveillance ne compromet pas le pouvoir des autorités pénitentiaires, ni ne menace la sécurité des prisons. Par ailleurs, la disposition des moyens de plus en plus performants pour effectuer des contrôles en dehors du temps et du lieu des visites privées sont certainement suffisants pour garantir la sécurité des prisons. Notons que concentrer la surveillance aux murs et entrées et sorties de la prison afin de permettre le développement d'une vie privée en son enceinte et, donc, de la récréation d'un espace de liberté fut suggéré dès 1986, par une étude du Conseil de l'Europe²⁵²⁰.

Les raisons de sécurité et d'ordre n'étant pas insurmontables pour justifier la privation des détenus de vie sexuelle, on peut s'interroger sur la légitimité de la persistance des instances européennes et des Etats retardataires à maintenir cette privation.

Nous estimons que la réticence des instances européennes et des Etats européens à garantir la vie sexuelle des détenus réside dans un reste archaïque de la conception de la peine et les tabous qui demeurent en Europe autour de la sexualité. Une conception de la peine comme frustration, incompatible avec toute idée de jouissance des détenus, mais aussi comme purification des détenus. Une conception qui révèle bien l'état des mœurs sexuelles dans la société européenne. La non libération sexuelle de l'européen moyen, qui sous le poids de la culture judéo-chrétienne, lui homme libre, vit sa sexualité comme un tabou, comme un interdit en dehors du cadre réglementé du mariage, l'amène tout naturellement à la considérer comme un interdit pour l'homme sous punition. A cet

²⁵¹⁸ . Cette répression, bien qu'elle ne figure pas dans la législation pénitentiaire, est pourtant prévue par les règlements internes. A un moment, même la possession de revues et photos pornographiques était réprimée, J. LESAGE DE LA HAYE, *La Guillotine du sexe*, préc., pp. 149-159.

²⁵¹⁹ En droit français, constitue une infraction disciplinaire, le fait « d'imposer à la vue d'autrui des actes obscènes ou susceptibles d'offenser autrui » (D.249-2-5°), et en droit grec, les atteintes à la pudeur (art. 68 § 2 al.e, C. pénit.).

²⁵²⁰ CDPC, *Les régimes des institutions pénitentiaires*, Conseil de l'Europe, 1986.

égard, il est significatif qu'au Mexique, les rapports sexuels ont été autorisés aux détenus, au lendemain de la révolution anti-catholique, et les premiers pays européens à les avoir autorisés sont les Pays scandinaves connus pour leur liberté sexuelle.

Mais que la sexualité des détenus reste encore un tabou, témoigne également du fait que non seulement elle ne fait pas encore l'objet de larges débats publics dans les Etats européens, mais elle n'est pas non plus revendiquée ouvertement par les détenus. Le nombre de griefs formés par eux et leurs partenaires à ce sujet devant la Commission et la Cour est extrêmement faible. De surcroît, ces griefs n'ont jamais porté sur le droit à la sexualité en soi, mais sur le droit à l'intimité et le droit à la procréation, et ils n'ont été formulés que par des couples mariés.

Le remède « noble » proposé aux détenus est la sublimation de leur sexualité par la lecture, les arts, le travail, les sports, etc. C'est là l'affirmation de la maturité du détenu et de son épanouissement²⁵²¹ ! Ainsi, le citoyen moyen exigerait de la part du détenu ce qu'il n'exige pas de lui-même : être raffiné et élevé intellectuellement, et être plus saint que les moines dans l'abstinence, le renoncement et la sublimation.

Pourtant, malgré la privation de relations hétérosexuelles, la sexualité existe en prison. La privation forcée n'amène pas à la sublimation, mais à une sexualité déviante et à l'agressivité. L'impossibilité d'avoir des relations hétérosexuelles pousse les détenus à chercher des palliatifs (masturbation, homosexualité) et les pousse à des agressions sexuelles, y compris aux viols²⁵²². Mais, il a fallu attendre le fléau du sida et les problèmes que l'homosexualité pose dans le cadre de la politique de santé publique, notamment dans la prévention du Sida, pour avouer officiellement ce que les études avaient déjà révélé, à savoir que l'homosexualité existe dans la prison²⁵²³.

Il a précisément fallu attendre la fin des années '80 pour que certains organes du Conseil de l'Europe abordent le problème de l'homosexualité en prison. C'est en effet, le 21 novembre 1987, que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adoptait la Recommandation n° R(98)7 sur la politique européenne de santé publique, et le 30 juin 1988, que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptait la Recommandation n° 1080 relative à la prévention du sida dans les prisons, dans lesquelles ces deux organes incitent les Etats à mettre à la disposition des détenus des préservatifs.

²⁵²¹ PERRIN, « La Sexualité en prison », *Revue pénitentiaire*, n°1, 1985.

²⁵²² D. WELZER-LANG, L. MATHIEU, M.FAURE, *Sexualités et violences en prison*, Ed. Aléas, 1996.

²⁵²³ J. LESAGE DE LA HAYE, *La Guillotine du sexe*, 2^e éd., Paris, Editions du monde libertaire, 1992, pp. 149-159 ; PERRIN, *La Sexualité en prison*, préc. ; D. WELZER-LANG, L. MATHIEU, M.FAURE, *Sexualités et violences en prison*, préc.

En 1990, la possibilité des détenus de se procurer des préservatifs auprès des distributeurs automatiques, à la cantine ou au service médical, avait été mise en œuvre par neuf pays européens²⁵²⁴. En France, elle a été mise en œuvre par des circulaires du 17 mai 1989 et du 8 décembre 1994. Des études menées en France sur l'épidémie du sida en milieu carcéral, et publiées en 1991, avaient établi que l'homosexualité faisait partie des moyens de transmission dans 3% des cas²⁵²⁵. Cette mesure constitue alors un aveu officiel de l'existence d'une vie sexuelle en prison mais déviante en raison de la privation des relations hétérosexuelles, en même temps qu'elle révèle l'hypocrisie des autorités nationales feignant d'ignorer cet aspect de vie des détenus.

Après l'adoption de ces Recommandations européennes et le progrès marqué en matière de sexualité des détenus dans certains droits nationaux, on ne peut que regretter la rigidité des instances du Conseil de l'Europe chargées d'appliquer la Convention européenne des droits de l'homme. La Commission, qui avait eu à se prononcer sur cette question, en 1997, n'avait pas saisi l'occasion de faire évoluer sa jurisprudence. Elle a réitéré sa position en la matière, à savoir que la privation de relations sexuelles est justifiée par des raisons d'ordre et de sécurité²⁵²⁶. Ainsi, a-t-elle préféré, plutôt que de déroger aux impératifs sécuritaires, accentuer encore l'anormalité de la condition humaine dans la prison : pousser les détenus à l'homosexualité et à la perversion sexuelle, voire à l'agressivité que fait naître la frustration sexuelle des hommes et femmes en plein âge d'avoir du désir sexuel, si l'on tient compte que la moyenne d'âge des détenus est de 25-30 ans.

Cette conséquence n'est toutefois pas la seule qui donne matière à critique de cette position de la jurisprudence européenne et des États européens retardataires en la matière.

La privation de la vie sexuelle est critiquable, d'abord, pour des raisons juridiques. Elle porte atteinte au respect d'un principe absolu en matière d'application des droits de l'homme dans une société démocratique : le respect de leur substance. Ensuite, elle porte atteinte à deux principes pénaux : au principe de légalité de la peine (la privation de la vie sexuelle est supplémentaire à la privation de la liberté physique), et au principe de personnalité de la peine (privation de vie sexuelle des détenus signifie automatiquement privation de vie sexuelle également du conjoint et/ou du concubin).

En outre, comme nous verrons à l'occasion de l'étude des liens familiaux, la privation de vie sexuelle entrave également l'exercice d'autres droits : le droit de procréer, le droit de fonder une famille et le droit de préserver la vie familiale. Enfin, alors que les autorités pénitentiaires et la partie

²⁵²⁴ P. DARBEDA, « Les Prisons face au Sida : vers des normes européennes », *RSC*, 1990-1994, pp. 821-828.

²⁵²⁵ P. ESPINOZA, « L'infection par le VIH en milieu carcéral », in *Santé publique*, n° 142 du 17 juin 1991, p. 1546.

²⁵²⁶ D 32094/96 (E.L.H./R.U) et 32568/96 (P.B.H./R.U), 22.10.1997.

de la doctrine qui s'oppose à l'autorisation des relations hétérosexuelles des détenus prétendent qu'elle créerait une discrimination entre détenus mariés ou ayant vécu en concubinage et les autres, l'absence de cette autorisation est également source de discrimination : celle entre détenus homosexuels et hétérosexuels. Alors que, en autorisant les relations hétérosexuelles, la discrimination invoquée peut être réduite en étendant cette autorisation à toute personne avec qui le détenu entretient ou souhaite entretenir des relations intimes.

La privation de la vie sexuelle est, ensuite, critiquable, pour être source amplificatrice des problèmes des détenus créés durant leur détention et après leur libération. Il est démontré que la privation sexuelle des détenus au-delà d'un certain temps crée de véritables problèmes d'équilibre sexuel et affectif. Elle amène le détenu à ne plus désirer, à s'anesthésier, voire le conduit à des tentatives d'auto-castration ou à des actes de mutilation des organes génitaux²⁵²⁷. Ces conséquences donnent alors raison à ceux qui soutiennent que la peine privative de liberté continue d'être une peine corporelle. Elles donnent aussi raison à ceux qui plaident d'inscrire la réinsertion sexuelle dans le cadre de la politique de la réinsertion sociale du détenu²⁵²⁸. Les conséquences de la perturbation de la vie sexuelle et affective des détenus se prolongent au-delà du temps de la détention²⁵²⁹, entravant ainsi la réinsertion sociale des détenus et portant, de ce fait, atteinte au principe également de temporalité de la peine.

Enfin, contrairement à la thèse que l'autorisation de la vie sexuelle comporte des risques pour l'ordre et la sécurité de la prison en raison de la limitation de la surveillance qu'elle implique, on peut soutenir qu'elle contribuerait à leur maintien. Partant du principe que les frustrations sont source des tensions et d'agressivité, permettre aux détenus de vivre leur sexualité ne peut que réduire les tensions en milieu carcéral et à favoriser la sécurité dite dynamique (fondée sur les moyens psychologiques et non seulement techniques, comme la surveillance). De plus, si l'on adopte un point de vue cynique, on peut voir dans l'autorisation des relations sexuelles un moyen de maintien de l'ordre et de la discipline supplémentaire par l'espoir d'obtenir cette autorisation ou par la menace d'en être privée à titre de sanction disciplinaire.

La privation de la vie sexuelle étant alors source de plus de problèmes que ne le serait leur autorisation, le revirement de la jurisprudence européenne est plus que souhaitable. D'autant que la Commission et la Cour ont exprimé leur satisfaction à propos des Etats autorisant les relations sexuelles des détenus, que le nombre de pays avançant vers cette voie augmente, et que la Cour risque de se trouver à la traîne des autres organes du Conseil de l'Europe. Car, alors qu'elle se réfère de plus en plus en matière d'application de la Convention dans la prison aux positions d'autres

²⁵²⁷. GRISPI, *La Castration pénitentiaire*, préc., pp. 43-45.

²⁵²⁸. J. LESAGE DE LA HAYE, *La Guillotine du sexe*, préc., pp. 201-214.

²⁵²⁹. *Ibid.*, pp. 60-65.

organes du Conseil de l'Europe, concernant la vie sexuelle des détenus, elle est déjà privée d'appui auprès du *Comité des Ministres*.

Dans sa *Recommandation R(98)7*, ce Comité préconise qu'« il devrait être envisagé de donner aux détenus la possibilité de rencontrer leur partenaire sexuel sans surveillance visuelle pendant la visite » (*règle 68*). Recommandation à propos de laquelle il importe de souligner qu'elle constitue une avancée non seulement pour être le premier texte européen prônant la vie sexuelle des détenus, mais aussi pour l'aborder en soi et la sortir enfin du cadre de la vie familiale. Le terme « partenaire sexuel » permet d'étendre de telles relations à des personnes autres que celles qui sont en état de prouver un lien familial officialisé avec le détenu. La Cour européenne devrait donc s'en inspirer pour aborder la sexualité dans le cadre de la vie privée, en tant qu'un droit en soi, et pour exiger que la possibilité la plus large possible soit donnée aux détenus de continuer à avoir des relations sexuelles. Car continuer à légitimer leur privation et à cautionner ainsi l'immobilisme en cette matière et non la dynamique amorcée au sein des Etats européens et du Conseil de l'Europe, devient de moins en moins défendable et de plus en plus critiquable.

L'absence de protection des relations sexuelles des détenus nous incite à conclure sans hésitation concernant le respect de la vie privée interindividuelle du détenu au sein du droit grec et français, et au sein de la jurisprudence européenne, que la notion de vie privée étant dissociée de l'intimité, le droit à des « relations de différentes sortes » est réduit au droit à des relations affectives, de surcroît, dégradées.

De manière générale, qu'il s'agisse de la vie privée individuelle ou interindividuelle, le détenu est privé aussi bien d'intimité que de liberté, au sens d'une autonomie décisionnelle, deux conditions pourtant nécessaires pour le respect de la vie privée. La privation de l'intimité est totale puisqu'elle n'épargne même pas l'intimité corporelle. Quant à l'autonomie, outre la privation qu'implique la privation d'intimité et celle qui concerne la libre disposition du corps (traitée dans la partie relative à la santé et la dignité), s'ajoute celle du choix des personnes avec qui le détenu souhaite entretenir des relations privées. Si ce choix n'est plus entravé dans les rapports entretenus par des moyens de communication, son entrave demeure entière dans les rapports de proximité.

En dehors des membres de la famille, le choix final d'autres personnes pouvant rendre visite à un détenu revient au directeur de l'établissement qui s'érige en psychologue pour déterminer quelle fréquentation et quel type de rapport est bénéfique au détenu. Pourtant, les détenus ne sont ni des mineurs ni des malades mentaux pour justifier la délégation d'une telle décision. Cette privation d'autonomie dément alors formellement l'affirmation que le traitement des détenus est, actuellement, exempt de tout sens d'orientation dans le développement de leur personnalité et constitue une sévère ingérence dans la vie privée des détenus.

L'exercice effectif du droit au respect de la vie privée devrait conduire à ce que le choix des personnes autorisées à visiter les détenus n'entre plus dans les restrictions laissées au pouvoir discrétionnaire des autorités pénitentiaires. Ce choix devrait revenir au détenu et aux personnes souhaitant entretenir des relations privées avec lui (des relations affectives mais aussi sexuelles). Aussi le refus de délivrer une autorisation de visite à des personnes, autres que celles de l'entourage familial devrait devenir une exception justifiée chaque fois par des motifs impérieux pour la sécurité de la prison.

*

La détention en soi et les modalités actuelles de l'organisation des relations avec l'extérieur ont des répercussions graves également dans le respect de la vie familiale, malgré la garantie privilégiée dont jouissent les liens familiaux parmi les liens privés.

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

CHAPITRE 2. LE SENS DETERMINE PAR LE RESPECT DE LA VIE FAMILIALE

Avec l'examen du droit au respect de la vie familiale, nous passons à une dimension à part de la vie privée. Tout d'abord, parce qu'il s'agit d'un droit dont le sujet « je » devient quasi automatiquement « nous ». En l'absence de conflits inter-familiaux ou intra-familiaux²⁵³⁰, le sujet défendant ses droits familiaux est implicitement pluriel : il représente la famille. Ensuite, la préservation de la vie familiale est peut être le seul droit dans l'exercice duquel on admet qu'intérêt privé et général convergent. On reconnaît volontiers, en effet, que la famille constitue « une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société²⁵³¹ » ; elle est le maillon de base dans l'institution de la société (étant l'institution médiatrice entre l'individu et la société). Elle est aussi l'institution fondamentale dans le maintien de la stabilité de l'ordre social. Son pouvoir est à ce dernier égard d'autant plus fort et irremplaçable qu'elle n'est pas seulement le premier lieu de socialisation des individus (par l'apprentissage des règles de vie en société) : elle est aussi la seule à disposer de cette arme puissante, la pression affective, dans le contrôle de l'être et du devenir de l'individu.

Dès lors, en examinant la protection des droits familiaux dans le cas des détenus, on doit partir du principe que la société a autant d'intérêt à défendre la famille qu'à punir l'un de ses membres. Les atteintes portées contre elle peuvent être aussi nuisibles à l'intérêt général de la société que le sont les infractions commises par un de ses membres. On doit en même temps tenir compte que le détenu n'est pas seul face à l'Etat et à l'institution de la prison, dans la défense de ses droits familiaux. La famille intervient comme institution médiatrice. D'autant plus que la famille dispose en faveur du respect de ses droits d'une autre arme juridique : le principe de personnalité de la peine. Conformément à ce principe, les effets d'une peine ne doivent pas s'étendre à d'autres personnes que l'auteur de l'infraction.

Un intérêt à part est, certes, déjà porté sur la famille dans le système pénal et de l'exécution de la peine privative de liberté. Cet intérêt a surtout été exprimé dans la recherche de l'« étiologie familiale de la délinquance » et des « variables familiales prédictives de la réinsertion sociale des détenus »²⁵³². Ce sont les résultats des recherches sur ce dernier rôle, menées notamment à partir des années '60, dans les pays anglo-saxons²⁵³³, qui ont contribué à faire prendre conscience sur le plan

²⁵³⁰ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, préc., n° 4, p. 774.

²⁵³¹ Loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille, *JO* du 26 juillet 1994, p. 10739.

²⁵³² Ainsi que l'a souligné Françoise Tulkens, dans son rapport « Les effets sociaux liés à la détention », en Annexe, au Rapport sur *Les effets de la détention sur le plan familial et social*, présenté à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en vue de la préparation d'une Recommandation visant à limiter ces effets, Conseil de l'Europe, (Doc. 7816) 15 mai 1997.

²⁵³³ G. DE CONINCK, « La famille du détenu : de la suspicion à l'idéalisation », *Déviance et Société*, 1982, vol. 6, n° 1, p. 83.

juridique, qu'au lieu de préserver le détenu de l'influence de son milieu familial, il est préférable de maintenir le mieux possible ses liens familiaux. En effet, ces recherches ont mis en évidence la relation forte et positive entre le maintien des liens familiaux pendant la détention et la réinsertion du détenu. Cette évidence a conduit à considérer la famille comme le « premier agent de traitement » et les contacts familiaux comme une « technique correctionnelle majeure »²⁵³⁴. C'est effectivement suite à ces résultats que l'on constate, au sein des droits pénitentiaires, le début de la suppression des limites dans la correspondance familiale, et l'octroi des visites familiales plus longues et plus intimes²⁵³⁵.

La protection de la vie familiale comme droit fondamental par la Convention demande également une approche juridique de la garantie des liens familiaux. Leur protection constitue alors une finalité propre indépendamment de celle du traitement des détenus. Dans ce cadre, il convient d'examiner en particulier dans quelle mesure la détention d'une personne membre d'une famille modifie et donc détermine l'exercice du droit à la vie familiale. Dans cette optique, la famille peut être amenée à défendre, si besoin est, ses intérêts contre ceux de l'insitution de la prison et la politique du traitement du détenu. Par exemple, elle a intérêt à s'opposer à la privation des visites pour des raisons disciplinaires internes à la prison, ou à l'affectation du détenu à une prison dont le choix est déterminé uniquement par des considérations de sécurité et de traitement du détenu, si la distance du lieu au domicile familial empêche ou rend difficile les visites régulières. De même, la famille peut exiger que l'octroi des sorties des détenus soit déterminé également par son propre intérêt à maintenir les liens familiaux durant toute la détention, et non seulement par son rôle en fin de peine dans la réinsertion des détenus.

Notre approche dans l'étude de la vie familiale des détenus et de leurs familles étant essentiellement juridique, nous allons essayer de voir dans quelle mesure la détention détermine la protection effective du droit au respect de la vie familiale, et dans quelle mesure les principes de légalité et de personnalité de la peine sont respectés²⁵³⁶.

Soulignons d'abord que le droit au respect de la vie familiale et des droits connexes font l'objet de protection en tant que droits fondamentaux au niveau international, européen et national. La

²⁵³⁴ Ces études avaient précisément démontré qu'il y avait une différence de taux de récidive avec les détenus qui recevaient des visites régulières de leur famille, J., MARTIN, D., WEBSTER, *The social consequences of conviction*, London, 1970 ; MORRIS P., *Prisoners and their families*, London, 1965 ; BRODSKY, S.L., *Families and friends of men in prison. The uncertain relationship*, Toronte-London, Lexington Books, 1975, cités par G. DE CONINCK, « La famille du détenu : de la suspicion à l'idéalisation », *préc.*

²⁵³⁵ G. DE CONINCK, « La famille du détenu : de la suspicion à l'idéalisation », *préc.*

²⁵³⁶ Pour une approche sociologique, voir notamment le travail de Gwenola RICORDEAU, *Les détenus et leurs proches. Solidarité et sentiments à l'ombre des murs*, Editions Autrement, Collection Mutations, 2008.

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme le consacre dans les articles 12 et 16²⁵³⁷. La Convention européenne des Droits de l'Homme le consacre dans les articles 8 §1²⁵³⁸ et 12²⁵³⁹. Enfin, au niveau national, la vie familiale et le mariage sont des droits qui, au sein des droits grec et français, jouissent de la protection constitutionnelle²⁵⁴⁰. En *droit grec*, la protection de la *famille* ainsi que du *mariage*, de la *maternité* et de *l'enfance* est un devoir constitutionnel de l'Etat (art. 21 §1 et §2)²⁵⁴¹. En *droit français*, le respect de ces droits ne fait pas partie de la liste des droits contenus dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789. C'est le Conseil Constitutionnel qui a comblé cette lacune en affirmant, dans sa décision du 13 août 1993, que font partie des « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », la liberté du *mariage* et le droit de mener une *vie familiale normale*²⁵⁴².

Avant d'examiner la garantie effectivement assurée au droit à la *famille* et à la *vie familiale* des détenus et de leurs familles par la Convention et les droits grec et français, il convient de tenter de déterminer le champ d'application de ces notions. Soulignons d'abord, à propos de la double terminologie « vie familiale » et « famille » employées respectivement par les articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁵⁴³, qu'elle a suscité des interrogations tant sur leurs rapports que sur leur définition respective. En ce qui concerne leurs rapports, il semble établi que « l'idée de la famille... est sous-jacente » dans le terme « vie familiale » qui figure dans l'article 8 de la Convention²⁵⁴⁴. Et par conséquent, ce dernier a un champ de protection plus large. On peut soutenir que, eu égard au terme « fonder » une famille et à la place de ce droit, à côté de celui de se marier, donc de la formation de couple, l'article 12 vise à garantir la création d'une vie familiale, par la formation d'un couple et l'avènement d'un enfant légitime, naturel ou adopté ; l'article 8 vise, quant

²⁵³⁷ « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes », (art. 12 DUDH)

« La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat », (art. 16 § 1 DUDH).

« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » (art. 16 § 1 DUDH).

²⁵³⁸ « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ».

²⁵³⁹ « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

²⁵⁴⁰ Loi fondamentale allemande (art. 6) ; Constitution italienne (art. 29) ; Constitution du Luxembourg (art. 11) Constitution espagnole (art. 39) ; Constitution portugaise, (art. 67) ; Constitution irlandaise (art. 41).

²⁵⁴¹ « La famille, en tant que fondement du maintien et du progrès de la Nation, ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance se trouvent sous la protection de l'Etat » (art. 21 § 1). « Les familles nombreuses... ont droit à un soin particulier de la part de l'Etat » (art. 21 § 2).

²⁵⁴² Conseil Constitutionnel, n° 93-325 DC du 13 août 1993, *JO* du 18 août 1993, à propos de la loi relative à la *maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

²⁵⁴³ « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale » (art. 8 §1) ; « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit » (art. 12).

²⁵⁴⁴ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, préc., p. 549.

à lui, à protéger la vie familiale là où de tels liens familiaux existent²⁵⁴⁵ ou dont les parents demandent la reconnaissance de leur existence tels les liens par une adoption non encore suivie de la cohabitation ou d'un parent d'un enfant né hors mariage²⁵⁴⁶.

En ce qui concerne leur *définition*, droits nationaux et jurisprudence européenne s'accordent à reconnaître que ces deux notions ne répondent pas à une définition juridique précise. La doctrine précise seulement que la famille est une notion composée des rapports interindividuels établis par le mariage, les filiations et l'autorité parentale²⁵⁴⁷, et que la notion de vie familiale, telle qu'elle est consacrée par l'article 8 de la Convention, est de caractère relatif : elle varie « au gré des conditions sociales, économiques, culturelles et géographiques, et subit l'influence des diverses conceptions idéologiques, religieuses et philosophiques²⁵⁴⁸ ». A défaut d'une définition précise, la *vie familiale* se définit par l'application d'un nombre de critères dégagés dans la jurisprudence européenne. Ce qui caractérise cette jurisprudence, c'est l'option pour des critères matériels et non formels. Ainsi, les critères légaux de *consanguinité* et de *mariage* ne revêtent pas un rôle surdéterminant. Ils ne sont ni exclusifs ni suffisants pour établir l'existence de la vie familiale. La notion de vie familiale s'étend à la famille de fait²⁵⁴⁹. Il en est ainsi dans le cas d'une *cohabitation en couple* : « La Cour rappelle que la notion de "vie familiale" visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage mais peut englober d'autres liens familiaux *de facto* lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage²⁵⁵⁰ ». Il peut en être également ainsi dans le cas d'une *cohabitation entre un enfant et le compagnon de sa mère*, qui n'est pas son père, ni biologique ni adoptif (l'enfant en l'occurrence était issu d'un traitement IAD), si ce dernier se comporte socialement, affectivement et financièrement comme son père²⁵⁵¹. Mais il peut s'agir aussi d'autres facteurs qui peuvent démontrer que, même en l'absence de cohabitation, une vie familiale existe dès lors que « la relation a suffisamment de

²⁵⁴⁵ CEDH, *Marckx c. Belgique*, n° 5833/74, 13 juin 1979, Série A n° 31, § 31 ; CEDH, *Johnson c. R.U.*, 24 oct. 1997, Recueil 1997-VII, § 62.

²⁵⁴⁶ La Cour a déjà considéré que cette disposition pouvait aussi s'étendre à la relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), ou à la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. R.U.*, 28 mai 1985, Série A n° 94, § 62) ». Il en est de même dans le cadre d'une adoption, en l'absence de cohabitation ou de liens *de facto* suffisamment étroits entre les requérants et les enfants adoptés : « Il n'en résulte pas pour autant, de l'avis de la Cour, que toute vie familiale projetée sorte entièrement du cadre de l'article 8 », CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 143 ; Voir CEDH, *Wagner et J.M.W.VL. c. Luxembourg*, préc., § 123.

²⁵⁴⁷ A. WEILL, F. TERRE, *Droit civil*, Dalloz, 1983, p. 161.

²⁵⁴⁸ VELU J., ERGEC R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 549.

²⁵⁴⁹ CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc., §§ 38-43 ; CEDH, *Johnston et autres*, 18 déc. 1986, Série A n° 112, § 25 ; CEDH, *X, Y et Z c. R.U.*, [GC], n° 21830/93, 22 avril 1997, Recueil 1997-II, §§ 36-37 ; CEDH, *Lebbink c. Pays-Bas*, n° 45582/99, CEDH 2004-VI, § 35.

²⁵⁵⁰ CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 44. Voir aussi, CEDH, *Johnston et autres c. Irlande du Nord*, préc., § 55 ; CEDH, *X, Y et Z c. R.U.*, [GC], préc., § 36. La Commission utilise les liens de fait substantiels comme critère d'existence d'une vie familiale, D 7229/75, X et Y c. R.U., 15/12/1977, D.R. 12, p. 35.

²⁵⁵¹ CEDH, *X, Y et Z c. R.U.*, [GC], préc., §§ 36-37.

constance pour créer des 'liens familiaux' »²⁵⁵². En définitive, ces sont les liens de fait qui priment sur les liens biologiques et/ou juridiques. Comme l'a déclaré la Cour, « l'existence ou l'absence d'une 'vie familiale' est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits²⁵⁵³ ». En effet, la Commission européenne des droits de l'homme avait accepté d'examiner dès 1968 l'existence d'un lien familial entre une personne adulte et son père vivant séparément depuis longtemps²⁵⁵⁴, et entre un oncle et une nièce n'ayant jamais cohabité²⁵⁵⁵. Et la Cour a eu l'occasion d'examiner, notamment dans des affaires impliquant des enfants naturels, des enfants adoptés, ou des personnes étrangères, l'existence d'un lien familial indépendamment des liens biologiques ou légaux²⁵⁵⁶.

Au vu des critères dégagés jusqu'à présent par cette jurisprudence, les liens constitutifs d'une vie familiale sont : les liens de *couple* fondés sur le « mariage » ou sur la « cohabitation²⁵⁵⁷ » ; les liens entre *proches parents* (grands-parents et petits-enfants) en retenus par des "rapports étroits²⁵⁵⁸" ou par des "rapports réguliers²⁵⁵⁹" ; les liens entre *parents plus éloignés*²⁵⁶⁰, si, outre les liens sentimentaux, ils entretiennent des "rapports de dépendance matérielle", ils doivent, par exemple, entretenir des "rapports de dépendance financière"²⁵⁶¹ ; et les liens entre *parents/enfants* (légitimes, naturels, adoptés).

Concernant ces derniers liens, le critère de sang suffit pour établir une vie familiale entre les parents et leur enfant légitime ou naturel pendant sa minorité : «...Dès l'instant et du seul fait de sa naissance, il existe entre lui et ses parents un lien constitutif de "vie familiale" », a déclaré la Cour à propos des *enfants issus d'une union maritale*²⁵⁶², et à propos des *enfants naturels*²⁵⁶³. Dans d'autres

²⁵⁵² « Si en règle générale une cohabitation peut constituer une condition d'une telle relation, exceptionnèlement d'autres facteurs peuvent aussi servir à démontrer qu'une relation a suffisamment de constance pour créer des 'liens familiaux' », CEDH, *Lebbink c. Pays-Bas*, préc., § 36.

²⁵⁵³ *Ibid.*

²⁵⁵⁴ D 2991/66 et 2992/66 (Alam et Khan/R.U.), 15.7.1967, Ann. Vol XI, p. 478.

²⁵⁵⁵ D 3110/67 (X/RFA), 19.7.1968, Rec. 27, p.77.

²⁵⁵⁶ CEDH, *Mahen c. France*, n°53470/99, CEDH 2003-IV ; CEDH, *Musa et autres c. Bulgarie*, n° 61259/00, CEDH 2007-I.

²⁵⁵⁷ « La Cour rappelle que la notion de famille visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens 'familiaux' *de facto* lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage », CEDH, *Sahin c. Allemagne*, n°30943/96, CEDH 2001-X, § 34 ; CEDH, *Nylund c. Finlande* (déc.), préc.

²⁵⁵⁸ CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc., § 45 ; R 12849/87, (Vermeire c. Belgique), 5.4.1990.

²⁵⁵⁹ « La notion de vie familiale n'implique pas nécessairement une vie commune des membres d'une famille, s'ils ont des contacts réguliers ». Ainsi « la vie familiale englobe les rapports entre grands-parents et petits-enfants même sans cohabitation », CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc., § 45. Voir aussi D 12763/87 (Lawlor/RU), 14.7.1988, DR 57, p. 216 ; D 10730/84 (Berrehab et Koter/Pays-Bas), 8.3.85, D.R. 41, p. 196 ; et D 12411/86 (X/RFA), 4.3.1987, D.R. 51, p. 245.

²⁵⁶⁰ D 10375/83 (X/RU), 10.12.1984, DR 40, p. 196.

²⁵⁶¹ D 9492/81, (X/RU), 14.10.82, DR 30, p. 232.

²⁵⁶² CEDH, *Ahmut c. Pays-Bas*, n° 21702/93, 28 nov. 1996, Recueil 1996-VI, § 60 ; CEDH, *Sen c. Pays-Bas*, n° 31465/96, CEDH 2001-XII, § 28. «... la Cour rappelle que la notion de vie familiale sur laquelle repose l'article 8 implique qu'un enfant issu d'une union maritale s'insère de plein droit dans cette relation ; partant, dès l'instant et du seul fait de sa naissance, il existe entre lui et ses parents un lien constitutif de 'vie familiale' que des événements ultérieurs ne peuvent briser que dans des circonstances exceptionnelles » ; être en bas âge,

arrêts, cette instance a reconnu l'existence d'un tel lien entre un *enfant et chacun de ses parents indépendamment des liens de ceux-ci*²⁵⁶⁴ et *indépendamment de la cohabitation ou pas de l'enfant avec ses parents*²⁵⁶⁵, y compris s'ils n'ont jamais cohabité et si le père n'a pas reconnu son enfant²⁵⁶⁶. Ce qui compte, c'est « la nature de la relation entre les parents naturels », ainsi que « l'intérêt et l'attachement manifestés par le père naturel pour l'enfant avant et après la naissance », propres à démontrer que la relation a « suffisamment de constance et de substance pour créer des 'liens familiaux factuels' »²⁵⁶⁷. Quant aux *enfants adoptifs*, la Cour, tout en soulignant que la Convention ne garantit pas le droit d'adopter, a reconnu que les relations entre un adoptant et un adopté relèvent de la notion de la vie familiale et doivent alors jouir de la protection de l'article 8 de la Convention²⁵⁶⁸. Dès lors, si le tribunal du pays dont l'enfant est originaire a accordé une adoption et si les parents ont commencé à se comporter comme tels, le fait que le pays d'accueil ne reconnaisse pas cette adoption constitue une ingérence dans la vie familiale²⁵⁶⁹.

D'ailleurs, à l'occasion des affaires concernant des liens entre parents et enfants adoptés, la Cour a étendu la protection de l'article 8 au-delà de la vie familiale existante de fait ou de droit, à la « vie familiale projetée », comme celle née d'une adoption légale pas encore suivie de cohabitation²⁵⁷⁰, après l'avoir étendu à la « vie familiale potentielle », entre un père et un enfant né hors mariage²⁵⁷¹.

Aussi l'ensemble de *droits relatifs à la protection de la famille et de la vie familiale*, effectivement garantis par le jeu croisé des articles 8 et 12 de la Convention, sont : *le droit de se*

vivre au foyer des parents et en être financièrement dépendant ne font que renforcer l'existence d'un tel lien, CEDH, *Musa et autres c. Bulgarie*, préc., § 57.

²⁵⁶³ CEDH, *Sahin c. Allemagne*, préc., § 34 ; CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 44).

²⁵⁶⁴ « La notion de vie familiale inclut, même en l'absence de cohabitation, le lien entre une personne et son enfant, que ce dernier soit légitime ou naturel », CEDH, *C. c. Belgique*, 21794/93, 7 août 1996, Recueil 1996-III, § 25.

²⁵⁶⁵ « Il existe entre l'enfant et des parents un lien constitutif d'une vie familiale même, si à l'époque de sa naissance, les parents ne vivaient plus ensemble ou si leurs relations avaient pris fin », CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 44.

²⁵⁶⁶ CEDH, *Lebbink c. Pays-Bas*, préc., § 36.

²⁵⁶⁷ Ainsi, à propos du refus d'accorder à un père un droit de visite envers sa fille qu'il n'a pas juridiquement reconnue, la Cour a estimé que, outre la relation intime avec la mère d'un enfant poursuivie durant seize mois après la naissance de l'enfant, le fait d'être présent le jour de l'accouchement, d'avoir été tuteur pendant les premiers mois de l'enfant, de s'en être occupé régulièrement, et de l'avoir gardé quelques fois, alors même qu'il n'a pas reconnu juridiquement la paternité de cet enfant, il existait avec l'enfant, au moment de la rupture des liens avec la mère, « outre les liens du sang – certains liens suffisants pour entraîner la protection de l'article 8 de la Convention », CEDH, *Lebbink c. Pays-Bas*, préc., § 37, § 38, § 42.

²⁵⁶⁸ CEDH, *Wagner et J.M.W.VL. c. Luxembourg*, préc., § 121 ; CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 140 ; CEDH, *Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I., § 29.

²⁵⁶⁹ « En l'absence dans la législation luxembourgeoise de dispositions permettant à une personne non mariée d'obtenir l'adoption plénière d'un enfant, la Cour estime que ce refus a représenté en l'espèce une 'ingérence' dans le droit au respect de la vie familiale des requérantes », CEDH, *Wagner et J.M.W.VL. c. Luxembourg*, préc., § 123.

²⁵⁷⁰ CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 143.

²⁵⁷¹ CEDH, *Nylund c. Finlande* (déc.), préc.. En revanche, il a été exclu que « le droit du père potentiel au respect de sa vie privée et familiale puisse être interprété assez largement pour englober le droit d'être consulté ou celui de saisir un tribunal à propos d'un avortement que son épouse se propose de faire pratiquer sur sa personne », CEDH, *Boso c. Italie*, (déc.), préc.

marier et le droit de fonder une famille (art. 12) ; *et le droit au respect de la vie familiale*. Celle-ci comprend le respect de l'unité familiale au sens de la vie commune et, à défaut, l'entretien des relations personnelles ; ainsi que l'intimité de la vie familiale.

Nous examinerons le respect de ces aspects à l'égard des détenus et de leurs familles en distinguant, d'une part, les droits contribuant à la création d'une vie familiale, à savoir le droit de se marier et le droit de fonder une famille (**Section 1**), et, d'autre part, le droit au respect de la « vie familiale normale », expression utilisée dans la jurisprudence européenne (**Section 2**). L'étude de ces droits nous permettra d'observer encore une fois que le principe de légalité des peines est mis à mal, que le respect du principe de personnalité de la peine « vole en éclats » et que la démocratie perd ses repères. Il sera difficile de soutenir que les restrictions admises dans l'exercice de ces droits sont propres à une société démocratique : les restrictions atteignent parfois une telle ampleur, notamment dans l'exercice du droit à fonder une famille et de préserver la famille nucléaire (parents/enfants), qu'il est difficile de défendre que la substance de ces droits est sauvegardée. Il ne s'agit plus de restrictions, mais de privation de ces droits.

SECTION 1. LES RESTRICTIONS DANS LA CREATION D'UNE VIE FAMILIALE

Comme nous l'avons souligné lors de la définition européenne de la vie familiale, si le lien de sang entre l'enfant et ses parents est le seul qui crée automatiquement une vie familiale entre lui et chacun de ses parents, en revanche, les autres critères nécessitent également une vie commune d'une certaine durée ou, à défaut, l'entretien de liens étroits et réguliers.

Ainsi, si l'article 12 de la Convention distingue le droit de se marier de celui de fonder une famille (le second n'est pas forcément lié au premier). Il n'empêche que le mariage fait partie des sources de création de liens familiaux. On peut même voir dans cette consécration commune par l'article 12, que le droit au mariage est un droit corollaire du droit de fonder une famille. D'ailleurs, la Cour a, dans un arrêt rendu en 1998, reconnu que tel qu'il ressort du libellé de l'article 12, « le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille »²⁵⁷². Aussi, examinerons-nous dans le cadre des restrictions que subissent les détenus dans la création d'une vie familiale, aussi bien le droit de se marier que le droit de fonder une famille. Examen qui montrera que le premier n'est respecté qu'au prix d'une interprétation très restrictive le privant de la potentialité d'être un fondement de vie familial (§ 1). Et l'examen du droit de fonder une famille montrera que les détenus ne subissent pas de simples restrictions, mais d'une véritable privation de l'exercice de ce droit (§ 2).

§ 1. Garantie limitée du droit à se marier

²⁵⁷² CEDH, *Sheffield et Horsham c. R.U.*, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, § 66.

La Cour ne s'est pas encore prononcée sur la garantie de ce droit aux personnes détenues. Deux affaires, dont la Cour a été saisie, relatives au refus d'autorisation de se marier en prison, se trouvaient en 2007 au stade de communiqué²⁵⁷³. La jurisprudence européenne corrélative est limitée à deux affaires examinées par la Commission en 1980. Elle présente cependant un intérêt particulier. Le raisonnement suivi par cette instance illustre l'étendue de l'écart entre un raisonnement qui peut permettre d'assurer l'application effective maximale des droits de l'homme en prison et un raisonnement qui permet de justifier les restrictions maximales dans une société démocratique au point de les réduire en squelettes.

Ainsi nous pouvons observer que la fermeté du raisonnement en faveur de respect effectif du droit des détenus de se marier (A) est faite au prix de la réduction de ce droit à un sens formel, défini comme une simple conclusion du contrat de mariage (B).

A. Reconnaissance aux détenus du droit à se marier

Le droit des détenus de se marier, entendu au sens de conclure un contrat, est consacré par la Commission, sans restriction aucune (1). Entendu dans ce sens, ce droit est, pouvons-nous affirmer, pleinement assuré par les droits grec et français (2).

1 La reconnaissance européenne

A l'époque de l'examen par la Commission des affaires relatives au mariage des détenus, en 1979 et 1980²⁵⁷⁴, le droit britannique ne garantissait pas aux détenus l'exercice effectif du droit de se marier. Le gouvernement défendeur avait justifié l'absence de cette garantie en arguant, d'une part, que l'article 12 de la Convention ne consacre pas un droit de protection absolue, ce droit est consacré en *termes généraux* accompagné d'une *marge nationale*. Cet article est en effet libellé en ces termes : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Il en résulterait que son exercice effectif peut être soumis à des restrictions laissées à l'appréciation des législateurs nationaux. D'autre part, que la condamnation et en tout cas la détention justifieraient pleinement cette restriction à l'égard des détenus.

La Commission n'avait pas suivi cette argumentation. Selon cette instance, l'article consacre un droit absolu, car à la différence des articles 8, 9 et 10 de la Convention, il ne renferme aucune

²⁵⁷³ CEDH, *Frasik c. Pologne*, n° 22933/02 ; CEDH, *Jaremowicz c. Pologne*, n°24023/03.

²⁵⁷⁴ R 7114/75 (Hamer/R.U.), 13.12.1979, D.R. 24, p. 5 ; R 8186/78, (Draper/R.U.) 10.6.1980, D.R. 24.

limitation²⁵⁷⁵, et, de toute manière, en renvoyant à la loi nationale, la réglementation de son exercice ne laisse pas au législateur une liberté totale. Elle avait, à ce propos, affirmé que, même lorsqu'une telle marge est expressément reconnue dans la réglementation de l'exercice effectif des droits de l'homme, celle-ci n'est jamais entendue dans un sens illimité : doivent toujours être respectées, outre la légalité, également la légitimité, la proportionnalité et, en tout état de cause, la substance du droit concerné ; enfin, le respect de ces conditions est soumis au contrôle européen²⁵⁷⁶. Dès lors « toute restriction ou réglementation de l'exercice de ce droit doit être telle qu'elle n'entraîne pas d'atteinte à sa substance²⁵⁷⁷ ». Cette position de la Commission à propos de la réglementation du mariage fut confirmée par la Cour²⁵⁷⁸. S'agissant de son application à l'égard des détenus, la Commission, tenant compte de ces considérations générales, a reconnu la légitimité des restrictions au droit de se marier fondées, sur des considérations d'intérêt public généralement reconnues, par exemple la bigamie, la consanguinité, etc. Mais elle a nié la légitimité de celles consistant à priver totalement une personne ou une catégorie de personnes de la possibilité de contracter mariage, estimant qu'une telle privation porterait atteinte à la substance même de ce droit.

Pour reconnaître aux détenus le droit de se marier, la Commission a, de surcroît, dû écarter les arguments traditionnellement opposés par les droits nationaux à la pleine reconnaissance des détenus comme sujets des droits, notamment celui de leur statut spécial ; elle a, en revanche, dû adopter de nouveaux arguments découlant de cette reconnaissance depuis l'arrêt *Golder*.

a. Responsabilité du détenu écartée dans le respect du droit à se marier

Pour justifier les restrictions à l'égard des détenus, outre le caractère relatif du droit de se marier, le gouvernement anglais avait mobilisé des arguments, devenus impertinents après l'arrêt *Golder*. Ces arguments consistaient à défendre un statut spécial de détenu en tant que sujet des droits de l'homme imputable à lui-même. En commettant une infraction entraînant son emprisonnement, le détenu se serait lui-même mis dans une situation justifiant des limitations dans l'exécution des droits de l'homme en tant qu'élément de la peine privative de liberté et/ou en tant qu'effet de la détention²⁵⁷⁹.

La Commission a réfuté ces arguments : « L'incapacité du détenu à exercer ce droit ne doit pas être considérée comme résultant du seul fait qu'il se trouve en prison, ni de sa propre conduite²⁵⁸⁰ ». A cette occasion, elle a opéré un renversement fort important dans son propre raisonnement, suivi

²⁵⁷⁵ *Ibid.*

²⁵⁷⁶ A propos du respect de cette dernière condition, elle s'est référée à l'arrêt dit « Linguistique », précité, relatif à l'exercice du droit à l'éducation et à l'arrêt *Golder*, précité, relatif au droit d'accès à la justice.

²⁵⁷⁷ R 7114/75 (Hamer/R.U), préc. ; R 8186/78, (Draper c/RU), préc.

²⁵⁷⁸ CEDH, *Sheffield et Horsham c. R.U.*, préc., §66.

²⁵⁷⁹ R 7114/75 (Hamer/R.U), préc.

²⁵⁸⁰ R 7114/75 (Hamer/R.U), préc. ; R 8186/78, (Draper c/RU), préc.

jusqu'alors sur l'effectivité du respect des droits de l'homme dans le cas des détenus. Elle a soutenu que l'imputabilité de leur ineffectivité peut revenir aux autorités pénitentiaires : « On ne peut pas dire que son incapacité à se marier fut simplement le résultat inéluctable de sa détention, des actions qui ont mené à son incarcération et dont le gouvernement n'est pas responsable²⁵⁸¹ ». En effet, elle a écarté aussi bien l'argument du statut pénal du détenu que celui de son statut pénitentiaire. A propos du *statut pénal du détenu*, elle a affirmé : « La Commission estime suffisant de dire qu'une personne privée de sa liberté aux termes de l'article 5 conserve en principe le droit de se marier²⁵⁸² » et que « la liberté de la personne n'est pas un préalable à l'exercice du droit à se marier²⁵⁸³ ». Quant au *statut pénitentiaire du détenu*, il ne constitue non plus une raison suffisante pour légitimer des restrictions aux droits de l'homme en général et au droit de se marier en particulier. Cette instance a, à ce propos, refusé d'assimiler, comme elle a été invitée à le faire par le gouvernement anglais, l'état des détenus à celui de personnes renonçant à exercer ce droit, en entrant volontairement dans des statuts ou des situations où le mariage est interdit ou impossible à exercer (ex. les prêtres, les moines). Selon la Commission, un détenu peut fort bien désirer se marier, indépendamment de sa situation de détention, qu'il n'a pas choisie²⁵⁸⁴.

b. Responsabilité retenue de l'administration pénitentiaire dans le respect du droit à se marier

Après avoir affirmé le droit des détenus de se marier, la Commission a déclaré, en premier lieu, que la détention non seulement ne s'oppose pas à la garantie de son exercice effectif, mais, au contraire, crée l'*obligation positive des Etats* de l'assurer : « On peut soutenir que la possibilité pour un détenu d'exercer son droit à se marier pendant qu'il est privé de sa liberté peut être une question qui relève de l'Etat... qui ne dépend pas seulement du fait où il se trouve placé²⁵⁸⁵ ». Dès lors, les autorités ont une obligation non négative de s'abstenir, mais une obligation positive d'intervenir afin de rendre effectif le droit des détenus au mariage : Il incombe aux autorités « de prendre certaines dispositions administratives afin qu'un détenu puisse contracter mariage », car « l'exercice de ces droits exige quelque action positive de la part des autorités pénitentiaires²⁵⁸⁶ ». D'après la Commission, tant la privation des détenus de se marier que le simple report du mariage au moment de leur mise en liberté porteraient atteinte au respect de la substance dudit droit. En rappelant la jurisprudence de la Cour, selon laquelle une atteinte à un droit de l'homme peut provenir autant d'un empêchement juridique que d'un obstacle de fait, même temporaire, elle a estimé que, lorsqu'un détenu n'est frappé d'aucune incapacité juridique de contracter mariage, un empêchement ou

²⁵⁸¹ *Ibid.*

²⁵⁸² *Ibid.*

²⁵⁸³ *Ibid.*

²⁵⁸⁴ *Ibid.*

²⁵⁸⁵ *Ibid.*

²⁵⁸⁶ Obligation dégagée dans l'arrêt *Golder*, dans les Rapports sur les affaires *Hamer* et *Draper* contre Royaume-Uni, précitées, et dans les Décisions : D 4623/70 (X/RU), 19.7.1971, Rec. 39, p. 63 ; et D 5229/71 (X/R.U), 15.10.1972, Rec. 42, p. 140.

retardement dans l'exercice de ce droit peut constituer une atteinte à sa substance, au même titre que l'empêchement juridique²⁵⁸⁷.

Cette instance a, par ailleurs, souligné qu'aucune raison pratique ou matérielle ne s'oppose à son exercice de même qu'aucune autre considération d'intérêt général. Son exercice n'est ni coûteux²⁵⁸⁸ ni contraire à l'intérêt général²⁵⁸⁹. Bien au contraire, le mariage des détenus non seulement ne s'oppose pas à l'intérêt général, mais au contraire il y répond en réduisant les différences entre la vie en prison et à l'extérieur²⁵⁹⁰ et en aidant le détenu à se stabiliser socialement²⁵⁹¹.

C'est dans ce sens restreint que les droits grec et français reconnaissent aux détenus le droit de se marier.

2. La reconnaissance nationale

La reconnaissance aux détenus du droit à se marier, sans restriction ni soumission à l'autorisation préalable des autorités pénitentiaires, est relativement tardive, également dans les *droits grec et français*.

En *droit grec*, la soumission du mariage des détenus à l'autorisation préalable des autorités pénitentiaires n'a disparu qu'en 1989. Auparavant, alors que le Code Civil prévoyait expressément que l'incapacité civile de conclure des actes juridiques (dont un condamné est susceptible d'être frappé selon l'article 128 et 1700) ne comprend pas le mariage (article 1351 C. civ.), le Code pénitentiaire de 1967 soumettait sa réalisation à l'autorisation préalable du directeur de l'établissement²⁵⁹². Cette disposition, manifestement anticonstitutionnelle, ne figure plus dans le droit pénitentiaire grec depuis 1989.

Le *droit français* a précédé le droit grec, en supprimant cette exigence dès 1975. Les détenus peuvent se marier soit dans la prison, soit à l'extérieur. L'article D. 424 du Code de procédure pénale prévoit qu'en cas d'impossibilité de bénéficier d'une permission de sortir « le mariage des détenus... est célébré dans l'établissement sur réquisition du procureur de la République, tel que prévu au

²⁵⁸⁷ « Aucune considération générale d'intérêt public née de la détention elle-même, ne saurait justifier pareille atteinte, dans le cas d'un détenu », R (Hamer\R.U), préc., p. 30, et R (Draper\R.U), préc., p. 93.

²⁵⁸⁸ Ayant recours au droit comparé, elle a relevé qu'assurer le mariage aux détenus n'est ni complexe ni coûteux : « La pratique suivie par les Etats, à savoir permettre aux détenus de se marier à l'intérieur de la prison ou de les escorter lors d'une mise en liberté temporaire, montre bien qu'il n'est pas nécessaire de prévoir des dispositions particulièrement onéreuses ou complexes. », *Ibid.*

²⁵⁸⁹ « Aucune considération générale d'intérêt public née de la détention elle-même, ne saurait justifier pareille atteinte, dans le cas d'un détenu. » *Ibid.*

²⁵⁹⁰ *Ibid.*

²⁵⁹¹ *Ibid.*

²⁵⁹² « L'administration pénitentiaire peut ne pas autoriser le mariage à un détenu, si des raisons importantes y concourent » (art. 3 § 3).

deuxième alinéa de l'article 75 du Code civil ». Il semblerait pourtant qu'il subsiste une limitation : au cas où les deux futurs époux sont en détention, l'autorisation des autorités peut être requise²⁵⁹³.

Au vu de la jurisprudence européenne, les droits nationaux sont conformes à la Convention. Mais peut-on défendre qu'en limitant l'exercice de ce droit à la conclusion du contrat du mariage la *substance* de ce droit soit sauvegardée ?

B. Application limitée

En examinant la position de la Commission, invitée à répondre à une autre objection des Etats contre le respect effectif du droit des détenus au mariage, à savoir l'impossibilité des époux de consommer le mariage et de cohabiter, nous observons que cette instance a adopté une interprétation du mariage telle que les éléments de « la communauté de vie » et de « la consommation du mariage » ne sont pas indispensables pour son respect. « L'essence du droit de se marier consiste à former une association juridiquement solidaire entre un homme et une femme²⁵⁹⁴ », à « créer un rapport juridique, à acquérir un statut²⁵⁹⁵ » a répondu la Commission. Par conséquent, c'est aux intéressés de « décider s'ils désirent ou non constituer cette association, alors même qu'ils ne pourront pas vivre ensemble²⁵⁹⁶ ».

Or il conviendrait de faire remarquer que, certes, si l'on tient compte de la reconnaissance dans les droits nationaux du mariage posthume ou du mariage avec quelqu'un sur le point de mourir, on rencontre des définitions proches de celle adoptée par la Commission : « Seul le consentement fait le mariage, non l'œuvre de chair ni la fondation effective d'un foyer²⁵⁹⁷ », écrivait, par exemple, Jean Carbonnier. Mais la définition la plus largement admise est celle inspirée par l'objectif du consentement matrimonial : « Le mariage ne se borne pas à établir entre les époux des droits et des obligations rapportant les rapports de créancier à débiteur : il crée l'état d'époux, il fonde une famille et il est à la base de la légitimité des enfants » ; de ce fait, « le mariage est une espèce de corps social dépassant les volontés individuelles des époux²⁵⁹⁸ ».

Dès lors, la Commission, en limitant la définition du droit de se marier à la conclusion d'un contrat non accompagné d'effets pratiques sur la vie quotidienne du couple, montre qu'elle préfère adapter l'interprétation de ce droit de l'homme au fonctionnement de la prison, et non l'inverse.

²⁵⁹³ Un juge d'instruction a refusé à un détenu à la prison de Metz l'autorisation de se marier avec sa fiancée également détenue, *De Facto*, (Lettre mensuelle de l'OIP) n° 8, juin 1992.

²⁵⁹⁴ R (Draper/R.U), *préc.*, p. 29

²⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 29.

²⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 29.

²⁵⁹⁷ J. CARBONIER, *Droit civil*, Famille (1993), *préc.*, p. 62.

²⁵⁹⁸ A. WEILL, F. TERRE, *Droit civil*, *préc.*, p. 174.

Car tout en affirmant le droit des détenus de se marier, cette instance a évité tout impact sur leur vie quotidienne ainsi que sur celle de leurs conjoints. Elle n'entendait pas en effet, mettre en cause la conception de la peine privative de liberté ni comme mise à l'écart d'une personne de la société et de sa famille, puisqu'elle a souligné que c'est aux intéressés de « décider s'ils désirent ou non constituer cette association alors même qu'ils ne pourront pas vivre ensemble²⁵⁹⁹ », ni comme mise sous surveillance constante, puisqu'elle a par ailleurs, écarté le respect de l'intimité des visites conjugales. Elle a précisément souligné que le respect du droit de se marier ne perturbe en rien l'exercice de la surveillance constante du détenu, ni par la célébration du mariage dans la prison ni par ses effets personnels sur les époux²⁶⁰⁰. La Cour ne semble pas non plus prête à se démarquer de la position de la Commission. Elle refuse de sanctionner l'absence de l'intimité des rencontres conjugales²⁶⁰¹.

Mais si, en limitant ainsi la définition du droit de se marier, on peut défendre que son exercice est respecté, en revanche nous allons voir que cette limitation entraîne indéniablement la privation de son droit corollaire, celui de fonder une famille. Certes le mariage n'implique pas forcément le droit de fonder une famille. Il n'en demeure pas moins que, dans nos sociétés, il est le cadre légal de référence dans la détermination des liens familiaux. C'est la famille légitime, fondée sur le mariage, qui domine et détermine le droit de la filiation et les droits parentaux.

§ 2. Privation du droit de fonder une famille

Tenant compte des conditions de création de liens familiaux, soit par des liens d'alliance, fondés sur le mariage ou sur la cohabitation de fait, soit par des rapports de parenté avec la venue d'un enfant légitime, naturel ou adopté, force est de constater que le détenu est privé de l'exercice du droit de fonder une famille. Il ne peut créer une famille ni par des rapports de couple, dès lors qu'il est dans l'impossibilité de créer des rapports substantiels de couple (A), ni par la venue d'un enfant, dans la mesure où il ne peut pas avoir de relations sexuelles ni adopter un enfant, vu les conditions d'adoption (B).

A. La prison privative de la vie de couple

La Cour européenne ayant opté pour une interprétation non formelle mais matérielle de la notion de vie familiale, le critère décisif déterminant l'existence d'une vie familiale dans un couple est le type de rapports qu'il entretient. Aussi, le mariage n'est ni suffisant comme critère (un couple légitime doit, de surcroît, entretenir des liens de couple effectifs), ni indispensable (l'entretien de tels

²⁵⁹⁹ R (Draper\R.U), *préc.*, p. 29.

²⁶⁰⁰ « L'exercice du droit de se marier, notamment à l'intérieur d'une prison, ne suppose pas que le prisonnier échappe à la surveillance et au contrôle des autorités pénitentiaires » R (Draper\R.U), *préc.*, p. 29.

²⁶⁰¹ CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, *préc.*, § 16, § 77 ; CEDH, *Aliiev c. Ukraine*, *préc.*, § 188 ; CEDH, *Dikson et Dickson c. R.U.*, *préc.*, § 31 ; CEDH, *Dikson et Dickson c. R.U.*, [GC], CEDH, 2007-XII, § 81.

liens de couple en dehors du mariage, à savoir par des personnes vivant en union libre, peut suffire pour constituer une vie familiale). Seulement s'agissant d'un couple légitime, la vie familiale est présumée, à moins de rapporter la preuve négative d'inexistence des liens de couple effectifs ; alors que, dans le cas d'un couple de fait, il faut rapporter la preuve positive de la réalité de l'existence de tels liens. Eu égard aux éléments constitutifs de la vie familiale entre un couple, nous constaterons que les détenus sont privés de la possibilité de créer une vie familiale, aussi bien par la vie de couple légitime (1) que par la vie de couple de fait (2).

1. Impossibilité de fonder une famille par le mariage

Pour établir l'existence de la vie familiale, sont exigés, outre le mariage, également l'entretien des rapports sinon de communauté de vie, du moins substantiels. On doit alors raisonnablement déduire qu'en l'absence de garantie de tels rapports le détenu, même s'il se marie, se trouve de fait dans l'impossibilité de fonder une famille. Il en est ainsi effectivement. Privé de force de communauté de vie avec son conjoint, le détenu l'est également des rapports substantiels, qui comprennent entre autres les rapports intimes et sexuels. Rappelons que c'était de la jurisprudence constante de la Commission d'affirmer que « le droit de fonder une famille, consacré par l'article 12, ne se trouve pas enfreint par le refus d'autoriser les rapports conjugaux en prison²⁶⁰² ».

La Cour a implicitement confirmé cette jurisprudence dans l'arrêt *Boyle et Rice*²⁶⁰³ en refusant de garantir l'intimité des rencontres d'un détenu avec sa femme tant lors des visites de cette dernière que lors des sorties de son mari. Or cette jurisprudence est en contradiction évidente avec le raisonnement guidé par l'objectif de garantir le droit de fonder une famille, puisque celui-ci exige l'entretien de tels rapports. Les liens garantis aux détenus et à leurs conjoints ne se différencient pas de manière significative des autres liens privés. Par conséquent, les détenus mariés ne peuvent pas prétendre à la garantie des rapports privilégiés avec leurs conjoints, y compris en invoquant la garantie du droit de fonder une famille.

La jurisprudence européenne ne permettant pas aux détenus de faire prévaloir le droit de fonder une famille en tant que corollaire du droit de se marier, ne permet pas non plus de le faire en tant que droit autonome.

2. Impossibilité de fonder une famille par le concubinage

²⁶⁰² R (Draper)(R.U), préc., p. 91. Voir : D 8166/78 (X, Y/Suisse), 3.10.1978, D.R. 13, p. 241. D 6564/74 (X c/RU), 21.5.1975, D.R. 2, p. 105.

²⁶⁰³ CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc.

La jurisprudence européenne a admis le principe que le mariage n'est pas en soi une condition *sine qua non* pour fonder une famille²⁶⁰⁴. La Cour a précisé que « la notion de "famille" visée par l'article 12 de la Convention ne se borne pas aux seuls liens fondés sur le mariage ; elle peut englober d'autres *liens familiaux de facto lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage*²⁶⁰⁵ », et ce, même lorsqu'ils ne cohabitent pas, du moment qu'ils maintiennent des *rappports substantiels*²⁶⁰⁶.

Les droits nationaux étendent également la notion de vie familiale aux rapports de fait. Il en est ainsi en droit français dans le cas du concubinage auquel sont attachés certains effets comparables à ceux de la famille légitime. Pour établir l'existence de concubinage, il faut une cohabitation effective d'une certaine durée (deux ans au minimum pour pouvoir accéder à la procréation médicalement assistée), et une vie de couple²⁶⁰⁷.

Toujours est-il que, même en admettant que pour reconnaître l'existence d'un couple de fait, les *rappports effectifs et substantiels* suffisent, il paraît improbable que les autorités civiles soumettent dans une relation débutée pendant la détention d'une personne et entretenue par des visites et lettres, aussi fréquentes et durables soient-elles. La position de la Commission dans une affaire relative aux rapports entre fiancés va dans le même sens. Cette instance avait estimé que les liens entre fiancés ne relevaient pas de la notion de vie familiale, mais de la vie privée du détenu, à moins que les relations entre les fiancés répondent au critère des « liens substantiels²⁶⁰⁸ ». A cet égard, le grand nombre de lettres échangées n'était pas jugé suffisant en l'absence de visites fréquentes. Dans cette affaire, les fiancés ne s'étaient en effet rencontrés qu'une seule fois ; mais l'objet de leur requête était justement de faciliter leurs visites. Ils demandaient le transfert du détenu dans une prison plus proche du lieu d'habitation de la fiancée dépourvue de moyens financiers suffisants pour effectuer des visites plus fréquentes. On se trouve ainsi devant un paradoxe : soumettre la garantie d'un droit à des conditions qu'on refuse d'assurer.

L'atteinte au droit du détenu de fonder une famille est encore plus flagrante si l'on tient compte que le détenu est également privé du droit de procréer.

B. La prison privative du droit de procréer

Selon une partie de la doctrine, la famille ne peut être constituée qu'avec l'arrivée d'un enfant²⁶⁰⁹. Et, au sein de la jurisprudence européenne, le lien entre un enfant et ses parents est le seul qui suffise

²⁶⁰⁴ « La vie familiale n'est pas absolument liée au mariage », D 7770/77 (X/RFA), 2.5.1978, DR 14, p. 175.

²⁶⁰⁵ CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 44.

²⁶⁰⁶ D 15817/89 (Douglas Wakefield/RU), D.R. 66, p. 251.

²⁶⁰⁷ Article 515-8, C. civ. ; Al. BENABENT, *Droit civil, La famille*, 11^{ème} éd., Litec, 2003, pp. 337-340.

²⁶⁰⁸ D 15817/89 (Douglas Wakefield/RU), préc., p. 251.

²⁶⁰⁹ J. CARBONIER, *Droit civil* (1993), préc., p. 121.

en soi pour fonder une vie familiale, indépendamment de la cohabitation entre l'enfant et ses parents. Or, en l'absence des problèmes pathologiques nécessitant l'assistance médicale, la procréation est inévitablement liée aux rapports sexuels. Mais du fait que ce droit n'est pas encore expressément reconnu aux détenus, en tout cas pas à tous, ni dans la jurisprudence européenne (1), ni dans les droits nationaux (2), ces personnes sont privées du droit de fonder une famille par voie naturelle. Pour déterminer cependant s'il s'agit d'une violation de la substance même de ce droit ou pas, il faut tenir compte de la valeur accordée au droit de procréer au sein de la Convention et des raisons justifiant la privation des détenus de ce droit.

1. La réticence de la jurisprudence européenne de reconnaître aux détenus le droit d'avoir un enfant

En ce qui concerne la garantie générale de ce droit, notons qu'il ne revêt pas un caractère absolu ni en tant qu'aspect de la vie privée, ni en tant qu'aspect de la vie familiale et du droit de fonder une famille. Son caractère non absolu a été affirmé à propos des affaires relatives au droit à l'avortement²⁶¹⁰ et au droit au recours à des techniques de procréation médicalement assistée²⁶¹¹. Dans le premier cas, le respect de ce droit est directement concurrencé par le respect des droits de la mère, notamment du droit à la santé²⁶¹² et à l'intégrité physique²⁶¹³, et dans le second, par la protection de l'intérêt de l'enfant²⁶¹⁴. Au désir des parents d'engendrer peut s'opposer le droit de l'enfant à une vie familiale normale²⁶¹⁵.

C'est au nom de ce dernier argument que la Commission d'abord et, par la suite, la Cour ont justifié la privation des détenus des possibilités d'avoir un enfant. Alors même que la Commission avait reconnu que « le droit de fonder une famille est un droit absolu en ce sens qu'aucune restriction semblable à celle de l'article 8 § 2 n'a été expressément prévue », elle avait estimé qu'« il n'en découle pas qu'une personne doit toujours être en mesure de procréer²⁶¹⁶ ». Aussi les détenus sont-ils privés aussi bien des relations sexuelles que de l'accès à la procréation médicalement assistée.

Mais si l'intérêt de l'enfant est mis en avant, il n'est pas le seul motif. Ainsi, si l'absence prolongée des parents en détention de longue durée, l'insuffisance des ressources ou l'absence d'un

²⁶¹⁰ Aspect qui relève du droit à la vie : « La Cour note que la Commission a estimé que 'a législation régissant l'interruption de grossesse touche au domaine de la vie privée' en ce que « lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe », CEDH, *Boso c. Italie*, (déc.), préc.

²⁶¹¹ « L'insémination artificielle a un lien tel avec la vie privée et familiale des requérants que la question de l'accès à cette technique tombe sous l'empire de l'article 8 », CEDH, *Dickson et Dickson c. R.U.*, préc., § 26

²⁶¹² CEDH, *Boso c. Italie*, (déc.), préc.

²⁶¹³ S'agissant des avortement thérapeutiques, la mère peut réclamer le droit à son intégrité physique, CEDH, *Tysiac c. Pologne*, préc., § 107.

²⁶¹⁴ Selon l'avis du C.D.D.DH (Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe), « un droit absolu de procréer ne peut pas être déduit, ni de l'article 2 § 1, ni des articles 8 et 12 de la Convention », M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, préc., pp. 781-783.

²⁶¹⁵ Tel est le sens de l'arrêt *Marcx et Johnston*, précité, et de l'arrêt *Dickson et Dickson* précité.

²⁶¹⁶ R 7114/75 (Hamer/R.U.), préc. ; R 8186/78, (Draper/R.U.), préc.

environnement familial et social affectif sont des éléments liés à l'intérêt de l'enfant²⁶¹⁷, d'autres lui sont étrangers. Ils sont liés soit à la réprobation sociale et morale du délinquant soit à la conception du contenu punitif de la peine privative de liberté débordant vers la vie privée. Par exemple, à propos du refus de l'insémination artificielle, la chambre de la Cour avait accepté comme légitime le motif de la nature et de la gravité de l'infraction commise par le mari. Alors même que ce refus privait définitivement le couple de la possibilité d'avoir un enfant : les relations sexuelles durant la détention du mari étaient interdites et, à sa sortie, son épouse ne serait plus en âge de procréer²⁶¹⁸.

Ce sont ces deux motifs, punitif pour les parents et intérêt pour l'enfant, qui ont été avancés par le gouvernement britannique devant la Grande Chambre de la Cour. D'une part, cet Etat défendeur a plaidé que « la restriction, en soi, contribue à l'objectif rétributif global de la détention²⁶¹⁹ », et d'autre part, que « l'absence d'un parent pendant une longue période aurait un impact négatif sur tout enfant susceptible d'être conçu et, en conséquence, sur la société dans son ensemble²⁶²⁰ ». Mais la Cour a, cette fois, accepté de mettre des limites dans les limitations illimitées qui caractérisaient l'exercice de ce droit allant jusqu'à la privation totale du droit de procréer. En récusant le caractère inévitable de la privation de ce droit, dès lors que la réalisation d'une insémination artificielle dépend de la mise en place par l'Etat des moyens qui ne constituent pas un grand fardeau pour l'administration pénitentiaire ni du point de vue administratif, ni financier ni sécuritaire, elle a jugé : « Toutefois, cela ne peut aller jusqu'à empêcher les parents qui le désirent de concevoir un enfant dans des circonstances telles que celles de l'espèce »²⁶²¹.

En revanche, si la Grande Chambre a exclu les considérations morales ou d'opinion publique qui iraient à l'encontre du droit des personnes détenues condamnées d'avoir un enfant, elle n'a pas fléchi sur les considérations sécuritaires de la détention. Elle n'est pas allée jusqu'à reconnaître le droit des personnes détenues d'avoir un enfant par voie naturelle, à savoir par les relations sexuelles. Sous cet angle, elle a maintenu la thèse adoptée jusqu'à présent : la privation de concevoir un enfant ferait partie des limitations inévitables de cette peine dès lors que cet acte implique que les autorités renoncent à l'exercice du contrôle des contacts avec l'extérieur²⁶²².

²⁶¹⁷ CEDH, *Dikson et Dickson c. R.U.*, préc., § 38.

²⁶¹⁸ *Ibid.*

²⁶¹⁹ *Dikson et Dickson c. R.U.*, [GC], CEDH, 2007-XII, § 75.

²⁶²⁰ *Ibid.*, § 76.

²⁶²¹ *Dikson et Dickson c. R.U.*, [GC], préc., § 76.

²⁶²² « Il reste que toute mesure de privation de liberté a par définition un impact sur les circonstances ordinaires de la vie en liberté et entraîne inévitablement des limitations et un certain frein à l'exercice des droits consacrés par la Convention, y compris des mesures de contrôle sur les contacts des détenus avec le monde extérieur et, particulièrement aux fins de la présente requête, la possibilité de concevoir un enfant. Le fait même d'un tel contrôle n'est pas, en soi, incompatible avec la Convention. La principale question est de savoir si la nature et la portée de ce contrôle peuvent être jugées conforme à la Convention », CEDH, *Dikson et Dickson c. R.U.*,

Concernant précisément les *relations sexuelles*, aussi bien la Commission, en 1987, que la Cour en 2006, se sont contentées d'exprimer leur satisfaction et d'approuver les réformes des pays autorisant les visites conjugales²⁶²³. Mais pour des raisons d'ordre et de sécurité dans la prison, elles ne les ont pas reconnues comme un droit des détenus créant l'obligation positive des Etats à les garantir. Alors même que l'argument de l'absence de majorité des pays européens autorisant de telles visites, s'il était valable pour la Commission en 1978²⁶²⁴ (mais moins en 1997 puisque, selon son propre aveu, le nombre de pays autorisant les visites conjugales en prison avait nettement progressé²⁶²⁵), ne l'était plus pour la Cour en 2006²⁶²⁶. D'après le propre constat de cette dernière, plus de la moitié des pays européens autorisaient à ce moment les visites intimes. Or cette instance a jugé que de telles visites continuaient à relever de la marge nationale d'appréciation²⁶²⁷.

A l'état actuel, nous pouvons continuer de prétendre que les détenus continuent à être privés du droit d'avoir un enfant. Cette possibilité n'est que marginale et médicalisée ; elle est ouverte aux couples qui présentent des problèmes médicaux pour concevoir un enfant dans des conditions naturelles. Quelles sont en réalité les justifications de la privation du détenu du droit de procréer ? Uniquement l'intérêt de l'enfant ? ou également une sorte d'eugénisme moraliste, en application du proverbe « tel père, tel fils » ? ou encore des considérations d'économie du coût financier que représenterait pour la sécurité sociale et les allocations familiales la naissance d'enfants dans une famille monoparentale et très probablement assistée ?

préc., § 27. Voir CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 98 ; CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Klamecki c. Pologne* (n° 2), n° 31.83/96, CEDH 2003-IV, § 144 ; CEDH, *Aliev c. Ukraine*, préc., § 187.

²⁶²³ La Commission « avait noté avec satisfaction le mouvement de réforme dans plusieurs pays européens et les possibilités pour les détenus de maintenir dans une certaine mesure leur vie conjugale », D 8166/78 (X et Y/Suisse), préc., p. 241, et la Cour «... si elle a exprimé son approbation devant la tendance, perceptible dans plusieurs Etats européens, consistant à autoriser les visites conjugales... », CEDH, *Dickson et Dickson c. R.U.*, préc., § 31.

²⁶²⁴ « Elle avait constaté que « la pratique générale dans les Etats Parties à la Convention consiste toutefois, pour le moment, à ne pas permettre les relations sexuelles en prison », D 8166/78 (X et Y/Suisse), préc.

²⁶²⁵ D 32094/96 (E.L.H/P.U.), 22.10.1997.

²⁶²⁶ Dans l'arrêt *Dickson et Dickson c. R.U.*, précité, ni d'ailleurs en 2003, lorsque la Cour avait refusé les visites conjugales intimes dans l'affaire *Aliev c. Ukraine*, précitée.

²⁶²⁷ « La Cour ne voit en outre à cet égard aucun « consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre » (Christine Goodwin c. R.U., [GC], n° 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI). Certes, il apparaît que plus de la moitié des Etats contractants autorisent les visites conjugales pour les détenus, sous réserve de diverses restrictions, mesure qui peut être considérée comme un moyen pour les autorités d'éviter de se plier à la nécessité d'offrir en plus des aménagements permettant l'insémination artificielle. Cependant, la Cour remarque que, si elle a exprimé son approbation devant la tendance, perceptible dans plusieurs Etats européens, consistant à autoriser les visites conjugales, elle n'a pas encore interprété la Convention comme faisant obligation aux Etats membres de prévoir de telles visites (*Aliev c. Ukraine*, préc., § 188). En conséquence, il s'agit là d'un domaine pour lequel les Etats contractants jouissent d'une ample marge d'appréciation s'agissant de déterminer les mesures à prendre pour se conformer à la Convention, compte dûment tenu des besoins et ressources de la société et de l'individu », CEDH, *Dickson et Dickson c. R.U.*, préc., § 31. Voir *Dikson et Dickson c. R.U.*, [GC], préc., § 81.

Seul l'intérêt de l'enfant peut éthiquement et juridiquement être accepté. L'intérêt de l'enfant, compromis par le risque d'être élevé dans une famille monoparentale, suffit-il à justifier la privation des détenus du droit d'avoir un enfant ?

A ce propos, nous devons souligner d'abord que les familles de détenus ne sont pas les seules familles monoparentales. Tout enfant, même conçu dans le projet d'être élevé par ses deux parents, n'est pas à l'abri du divorce de ceux-ci. En 2001, en France, une famille sur quatre avec enfant était monoparentale²⁶²⁸. Le même constat est fait au sein de l'Union européenne. En 1998, les familles monoparentales représentaient 14 % du total des familles avec enfant à charge (en progression constante depuis quinze ans)²⁶²⁹.

Toujours en France, le nombre de divorces s'élève à plus de 120 000 par an depuis 1995²⁶³⁰. En 2005, ils ont atteint le nombre de 152 020²⁶³¹. A côté de ces phénomènes, il convient d'ajouter les femmes enceintes célibataires. Dans l'intérêt de l'enfant, on ne leur conseille cependant pas d'avorter ! Soulignons ensuite que le risque pour l'enfant d'être élevé dans une famille monoparentale ne peut pas être une raison officiellement acceptée, dès lors que, dans le cas des détenus, l'Etat crée lui-même des familles monoparentales par sa propre intervention, à savoir le recours à l'exécution de la peine privative de liberté par l'emprisonnement.

Mais la véritable raison ne résiderait pas véritablement dans l'intérêt de l'enfant ; elle résiderait dans une certaine conception de la peine privative de liberté et du fonctionnement de la prison allant au-delà de la simple privation de la liberté physique, pour inclure celle de la vie sexuelle. C'est bien une telle conception qu'ont cautionnée aussi bien la Commission que la Cour en invoquant des raisons de sécurité et d'ordre dans la prison qui s'opposeraient au renoncement de la surveillance des contacts avec les visiteurs²⁶³².

Pourtant, ce raisonnement est diamétralement opposé à celui adopté par la Commission concernant le droit des détenus de se marier. A propos de ce dernier, cette instance avait refusé d'imputer au détenu l'impossibilité de se marier en engageant la responsabilité de l'administration pénitentiaire de garantir au moins la substance de ce droit²⁶³³. Or à propos de l'impossibilité de procréer et de fonder une famille, la jurisprudence européenne impute l'entière responsabilité au

²⁶²⁸ INSEE, n° 789, juillet 2001.

²⁶²⁹ INSEE, n° 620, décembre 1998.

²⁶³⁰ A. BENABENT, *Droit civil, La famille*, Litec, 10^{ème} éd., p. 137.

²⁶³¹ www.insee.fr/fr/ffc/chifcle_fiche.asp?ref_id=NATCCF02302&tab_id=12.

²⁶³² D 8166/78 (X et Y/Suisse), préc., p. 241 ; D 32094/96 (E.L.H/R.U), 22.10.1997, validée par la Cour dans l'arrêt *Aliev* : « Améliorer des conditions de prison en facilitant des visites conjugales, la Cour considère que le refus de telles visites peut être considéré comme justifié pour la prévention de désordre et le crime dans la signification du deuxième paragraphe de l'article 8 de la Convention », CEDH, *Aliev c. Ukraine*, préc., § 188.

²⁶³³ R 7114/75 (Hamer/R.U), préc. ; R 8186/78, (Drapper/R.U.), préc.

détenu et non à l'abstention de l'administration pénitentiaire à prendre les mesures nécessaires pour garantir cet aspect de la vie privée et familiale.

2. La reconnaissance timide aux détenus du droit d'avoir un enfant au sein des droits nationaux

Quant aux droits nationaux, ils confirment la thèse que la raison, loin d'être liée à l'intérêt de l'enfant, est liée à la question de la garantie ou pas des relations sexuelles aux détenus.

Le droit grec nous offre également la preuve que la raison principale de la privation pour les détenus d'avoir un enfant réside dans le fait que le législateur n'est pas prêt à garantir aux détenus des relations sexuelles. C'est bien ce que révèle le motif derrière lequel s'est réfugié le législateur grec pour justifier l'omission des visites conjugales dans la réforme du droit pénitentiaire grec en 1989 : l'opinion publique n'était pas prête à les accepter²⁶³⁴.

Comme ne le serait non plus l'opinion publique française, d'après la directrice de la maison centrale de Poissy en parlant des « bébés parloirs » : « On n'a jamais voulu regarder ce problème en face car, pour l'opinion, la privation de sexualité fait partie de la peine²⁶³⁵ ». Mais des progrès réalisés en France depuis 2005 sont à signaler, qui offrent pour une partie de détenus le moyen d'avoir un enfant comme l'avait souhaité le milieu médical dès le début des années 1990 en refusant de servir de solution technique à un problème social. En effet, en 1991, l'autorisation donnée par un JAP à un détenu pour donner son sperme à son épouse atteinte d'une pathologie l'empêchant d'avoir une fécondation naturelle, avait soulevé des critiques en raison de la discrimination qu'elle créerait parmi les autres détenus, car elle priverait du droit à l'enfant ceux dont le couple ne souffrirait d'aucune pathologie. Afin d'éviter une telle discrimination, une des idées avancées était de faire bénéficier tous les détenus de l'accès à la PMA. Mais les médecins avaient refusé d'assimiler l'état de détention à une situation pathologique du couple et de se servir de la technologie médicale comme solution à un problème social²⁶³⁶.

Il est pourtant à souligner, concernant cette question en droit français, que celui-ci expérimente depuis 2005 les Unites de visite familiales (UVF)²⁶³⁷. Il s'agit de studios aménagés permettant aux détenus condamnés à de longues peines et ne bénéficiant pas de permission de sortie de voir leurs familles dans un cadre d'intimité totale, pendant soixante-douze heures maximum. Le commissaire

²⁶³⁴ *Sophronistiki nomothessia* (Législation pénitentiaire), préc., pp. 43-44. Point critiqué par Ch. BAKAS, « Le Nouveau Code pénitentiaire », *Poinika*, n° 27, pp. 135-136.

²⁶³⁵ « Parloirs intimes », Nathalie Guibert, *Le Monde*, 8/6/2006.

²⁶³⁶ « Procréer en prison », *Le Monde*, 10-11 mars 1991, pp. 1, 8 ; Ph. PORRET, « Le recours aux procréations médicalement assistées pour les détenus : une aberration ? », *Esprit*, 1991, n° 9, pp. 129-132.

²⁶³⁷ Initialement, dans trois établissements, à Poissy (Yvelines), Saint-Martin-de-Ré (Charente-Maritime) et à la prison des femmes de Rennes. En 2007, sept prisons au total disposent d'UVF (avec l'ouverture dans les prisons de Meaux-Chauconin (Seine-et-Marne), Liancourt (Oise), Avignon-Le Pontet et Toulon-La Farlède).

européen aux droits de l'homme, Gil-Roblès, considérant ce dispositif « très important, favorisant le respect de la dignité humaine et la réinsertion », en 2006, a recommandé aux autorités françaises de le généraliser²⁶³⁸. Actuellement les unités étant coûteuses et lourdes à mettre en place, certains directeurs de prisons ont créé dans des maisons centrales une trentaine de « parloirs familiaux » qui sont de petites salles préservant la confidentialité et l'intimité²⁶³⁹.

D'autres pays ont également opté pour ce type de solution. Selon une étude du Sénat menée en 2006²⁶⁴⁰ en Espagne, les détenus qui ne peuvent pas bénéficier de permissions de sortir ont le droit de recevoir dans des *locaux annexes spécialement aménagés* des visites à caractère intime : une fois par mois, à ceux qui peuvent apporter la preuve écrite d'une relation affective stable d'au moins six mois ; et une visite conviviale trimestrielle d'une durée maximale de six heures, à ceux qui sont mariés ou non, mais qui, avant leur incarcération, vivaient au sein d'un couple stable, ainsi qu'à leurs enfants de moins de dix ans. Au Danemark, toutes les visites ont lieu dans des *parloirs individuels*, qui sont meublés comme des salons familiaux. En Suède, les visites ont lieu soit dans des *parloirs individuels meublés* soit dans les cellules ou dans les espaces collectifs de l'établissement, selon que l'intéressé est détenu dans un établissement fermé ou non. Aux Pays-Bas, les directeurs peuvent décider d'accorder aux détenus qui purgent de longues peines des visites non surveillées, qui se déroulent dans des *parloirs individuels meublés*. Ou encore en République de Moldavie, toutes les visites familiales peuvent avoir lieu dans des hôtels pénitentiaires, qui se trouvent dans le site pénitentiaire, pendant plusieurs jours²⁶⁴¹.

L'examen du droit de fonder une famille au sein de la jurisprudence européenne fait donc apparaître que les détenus étant, d'une part, privés du droit de vivre en couple et, d'autre part, du droit d'engendrer sont privés du droit de fonder une famille durant leur enfermement. Ainsi la prison accomplit également cette fonction : la contraception forcée des détenus et de leur conjoint ou compagnon. Or cette conséquence est critiquable pour plus d'une raison. La privation de fonder une famille porte atteinte au principe de légalité des peines, car elle est une conséquence sur-pénalisante pour le détenu. Elle porte également atteinte au principe de personnalité des peines, car elle est une conséquence également para-pénalisante dès lors qu'elle pénalise également le conjoint ou le compagnon du détenu ; enfin, elle porte atteinte au principe de respect absolu dans l'application des droits de l'homme, à savoir la sauvegarde de la substance des droits de l'homme. Elle met, par conséquent, en cause l'identité de la société démocratique. Car nous observons, dans le raisonnement appliqué, qu'il ne s'agit pas d'acceptation dans la prison d'un simple écart dans l'équilibre à ménager

²⁶³⁸ CommDH(2006)2, Le respect effectif des droits de l'homme en France, (2006), préc., pp. 110-112.

²⁶³⁹ Pour un premier bilan bénéfique du fonctionnement des UVF en France, voir J. ALVAREZ, « Chronique de l'exécution des peines : Les unités familiales », *RSC*, 2006-3.

²⁶⁴⁰ SENAT, *Le maintien des liens familiaux en p* ALVAREZ J., « Chronique de l'exécution des peines : Les unités familiales », *RSC*, 2006-3. *Etude préc.*

²⁶⁴¹ Ministère de la Justice, Rapport du groupe de réflexion sur les UVF, 1985.

entre l'exercice d'un droit de l'homme et l'intérêt général par rapport à l'extérieur, mais de l'acceptation de la suppression de cet équilibre aux dépens du respect du droit de fonder une famille.

Le détenu étant privé du droit de fonder une famille, les seuls liens familiaux qu'il puisse conserver sont ceux qu'il a eu la chance d'avoir avant son enfermement. Ses droits relatifs au respect de la vie familiale et de la famille sont donc limités au droit de « maintenir des liens familiaux ».

SECTION 2. LES RESTRICTIONS AU MAINTIEN DE LA VIE FAMILIALE

Le « maintien des liens familiaux » est indéniablement l'aspect de la vie privée et familiale des détenus le mieux protégé aussi bien dans les droits nationaux que dans la jurisprudence européenne. C'est le seul aspect dans la protection duquel on reconnaît que l'intérêt général converge avec l'intérêt du détenu et de sa famille. Mais ce n'est pas tant sa considération comme un droit du détenu et de sa famille qui a contribué à cette reconnaissance. Ce qui y a contribué de manière décisive, c'est, comme nous l'avons déjà souligné lors de l'introduction au respect de la vie familiale, le rôle primordial reconnu à la famille dans la politique du traitement des détenus en vue de leur réinsertion sociale, et, dans une certaine mesure, le souci d'humanisation de cette peine pour le détenu et sa famille. Aussi, la prise en compte du traitement des détenus non seulement ne s'oppose pas à l'exercice des droits de l'homme, (alors qu'une telle opposition est souvent excipée par les autorités pénitentiaires dans l'exercice d'autres droits de l'homme), mais elle contribue fortement à garantir le maintien des liens familiaux.

Cela dit dans une approche juridique du respect de la vie familiale, qui est la nôtre, le motif de la contribution de la famille à la réinsertion du détenu ne peut être que supplémentaire. La garantie effective de ces liens étant un impératif juridique en soi, impose de l'aborder au-delà du bénéfice qu'elle représente pour le traitement du détenu. Elle impose de l'aborder également, d'une part, comme un droit du détenu qui, étant distinct du droit à la liberté, doit lui être assuré en vertu du principe de légitimité des peines, et, d'autre part, comme un droit de la famille. Celle-ci ne doit pas être considérée uniquement sous l'angle d'agent de traitement, et donc comme instrument de la politique pénitentiaire.

Ainsi que l'a souligné Françoise Tulkens, les études menées jusqu'à présent, « n'interrogent pas les effets négatifs que produit le système pénal sur les familles des détenus, mais elles cherchent plutôt à conformer les familles à ses propres exigences. L'objectif demeure, en définitive, une augmentation du contrôle sur l'ensemble de la famille en vue d'une meilleure performativité du système pénal²⁶⁴² ». Or, dans l'aménagement des liens familiaux des détenus, il faut avoir à l'esprit que cet aménagement détermine en même temps l'exercice du droit au respect de la vie familiale de

²⁶⁴² F. TULKENS, « Les effets sociaux liés à la détention », *préc.*

la part de la famille du détenu. D'autant plus que la famille dispose d'un moyen juridique de défense supplémentaire de ce droit, et non le moindre : le respect du principe de personnalité de la peine.

Conformément à ce principe, la peine privative de liberté, pas plus que toute autre peine, ne doit avoir de conséquences sur la famille. C'est en ayant à l'esprit ces impératifs juridiques, que nous allons examiner quel est l'état de protection de ce droit dans la jurisprudence européenne et dans les droits français et grec, et déterminer ainsi les conséquences juridiques de la peine privative de liberté sur le droit à la vie familiale.

Mais il importe, au préalable, de souligner qu'une dérogation est d'emblée acceptée dans le respect de la vie familiale des détenus et de leur famille : la dérogation au respect de la communauté de vie. En effet, en principe, la notion de « vie familiale normale », autour de laquelle la Cour construit son raisonnement, implique le respect de la communauté de vie et, à défaut, le maintien des liens effectifs et substantiels entre les membres d'une famille. Dans le cas où l'un de ses membres est un détenu, ce raisonnement est automatiquement limité à la garantie du maintien de tels liens. Ainsi, cet exemple nous permet d'observer à propos de la communauté de vie que, si elle n'est pas indispensable pour établir l'existence d'une vie familiale, elle ne l'est pas non plus pour garantir son respect effectif. A ce propos, nous constatons d'ailleurs une autre dérogation. Alors que toute séparation familiale imposée par les autorités est analysée comme une ingérence dans la vie familiale qui doit alors être justifiée par les Etats, qu'il s'agisse d'une ingérence positive (commandée, par exemple, par l'intérêt de l'enfant, comme celle consistant à séparer de sa famille un enfant en danger²⁶⁴³, ou pour résoudre des conflits nés de la séparation volontaire d'un couple ayant des enfants), ou qu'il s'agisse d'une ingérence négative (commandée par l'ordre et l'intérêt général, comme l'expulsion d'un étranger ayant de la famille sur le sol du pays qui l'expulse)²⁶⁴⁴, dans le cas des détenus, il en va autrement.

Les instances européennes non seulement justifient d'emblée la séparation familiale entraînée par la détention, mais en adoptent un raisonnement fort proche de celui abandonné depuis l'arrêt *Goldner*, à savoir que les restrictions ou privations dans l'exercice des droits de l'homme par les détenus seraient inhérentes à la peine privative de liberté et/ou à la détention. Partant du principe que la détention est en soi compatible avec la Convention²⁶⁴⁵, ces instances ne considèrent pas la séparation familiale comme une ingérence dans le respect de la vie familiale. C'est en effet une telle approche

²⁶⁴³ CEDH, *Couillard Maugery c. France*, n° 64796/01, CEDH 2004-VII, § 244, à propos du placement des enfants de la requérante et des restrictions apportées à ses droits de visite et d'hébergement.

²⁶⁴⁴ Voir parmi d'autres arrêts : l'arrêt *Dalia*, précité, à propos de l'expulsion d'une mère d'enfant mineur ; l'arrêt *Ahmut*, précité, à propos du refus d'autoriser un enfant mineur à rejoindre son père installé aux Pays-Bas ; et l'arrêt *Mehemi* à propos de l'interdiction du territoire permanente commuée en interdiction de dix ans, suivie d'un retour et d'une admission sur le territoire.

²⁶⁴⁵ La Commission a toujours affirmé que l'ingérence de la détention dans la vie familiale est acceptée, car elle est nécessaire dans une société démocratique pour la prévention du désordre, des crimes ou la protection des droits d'autrui, D 5712/72 (X/RU), 18.7.1974, D.R.46, p. 112.

qui avait été adoptée par la Commission : « Dans ces conditions, elle n'estime pas que la séparation des requérants d'avec leurs épouses puisse être considérée comme une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale sous l'angle de l'article 8 §1²⁶⁴⁶ ».

La Cour a confirmé cette analyse en acceptant « que toute détention régulière entraîne par sa nature une restriction à la vie privée et familiale de l'intéressé²⁶⁴⁷ ». Ce qui peut constituer une ingérence, ce sont des restrictions ajoutées telles que les restrictions de visites et de sorties, l'éloignement de la prison du domicile familial, les transferts non portés à la connaissance de la famille.

En revanche, en raison de cet effet inévitable, les obligations positives des Etats sont plus renforcées. Ceux-ci doivent déployer tous les efforts pour protéger le droit au respect de la vie familiale le plus efficacement possible par l'entretien des liens effectifs : « Il est cependant essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire et les autres autorités compétentes aident le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche²⁶⁴⁸ ». Ce qui peut donc être considéré comme une ingérence dans la vie familiale des détenus et de sa famille, sera le manquement des Etats à leur obligation de prendre des mesures adéquates pour assurer les liens familiaux.

Nous allons cependant voir que, si l'on peut encore défendre que l'emprisonnement ne porte pas atteinte à la substance de la vie familiale, le droit au respect de la vie familiale normale pouvant être limité au maintien des liens effectifs (§ 1), en revanche, si l'on examine ses conséquences sur la famille nucléaire (couple et enfants), le raisonnement des instances européennes touche les limites de sa compatibilité avec les exigences d'un raisonnement sur l'application des droits de l'homme propre à une société démocratique. Tant il est difficile de parler de simples restrictions de la vie familiale : ces conséquences peuvent aller jusqu'à la dissolution de la vie familiale (§ 2).

§ 1. Les restrictions du droit à une "vie familiale normale"

²⁶⁴⁶ D 8022, 8025, 8027/ 77 (V/RU), 18.3.1981, D.R.25, p. 96. De même, dans une affaire dans laquelle le détenu se plaignait que sa peine l'aurait empêché de consommer son mariage et de fonder une famille, la Commission a estimé que même si ces accusations sont valables au regard du droit interne, une détention régulière porte nécessairement ingérence dans les relations d'un couple marié et ne constitue pas, en elle-même, une violation de l'article 12, D 11579/85 (Janis Khan/RU), 7.7.1986, D.R.38, pp. 253-257.

²⁶⁴⁷ CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., § 139. Voir aussi, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 61 ; CEDH, *Aliev c. Ukraine*, préc. § 187 ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 68 ; CEDH, *Dickson et Dickson c. R.U.*, préc., § 27.

²⁶⁴⁸ CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., § 139 ; CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 61, § 68 ; *Aliev c. Ukraine*, préc., § 187 ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 68 ; CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, préc. ; D 13756/88, (Ouinias/France), 12.3.1990, D.R. 65, p. 265.

Ce qui caractérise la protection européenne des relations familiales, c'est, d'une part, l'acceptation de la séparation comme une conséquence inévitable de la détention²⁶⁴⁹, mais d'autre part, la considération de leur sauvegarde comme essentielle. D'où l'obligation des autorités pénitentiaires de prendre des mesures propres à contrebalancer les effets de la séparation²⁶⁵⁰. A cet égard, la jurisprudence européenne n'a créé d'obligation que concernant la correspondance et les visites familiales (A), mais pas encore concernant les sorties (B).

A. Les visites familiales : un droit du détenu et de sa famille

Eu égard à la protection européenne et nationale assurée aux visites familiales, celles-ci constituent indéniablement le moyen le mieux protégé dans l'entretien des liens familiaux. Si au sein de la jurisprudence européenne, leur garantie ne se distingue guère de celle des visites privées au sens qu'elles jouissent toutes de mêmes garanties (1), en revanche, au sein des droits grec et français, seules les visites familiales bénéficient d'une protection efficace (2).

1. La protection européenne

Les visites constituent un moyen précieux pour maintenir la vie familiale. Si bien que, la Cour estime que seul un « besoin social pressant » puisse justifier des limitations²⁶⁵¹.

Toutefois, nous observons, quant à la garantie effective de ce moyen de maintien des liens familiaux, qu'elle ne se distingue pas de celle des visites en général. Les restrictions et le contrôle que comporte le régime ordinaire de détention sont considérés comme normaux²⁶⁵². Seules les restrictions supplémentaires sont analysées comme des ingérences dans la vie familiale ; des restrictions qui peuvent être dues à une sanction disciplinaire, à l'application d'un régime renforcé²⁶⁵³ ou encore au régime de la détention provisoire qui est déterminé par les nécessités de l'enquête²⁶⁵⁴.

²⁶⁴⁹ « La Cour rappelle que toute détention régulière au regard de l'article 5 de la Convention entraîne, par nature, une restriction à la vie privée et familiale de l'intéressé. S'il est essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir le contact avec sa famille », CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, préc., § 127 ; Voir aussi, entre autres : CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 61 ; CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 68 ; CEDH, *Dickson et Dickson c. R.U.*, préc., § 27 ; CEDH, *Aliiev c. Ukraine*, préc. ; D *Ouinias c. France*, préc.

²⁶⁵⁰ « Il est cependant essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche », CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 61 ; CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, préc., § 127 ; CEDH, *Kalachnikov c. Russie*, préc. ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 68.

²⁶⁵¹ CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, préc., § 127.

²⁶⁵² « La Cour reconnaît par ailleurs qu'une dose de contrôle des contacts des détenus avec le monde extérieur est nécessaire et non incompatible en soi avec la Convention », CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 68. Voir *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 61 ; CEDH, *Dickson et Dickson*, préc., § 27.

²⁶⁵³ CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 62 ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 69.

²⁶⁵⁴ CEDH, *Estrikh c. Lettonie*, n°73819/01, CEDH 2007-I ; CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, préc.

Plus précisément, l'apport de la Cour dans le renforcement de la protection des liens familiaux est, d'abord, l'affirmation que les visites familiales constituent un droit à la fois pour le détenu et pour la famille, garanti par l'article 8. Ils ont donc *droit à obtenir une autorisation de visite*. Les Etats ne peuvent ni interdire ni supprimer ces visites ; ils peuvent seulement restreindre leur nombre et aménager les modalités de leur déroulement.

Concernant *le nombre, la fréquence et la durée*, cette instance a déclaré ne pas entendre imposer aux Etats d'accorder un droit de visite illimité²⁶⁵⁵. En revanche, s'agissant de restrictions supplémentaires à l'égard d'un détenu ou d'une catégorie de détenus par rapport au nombre²⁶⁵⁶ et à la durée²⁶⁵⁷ des visites prévues par un droit national, elle les analyse comme des ingérences dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale qui ne peuvent être justifiées que par des *motifs précis et graves*²⁶⁵⁸. Elle a été amenée à justifier des limitations largement en deçà de ce qui constitue la moyenne nationale, à savoir une visite hebdomadaire d'une demi-heure²⁶⁵⁹. Elle a précisément estimé que deux visites par mois²⁶⁶⁰ sont conformes à la Convention, mais aussi une visite par mois pendant une heure²⁶⁶¹ et même pendant une demi-heure²⁶⁶².

De telles restrictions supplémentaires ont été justifiées par des motifs de maintien de l'ordre, de la sûreté publique et de la prévention des infractions pénales dans le cadre des régimes spéciaux, comme celui appliqué aux détenus appartenant au crime organisé en particulier de type mafieux où les relations familiales jouent souvent un rôle primordial²⁶⁶³. Mais elles l'ont été également dans le cadre des régimes de haute sécurité et d'isolement carcéral qui existent dans pratiquement tous les pays de l'Europe²⁶⁶⁴.

²⁶⁵⁵ D 9254/80 (X/RU), préc.

²⁶⁵⁶ O 26772/95 (*Labita/Italie*), 20.10.1997 ; CEDH, *Marincola et Sestito, c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 65 ; CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., § 141.

²⁶⁵⁷ Ainsi, la privation des personnes en détention provisoire des visites de longue durée qui existent en Lettonie et leur limitation à des visites courtes d'une heure par mois constitue une ingérence, *Estrikh c. Lettonie*, n° 73810/01, CEDH 2007-I, §§ 170-174.

²⁶⁵⁸ Ainsi, s'agissant des restrictions des visites familiales d'un détenu accusé d'actes mafieux, la Commission ne les a justifiées qu'en raison des circonstances de l'espèce invoquée par le gouvernement défendeur : le risque d'utilisation des contacts personnels pour communiquer avec le clan mafieux, d'autant plus que le beau-frère du requérant occupait une place importante dans le clan mafieux local, D 26772/95 (*Labita/Italie*), 20.10. 1997 ; *Messina c. Italie* (n° 2), préc.

²⁶⁵⁹ CEDH, *Boyle et Rice*, préc. Dans la plupart des pays européens, les visites familiales sont hebdomadaires et durent une demi-heure. Mais dans d'autres pays, comme la Finlande, la Lituanie et la Tchéquie, elles sont d'une durée bien plus longue. Par exemple en Ukraine, elles peuvent durer de quatre heures à trois jours par mois, M. HERZOG-EVANS, *L'intimité du détenuet...*, préc., p.31 s.

²⁶⁶⁰ CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 61.

²⁶⁶¹ CEDH, *Marincola et Sestito, c. Italie* (déc.), préc.

²⁶⁶² CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc.

²⁶⁶³ CEDH, *Marincola et Sestito, c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 66.

²⁶⁶⁴ « Par ailleurs, dans de nombreux Etats parties à la Convention, il existe des régimes de sécurité renforcée à l'égard des détenus dangereux. Ces régimes ont également comme base la mise à l'écart de la communauté pénitentiaire, accompagnée d'un renforcement des contrôles », CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 66 ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc.

Seule la *privation totale de recevoir des visites* pendant une certaine période ne peut, en principe, être justifiée. Cour et Commission ont constaté la violation de l'article 8 de la Convention dans le cas de privation de visites qui ont duré un an et demi²⁶⁶⁵, treize mois²⁶⁶⁶ ou un an²⁶⁶⁷. Toutes concernaient des personnes en détention provisoire et la privation des visites était motivée par les nécessités de l'enquête. La Cour estime que les autorités doivent assurer les visites en prenant simplement des mesures de contrôle supplémentaires telle que la surveillance optique et/ou acoustique²⁶⁶⁸. La question demeure donc de savoir si des privations de durée moindre, comme celle de quarante-cinq jours qui accompagne à titre de sanction accessoire à la sanction disciplinaire de mise en cellule, en droit français, portent violation du droit au respect de la vie familiale.

Quant aux modalités de déroulement des visites, la Cour est loin d'être prête à garantir l'intimité des visites. Saisie lors de l'affaire *Boyle et Rice* de la question relative à la surveillance étroite des visites conjugales, elle a adopté un raisonnement diamétralement opposé à celui sur le respect de l'intimité de la vie privée s'agissant de personnes libres. Alors que généralement la Cour considère toute intrusion dans la vie privée comme une ingérence qui ne peut être justifiée que suite à l'appréciation de sa légitimité et de sa nécessité démocratique au regard de l'article 8 §2 de la Convention, dans le cas des détenus, elle a dérogé à son raisonnement au point d'affirmer que « les visites surveillées ne constituent pas une ingérence au sens de l'article 8²⁶⁶⁹ ». Ce raisonnement est regrettable, tant il se rapproche de celui des limitations des droits de l'homme inhérentes ou implicites à la détention, auquel cette même instance avait mis fin dans l'arrêt *Golder* (1975). En tout cas, il empêche la reconstitution de véritables moments de vie familiale, ne serait-ce que le temps des visites ; cela sera impossible aussi longtemps que l'intimité ne sera pas garantie.

Par rapport aux modalités de visites, la seule restriction qu'elle considère comme étant très ample et qui, par conséquent, peut constituer une violation de la vie familiale, est la privation temporaire ou permanente pour un détenu ou un groupe de détenus de recevoir des visites sans dispositif de séparation et/ou sans surveillance en dérogation au régime de détention ordinaire²⁶⁷⁰. L'absence des contacts physiques affecte la qualité des relations familiales, d'autant plus lorsqu'elle est prolongée, estime la Cour²⁶⁷¹.

Aussi, ni la jurisprudence européenne ni d'ailleurs les Règles pénitentiaires européennes ne sont-elles à même d'impulser l'évolution des droits nationaux vers la garantie de l'intimité des visites

²⁶⁶⁵ CEDH, *Lavents c. Lettonie*, préc., §§ 138-141.

²⁶⁶⁶ CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, préc., §§ 129-130.

²⁶⁶⁷ D 17261/90, (C/France), 30.8.1993.

²⁶⁶⁸ CEDH, *Kucera c. Slovaquie*, préc., §§ 129-130.

²⁶⁶⁹ CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc., § 77.

²⁶⁷⁰ CEDH, *Messina c. Italie* (n° 2), préc., § 61 ; CEDH, *Marincola et Sestito, c. Italie* (déc.), préc. ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc., § 69.

²⁶⁷¹ CEDH, *Ciorap c. Moldova*, préc., § 118.

familiales. Le texte de ces règles préconise seulement que « les modalités des visites doivent permettre aux détenus de maintenir et de développer des relations familiales de façon aussi normale que possible » (Règle 24.4) sans autre précision. A ce jour, au niveau européen, seule la *Recommandation 1340(1997) relative aux effets de la détention sur le plan familial et social* de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe constitue une exception. Parmi ses recommandations figure l'amélioration des conditions des visites en prison des familles, « notamment par la mise en place de lieux d'intimité appropriés ».

2. La protection nationale

Les droits grec et français assurent aux visites familiales une protection nettement privilégiée par rapport aux autres visites privées, en dehors de l'intimité. *Les visites familiales constituent un droit pour les détenus*, même si, en droit français, le terme « droit » ne figure pas. Ce dernier garantit les visites familiales en ces termes : « Sous réserve des motifs liés au maintien de la sécurité ou au bon ordre de l'établissement, le chef d'établissement ne peut refuser de délivrer un permis de visite aux membres de la famille d'un condamné ou à son tuteur » (art. D. 404 CPP). Alors que la délivrance d'un tel permis à d'autres personnes, en plus des motifs cités, est soumise également à l'appréciation du chef de l'établissement sur la contribution de ces personnes à l'« insertion sociale ou professionnelle » du détenu (art. D. 404 CPP). En *droit grec*, les visites familiales sont énoncées comme un droit des détenus : « Chaque détenu a le droit de recevoir au moins une fois par semaine des visites de parents jusqu'au quatrième degré » (art. 52 §1, C. pénit.). L'autorisation pour d'autres personnes privées de visiter un détenu est, en revanche, soumise à l'appréciation de leur influence non négative et laissée au pouvoir discrétionnaire du conseil de la prison (art. 52 §2, C. pénit.). C'est sous l'autorisation du Procureur chargé du contrôle d'exécution des peines d'une prison que les visites entre conjoints ou parents détenus peuvent également avoir lieu (art. 21 § 12 Règl. Intér.).

Concernant *le nombre et la fréquence des visites*, ces deux droits se situent parmi les droits nationaux dont les normes sont supérieures à celles admises par la Cour. Comme, on vient de le mentionner, le *droit grec* prévoit une visite d'une demi-heure minimum par semaine, et le règlement intérieur peut autoriser des visites plus longues et plus fréquentes (art. 52 §1, §4, C. pénit.). Les prévenus y ont droit deux fois par semaine et les détenus pour dettes y ont droit sans limites (art. 21 §2, Règlement intérieur). Il existe des prisons où les détenus sont autorisés à recevoir des visites trois fois par semaine²⁶⁷². En *droit français*, les condamnés peuvent recevoir au minimum une visite d'une demi-heure par semaine et les prévenus trois fois par semaine (art. D 410, al. 2, CPP). De même qu'en droit grec le règlement intérieur peut en prévoir un plus grand nombre et une durée plus

²⁶⁷² N. KOURAKIS, Ph., MILIONI, (dir.), « Enquête dans les prisons grecques », *Poinika*, n° 44, Athènes, éd. Sakkoulas, 1995, p. 351.

longue. Dans la réalité, 31% des condamnés reçoivent deux visites par semaine, et 19 % plus de deux visites par semaine²⁶⁷³.

Quant à la *privation totale de visites* pendant une certaine durée, le *droit français* en prévoit expressément à titre de sanction disciplinaire. En effet, si la correspondance ne figure plus parmi les sanctions accessoires à la mise en cellule de punition, les visites, y compris familiales, continuent à en faire partie, (art. D. 251-3 al.a et D 409 CPP). Cette privation peut durer jusqu'à quarante-cinq jours (art. D 251-3 al.c CPP). En droit français, les personnes prévenues peuvent subir également une autre privation de visite. Au début de leur incarcération, le juge d'instruction peut prescrire une interdiction de communiquer pour dix jours renouvelable une seule fois pour la même durée (art. 145-4, al.a, CPP). Concernant les visites, leur privation peut durer plus d'un mois. L'article 145-4, al.c, du Code de procédure pénale prévoit seulement qu'à l'issue d'un mois il ne peut refuser les visites familiales que par décision écrite et spécialement motivée par les nécessités de l'instruction. Une telle décision peut être déférée au président de la chambre d'instruction qui statue rapidement (dans un délai de cinq jours) par une décision non assortie de recours (art. 145-4, al.l, CPP). Il est toutefois à noter que cette disposition, bien qu'adoptée par des lois²⁶⁷⁴ postérieures à une décision de la Commission européenne des droits de l'homme qui mettait en cause le régime antérieur en la matière, est insuffisante pour garantir la conformité du droit français à la Convention. Elle ne prémunit pas les intéressés contre un refus de visite prolongé, ce qui était le grief dans ladite décision déclarée recevable²⁶⁷⁵. La famille d'un prévenu illettré n'avait été autorisée à lui rendre visite qu'un an après sa mise en détention.

En *droit grec*, la privation des visites n'est plus possible depuis la suppression, dans la liste des sanctions disciplinaires, de la privation de correspondance et de visites, à savoir depuis l'application de l'actuel code pénitentiaire (1999). Les auteurs de ce code ont estimé que, s'agissant de droits constitutionnels garantis à toute personne, ils ne peuvent pas faire l'objet de sanctions disciplinaires²⁶⁷⁶.

Quant aux restrictions des *modalités du déroulement des visites*, alors que le *droit français* a élargi les visites sans dispositif de séparation -ce n'est qu'à titre de sanction que les détenus peuvent en être privés²⁶⁷⁷-, en droit grec c'est le contraire. C'est sur autorisation du conseil de prison et après demande expresse du détenu que celui-ci peut avoir une visite sans dispositif de séparation (art. 21 §

²⁶⁷³ EICHHOLTZER H., *Etat des lieux des pratiques existantes*, préc., pp. 89-91.

²⁶⁷⁴ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 et Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996.

²⁶⁷⁵ D 17261/90, (C/France), 30.8.1993.

²⁶⁷⁶ Rapport introductif au nouveau code pénitentiaire, in *Code pénitentiaire*, Athènes, éd. Sakkoulas, 2001, p. 35.

²⁶⁷⁷ La suppression de l'accès au parloir sans dispositif de séparation pour une période maximum de quatre mois lorsque la faute disciplinaire a été commise au cours, ou à l'occasion, d'une visite (art. D 251-1-4°, CPP).

7 Règlem. intér.). Les visites des enfants et conjoints peuvent avoir lieu dans les deux pays dans des locaux spécialement aménagés.

Enfin, *l'intimité familiale* n'est pas encore garantie sauf, en France, à certains détenus de longues peines. Comme nous l'avons vu, des UVF sont, depuis 2005, installées dans dix prisons. Ce sont des studios aménagés hors des locaux de détention. Nous y reviendrons lors de l'examen du droit des détenus à procréer. Le principe demeure que les visites ont lieu sous la surveillance optique et acoustique. En revanche, en Grèce, les visites ont lieu uniquement sous contrôle optique (art. 21 § 7 Règlem. Intér.).

Nous constatons donc que la famille est, en tant qu'institution, bien plus faible que d'autres institutions telles que la justice et la religion ou encore le corps médical. En droit grec et en droit français, les visites des personnes représentant la justice, la religion ou le corps médical ne peuvent être supprimées à titre de sanction disciplinaire (ni autonome ni accessoire), et leurs contacts avec les détenus bénéficient de la confidentialité. De plus, le bon fonctionnement de la justice et l'administration des soins médicaux adéquats imposent aux autorités pénitentiaires d'autoriser les détenus de sortir de la prison, ce qui n'est pas encore tout à fait le cas concernant les sorties familiales.

B. Sorties familiales : un droit des détenus en devenir

Tant au sein des droits grec et français (1) qu'au sein de la jurisprudence européenne (2), la protection des sorties, ces « faveurs éphémères », selon Jacques-Henri Robert²⁶⁷⁸, diffère suivant qu'il s'agit de sorties exceptionnelles ou ordinaires, en soulignant cette différence notable de la jurisprudence européenne : les sorties ordinaires ne sont toujours pas garanties.

1. La protection nationale

Aussi bien en droit grec qu'en droit français, les détenus peuvent bénéficier de sorties pour des raisons familiales. Toutefois, elles sont loin d'être entourées des mêmes garanties que les visites. Alors que ces dernières doivent être autorisées sur simple présentation de justificatif d'un lien familial et que leur refus doit être justifié et susceptible d'un contrôle juridictionnel, il n'en est pas de même concernant les sorties familiales. La demande de ces dernières doit être fondée sur un motif précis et leur octroi dépend de l'appréciation de l'organe compétent. Cela dit, la marge d'appréciation diffère selon les motifs et le recours en fonction du type de sorties : les sorties exceptionnelles (a) et les sorties ordinaires (b).

²⁶⁷⁸ J.-H., ROBERT, *Droit pénal général*, 6^e éd., Paris, PUF, 2005, p. 513.

a. Les sorties familiales exceptionnelles

Le droit français prévoit deux types de sorties non ordinaires. *Les permissions de sortir pour des circonstances familiales graves* et *les autorisations de sortie sous escorte à titre exceptionnel*. Les premières sont prévues pour des motifs tels qu'une maladie grave ou le décès d'un membre de la famille proche, pour trois jours au maximum (art. D 425 CPP). Tous les détenus ne peuvent pourtant pas en bénéficier. Seuls peuvent y prétendre les détenus condamnés à une peine inférieure ou égale à cinq ans, et ceux qui ont exécuté la moitié de leur peine pour les condamnés à une peine supérieure (art D. 144 CPP). Les sorties sous escorte sont accordées aux prévenus par le juge d'instruction ou le tribunal de condamnation (art. 148-5 CPP) et aux condamnés par le JAP (art. 723-6 CPP). Contrairement aux premières, elles sont accessibles à tous les détenus sans considération de la peine prononcée ou du reliquat de la peine.

Le droit grec prévoit un seul type de sorties *familiales exceptionnelles*. Elles sont accordées pour des raisons familiales de caractère exceptionnel et pour vingt-quatre heures maximum (art. 57 §1, C. pénit.)²⁶⁷⁹. Tous les détenus peuvent en bénéficier sans considération de leur condamnation ou du reliquat de leur peine. Cette dernière condition est supprimée depuis 1995²⁶⁸⁰. La décision appartient au Procureur de la République. Toutefois, le chef d'établissement peut prendre seul une telle décision (dont il informe immédiatement le Procureur de la République, en cas d'enterrement d'un proche ou de problèmes de santé très graves et d'agents des parents jusqu'au second degré, et de l'époux ou de l'épouse (art. 57, C. pénit.)).

b. Les sorties familiales ordinaires ou régulières

C'est notamment ce type de sorties qui peut le mieux contribuer au maintien des liens familiaux en même temps qu'à la réinsertion des détenus, puisqu'elles peuvent être accordées régulièrement et en dehors des circonstances exceptionnelles.

En droit grec, elles sont intitulées « permissions régulières » (art. 54-56 C. pénit.). Les détenus peuvent en effet les demander tous les deux mois sous condition d'avoir exécuté une partie de leur peine. Les condamnés à une peine temporaire doivent avoir exécuté le cinquième de leur peine, et au moins trois mois ; les condamnés à perpétuité doivent avoir exécuté huit ans (art. 55 §2 C. pénit.). En sont exclus, les condamnés pour haute trahison et les personnes irresponsables pénalement en raison de troubles mentaux et internées dans un établissement thérapeutique (art. 54 §1, §3, C. pénit.). En sont aussi exclus pendant un an, après leur retour en prison, les détenus ayant profité de leur dernière

²⁶⁷⁹ Le Code pénitentiaire prévoit seulement que les sorties exceptionnelles peuvent être accordées pour des « raisons familiales et professionnelles ou pour d'autres imprévus et urgences de caractère exceptionnel » et pour une durée maximale de vingt-quatre heures (art. 57 §1, C. pénit.).

²⁶⁸⁰ Par l'article 21 §3-c de la loi n° 2331/95.

permission pour s'évader (art. 54 §8 C. pénit.). En revanche, il est précisé que le fait que l'intéressé soit sans domicile, sans famille ou étranger ne doit pas l'exclure de la possibilité d'avoir de telles permissions (art. 54 §4, C. pénit.). Enfin, les condamnés pour trafic de stupéfiants sont, par dérogation au régime ordinaire introduit par la loi n° 2943/2001, soumis à des délais plus longs pour l'obtention de permissions de sortir. Les condamnés à une peine temporaire doivent avoir exécuté les deux cinquièmes de leur peine et les condamnés à perpétuité, au moins dix ans.

Les sorties peuvent durer de vingt-quatre heures à cinq jours. Cette durée peut aller jusqu'à huit jours pour ceux ayant exécuté les deux cinquièmes de leur peine et aux condamnés à perpétuité ayant exécuté douze ans (art. 56 §1 C. pénit.). Leur durée annuelle totale ne peut dépasser les quarante jours (art. 56 §1-2 C. pénit.) et elle est imputée à la peine.

Quant à la procédure de leur octroi, elles doivent être demandées par les détenus auprès du conseil disciplinaire qui est l'organe compétent pour les accorder (art. 55 §2 C. pénit.). Celui-ci examine les demandes au regard de trois critères : l'absence de danger de fuite, de commission de nouvelles infractions et de mauvais usage de la permission²⁶⁸¹.

Il importe de souligner que le conseil de discipline n'a pas un pouvoir souverain. Toute décision de refus doit être motivée de manière circonstanciée et le second refus consécutif donne droit de recours devant le TAP (art. 54 §6 C. pénit.)²⁶⁸². Ce droit de recours a donné lieu à une certaine jurisprudence et à une interprétation des dispositions corrélatives. Ainsi est jugé bien fondé le refus d'accorder à un détenu une permission au motif que, lors de sa dernière permission, il s'était évadé alors qu'il avait regagné la prison depuis plus d'un an²⁶⁸³. Le tribunal a jugé que cet élément peut être pris en compte par le conseil disciplinaire pour l'appréciation globale de la personnalité de l'intéressé, même si celui-ci a regagné la prison depuis plus d'un an²⁶⁸⁴. En revanche, est jugé illégal le refus d'accorder une permission au motif que l'intéressé ne séjournait dans la prison que depuis peu de temps (en l'occurrence depuis 3 mois), et que de ce fait, le conseil n'a pu former une opinion sur son caractère. Le tribunal a souligné que le code pénitentiaire ne prévoit pas une condition de temps d'observation dans une prison donnée²⁶⁸⁵.

²⁶⁸¹ Pour leur appréciation, les critères suivants sont pris en compte : la personnalité de l'intéressé et en général son comportement postérieur à l'infraction, durant sa détention et durant les permissions précédentes ; la condition personnelle, familiale et professionnelle et ses obligations familiales ; le bénéfice qu'une telle permission peut avoir sur sa personnalité et sa réadaptation sociale (art. 55 §3-4, C. pénit.).

²⁶⁸² C'est le tribunal correctionnel siégeant en conseil qui exerce les compétences attribuées au TAP.

²⁶⁸³ Rappelons que le Code pénitentiaire prévoit qu'un détenu qui s'est évadé à l'occasion d'une permission de sortie n'a pas droit d'en demander une nouvelle pendant un an après son retour en prison (art. 54 §8)

²⁶⁸⁴ Tribunal Correctionnel de Pirée (siégeant en conseil), n° 678/2000, *Poinika Chronika* (Annales pénales), NA /2001, p. 998-1000).

²⁶⁸⁵ Tribunal correctionnel de Patras (siégeant en conseil), n° 132/2001, *Archeio Nomologias*, (Archives de jurisprudence), 2001, p. 457.

Lors des débats parlementaires en vue de l'adoption du code pénitentiaire actuel, l'institution des sorties a été louée pour ses effets positifs sur les détenus et les risques minimes d'évasion qu'elle représente. Sur six cents sorties accordées en 1998, seulement vingt détenus n'avaient pas regagné la prison. Un article, paru dans la presse en 2006, à l'occasion d'une affaire éclatée en raison de non retour d'un détenu considéré comme dangereux, faisait l'état d'une modalité réussie de la gestion d'exécution de la peine privative de liberté : le taux d'échec de cette mesure se situait à 4,3%²⁶⁸⁶.

Le droit français prévoit également l'octroi de telles sorties (art. 723-4 et s. et D 145 et s. CPP). Il les soumet à la condition de l'exécution d'une partie de la peine bien plus longue que le droit grec. Excepté les condamnés à une peine inférieure à un an (art. D145, al.b CPP), l'octroi des permissions de sortir aux autres condamnés est soumis à un délai important. Elles peuvent être accordées aux condamnés détenus dans des établissements autres que les centres de détention à l'issue de l'exécution de la moitié de la peine et sous la condition supplémentaire que celle qui reste à subir est inférieure à trois ans (art. D145, al.a CPP). Quant aux condamnés détenus dans les centres de détention, elles peuvent leur être octroyées après l'exécution du tiers de leur peine (art. D146 CPP). Enfin, les personnes soumises à une période de sûreté en sont exclues durant cette période²⁶⁸⁷.

Leur durée est de trois jours au maximum (qui s'impute à la durée de la peine). Dans le cas de détenus dans des centres de détention, la durée des sorties peut être portée à cinq jours et, une fois par an, à dix jours.

Ces permissions sont accordées par le JAP après avis de la Commission de l'application des peines (art. 712-5 CPP). Le refus est attaqué par voie d'appel (art. 712-11 CPP).

On peut alors observer que, bien qu'il soit prévu que les permissions de sortir peuvent être accordées aux détenus en vue de leur réinsertion, mais aussi du maintien de leurs liens familiaux, seul le premier est crédible. Ne pouvant intervenir dès le début de l'exécution de la peine privative de liberté pour tous les détenus, l'objectif qui peut être invoqué ne peut pas être le maintien de liens familiaux afin d'éviter la désocialisation des détenus et donc la rupture des liens familiaux, mais le renforcement de ces derniers en fin de peine pour préparer leur libération.

2. La protection européenne

²⁶⁸⁶ En se fondant sur des statistiques du Ministère de la Justice, l'article constatait qu'entre 2002 et 2006, le taux de violation des conditions de leur octroi, y compris pour des simples retards, était de l'ordre de 4,3%. Précisément, n'ont pas respecté les conditions des permissions : en 2002, 92 personnes sur 2.844 permissions accordées ; en 2003, 117 sur 3.199 permissions accordées ; en 2004, 122 personnes sur 2.964 permissions accordées, en 2005, 137 personnes sur 3.178 permissions accordés, *To Vima*, 06/08/2006.

²⁶⁸⁷ « Les dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle ne sont pas applicables pendant la durée de la période de sûreté prévue à l'article 132-23 du code pénal » (art. 720-2 CPP).

Les sorties, appelées aussi « congé pénitentiaire » dans les textes européens, font l'objet d'un traitement différent au sein des organes du Conseil de l'Europe. L'octroi d'un tel congé est recommandé depuis 1982 par le *Comité des Ministres*, précisément par la *Recommandation n° R(82)16 sur le congé pénitentiaire*. Considérant qu'il constitue un moyen d'humanisation des prisons, d'amélioration des conditions de détention et de réintégration sociale des détenus, il est recommandé de l'accorder « dans la plus large mesure possible pour des raisons médicales, éducatives, professionnelles, familiales et d'autres raisons sociales ». Il a de nouveau été recommandé par ce même comité dans le texte *des Règles pénitentiaires européennes n° R(87)3*, et n° R(2006)2 : « Un système de congé pénitentiaire doit faire partie intégrante du régime des détenus condamnés » (Règle, 103.6).

En 1997, l'*Assemblée parlementaire* est venue renforcer cette mesure par sa *Recommandation 1340(1997) relative aux effets de la détention sur le plan familial et social*. Elle a mis l'accent sur le rôle capital des sorties, non seulement dans la réinsertion des détenus, mais aussi dans le maintien de liens familiaux afin d'éviter -ou au moins, de limiter- les effets de la détention sur la famille. Pour cette dernière raison, elle recommande que les sorties soient autorisées dans des délais très courts après la détention. Bien que cette dernière recommandation vise les courtes peines, nous estimons qu'elle devrait être valable pour toutes les peines.

Si le but des sorties est également le maintien des liens familiaux, et donc l'évitement de leur rupture, leur octroi ne devrait pas être déterminé uniquement par leur effet positif dans la réinsertion des détenus ; elles devraient être reconnues comme un droit des détenus. En plus des raisons susmentionnées, elles présentent deux vertus supplémentaires : être le seul moyen qui puisse contrearrer l'effet le plus radical qui est l'emprisonnement, la privation de la communauté de vie familiale ; et être le moyen le plus approprié pour assurer l'intimité et permettre aux détenus et à leurs conjoints ou compagnes, de continuer à avoir des relations intimes dans des conditions normales.

Quant à la position de la *jurisprudence européenne*, elle était, jusqu'en 2002, en net retard tant par rapport aux droits nationaux qu'aux autres organes cités du Conseil de l'Europe. Elle ne reconnaissait aux détenus le droit à aucun type de sortie. En effet, dans l'affaire *Boyle et Rice* (1988), où la Cour avait été invitée à se prononcer sur le grief d'absence d'intimité lors des congés familiaux (en l'occurrence un congé accordé au premier requérant pour voir son épouse), elle avait exprimé des doutes « sur la plausibilité de la doléance, estimant que la Convention ne garantit pas à un détenu le droit à recouvrer sa liberté par des congés de ce genre au foyer²⁶⁸⁸ ». Invitée aussi à se prononcer dans la même affaire sur un second grief, celui du refus d'accorder des sorties au requérant pour

²⁶⁸⁸ CEDH, *Boyle et Rice c.R.U.*, préc.

rendre visite à son père qui souffrait d'une maladie grave et ne pouvait ni marcher ni voyager, elle avait seulement estimé qu'elles pourraient être accordées pour des « motifs humanitaires » ; mais qu'en cas de refus elles « ne sauraient servir de base à une allégation défendable de violation de l'article 8²⁶⁸⁹ ». Cette jurisprudence fut même appliquée dans des cas de refus de sorties pour assister aux obsèques des proches, y compris des parents. A deux reprises, la Cour a déclaré irrecevables les requêtes comportant une telle allégation au motif que l'article 8 de la Convention ne garantit pas à une personne détenue le droit de bénéficier d'autorisation de sortie pour visiter ses proches²⁶⁹⁰.

C'est seulement dans l'arrêt *Ploski*, rendu le 2 novembre 2002²⁶⁹¹, qu'elle a marqué un revirement de sa jurisprudence. Le requérant (en détention provisoire) n'a pas été autorisé à se rendre à l'enterrement ni de son père ni de sa mère, décédés en l'espace de quelques semaines, au motif que, étant récidiviste, il y avait des risques qu'il ne retourne pas en prison. Or la Cour ne s'est pas attardée sur l'analyse de l'existence ou pas d'une ingérence dans la vie familiale et privée du requérant. Elle a estimé que cela est indiscutable²⁶⁹². Elle a néanmoins pris le soin de souligner au préalable que rien ne s'oppose à ce qu'elle revoie sa jurisprudence en la matière eu égard au changement des conditions dans les Etats contractants et à l'émergence d'un consensus²⁶⁹³.

Elle est donc partie du constat qu'il s'agissait bien d'une telle ingérence, non sans préciser que l'article 8 ne garantit pas à une personne détenue un « droit inconditionnel » de sortir pour assister aux funérailles de ses proches²⁶⁹⁴. C'est aux autorités nationales d'examiner chaque demande. Mais leur marge d'appréciation est limitée par les exigences de la Convention²⁶⁹⁵. A cette occasion, la Cour a rappelé les principes qui doivent guider les restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la Convention. C'est-à-dire que même si un détenu est, du fait de sa situation, soumis à de multiples limitations de ses droits et libertés, chaque limitation doit être justifiée comme nécessaire dans une société démocratique par l'existence réelle d'un besoin social pressant, dont il incombe à l'Etat d'apporter la preuve²⁶⁹⁶.

Dans le cas présent, elle avait noté que, alors que les autorités ont invoqué le risque de fuite, elles n'ont même pas envisagé la sortie sous escorte, qui est pourtant possible en droit polonais²⁶⁹⁷. Dès lors, même si l'on tient compte des problèmes logistiques et financiers pour organiser une

²⁶⁸⁹ En effet, c'est dans ce sens que cette instance a statué dans l'affaire *Boyle et Rice* c.R.U., n°9659/82;9658/82, Série A 131, 27/4/1988, dans laquelle le père d'un détenu souffrant d'une maladie grave et ne pouvant ni marcher ni voyager s'était associé à son fils pour se plaindre de violation du droit au respect de leur vie familiale, CEDH, *Boyle et Rice* c. R.U., préc., § 16, § 77.

²⁶⁹⁰ CEDH, *Marincola et Sestito* c. Italie, préc. ; CEDH, *Georgiou* c. Grèce (déc.), n° 28511/02, CEDH 2000-I.

²⁶⁹¹ CEDH, *Ploski* c. Pologne, préc.

²⁶⁹² *Ibid.*, § 32.

²⁶⁹³ *Ibid.*, § 27.

²⁶⁹⁴ *Ibid.*, § 38.

²⁶⁹⁵ *Ibid.*, § 98.

²⁶⁹⁶ *Ibid.*, § 35.

²⁶⁹⁷ *Ibid.*, § 36.

escorte, pour justifier le refus à une personne détenue de sortir pour assister aux obsèques de ses parents, un Etat doit avoir des raisons « impératives » et ne pas disposer des solutions telles que les sorties sous escorte²⁶⁹⁸.

Pour conclure dans cette affaire, même si les raisons invoquées (prévention des infractions et maintien de l'ordre et de la sécurité) sont légitimes, le refus en question n'était pas nécessaire dans une société démocratique, ne répondant pas à un besoin social impérieux²⁶⁹⁹.

La jurisprudence européenne demeure, toutefois, en reste par rapport aux droits nationaux concernant le nombre et la fréquence des visites qui devraient être assurées aux détenus et à leurs familles ainsi que les sorties ordinaires. En revanche, elle a marqué une avancée en matière de choix du lieu de détention et de l'organisation des transferts des détenus.

C. Le rapprochement familial

La jurisprudence européenne accorde aux liens familiaux une importance déterminante en matière de *choix de la prison (1)* et de *transferts des détenus (2)*.

1. Choix de la prison

Si la séparation familiale entraînée par la mise en détention est pleinement justifiée par les instances européennes, au point de ne pas la considérer comme une ingérence dans la vie familiale, en revanche, la distance géographique de la prison par rapport au lieu du domicile familial peut être analysée comme une telle ingérence. Dès lors, la Cour et les autres instances du Conseil de l'Europe recommandent que les autorités compétentes fassent le nécessaire pour garantir le rapprochement familial **(a)** ainsi que le transfert dans le pays d'attaches familiales **(b)**.

a. Choix de la prison dans un pays donné

Tout en affirmant que la Convention ne garantit pas aux détenus la liberté de choisir le lieu de leur détention dans un pays donné, la Commission et la Cour estiment que le choix du « lieu de détention d'un prisonnier a son importance » au regard notamment, du respect de ses droits à la vie

²⁶⁹⁸ *Ibid.*, § 37.

²⁶⁹⁹ *Ibid.*, § 39.

familiale et privée²⁷⁰⁰. Aussi, le choix d'un lieu de détention assez éloigné du domicile familial peut-il être analysé comme une ingérence dans l'exercice de ses droits et comme facteur compromettant en même temps le rôle de la famille en tant qu'agent essentiel de la réinsertion des détenus²⁷⁰¹.

Ainsi la Commission avait affirmé que le refus de transférer un détenu dans une prison proche du domicile de sa fiancée « constitue une ingérence dans le respect de la vie privée », compte tenu des objectifs assignés à la détention, notamment celui de l'encouragement à la réadaptation sociale. L'article 8 de la Convention « oblige l'Etat à aider autant que possible les détenus à créer et à entretenir des liens avec des personnes extérieures à la prison en vue d'encourager la réadaptation des détenus à la société²⁷⁰² ». Elle en avait jugé de même à propos du refus de transférer un détenu dans la prison où il avait obtenu l'autorisation de recevoir les visites de sa fille²⁷⁰³. Mais dans les deux cas, elle avait justifié ces ingérences.

Les règles pénitentiaires de 2006 recommandent également que « les détenus doivent être répartis autant que possible dans des prisons situées près de leur foyer ou de leur centre de réinsertion sociale » (17.1), et que « dans la mesure du possible, les détenus doivent être consultés concernant leur répartition initiale et concernant chaque transfert ultérieur d'une prison à une autre (17.3). Le Commissaire européen aux droits de l'homme conclut dans ce sens : les Etats doivent faire « le maximum pour favoriser la détention de personnes définitivement condamnées à proximité du lieu de domicile de leurs proches afin de faciliter le maintien de liens²⁷⁰⁴ ».

²⁷⁰⁰ « La Commission rappelle que la Convention n'accorde pas aux détenus le droit de choisir le lieu de détention et que la séparation et l'éloignement du détenu de sa famille constituent des conséquences inévitables de la détention. Néanmoins, le fait de détenu une personne dans une prison éloignée de sa famille à tel point que toute visite s'avère en fait très difficile, voire impossible, peut, dans des circonstances exceptionnelles, constituer une ingérence dans sa vie familiale, la possibilité pour les membres de la famille de rendre visite à un détenu étant un facteur essentiel pour le maintien de la vie familiale », D 26772/95 (Labita/Italie), 20.10.1997. Voir : D 571272 (X/RU), préc., p. 112 ; D 13756/88, (Ouinan/France), préc. ; CEDH, *Marincola et Sestito, c. Italie* (déc.), préc.

²⁷⁰¹ « Le fait de détenu une personne dans une prison éloignée de sa famille à tel point que toute visite s'avère en fait très difficile, voire impossible, peut dans des circonstances exceptionnelles, constituer une ingérence dans sa vie familiale, la possibilité pour les membres de la famille de rendre visite au détenu étant un facteur essentiel pour le maintien de la vie familiale », D 23241/94 (Hacısüleymanoglu/Italie), 20.10.94, p. 121 et s.

²⁷⁰² D 15817/89 (Douglas Wakefield/RU), préc., p. 251.

²⁷⁰³ Refus de faire en sorte qu'un détenu puisse avoir la visite de sa fille, alors qu'il avait obtenu de la part du tribunal le droit de visite. Mais ses multiples transferts ont eu comme résultat de rompre les visites de sa fille. La Commission a admis que l'ingérence poursuivait un but légitime, à savoir l'exécution des peines prononcées. Elle s'est cependant demandé si des efforts plus soutenus en vue de rapprocher le requérant du lieu de résidence de sa fille, compte tenu notamment de l'opposition de la mère de l'enfant à ce que cette dernière rencontre son père, n'auraient pas été possibles et compatibles avec les exigences de l'organisation pénitentiaire et de la sécurité, D 13756/88, (Ouinan/France), préc.

²⁷⁰⁴ CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc., § 108.

En ce qui concerne l'état de cette question dans les droits grec et français, nous observons que, contrairement à d'autres droits internes comme en Suède ou au Portugal²⁷⁰⁵, ils ne prévoient pas de mesures permettant de respecter effectivement cette exigence.

Le *droit grec* contient une disposition qui prévoit que les détenus peuvent demander leur transfert également pour des « raisons familiales » (art. 72 al.a, 73, et 9, C. pénit.) sans autre précision concernant notamment les motifs de refus et les recours disponibles. Seules les questions de l'instance de décision et les modalités pratiques sont précisées. Ces dernières sont détaillées par un décret présidentiel de 1991²⁷⁰⁶. Quant à l'instance de décision, la création au sein du Ministère de la Justice d'une *commission centrale des transferts*, prévue dès 1989 par le Code de règles fondamentales pour le traitement des détenus (art. 77), elle n'a vu le jour que courant 2000²⁷⁰⁷. Elle est constituée du secrétaire général du Ministère de la Justice, en tant que président, d'un substitut près la Cour d'appel et du président du conseil scientifique central.

En *droit français*, des dispositions relatives à la possibilité pour les détenus de demander un transfert pour des raisons familiales sont absentes, privant ainsi les détenus et leurs familles de tout fondement textuel pour appuyer une demande dans ce sens²⁷⁰⁸. Or la proximité du lieu de détention du domicile familial est la principale demande des familles de détenus²⁷⁰⁹, appuyée par le Commissaire européen aux droits de l'homme qui constatait avec regret, en 2006²⁷¹⁰ : « Hélas ! il semble que cela ne soit pas toujours l'un des objectifs principaux de l'administration pénitentiaire » ; au contraire, des personnes s'étant exprimées sur cette question pendant sa visite se sont plaintes d'une politique de placement « arbitraire » et des transferts fréquents qui seraient en réalité des « sanctions voilées ». Et de dénoncer ces pratiques qui « contribuent à rompre les liens déjà fragiles avec leurs familles et amis ».

La distance géographique entre la prison et le domicile étant déterminante pour le maintien des liens familiaux et privés, la détermination du pays où la peine sera exécutée l'est à plus forte raison.

²⁷⁰⁵ Ch. BAKAS, « Examen comparatif des institutions fondamentales du projet des règles fondamentales pour le traitement des détenus », *Poinika chronika*, n° 27, p. 144.

²⁷⁰⁶ N° 141/1991 de 30.4.1991 (Journal Officiel, A' 58/12.4.1991).

²⁷⁰⁷ Suite à deux lois, la loi n° 2298/95 et la loi 2408/96, et deux décisions ministérielles : n° 31224 de 7.3.2000 et n° 57582 de 12.5.2000.

²⁷⁰⁸ Pourtant les cas où le choix de la prison compromet manifestement le maintien des liens familiaux par les visites, aussi bien en raison de la distance que du coût du voyage, ne manquent pas. Dans une affaire signalée par l'OIP dans *De Facto*, un détenu était incarcéré à plus de 1264 km du domicile de ses parents ce qui rendait extrêmement difficiles et coûteuses les visites de ceux-ci ne disposant pas suffisamment de ressources, *De facto*, (Lettre mensuelle de l'OIP), n° 23, novembre 1993.

²⁷⁰⁹ Dans une série de Recommandations adressée par les Associations de maisons d'accueil de familles et amis de détenus, à l'occasion de leur IV^{ème} rencontre nationale, figure en première place la recommandation que la proximité du domicile familial soit un critère prioritaire d'affectation en établissement, « Familles de détenus, familles condamnées ? », *Actes de la 4^{ème} rencontre nationale de Maisons d'accueil de familles et amis de détenus*, Paris, 18-19 mai 2001, édité par FRAMAFAD, pp. 95-98.

²⁷¹⁰ CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, préc., § 108.

b. Choix du pays de la détention

Cet aspect pose la question supplémentaire du droit du détenu de quitter un pays (art.2, Prot. n° 4) et le droit de choisir celui de sa détention. Ce qui est plus compliqué que son droit de choisir le lieu de sa détention dans un pays donné, avait noté la Commission²⁷¹¹. L'immixtion dans la vie privée et familiale se pose dans les mêmes termes que dans la question précédente : « Le fait de détenir une personne dans une prison éloignée de sa famille, à tel point que toute visite s'avère en fait très difficile, voire impossible, peut, dans des circonstances exceptionnelles, constituer une ingérence dans sa vie familiale, la possibilité pour les membres de la famille de rendre visite au détenu étant un facteur essentiel pour le maintien de la vie familiale²⁷¹² ».

Toutefois, la justification du refus de satisfaire une telle demande semble être encore plus simple. Si, dans une affaire portant sur le transfert d'un détenu des Bahamas en Grande-Bretagne, soit à 3 000 miles du domicile de sa famille, la Commission avait estimé qu'il s'agissait bien d'une ingérence dans sa vie familiale -puisque cette distance rendait quasiment impossibles les visites de sa famille²⁷¹³-, elle a cherché une justification matérielle, en l'occurrence l'inexistence dans le pays du requérant d'une prison de sécurité satisfaisante²⁷¹⁴, dans d'autres affaires, elle s'est tout simplement référée à la *Convention sur le transfert des personnes condamnées* (du 21 mars 1983). Saisie d'une requête de deux personnes d'origine turque détenues en Italie demandant d'être transférées en Turquie²⁷¹⁵, l'un condamné à vingt-quatre ans de prison (dont il avait exécuté cinq ans) et l'autre à dix-sept ans, la Commission avait justifié le refus en s'appuyant simplement sur ladite Convention. Après avoir relevé que celle-ci ne prévoit aucun droit de l'intéressé d'être transféré dans le pays d'origine et que pareil transfert est soumis à l'accord préalable de l'Etat de condamnation, elle a conclu que « l'éloignement d'un détenu étranger de sa famille est une conséquence inévitable de la détention, suite à l'exercice par l'Etat de condamnation de ses prérogatives en matière de répression pénale²⁷¹⁶ ». Cela signifie qu'un tel éloignement n'est même pas analysé comme une ingérence dans la vie familiale. Pourtant, l'un des deux requérants s'était plaint de l'impossibilité de recevoir des visites de sa famille compte tenu de leur coût, mais aussi du fait qu'il n'a pas pu se rendre aux obsèques de son frère²⁷¹⁷.

²⁷¹¹ D 5712/72 (X/RU), préc., p.112.

²⁷¹² D 23241/94 (Hacisüleymanoglu/Italie), 20.10.94, p. 121 s. (condamné à 24 ans de détention en Italie, le requérant d'origine turque demanda son transfert en Turquie, après 5 ans d'exécution de peine en Italie).

²⁷¹³ D 5712/72 (X/RU), préc.

²⁷¹⁴ *Ibid.*

²⁷¹⁵ D 23241/94 (Hacisüleymanoglu/Italie), préc. ; D 25632/94 (Savas/Italie), 26.2.97 (condamné à 17 ans).

²⁷¹⁶ D 23241/94 (Hacisüleymanoglu/Italie), préc.

²⁷¹⁷ *Ibid.*

Or cette jurisprudence réduit à néant l'importance de tous les principes énoncés par la Cour en matière de liens familiaux. De manière générale, le transfert d'un détenu dans le pays où vit sa famille, ainsi que le choix de la prison dans un pays donné, rendent cruciale la question de l'étendue de la responsabilité des Etats. La question qu'ils soulèvent ne concerne pas le droit de choisir le lieu de vie dans le sens de choisir entre la vie en prison et ailleurs. Elle concerne le droit de choisir un lieu d'exécution de la peine plutôt qu'un autre, suivant leurs besoins familiaux, privés ou d'autres comme celui de suivre un programme scolaire ou une formation professionnelle ou de pouvoir travailler.

Dès lors, seules des questions matérielles (comme l'inexistence d'un type de prison, ou des problèmes insurmontables de place) doivent pouvoir justifier la détention dans une prison éloignée. Dans ce cas, ainsi que dans le cas où un pays veut qu'un étranger exécute sa peine sur son sol, la responsabilité des Etats dans leur obligation de maintenir la vie familiale, de ne pas surpénaliser les détenus et de ne pas parapénaliser leurs familles, devant comprendre la prise en charge du coût des visites : coût des transports et de séjour. Ils devraient, par exemple, assurer au minimum une visite par semaine aux familles séjournant dans le même pays et une fois par mois à celles séjournant à l'étranger. Notons, concernant la prise en charge des frais de transports, qu'en Grande-Bretagne les familles aux faibles revenus peuvent se faire rembourser ces frais par l'aide sociale²⁷¹⁸.

La force de la famille est un peu plus importante dans la détermination des modalités d'exécution des décisions de transferts des détenus.

2. Les transferts

Les transferts des détenus doivent avoir lieu en tenant compte non seulement des objectifs de la sécurité, mais aussi de celui de maintenir les liens familiaux des détenus. Ce dernier objectif exige, précisa la Commission, que la *famille soit informée préalablement et à temps du transfert du détenu*. En effet, selon cette instance, les transferts décidés et exécutés sans consultation préalable du registre des visites programmées constituent une ingérence dans le droit du détenu au respect de sa vie familiale, dans la mesure où les transferts effectués dans de telles conditions ne permettent pas d'empêcher une visite infructueuse²⁷¹⁹. Pourtant les Règles pénitentiaires européennes (2006) se contentent de recommander que « tout détenu doit avoir le droit d'informer immédiatement sa famille de sa détention ou de son transfert dans un autre établissement, ainsi que de toute maladie ou

²⁷¹⁸ L. GAMPELL, « Panorama des initiatives innovantes en Grande-Bretagne », *Actes de la 4^{ème} rencontre nationale de Maisons d'accueil de familles et amis de détenus*, Paris, 18-19 mai 2001, édité par FRAMAFAD, pp. 75-80.

²⁷¹⁹ D 9466/81, (Seale/RU), 13.5.1984, D.R.36, p. 41. Dans le Rapport adopté par la Commission dans cette affaire, le 15 mai 1986 (D.R.50, p. 70), les parties étaient parvenues à un accord amiable. Le gouvernement avait pris un nombre de mesures tendant à régler cette question de la vie pénitentiaire.

blessure grave dont il souffre » (art. 24-8). En cas de transfert dans un hôpital, ce devoir revient aux autorités pénitentiaires (art. 24-9). Mais ces recommandations n'impliquent pas nécessairement l'obligation que cette information ait lieu avant les transferts.

Quant aux droits nationaux, nous constatons l'absence de pareilles dispositions. En *droit français*, si on note un progrès, depuis 1983, du fait que cette information n'incombe plus au détenu, mais à l'administration pénitentiaire, l'ensemble du dispositif n'est guère satisfaisant. En ce qui concerne le moment de cette information, la disposition de l'article D. 296 al.b du Code de procédure pénale prévoit qu'elle a lieu « dès que le détenu transféré est arrivé à destination », ce qui ne permet guère d'éviter les visites infructueuses. En effet, les détenus en France se plaignent de ce que leurs familles ne sont pas prévenues à temps, et qu'eux-mêmes ne sont avertis que la veille de leur départ sans, par ailleurs, être informés de leur destination²⁷²⁰. En *droit grec*, aucune disposition corrélatrice ne figure dans le Code pénitentiaire.

Bien d'autres obstacles normatifs ou matériels peuvent rendre les visites infructueuses. La Cour n'a pas encore eu l'occasion de s'exprimer sur des questions précises comme, par exemple, celle soulevée par l'OIP à propos du droit français. Elle concerne les visites des personnes diminuées physiquement. Cet organisme a rapporté que le père d'un détenu, qui s'est présenté en fauteuil roulant à la prison, s'est vu refuser l'entrée après avoir fait 1 000 km pour rendre visite à son fils. Motif de ce refus : « Pour pénétrer dans une prison en fauteuil roulant, il lui fallait un permis spécial²⁷²¹ ». Or, aucune disposition accessible aux justiciables ne prévoyant cette condition, on déduit que le droit français ne permet pas d'éviter les visites infructueuses, et donc de préserver efficacement le droit de visite.

Toujours est-il que, jusqu'à présent, si la garantie assurée au droit à la vie familiale par les instances européennes et les droits nationaux permet de défendre la thèse que, malgré la séparation familiale, la détention ne porte pas atteinte à ce droit, en tout cas à sa substance, cette thèse devient indéfendable devant les conséquences juridiques précises que la détention en soi et/ou la qualité des liens familiaux assurés peuvent avoir sur la famille nucléaire.

§ 2. Les conséquences sur la famille nucléaire

Les effets pénalisants de la peine privative de liberté et de la prison sur la famille nucléaire sont incontestables. Celle-ci peut être victimisée par la séparation familiale entraînée par l'emprisonnement du conjoint et/ou du parent. Les droits nationaux accordent à l'absence de la communauté de vie des conséquences juridiques modifiant profondément les liens de la famille

²⁷²⁰ « Les droits des détenus », *Information Prison-Justice*, n° 67, (déc. 1993), p. 11.

²⁷²¹ *De Facto*, Lettre mensuel de l'OIP, n° 15, février 1993.

nucléaire. Par exemple, le défaut de communauté de vie dans le mariage peut constituer une cause de divorce, et en cas de présence d'enfants, il est assorti de conséquences juridiques supplémentaires puisqu'il modifie l'exercice de l'autorité parentale. Aussi le détenu/conjoint risque-t-il fort de devenir un (futur) divorcé potentiel (A), et le détenu/parent de voir diminuer ses droits parentaux, voire d'être privé de l'exercice de l'autorité parentale (B).

A. Le détenu : un divorcé potentiel

Dans les droits nationaux, le mariage est défini comme la conclusion d'un contrat, mais de type spécifique en raison de ses effets dépassant la volonté des contractants. Le mariage produit des effets juridiques et sociaux relevant d'une dimension complémentaire, sa dimension institutionnelle. Le respect de ces effets est important pour le maintien du mariage. Précisément, le mariage crée des droits et des devoirs entre les deux époux, dont l'inexécution constitue des causes de divorce. Or, au regard de ces droits et devoirs, le détenu marié devient un (futur) divorcé potentiel à cause de sa condamnation (1), et/ou de sa détention (2).

1. A cause de la condamnation

Le droit grec n'attache pas à la condamnation à une peine privative de liberté des conséquences directes sur le maintien du mariage. En revanche, le droit français, la considère comme une *cause péremptoire de divorce pour faute*²⁷²²

Le champ de cette conséquence, prévue par l'article 243 du Code civil, est même élargi depuis l'adoption du nouveau Code pénal. Alors que, dans le Code pénal précédent, elle n'était attachée qu'aux condamnations à une peine afflictive et infamante, dans le nouveau code pénal, elle l'est à toute condamnation à une peine criminelle prévue par l'article 131-1 de ce même Code, soit à toute condamnation supérieure à dix ans²⁷²³. En réalité, en droit français, toute condamnation à une peine d'emprisonnement peut constituer une cause de divorce : une telle condamnation est considérée comme une faute portant atteinte à la *solidarité d'honneur* existant entre époux. Toutefois, à la différence de la faute précédente, celle-ci est une faute facultative, laissée à l'appréciation du juge²⁷²⁴.

²⁷²² La jurisprudence française est constante en cette matière. Comme l'a encore affirmé la Cour de cassation en 1989, « la constatation de la condamnation définitive d'un époux à une peine afflictive et infamante suffit à justifier le prononcé de la séparation de corps à ses torts, sans que le juge ait à rechercher si se trouvent réunies les deux conditions prévues par l'article 242 du Code Civil », Cass. Civ. 2e, 11 janvier 1989, *Bull.civ. II, n° 8*. Voir jurisprudence antérieure : CA Angers, 1ère Ch., 22 oct. 1952, *JCP. II.7406-7408* ; CA Lyon 2e Ch., 27 mai 1947, *JCP. II.3933* ; TGI Grenoble, 28 oct. 1963, *JCP. II.13533-13534*.

²⁷²³ Le divorce « peut être demandé par un époux lorsque l'autre a été condamné à l'une des peines prévues par l'article 131-1 du Code pénal » (art. 243 C. Civ.).

²⁷²⁴ A. BENABENT, *Droit civil, La famille*, 11^e éd., préc., pp. 519-529.

Outre la condamnation à la peine privative de liberté, son mode d'exécution, la détention, rend également le divorce des détenus fort probable.

2. A cause de la détention

Parmi les causes de divorce figurent également, dans les droits grec et français, le *défaut de communauté de vie (a)* et *l'ineffectivité des liens conjugaux (b)*, ce qui risque fort de se produire par la détention d'un des conjoints.

a. Le divorce pour défaut de communauté de vie

La Commission défend la thèse selon laquelle la séparation du couple entraînée par la détention ne porte pas atteinte au respect de la vie privée et familiale. Elle « n'estime pas que la séparation des requérants de leurs épouses puisse être considérée comme une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale sous l'angle de l'article 8 §1²⁷²⁵ ». Toutefois, cette affirmation ne résiste pas à l'examen des deux droits nationaux comparés ici. La communauté de vie fait partie des devoirs du couple dont l'inaccomplissement constitue, tant en droit français qu'en droit grec, une des causes de divorce, celle pour rupture de vie commune.

En *droit français*, cette cause de divorce est instituée par la loi du 11 juillet 1975. L'article 238 du Code civil prévoit qu'un époux est autorisé à demander le divorce pour rupture de vie commune « lorsque les époux vivent séparés de fait depuis deux ans ». Ils ne sont qu'exceptionnellement exonérés de ce devoir, sous autorisation du juge, pour des raisons d'impossibilité physique ou morale, en cas de désaccord sur le lieu de leur résidence, de manquement au devoir d'entretien, de mauvais traitements ou durant l'instance de divorce²⁷²⁶.

En *droit grec*, cette durée est de quatre ans (art. 1439 §3 C. civ.). Mais tant en droit grec qu'en droit français, l'interprétation faite de la notion de « rupture » par la jurisprudence exige, outre le critère objectif, celui du constat de la rupture, également le critère subjectif, celui d'intention de rompre²⁷²⁷. On peut alors soutenir que cet élément fait défaut dans le cas de l'emprisonnement d'une personne : celle-ci étant une situation involontaire.

b. Le divorce pour défaut de liens effectifs

²⁷²⁵ D 8022, 8025, 8027/ 77 (V/RU), préc., p. 96.

²⁷²⁶ A. WEILL, F. TERRE, *Droit civil*, préc., p. 276.

²⁷²⁷ « Est considérée comme rupture, l'éloignement de l'époux ou de l'épouse de la vie conjugale commune avec l'intention de la dissolution de la communauté de vie, à savoir l'éloignement physique ou psychique de l'un des époux », CA Athènes, n° 5403/1993, in : *Archeio Nomologias*, 1993, p. 675 ; Cass., n° 611/1989, in *Archeio Nomologias*, 1989, p. 419.

Outre la communauté de vie au sens de la cohabitation physique, signe extérieur de la communauté de vie, la vie commune du couple comprend aussi la *communauté de ménage* (au sens du secours et d'assistance matérielle et pécuniaire) et le *devoir conjugal* entendu au sens des relations sexuelles et des relations affectives et intellectuelles. Le manquement à ces devoirs « graves ou renouvelés » constitue également une cause de divorce s'il « rend intolérable le maintien de la vie commune »²⁷²⁸.

Aussi, si l'on peut encore considérer qu'un détenu peut accomplir son devoir d'assistance intellectuelle ou morale par la correspondance et les visites, est-il difficile d'en dire autant du devoir de secours, d'assistance matérielle, de contribution aux charges du mariage ou du devoir des soins aux enfants. Bien au contraire, le détenu devient une charge pour sa famille, notamment s'il se trouve au chômage, ce qui est fort probable ainsi que nous allons le souligner à propos de l'examen du travail des détenus.

En ce qui concerne le devoir conjugal, autrement dit les rapports sexuels, comme nous l'avons précédemment démontré, dans l'examen de la vie privée en général, il est impossible aux détenus de l'accomplir. La jurisprudence européenne n'est pas prête à les garantir.

Des études récentes sur les conséquences familiales de la détention font défaut en Europe. Les résultats d'une recherche menée sur la vie conjugale des détenus, en 1969, au niveau international par les Nations-Unies sont sans appel : la désagrégation du ménage, temporaire ou définitive, semble être une conséquence inévitable de la détention²⁷²⁹. En Europe, 50% des divorces étaient demandés à la suite d'une peine de trois ans. Parmi les causes avancées figuraient la dégradation de la situation économique et affective, ainsi que la pression de l'entourage incitant le conjoint à rechercher un autre partenaire. Cette étude soulignait encore une autre conséquence constatée sur les épouses des détenus : les difficultés économiques les poussaient à se prostituer²⁷³⁰. Deux recherches sont venues enrichir et actualiser ces données. Une a été menée par le Conseil de l'Europe, qui a donné lieu à la *Recommandation 1340(1997) relative aux effets de la détention sur le plan familial et social* de l'Assemblée parlementaire. Elle a établi que la détention garantit mal le principe de personnalité des peines, tant ses effets sur la famille sont multiples. L'autre a été réalisée par le CREDOC en France, courant 2000²⁷³¹. Elle a confirmé que la prison entraîne de multiples effets négatifs sur la famille : des effets sociaux (dégradation des liens amicaux et sociaux), des effets financiers (appauvrissement

²⁷²⁸ Devoirs énumérés par les articles 212 et 215 du Code civil français. Voir J. CARBONNIER, *Droit civil*, préc., p. 107.

²⁷²⁹ Jan VAN NULAND, Les Enfants de détenus, *RDPC*, 1969-70, p. 957.

²⁷³⁰ *Ibid.*

²⁷³¹ CREDOC, *Cahier de Recherches* n° 147, novembre 2000.

des familles) et des effets psychiques (sentiments d'humiliation, de honte et troubles chez les enfants).

La conséquence de la détention sur la famille nucléaire ne se limite pas au couple. Elle s'étend aux rapports des parents détenus avec leurs enfants.

B. Le détenu : un parent désavoué

Lors d'un congrès tenu à Genève en 1970, la Commission du développement social du Conseil Economique et Social des Nations-Unies affirmait que l'incarcération des parents serait contraire au droit de l'enfant de bénéficier du milieu affectif nécessaire à son développement psychologique, social et moral²⁷³². Elle fondait cette affirmation sur le constat des effets perturbateurs de l'incarcération sur la formation de la personnalité des enfants²⁷³³, et sur la rupture des liens qui peut être définitive, surtout si la peine est de longue durée²⁷³⁴. Cette affirmation est ultérieurement formulée également par Gerard de Coninck : « Les conséquences psychologiques de l'absence forcée du père (absence d'image paternelle, de soutien émotionnel du père...) peuvent se répercuter sur la vie entière des enfants²⁷³⁵ ». Ces conséquences peuvent aller des difficultés d'adaptation scolaire et sociale à la délinquance pour venger ou imiter le père²⁷³⁶.

La *Convention internationale des droits de l'enfant* adoptée par les Nations-Unies, le 26 janvier 1990, est venue confirmer cette considération, des lors que plusieurs de ses dispositions concourent à assurer l'unité familiale et, à défaut, la préservation des liens familiaux dans l'intérêt de l'enfant. Cette Convention renforce précisément la protection de l'enfant à la fois comme une personne autonome, dont l'intérêt peut aller à l'encontre de celui de ses parents, et comme une personne solidaire dans la protection de l'unité familiale et de ses liens parentaux contre des immixtions des autorités publiques.

Certes, il faut relever qu'une seule disposition de la CIDE est expressément consacrée au cas d'enfants dont les parents sont détenus : celle de l'article 9 §4 qui leur reconnaît le droit *d'être informés du lieu de détention de leurs parents* sous la réserve que « la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant ». Mais l'ensemble des dispositions relatives aux liens familiaux de l'enfant reflètent l'importance de l'unité familiale pour le bien-être de l'enfant.

²⁷³² Doc. E/CN. 5/448, « Tendances de la situation sociale de l'enfance », pp. 99-116, cité par Jan Van Nuland, *Les Enfants de détenus*, préc., p. 939.

²⁷³³ *Ibid.*

²⁷³⁴ Jan VAN NULAND, « Les Enfants de détenus », préc., pp. 957-958.

²⁷³⁵ G. DE CONINCK, « La famille du détenu : de la suspicion à l'idéalisation », *Deviance et Société*, 1982, vol. 6, n° 1, pp. 83-103).

²⁷³⁶ FRIEDMAN, S., ESSELSTYN, T.C., « The adjustment of children on jail inmates », in *Federal Probation*, 1965, cité par G. DE CONINCK, « La famille du détenu : de la suspicion à l'idéalisation », préc., p. 90.

On peut citer en particulier celles qui consacrent : *le droit d'être élevé par ses parents* (art. 4 §1) ainsi que l'obligation pour les Etats de veiller à ce que « l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident... que cette séparation soit nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant » (art. 9 §1) ; *le droit de préserver ses relations familiales* sans ingérence illégale (art. 8 §1) ; *le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents*, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 9 §3) ; ainsi que le droit au *respect de sa vie privée* : « Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille ou sa correspondance » (art. 16 §1).

Concernant l'effectivité de l'application de cette Convention dans les droits nationaux, malgré la réticence de certains droits nationaux de la considérer comme un droit directement applicable dans leurs ordres juridiques²⁷³⁷, elle l'est toutefois indirectement par le biais de la jurisprudence de la Cour. Celle-ci s'y réfère explicitement comme dans l'affaire *Keegan* pour établir l'existence d'un droit de l'enfant d'être élevé par ses parents et de vivre avec eux²⁷³⁸.

Toujours est-il que même si les droits de l'enfant sont renforcés, celui-ci demeure l'agent de protection le plus faible de l'unité familiale et de l'entretien des liens familiaux. Le critère suprême dans l'examen du respect des droits des parents et de leurs enfants est celui de la préservation de *l'intérêt de l'enfant*. Or celui-ci peut aller à l'encontre des droits des parents, opérant ainsi la rupture de la solidarité familiale. Mais l'enfant n'a pas la maîtrise du jugement de son intérêt. Si la volonté de l'enfant est de plus en plus prise en compte dans les décisions concernant ses rapports parentaux, elle n'est pas déterminante. En raison de son âge, l'enfant est considéré comme une personne dépourvue de discernement objectif et raisonnable dans l'appréciation de son propre intérêt. N'ayant pas, pour cette même raison, la pleine capacité juridique, il ne peut entamer d'actions en justice contre la volonté de son tuteur pour protester contre des décisions de séparation familiale et de rupture ou de modification des liens parentaux. De telles actions doivent être introduites par son tuteur.

En effet, aussi bien dans la jurisprudence européenne que dans les droits nationaux, il peut être admis que le maintien des liens parentaux des détenus avec leurs enfants est nuisible à l'intérêt de l'enfant, justifiant ainsi leur modification, voire leur rupture (1). Au sein des droits nationaux, cette modification est précisément traduite par la diminution, et même le retrait total, de l'exercice de l'autorité parentale (2). Or, dans la mesure où de telles conséquences sont inévitables, celles-ci

²⁷³⁷ « cette Convention ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties » et que, par conséquent, les justiciables ne peuvent pas invoquer ses dispositions devant les tribunaux, Cass. Civ. 1^{ère}, 21 juin 1993 et 10 mars 1993, *D.1994.34* ; et Cass. Civ. 1^{ère}, 15 juillet 1993, *D.1994.191*.

²⁷³⁸ CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 50.

constituent une preuve supplémentaire irréfutable de l'extension de la peine privative de liberté à la vie familiale du détenu.

1. Amour du parent/intérêt de l'enfant : un équilibre brisé

La jurisprudence européenne relative aux rapports parents/enfants a consacré comme critère déterminant de ces rapports le *respect de l'intérêt supérieur de l'enfant*. En cas de « conflit grave entre l'intérêt de l'enfant et celui de l'un de ses parents, conflit qui ne peut se résoudre qu'au détriment de l'un d'entre eux, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit l'emporter²⁷³⁹ » ; « L'intérêt de l'enfant est toujours d'une importance cruciale dans toute affaire de cette sorte²⁷⁴⁰ ». Par conséquent, les autorités nationales doivent attacher une « importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant », et qui, « selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents²⁷⁴¹ ».

Le principe demeure toutefois que le meilleur cadre pour son bien-être et son développement est le cadre familial. Aussi, réitère la Cour : « Là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique...²⁷⁴² ». A ce propos, cette instance a reconnu l'existence d'un *droit de l'enfant de vivre avec ses parents et d'être élevé par eux*. La Cour a fondé ce droit à la fois sur l'article 7 de la CIDE, conformément auquel « un enfant a, dans la mesure du possible, le droit d'être élevé par ses parents », et sur sa propre jurisprudence, en rappelant avoir déjà déclaré que « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale²⁷⁴³ ». Ultérieurement, elle a affirmé que « l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave » ; dès lors, la séparation familiale ne devrait *a priori* être inspirée que par l'intérêt de l'enfant²⁷⁴⁴ et ne devrait être que temporaire. Ainsi, à propos du placement des enfants pour des raisons de contexte

²⁷³⁹ D 16062/90 (V.Cincotta/Italie), 7-4-1994 ; CEDH, *K et T c. Finlande*, n° 25702/94, CEDH 2001-VII, § 154 ; CEDH, *Sahin c. Allemagne*, préc., § 40, § 42.

²⁷⁴⁰ CEDH, *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, CEDH, 2003-VII, § 64.

²⁷⁴¹ CEDH, *Sahin c. Allemagne* [GC], préc., § 66 ; CEDH, *Couillard Maugery c. France*, préc., § 270. CEDH, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, CEDH 2000-I, § 94 ; CEDH, *Nuutinen c. Finlande*, n° 32842/96, CEDH 2000-VIII, § 128.

²⁷⁴² CEDH, *Johnston et autres c. Irlande du Nord*, préc. § 72 ; CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc., § 31 ; CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 50 ; CEDH, *Sheffield et Horsham c. R.U.*, préc., § 43 ; CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 150.

²⁷⁴³ Voir CEDH, *Eriksson c. Suède*, n° 11373/85, 2 juin 1989, Série A n° 156, § 58 ; CEDH, *P. C. et S. c. R.U.*, n° 56547/00, CEDH 2002-VII, § 13. « En outre, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale, même si la relation entre les parents s'est rompue, et des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention », CEDH, *Sahin c. Allemagne*, préc. ; § 34 ; CEDH, *K et T c. Finlande*, préc., § 151 ; CEDH, *Hope c. Allemagne*, n° 28422/95, CEDH 2002-XII, § 44 ; CEDH, *K.A c. Finlande*, n° 27751/95, CEDH 2003-I, § 92 ; CEDH, *Couillard Maugery c. France*, préc., § 270.

²⁷⁴⁴ A propos du placement des enfants de la requérante et des restrictions apportées à ses droits de visite et d'hébergement, CEDH, *Couillard Maugery c. France*, préc., § 244. Voir CEDH, *Olsson c. Suède*, n° 10465/83, 24 mars 1988, Série A, n° 130, préc., § 72 ; CEDH, *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n° 39221/98 et 41963/98, CEDH 2000-VII, § 148.

familial nuisible, elle a insisté sur le fait qu'il ne devrait pas mettre fin aux relations familiales²⁷⁴⁵. Au contraire, les autorités doivent prendre toutes les mesures appropriées pour maintenir et reconstruire cette relation, le but étant de réunir de nouveau la famille²⁷⁴⁶.

De manière générale, quelle que soit la raison d'absence de communauté de vie, il faut garantir *le droit de l'enfant au maintien des contacts effectifs avec ses deux parents*. La Cour a notamment eu l'occasion d'affirmer ce droit de l'enfant dans des cas de parents ne vivant pas ensemble, en raison soit d'expulsion d'un parent étranger²⁷⁴⁷, soit de divorce, soit de placement en foyer ou au sein d'une famille d'accueil. A propos de ces derniers, cette instance a estimé que des restrictions supplémentaires à la perte de la garde de l'enfant, comme les restrictions des visites et/ou des communications, « comportent *le risque d'amputer les relations familiales* entre un jeune enfant et l'un de ses parents ou les deux »²⁷⁴⁸. Aussi, alors qu'elle considère que la décision de la garde de l'enfant doit relever de la marge d'appréciation nationale (les autorités compétentes étant plus à même d'apprécier le bien fondé d'une telle mesure), entend-elle exercer un contrôle rigoureux sur les restrictions supplémentaires et sur les mesures prises pour assurer la protection effective des liens dans ce cadre²⁷⁴⁹. Ainsi, a-t-elle estimé, une interruption prolongée des contacts entre parents et enfants ou des rencontres trop espacées dans le temps comportent un risque élevé de compromettre toute chance sérieuse d'aider les intéressés à surmonter les difficultés apparues dans la vie familiale²⁷⁵⁰.

²⁷⁴⁵ CEDH, *Couillard Maugery c. France*, préc., § 270.

²⁷⁴⁶ La Cour a déjà observé : « Il faut normalement considérer la prise en charge d'un enfant comme une mesure temporaire et suspendre dès que la situation s'y prête et (...) tout acte d'exécution doit concorder avec un but ultime : unir à nouveau le parent naturel et l'enfant (...). A cet égard, un juste équilibre doit être ménagé entre les intérêts de l'enfant à demeurer placé et ceux du parent à vivre avec lui (...). En procédant à cet exercice, la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent », CEDH, *Johansen c. Norvège*, n°17383/90, 7 août 1996, Recueil 1996-III, § 72. Voir CEDH, *Couillard Maugery c. France*, préc., § 270 ; CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 150 ; CEDH, *Karadžić c. Croatie*, n° 35030/04, CEDH 2005-XII, § 52 ; CEDH, *Zawadka c. Pologne*, préc., § 55 ; *Bajrami c. Albanie*, n°35853/04, CEDH 2006-XII, § 51.

²⁷⁴⁷ Dans ce dernier cas, ce droit de l'enfant a été confirmé à propos de l'expulsion d'un de ses parents vivant dans un Etat membre du Conseil de l'Europe, CEDH, *Berrehab c. Pays, Bas*, n° 10730/84, 21 juin 1988, Série A n° 138, A propos du divorce, voir CEDH, *Sahin c. Allemagne*, précité et CEDH, *Sen c. Pays-Bas*, précité.

²⁷⁴⁸ A propos d'un requérant qui soutenait que les décisions des tribunaux allemands rejetant sa demande de droit de visite à l'égard de son enfant, née hors mariage, ont emporté violation de l'article 8 de la Convention : « La marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes variera selon la nature des questions en litige et l'importance des intérêts en jeu. Dès lors, la Cour reconnaît que les autorités jouissent d'une grande latitude en matière de droit de garde. Il faut en revanche exercer un contrôle plus rigoureux sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités au droit de visite des parents, et sur les garanties juridiques destinées à assurer la protection effective du droit des parents et des enfants au respect de leur vie familiale. Ces restrictions supplémentaires comportent le risque d'amputer les relations familiales entre un jeune enfant et l'un de ses parents ou les deux », CEDH, *Sahin c. Allemagne* [GC], préc., § 65.

²⁷⁴⁹ CEDH, *Johansen c. Norvège*, préc., § 64. Voir CEDH, *K et T c. Finlande*, préc., § 155 ; CEDH, *P., C. et S. c. R.U.*, préc., § 117 ; CEDH, *Sahin c. Allemagne*, préc., § 41.

²⁷⁵⁰ CEDH, *Couillard Maugery c. France*, préc., § 273. Voir CEDH, *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], préc., § 177 ; CEDH, *Covezzi et Morselli c. Italie*, n° 52763/99, CEDH 2003-V, § 118.

Toujours est-il que les obligations des autorités de sauvegarder la famille réunie et, à défaut, les liens effectifs, ne sont *pas absolues*. Elles sont toujours arbitrées par le critère ultime, celui de sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont l'appréciation dépend forcément de la nature et de l'étendue des circonstances de chaque espèce²⁷⁵¹. Ainsi, lorsque *l'intérêt de l'enfant est menacé* par le maintien des liens parentaux, « il appartient aux autorités nationales de ménager un juste équilibre entre les intérêts des enfants et ceux des parents²⁷⁵² ». La séparation, voire l'interruption définitive des liens peuvent alors être plus conformes à l'intérêt de l'enfant. De même, les relations entre les parents et leurs enfants ne doivent pas forcément être maintenues contre la *volonté de l'enfant*. Si bien que les obligations positives des Etats ne comportent pas nécessairement celle de « faire usage de la coercition²⁷⁵³ » ; « Recourir à la coercition en la matière ne saurait être que limité²⁷⁵⁴ », déclara la Cour. La volonté des enfants doit être recueillie lorsqu'ils sont en âge de l'exprimer et doit être prise en compte suivant l'évaluation de la maturité de l'enfant par des personnes compétentes²⁷⁵⁵. Cela est particulièrement important dans le cadre de contexte familial nuisible pour l'enfant mais aussi dans le cadre de l'adoption. A ce propos, la Cour après avoir déclaré que « l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille », a affirmé que « l'importance de privilégier les intérêts de l'enfant par rapport à ceux des parents est accrue²⁷⁵⁶ ».

Si, dans le cas des parents séparés de leur propre gré ou suite à une expulsion, on fait prévaloir l'intérêt de l'enfant à vivre avec ses deux parents et, à défaut, à entretenir des contacts réguliers substantiels²⁷⁵⁷, il n'en est pas de même lorsque leur séparation est liée à la détention de l'un d'entre eux.

La Commission qui, jusqu'en 2004, était la seule à avoir rendu une jurisprudence en la matière, a réservé à *l'intérêt de l'enfant* une interprétation qui justifierait, aux termes de l'article 8 §2 de la Convention, la limitation, voire la suppression de tout contact entre l'enfant et son parent détenu. En effet, en tenant compte, dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, du *respect de ses propres droits* mais aussi de sa *santé*, son *moral* ou encore de sa *propre volonté*, cette instance avait justifié des ingérences pouvant aller jusqu'à la privation totale de la correspondance²⁷⁵⁸ et des visites²⁷⁵⁹. Ainsi,

²⁷⁵¹ CEDH, *Couillard Maugery c. France*, préc., § 274; CEDH, *Sahin c. Allemagne* [GC], préc., §§ 65-66 ; CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 151 ; CEDH, *Zawadka c. Pologne*, préc., § 56 ; CEDH, *Karadžić c. Croatie*, préc., § 52.

²⁷⁵² CEDH, *Couillard Maugery c. France*, préc., § 274 ; CEDH, *Sahin c. Allemagne* [GC], préc., §§ 65-66 ; CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 151.

²⁷⁵³ CEDH, *Glaser c. R.U.*, n° 32346/96, CEDH 200-IX.

²⁷⁵⁴ CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 151 ; CEDH, *Karadžić c. Croatie*, préc., § 52.

²⁷⁵⁵ CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc.

²⁷⁵⁶ CEDH, *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., § 156 ; CEDH, *Fretté c. France*, préc., § 42.

²⁷⁵⁷ A propos du droit d'un enfant de rejoindre ses parents installés en Hollande, CEDH, *Sen c. Pays-Bas*, précité

²⁷⁵⁸ Selon une décision de la Commission de 1971, une telle restriction serait justifiée par des considérations de morale : elle « s'inspire du *souci de protéger des mineurs*, souci dont la jurisprudence de la Commission

avait-t-elle déclaré conforme à la Convention le refus d'un juge d'instruction français d'octroyer le droit de visite à l'enfant d'un prévenu, au motif qu'il « représentait une restriction relativement limitée et non disproportionnée au but de *protection de la santé ou de la morale des enfants* »²⁷⁶⁰, dès lors que le juge d'instruction avait permis à l'enfant de rencontrer son père au palais de justice avant les interrogatoires de ce dernier.

Quant à la *volonté de l'enfant*, la Commission lui avait accordée une importance déterminante en estimant qu'on ne saurait exiger de la part des autorités nationales d'imposer à l'enfant de maintenir contre son gré des contacts avec ses parents détenus. Effectivement saisie d'une requête corrélative d'un détenu, la Commission avait statué dans ce sens à cause de l'inexécution d'une décision du juge des tutelles qui autorisait à ses enfants, placés dans une famille après son incarcération, à lui rendre visite. Elle avait estimé qu'étant donné le refus des enfants, « une injonction telle que celle émise par le juge des tutelles, dans un domaine aussi sensible que celui des relations parents/enfants, ne saurait constituer pour les services sociaux une obligation d'utiliser tous les moyens, y compris l'usage de la force, pour le rendre exécutoire²⁷⁶¹ ». Elle a néanmoins estimé que, lorsque les enfants de détenus sont confiés à des tierces personnes ou à des institutions sociales, il incombe aux autorités nationales de déployer « les efforts que l'on peut raisonnablement exiger d'elles » afin d'aider les enfants à surmonter le choc provoqué par le deuil et l'incarcération de leur parent, et pour organiser leurs rencontres²⁷⁶².

Mais il importe de remarquer que, alors que la Commission estimait la privation des rapports entre enfant et parent plus conforme à l'intérêt de l'enfant que leur maintien²⁷⁶³, la Cour considère pour sa part, que même dictés dans l'intérêt de l'enfant, les mesures nuisant de manière irréversible au maintien et au bon développement des liens parent/enfant sont contraires à la Convention²⁷⁶⁴. Dans l'arrêt *Sabou et Pircalab*, la Cour, tout en affirmant la supériorité de l'intérêt de l'enfant, a précisé qu'il faut tenir compte du type et de la gravité de l'infraction commise par les parents ainsi que du comportement général envers les enfants²⁷⁶⁵. En tout cas, le seul fait d'une condamnation pénale ne suffit pas de justifier l'interruption des liens parentaux, ni, comme nous le verrons, et à plus forte raison, la privation des droits parentaux. Ainsi, même s'agissant de relations entre un père

reconnaît la légitimité sur le terrain du §2 de l'article 8, spécialement en ce qui concerne *la protection de la morale* », D 5239/71 (X/Belgique), préc., p. 142 ;

²⁷⁵⁹ D 17863/91 (Amay/France), 7.12.1992.

²⁷⁶⁰ *Ibid.*

²⁷⁶¹ D 16062/90 (V.Cincotta/Italie), préc.

²⁷⁶² *Ibid.*

²⁷⁶³ D'après la Commission, la décision des tribunaux anglais d'autoriser la mère des enfants d'un détenu, condamné à dix-huit ans de détention, de s'éloigner de l'Angleterre et de s'installer définitivement au Canada, était conforme à l'article 8 de la Convention, car nécessaire pour « la protection de la santé ou la morale, ou pour la protection des droits et libertés d'autrui, en l'occurrence ceux des enfants du requérant », D 7610/76, (X/RU), 9.5.1977, D.R. 9, p. 166.

²⁷⁶⁴ CEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 59.

²⁷⁶⁵ A propos du retrait de l'autorité parentale due à une condamnation pour diffamation par voie de presse, CEDH, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, n° 46572/99, CEDH 2004-IX, § 48.

accusé d'abus sexuels sur sa fille, les Etats peuvent avoir l'obligation de permettre la restauration des liens²⁷⁶⁶. A cet égard, le fait de surseoir à statuer sur la demande de l'octroi d'un droit de visite lors du prononcé du divorce constitue une ingérence²⁷⁶⁷. Si, pendant l'instruction de cette plainte, la séparation était justifiée par la protection de l'intérêt de l'enfant²⁷⁶⁸, « des retards déraisonnables dans la procédure pénale (elle avait duré six ans et deux mois) avaient un impact direct sur le droit à la vie familiale du requérant »²⁷⁶⁹. L'intérêt de l'enfant implique, en cas de rupture des contacts, la restauration des liens, la mise en place des mesures permettant au lien familial de se développer à nouveau, dès que les mesures n'apparaissent plus nécessaires²⁷⁷⁰.

Il est à noter qu'au sein des droits nationaux, on constate l'absence de dispositions pénitentiaires traitant la question spécifique des contacts entre parents détenus et enfants. Ceux-ci relèvent de la partie relative aux contacts familiaux en général. Seul le cas d'enfants nés en prison est expressément réglementé. Les détenues qui accouchent durant leur détention sont autorisées à garder l'enfant avec elles jusqu'à dix-huit mois en *droit français* (art D. 401 CPP), et jusqu'à trois ans en *droit grec* (art. 13 §3, C. pénit.). Les rapports entre le nouveau-né et leur mère détenue seraient alors les seuls dont le maintien est considéré conforme aux intérêts réciproques des parents et de leurs enfants.

On ne peut cependant pas manquer de souligner que les autorités pénitentiaires ont une grande responsabilité dans la détermination de l'intérêt de l'enfant à maintenir ses visites à son parent détenu. Leur responsabilité peut aller de la prise en compte de l'aménagement des heures de visites en fonction des horaires de l'école des enfants, mais aussi, et surtout, des conditions dans lesquelles se déroulent les visites.

Il est indéniable que la dégradation et la rupture des liens entre les parents détenus et leurs enfants est également due au climat des parloirs ou des salles de visite, ainsi qu'au comportement du personnel²⁷⁷¹. Françoise Tulkens parle des conditions traumatisantes dans lesquelles se déroulent les visites des enfants : austérité de l'accueil, surveillance omniprésente, dépersonnalisation de l'uniforme et parfois impossibilité matérielle des contacts physiques²⁷⁷².

Soulignons à ce propos que les améliorations des visites initiées par des associations, comme le « Relais Parents-Enfants », en France, prouvent que le caractère positif ou non des visites sur les

²⁷⁶⁶ Surtout que dans cette affaire, l'accusation a eu lieu de la part de l'épouse du requérant dans le cadre de leur divorce, qui a donné lieu à l'acquittement du père incarcéré. Le juge n'avait pas donné suite aux demandes d'autorisation de visites de sa fille, CEDH, *Shaal c. Luxembourg*, n° 51773/9, CEDH 2003-II.

²⁷⁶⁷ *Ibid.*, § 45.

²⁷⁶⁸ *Ibid.*, § 47.

²⁷⁶⁹ *Ibid.*, § 48.

²⁷⁷⁰ *Ibid.*

²⁷⁷¹ Jan VAN NULAND, *Les Enfants de détenus*, préc.

²⁷⁷² F. TULKENS, « Les effets sociaux liés à la détention », préc.

enfants dépend des conditions de leur déroulement, mais aussi du soutien psychologique de l'enfant et de ses parents, ainsi que de la prise en charge des frais du voyage.

Outre la détérioration de la qualité des rapports parents/enfants, l'incarcération des parents peut avoir des conséquences négatives également sur leur statut parental.

2. L'autorité parentale retirée ou diminuée

L'étude des droits civils et pénaux grecs et français permet de constater que la condamnation et/ou la détention peuvent entraîner des conséquences dans l'exercice de l'autorité parentale : soit le *retrait total (a)* soit le *retrait partiel de l'autorité parentale (b)*. La Cour a, en 2003, eu l'occasion d'y mettre des limites.

a. Le retrait total de l'autorité parentale

Les Codes pénaux et civils grecs et français attachent à la condamnation pénale des conséquences sur l'autorité parentale, pouvant aller jusqu'au retrait total de l'autorité parentale²⁷⁷³. Mais, en raison de son caractère très grave, elle est réservée aux condamnations pénales pour des infractions commises sur l'enfant.

En droit grec, le retrait total de l'autorité parentale est une conséquence automatique de toute condamnation à une peine supérieure à un mois d'emprisonnement pour infraction intentionnelle sur la vie, la santé et les mœurs de l'enfant (art. 1537 C. civ.). En revanche, en *droit français*, ce retrait est facultatif et laissé à l'appréciation du juge. Selon les termes de l'article 378 du Code civil, les parents « peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal ». Le juge pénal est plus ou moins tenu de prononcer ce retrait en cas de condamnation des parents « comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant » ou « commis par leur enfant ». Par ailleurs, la délinquance des parents peut constituer, en général, une cause de déchéance de l'autorité parentale laissée à l'appréciation du juge²⁷⁷⁴.

Le retrait total de l'autorité parentale n'avait pas été jugé contraire à la Convention par la Commission dans une affaire mettant en cause le droit autrichien, qui prévoyait que toute

²⁷⁷³ Voir notre contribution, « Le droit européen et le maintien des liens familiaux », in *Familles de détenus, familles condamnées ?*, préc., pp.55-74.

²⁷⁷⁴ « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par des mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcoolisées ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant » (art. 378-1, C. civ.).

condamnation à un emprisonnement supérieur à un an entraînait la cessation de l'exercice de l'autorité parentale jusqu'à l'expiration de la peine. En vertu de cette disposition, un père détenu s'était vu privé de l'autorité parentale, de visites et de correspondance avec sa fille placée dans un foyer catholique après la mort de sa mère. La Commission avait justifié ces conséquences en les considérant comme inhérentes à la condamnation pénale : ces « mesures, bien qu'elles paraissent assez rigoureuses, découlent au moins en partie des condamnations pénales infligées au requérant » et sont justifiées par le souci de protéger les intérêts d'un mineur, qui est un but légitime sur le terrain de l'article 8 §2 de la Convention²⁷⁷⁵. Mais la jurisprudence de la Cour, depuis lors²⁷⁷⁶, ayant mis l'accent sur la protection du lien parental contre sa destruction définitive, laissait prévoir que le retrait total de l'autorité parentale, fondé de surcroît sur le seul motif de la condamnation à une peine privative de liberté, ne peut pas être conforme à la Convention. Elle a condamné l'automatisme d'une telle conséquence, attachée par une loi à toute condamnation à une peine privative de liberté, sans lien avec le type et la gravité de l'infraction commise par les parents ni avec le comportement de ceux-ci envers les enfants²⁷⁷⁷. A priori seul un comportement « particulièrement indigne » peut justifier le retrait des droits parentaux dans l'intérêt supérieur de l'enfant²⁷⁷⁸, a-t-elle estimé. La Cour avait noté que l'infraction pour laquelle le requérant avait été condamné (diffamation d'une tierce personne par voie de presse) était totalement étrangère aux questions liées à l'autorité parentale et qu'à aucun moment il n'a été allégué un manque de soins ou des mauvais traitements de sa part envers ses enfants²⁷⁷⁹. Dans de telles conditions, a-t-elle jugé, le retrait des droits parentaux « constitue plutôt un blâme moral ayant comme finalité la punition du condamné et non pas une mesure de protection de l'enfant », à savoir la protection de la santé, de la morale ou de l'éducation des mineurs²⁷⁸⁰.

b. La diminution de l'autorité parentale

Les réformes intervenues tant en droit grec qu'en droit français rendent possible l'« exercice conjoint » de l'autorité parentale, même lorsque les parents ne vivent pas ensemble (art. 372 C.

²⁷⁷⁵ D 2306/64 (X/Autriche), 19.7.1966, Rec. 21, p. 23.

²⁷⁷⁶ CEDH, *Johansen c. Norvège*, préc., § 64. Voir CEDH, *K et T c. Finlande*, préc., § 155 ; CEDH, *P., C. et S. c. R.U.*, préc., § 117 ; CEDH, *Sahin c. Allemagne*, préc., § 41.

²⁷⁷⁷ A propos du retrait de l'autorité parentale due à une condamnation pour diffamation par voie de presse, CEDH, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, préc., § 48.

²⁷⁷⁸ *Ibid.*, § 47. La Cour a rappelé à ce propos que, dans les affaires de ce type, l'examen de ce qui sert au mieux l'intérêt de l'enfant est toujours d'une importance cruciale (CEDH, *Johansen c. Norvège*, préc., § 64) ; l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute considération ; seul un comportement particulièrement indigne peut autoriser qu'une personne soit privée de ses droits parentaux dans l'intérêt supérieur de l'enfant (CEDH, *Gnahore c. France*, n° 40031/98, CEDH 2000-IX, § 59). Voir aussi CEDH, *Johansen c. Norvège*, préc., § 78.

²⁷⁷⁹ « La Cour relève qu'en droit roumain l'interdiction d'exercer les droits parentaux s'applique automatiquement et d'une manière absolue à titre de peine accessoire à toute personne qui exécute une peine de prison, sans aucun contrôle de la part des tribunaux et sans aucune prise en considération du type d'infraction et de l'intérêt des mineurs », CEDH, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, préc., § 48

²⁷⁸⁰ *Ibid.*

civ.)²⁷⁸¹. Aussi, le fait que la « garde conjointe » des enfants ne soit plus indispensable pour l'exercice de cette autorité²⁷⁸², permet-il de ne pas attacher à la détention un effet automatique sur l'exercice de l'autorité parentale. La Cour de cassation française a en effet, en 1982, opéré un revirement de sa jurisprudence en cette matière. Auparavant, elle reconnaissait que la détention entraînait la *privation provisoire de l'exercice effectif de l'autorité parentale*²⁷⁸³. Actuellement, elle exige que l'on examine avant la prise d'une telle décision, si malgré la détention, un parent détenu n'est pas en état d'exercer l'autorité parentale. Les obligations des autorités compétentes sont donc capitales puisque le maintien de l'exercice de l'autorité parentale et l'étendue de sa modification dépendent de la possibilité pratique d'accomplir ses devoirs.

On ne peut toutefois ignorer qu'en réalité la séparation du couple du fait de la détention entraîne des modifications bien particulières dans l'exercice de l'autorité parentale, pouvant aller de la *privation de la garde de l'enfant* au *retrait provisoire de l'autorité parentale, sa délégation, voire son retrait total*. S'agissant notamment des femmes incarcérées, la détention, souligne encore Françoise Tulkens, provoque la diminution, voire la perte des droits parentaux. Elle prévoit la mise sous tutelle civile, le placement en foyer d'accueil et parfois même l'adoption, ce qui, par ailleurs, prive la mère de l'ultime lien de socialisation et d'intégration²⁷⁸⁴.

En effet, en étudiant les conséquences familiales que la détention risque de provoquer dans les droits grec et français, force est de constater que le détenu parent est, de fait, privé *du rôle de parent gardien*. Cet effet automatique constitue un démenti formel à l'affirmation de la jurisprudence européenne, à savoir que la séparation entraînée par la détention ne constitue pas une ingérence dans la vie familiale. Si la « garde » n'est plus exigée pour l'exercice de l'autorité parentale, elle demeure néanmoins l'attribut essentiel de l'autorité parentale.

D'autres modifications dans l'exercice de l'autorité parentale consécutives à la qualité des liens entretenus entre les parents détenus et leurs enfants peuvent également se produire. Rappelons que l'autorité parentale comprend le devoir de « soins », notion qui recouvre les devoirs de *sécurité*, de *moralité* et de *santé de l'enfant*, et crée à l'égard des parents le devoir, mais aussi le droit de garde, de surveillance et d'éducation (art. 371-1 al.b C. civ.). Pour y répondre, le parent non gardien de l'enfant a des droits et devoirs face au parent gardien : droits et devoirs de visite et d'hébergement, de correspondance, d'information et de consultation préalable à toute décision modifiant le cadre de vie de l'enfant (changement d'école, déménagement etc.). Pour faire respecter ces droits et devoirs, le parent non gardien dispose, en droit français, d'un recours judiciaire auprès du JAF (art. 373-2-8 C.

²⁷⁸¹ F. MONEGER, « L'exercice conjoint de l'autorité parentale : aperçu d'une réforme » *RDSS*, 1987, pp. 670, 678.

²⁷⁸² *Ibid.*, p. 678.

²⁷⁸³ Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1978, *Bull. civ.I*, n° 312, p.240.

²⁷⁸⁴ F. TULKENS, « Les effets sociaux liés à la détention », *préc.*

civ.). De surcroît, le refus du droit de visite est pénalement sanctionné par le délit de « non-représentation d'enfant » (227-5 C. pén.). La non-garantie de ces droits peut être justifiée uniquement s'il est estimé que leur exercice est contraire à l'intérêt de l'enfant²⁷⁸⁵. Dans le sens contraire, l'inaccomplissement volontaire de ces droits et devoirs peut être considéré comme un désintéret pour l'enfant de la part du parent non gardien, pouvant entraîner des modifications dans l'exercice de l'autorité parentale.

En *droit grec*, lorsque le parent « n'est pas en état de répondre » aux devoirs imposés pour le soin de l'enfant et la gestion de ses biens, le tribunal peut, à la demande de l'autre parent, des parents proches ou du procureur de la République, prendre une mesure appropriée, notamment celle de retirer entièrement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale (art. 1 532 al.a c. civ.). En *droit français*, le Code civil attache aux manquements aux devoirs parentaux des conséquences diversifiées. La mesure la plus légère est celle d'*assistance éducative* (art. 375 c. civ.). Cette mesure n'enlève pas l'autorité parentale : les parents conservent les droits de visite et de correspondance²⁷⁸⁶. *La délégation* : elle peut être forcée si les parents se sont désintéressés depuis plus d'un an. Les parents ne peuvent conserver qu'un droit de visite (art. 377 c. civ.) Lorsque ce désintéret dure depuis plus de deux ans ou lorsqu'il est considéré comme « mettant manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant », il peut entraîner le *retrait total de l'autorité parentale* (art. 378 à 381 c. civ.)²⁷⁸⁷.

Or, concernant un parent détenu, on peut imaginer sa difficulté pour accomplir ses devoirs. Non seulement, il ne peut héberger son enfant comme il le doit en cas d'exercice d'autorité partagé, mais il ne peut même pas accomplir les obligations qui ne nécessitent aucun contact physique, ne serait-ce que son obligation alimentaire, compte tenu du chômage en prison ou de la faiblesse de la rémunération de son travail. On doit toutefois supposer que cette inexécution ne doit normalement pas affecter l'exercice de l'autorité parentale du parent détenu. On doit raisonnablement déduire que ces manquements aux obligations parentales ne sont pas volontaires, mais imposés par l'état de détention. Ainsi en droit français d'une part, le montant de l'obligation alimentaire soit fixé proportionnellement aux ressources de chacun des parents (art. 373-2-2 C. civ.) et que, d'autre part, le JAF puisse, en cas de preuve d'impossibilité totale, en exonérer le débiteur²⁷⁸⁸.

²⁷⁸⁵ Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, *Bull. Civ. I*, n° 103.

²⁷⁸⁶ Al. BENABENT, *Droit civil, La famille*, 11^e éd., préc., §§ 245-247.

²⁷⁸⁷ Il est à noter que le détenu peut prévenir de tels effets, par une délégation volontaire de l'autorité parentale, où il dispose d'un certain choix sur la personne délégataire. Possibilité sur un mineur de moins de 16 ans, à un particulier digne de confiance, ou à un établissement agréé ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance. Cette délégation doit être confirmée par jugement rendu à la demande conjointe du délégant et du délégataire (l'autorité parentale est déléguée en entier sauf le consentement à l'adoption qui est toujours laissé aux parents), Al. BENABENT, *Droit civil, La famille*, 11^e éd., préc., pp. 521 et s.

²⁷⁸⁸ Civ. 2^e, 1^{er} avril 1992, *Bull. civ. II*, n° 114.

L'association FRAMAFAD, qui œuvre en France dans ce domaine, a relevé un autre obstacle : les bulletins scolaires des enfants ne sont pas autorisés en prisons lors des visites, pour des raisons de sécurité. Alors que cela facilitera grandement la possibilité des parents incarcérés de suivre la vie scolaire de leurs enfants et accomplir ainsi un de leurs devoirs parentaux²⁷⁸⁹.

L'examen des liens entre détenus parents et leurs enfants nous a permis de cerner les effets de la peine privative de liberté et/ou de la détention pénalisant la famille. Les problèmes et conflits générés par la détention se résolvent au détriment des rapports parentaux affectifs et juridiques : ils ne mettent en cause ni la détention en soi, ni les modalités de son aménagement. Quant à la force de l'enfant en tant que défenseur des intérêts familiaux communs, nous constatons que si, dans le cas de parents étrangers sous le coup d'une expulsion, l'enfant peut s'avérer un défenseur efficace de la vie familiale (on estime que l'intérêt de l'enfant s'oppose à l'expulsion de ses parents), dans le cas de parents détenus, non seulement il est totalement désarmé, mais son intérêt peut justifier non pas le maintien des liens parentaux mais, au contraire, leur rupture.

Notre conclusion sur le respect effectif de la vie familiale du détenu et de sa famille, tant au niveau européen que national, ne peut être que négative. Il apparaît clairement que la détention, outre la dégradation des liens familiaux, vicie gravement la famille. Non seulement le détenu ne peut fonder une famille durant sa détention, mais il risque fort de perdre celle qu'il a eu la chance d'avoir avant son incarcération.

Or, à propos de cette dernière conséquence, on peut se demander si, afin de respecter efficacement le droit à la vie familiale du détenu et de sa famille et éviter que l'emprisonnement d'une personne mariée ou parent d'enfants mineurs n'entraîne des conséquences néfastes sur la famille, n'incomberait pas aux États l'obligation de prévoir une allocation sociale spéciale lorsque la famille ne dispose pas des revenus suffisants, mais aussi de prendre en charge les frais des visites.

Les conséquences familiales de la détention dans le cas de familles très modestes sont indéniables et d'autant plus critiquables que la famille n'a pas à supporter le coût du fonctionnement de la justice et de l'appareil répressif du seul fait qu'un de ses membres se trouve concerné.

Ces conséquences, rappelons-le, sont critiquables non seulement au regard de l'obligation positive qui incombe aux États de respecter l'exercice efficace du droit au respect de la vie familiale, et de sauvegarder, en toutes circonstances, sa substance, mais aussi au regard de leur obligation de

²⁷⁸⁹ D'après une enquête menée par un groupe d'associations, la pratique varie entre les établissements : seuls 28 % acceptent les bulletins scolaires ; 48 % ne les acceptent pas ; et 24 % parfois, FRAMAFAD, « Familles de détenus, familles condamnés ? », *préc.*, p. 90.

respecter le principe de personnalité de la peine. La violation de ce principe n'a pas cessé d'être dénoncée par la doctrine.

Nous nous bornons donc à citer ici la critique exprimée notamment par Marc Ancel. La peine de prison est une peine « aberrante », écrivait-il ; « elle n'atteint pas seulement le délinquant, mais aussi sa famille, ses proches, ses enfants, lesquels souffriront parfois plus que lui de la condamnation qui le frappe et de la ségrégation qu'elle opère. Quoi qu'on fasse, cet individu n'est pas un être isolé, et il est fallacieux de vouloir l'isoler fictivement, en face de son acte, lui aussi détaché de sa personne²⁷⁹⁰ » ; « La famille se sent enfermée au-dehors » écrivait à cette même époque, G. de Coninck²⁷⁹¹.

Cette critique est récemment renouvelée par Françoise Tulkens dans son rapport présenté en vue de la préparation du projet d'une Recommandation par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : le respect de ce principe « paraît illusoire » ; « les difficultés vécues au sein de la famille constituent de véritables peines accessoires à la peine principale privative de liberté²⁷⁹² ».

Cette critique, accompagnée de celles exprimées de la part de ce dernier auteur, à savoir que la peine privative de liberté porte violation également au principe de la temporalité de la peine²⁷⁹³ -à cause des effets prolongés après la carcération-, ainsi qu'à la fonction de réinsertion de la peine, ont bien été prises en compte par cet organe du Conseil de l'Europe. Parmi ses recommandations figure la prise d'une série des mesures, y compris de nature financière. Sans aller jusqu'à parler d'allocation familiale permanente (le temps de la détention), il est recommandé aux Etats d'octroyer une aide financière d'urgence et de maintenir les avantages sociaux des familles. Il est, en outre, recommandé de développer les services sociaux en faveur des familles de détenus.

Il n'est peut-être pas inopportun de noter à propos des services sociaux en faveur des familles qu'aux Etats-Unis, leur prise en charge psychologique date des années '60 sous la forme de « counseling familial²⁷⁹⁴ ». Partant du constat que le couple connaît durant toute cette période des sentiments de honte, de culpabilité, d'hostilité et d'anxiété, il a été suggéré de le prendre en charge dès le début de la détention jusqu'à sa fin. Cette prise en charge comprendrait : l'orientation de la famille à la vie en prison, le *counseling* individuel ou en groupe des proches, l'éclairage sur les

²⁷⁹⁰ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 1981, p. 274.

²⁷⁹¹ Cet auteur cite à cette occasion les propos de D.P., Schneller dans sa recherche sur les effets familiaux de la famille : « Il n'est pas vrai que personne d'autre que le criminel n'est puni pour son crime, dit Schneller ; le principe de la personnalité de la peine est violé lorsqu'on considère la nature et l'étendue des effets de l'emprisonnement sur les proches du détenu », SCHNELLER D.P., *The prisoners' family : A study of the effects of imprisonment on the families of prisoners*, San Francisco, 1978, cité par G. DE CONINCK, « La famille du détenu : de la suspicion à l'idéalisation », préc.

²⁷⁹² F. TULKENS, « Les effets sociaux liés à la détention », préc.

²⁷⁹³ *Ibid.*

²⁷⁹⁴ G. DE CONINCK, « La famille du détenu : de la suspicion à l'idéalisation », préc.

symptômes et les soins du détenu, et enfin un approfondissement des méthodes thérapeutiques permettant aux proches d'avoir un éclairage sur leurs implications dans les troubles du client²⁷⁹⁵.

Certes, leur mise en place n'a pas été à la hauteur de ses concepteurs pour des raisons financières et pratiques. La plupart du temps, les autorités se contentent d'un(e) assistant(e) sociale qui établit des rapports en vue de l'octroi des mesures de semi-liberté ou de libération conditionnelle. D'ailleurs, cette forme d'aide psychologique avait été conçue dans une approche de la famille comme agent de traitement du détenu. Mais l'idée de la prise en charge psychologique de la proche famille (conjoint et enfants), indépendamment du rôle qu'elle souhaite jouer dans le traitement du détenu, devrait faire partie des obligations des Etats (si la famille en exprime le besoin), afin de la protéger des effets néfastes de la détention d'un de ses membres.

Quant à notre conclusion générale sur la protection, au sein de la jurisprudence européenne et des droits grec et français, du droit du détenu, de sa famille et de ses proches au respect de leur vie privée au sens large (à savoir l'entretien des relations intimes, affectives, sexuelles) est sans appel. Nous ne pouvons que conclure au démenti formel du principe selon lequel la peine privative de liberté est limitée au détenu et qu'elle est limitée à la privation de la liberté physique : tant ses effets sont considérables, multiples et souvent irréparables sur la vie privée et familiale en raison de la séparation forcée et de la surveillance ininterrompue de tous les contacts privés.

*

Si la Cour éprouve des difficultés à apporter des limites aux conséquences de la peine privative de liberté sur la vie privée et familiale, en raison aussi bien de la séparation physique que du contrôle et de la surveillance de la vie privée, y compris de la vie intime, il devrait en être autrement de l'exercice des droits et libertés relatifs à la vie économique de la personne. Ces derniers n'impliquent pas nécessairement des aspects secrets susceptibles de compromettre la sécurité.

²⁷⁹⁵ *Ibid.*

TITRE 2

LE SENS DETERMINE AU REGARD DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA VIE ECONOMIQUE

L'étude de l'application des dispositions de la Convention relatives à la protection de la personne dans sa relation au travail, et en général, aux activités procurant l'autonomie financière, y compris la gestion des biens, montrera que ces sphères de vie du détenu sont également restreintes. Leur étude, ainsi que celle de la liberté syndicale, confirmera, et même accentuera, la considération de cette peine comme privative d'autonomie de la personne.

Certes la condition physique y contribue en grande partie. En ce sens les prolongations physiques implicites de cette peine n'en finissent pas dès lors qu'elles s'étendent sur l'activité économique de la personne. La Commission l'avait reconnu comme conséquence normale et raisonnable de la détention : « C'est en principe une conséquence normale et raisonnable de la détention, nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, que les condamnés détenus cessent leurs activités professionnelles durant leur détention²⁷⁹⁶ ».

En effet, l'incarcération est automatiquement accompagnée de la cessation de l'exercice des professions libérales et de la rupture du contrat de travail. Mais nous verrons que le droit pénitentiaire, au lieu d'y remédier, y rajoute des restrictions. La réglementation de la relation de travail est caractérisée par l'absence de contrat de travail et par sa réglementation générale dérogatoire au droit commun du travail. Quant à l'activité libérale elle est quasiment inexistante. Dans son activité professionnelle, le détenu est réduit à celle de travailleur dépendant.

La Cour n'a pas encore émis de limites sérieuses, en tout cas, pas significatives de ces limitations de la vie économique attachées par les droits pénitentiaires à la peine privative de liberté exécutée en détention. Ce que montrera l'étude de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire (art. 4, Conv. eur.ddh) qui prévoit dans son quatrième paragraphe que n'est pas considéré comme un travail forcé ou obligatoire, tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention ou durant sa mise en liberté conditionnelle. L'apport positif de la Cour se limite à une interprétation de cette disposition comme ayant un caractère absolu excluant toute dérogation y compris à l'égard des détenus. Seulement nous verrons que cette interprétation a eu lieu au moyen d'un raisonnement compromettant l'importance de cette interdiction. Nous tâcherons en effet de montrer que c'est au moyen d'une interprétation critique pour la force protectrice des interdits prévus par l'article 4 de la

²⁷⁹⁶ Rapport sur l'affaire *Silver et autres*, 14 mars 1981, Série B-51 (plaidoiries), §§ 398-399.

Convention, que la Cour parvient à concilier les conditions dans lesquelles les détenus exécutent leur travail, encore aujourd'hui, avec l'article 4 de la Convention. Alors que leur travail est exécuté sans contrat, est sous-rémunéré et fait partie des obligations des détenus, ces éléments ne suffisent pas pour le qualifier ni de travail forcé ni de travail obligatoire. De toute manière, nous tâcherons de voir que les conditions de travail des détenus posent forcément des problèmes au regard du droit du travail et de la liberté de travail qui impliquent l'accès libre au marché de l'emploi, l'accès sous le statut de salarié, et l'accès aux professions libérales. Or nous verrons que la condition physique de la personne détenue ou la sécurité ne suffisent pas à justifier toutes les dérogations de la relation du détenu au travail. Celles-ci s'expliqueraient aussi par la conception de cette peine comme privative d'autonomie maximale ainsi que par la volonté d'utiliser le travail comme un outil malléable mis au service de l'objectif de la peine, tant punitif que resocialisant (**Chapitre 1**).

L'étude de la gestion des biens, le deuxième droit de nature économique garanti par la Convention, précisément par le premier protocole additionnel, parachève cette dimension de la peine privative de liberté. Le condamné à cette peine, et détenu dans une prison est réduit à une dépendance totale de l'institution, y compris alimentaire et vestimentaire. La réglementation de ce droit révélera une hostilité à l'idée même de possession du détenu, d'enrichissement et même d'échanges d'objets et de services. Pourtant la possession des biens, et la liberté de leur gestion est une condition essentielle de l'autonomie financière, mais aussi une expression symbolique d'autonomie dans l'acte même de l'échange libre avec autrui, y compris les micro-échanges de la vie quotidienne : ils constituent autant de contrats supposant l'expression d'une volonté libre de deux parties. Sans oublier leur importance dans le tissage des rapports sociaux²⁷⁹⁷. Or, le pouvoir de possession des détenus est limité en quantité et en qualité. Ces personnes sont totalement privées de la possession et de la libre gestion, y compris de leur pécule. Le pouvoir de possession est réduit à un petit nombre d'objets strictement élémentaires et sans valeur marchande, en tout cas ils sont privés de leur en donner une et d'en tirer profit. Tout échange est soumis à l'autorisation préalable, et s'effectue par l'intermédiaire des autorités, et jamais dans un but lucratif, mais strictement utilitaire : pour la propre consommation des détenus. Alors que seules des raisons sécuritaires et pratiques, à cause du manque de place dans les prisons, sont explicitement avancées, quelques dispositions des droits pénitentiaires témoigneront de la persistance de la considération du détenu comme un incapable à gérer lui-même ses biens. De même que le travail, la gestion des biens garde les traits de la mort civile : à tout le moins des traits marquant leur réduction à l'impuissance à la fois physique, sociale et économique. Comme si le rapport des détenus à l'argent et aux biens en général doit refléter l'image de personnes réduites à leur seule simple existence physique, dépossédées des biens et dépendantes du pouvoir, y compris pour leur survie (**Chapitre 2**).

²⁷⁹⁷ « Le droit de propriété est plus en relation aux hommes qu'une relation aux choses », R. CHARVIN, J.J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 5e éd., 2007, p. 104.

CHAPITRE 1. L'ÉTENDUE DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS AU TRAVAIL

Dans les sociétés démocratiques, le travail, terme que nous employons pour désigner toute forme d'activité rétribuée, constitue à la fois une liberté et un droit.

Cette double dimension pourrait induire une contradiction dans le rôle qui incombe à l'Etat. La liberté de travail, définie « par opposition aussi bien à l'interdiction de travailler qu'à l'obligation de travailler²⁷⁹⁸ », et comme absence d'entrave à l'accès au travail, exige l'abstention de l'Etat. En revanche, le droit au travail, défini comme « un droit collectif au plein emploi qui impose au législateur la recherche de plein emploi comme objectif²⁷⁹⁹ », exige l'intervention de l'Etat²⁸⁰⁰.

Toutefois, loin d'être contradictoires, ces deux dimensions du travail sont complémentaires. L'une et l'autre se trouvent consacrées en tant que valeurs fondamentales au sein des *textes internationaux* (la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 23 §1) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 6), des *textes européens*, notamment celui de la Charte sociale européenne (art. 1), et des *textes nationaux constitutionnels*.

Concernant la Constitution grecque et la Constitution française, la première garantit cette double dimension du travail. Elle garantit le droit au travail (art. 22 §1)²⁸⁰¹ et l'interdiction du travail obligatoire (art. 2 §4) ainsi que la liberté économique (art. 5 §1). En revanche, la Constitution française, ne garantit expressément que le droit au travail²⁸⁰². La garantie de la liberté de travail, qui remonte à 1791²⁸⁰³, est laissée au législateur. Toutefois, la liberté d'entreprendre est consacrée comme principe de valeur constitutionnelle depuis 1982²⁸⁰⁴.

Enfin, la liberté syndicale et les droits attachés, contribuent également à la protection du travail et font partie des libertés et droits fondamentaux aussi bien au sein des textes internationaux²⁸⁰⁵ et européens²⁸⁰⁶, qu'au sein des textes nationaux²⁸⁰⁷.

²⁷⁹⁸ G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *Droit du travail*, 14e éd., Paris, Dalloz, 1988, p. 62.

²⁷⁹⁹ G. COUTURIER, *Droit du travail, t.1, Les relations individuelles au travail*, Paris, PUF, 1990, p. 44.

²⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 12.

²⁸⁰¹ « Le travail constitue un droit et est placé sous la protection de l'Etat, qui veille à la création des conditions de plein emploi pour tous les citoyens, ainsi qu'au progrès moral et matériel de la population rurale et urbaine qui travaille » (art. 22 §1).

²⁸⁰² Depuis le Préambule de la Constitution de 1946, il fait partie des *Principes économiques, politiques et sociaux, particulièrement nécessaires à notre temps* : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

²⁸⁰³ Elle a été proclamée par le Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

²⁸⁰⁴ CC, Décision n° 81-132 DC 16 janvier 1982 sur la *loi relative à la nationalisation*.

²⁸⁰⁵ Déclaration Universelle des droits de l'homme (art. 23 §4), Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 8), Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 22).

²⁸⁰⁶ Convention européenne des droits de l'homme (art. 11) et Charte sociale européenne (art. 5 et 6).

²⁸⁰⁷ Constitution grecque (art. 23), et Constitution française de 1946 (préambule).

Par comparaison avec ces textes, la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit expressément que l'interdiction du « travail forcé ou obligatoire » (art. 4 §2, 3) et le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier (art. 11). Néanmoins, à la lumière de l'évolution de la jurisprudence européenne, nous constatons que la Convention n'est pas désarmée pour assurer une protection à tous les aspects du travail. En effet, concourent indirectement à la protection de la relation de travail, le droit au respect des biens (art. 1 du Protocole additionnel n°1 à la Convention), le droit au procès équitable (art. 6§1), et l'interdiction des discriminations (art. 14). L'application de ces dispositions a donné lieu à une garantie du travail de plus en plus étendue (recrutement, autorisation d'exercer une profession libérale, évolution de la carrière, cessation de l'activité professionnelle, licenciement, congés, pensions, diverses allocations de sécurité sociale, et autres).

Aussi, plus la protection du travail s'élargit-elle, plus l'écart de la protection assurée au travail des détenus s'accroît. Le statut du détenu au travail garde les traits d'autrefois. Lorsque le travail forcé n'était pas interdit, le droit au travail n'était pas élevé au rang de droit fondamental ; et lorsque la peine privative de liberté était synonyme de privation de liberté au sens large, l'obligation de travailler faisait explicitement partie de la peine.

Dans un premier temps, nous tenterons de saisir l'étendue des particularités qui caractérisent le statut du détenu au travail (**Section 1**). Dans un second temps nous essaierons de démontrer les raisons sous-jacentes de ces particularités. Elles tiennent toujours d'une conception dépassée, archaïque, de la peine privative de liberté (**Section 2**).

SECTION 1. LA SOUMISSION DU DETENU A UNE RELATION DE TRAVAIL PARTICULIERE

Afin de cerner de manière concrète les particularités du statut du détenu au travail, nous allons examiner successivement la garantie dont il jouit d'abord au regard de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire (§ 1), ensuite, de la liberté de travail au sens large, dépassant l'interdiction précitée, et du droit au travail (§ 2), et enfin, de la liberté syndicale et des droits syndicaux (§ 3).

§ 1. Les particularités au regard de l'interdiction du « travail forcé ou obligatoire »

Le travail forcé ou obligatoire, parce qu'il rappelle trop la condition de l'esclave, constitue une atteinte à la dignité humaine si grave que son interdiction ne puisse être qu'absolue dans les sociétés démocratiques. Cela signifie qu'aucune dérogation à cette interdiction ne peut être tolérée. C'est en

ayant à l'esprit cette importance que nous allons comparer l'application de cette interdiction, aux personnes libres et aux personnes détenues, au sein de la jurisprudence européenne (A) et des droits grec et français (B). Le caractère absolu de cette interdiction signifie que des écarts, s'ils peuvent être justifiés par la situation matérielle du détenu, ne peuvent pas aller jusqu'à compromettre son caractère absolu ni le principe de légalité de la peine privative de liberté.

A. La garantie au sein de la jurisprudence européenne

La rédaction de l'article 4 §§ 2 et 3 de la Convention aurait pu donner lieu à des doutes sur le principe même du caractère absolu de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire. L'affirmation, dans le deuxième paragraphe, que « nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire » est suivie d'un troisième paragraphe énumérant des formes de travail qui ne sont pas considérés comme un travail forcé ou obligatoire : a) tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention ou durant sa mise en liberté conditionnelle ; b) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objection de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, un autre service à la place du service militaire obligatoire ; c) tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la Communauté ; d) tout travail ou service formant partie des obligations civiles normales. »

Malgré cette forme de rédaction de l'article 4 §2, §3, la jurisprudence européenne a affirmé que cette interdiction est de caractère absolu, estimant qu'il ne faut pas voir des restrictions dans le troisième paragraphe de cet article (1). Quant à la mention du travail des détenus dans ce paragraphe, elle ne signifie pas que ceux-ci sont exclus de la protection contre le travail forcé ou obligatoire. Toutefois, nous verrons qu'il n'en reste pas moins que cette mention n'est pas sans incidence sur la garantie effective des détenus contre ces formes de travail (2).

1. L'application générale de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire »

C'est la jurisprudence de la Cour en cette matière qui est venue dissiper les doutes du caractère absolu de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire en affirmant, contrairement à la Commission, que le troisième paragraphe de l'article 4 de la Convention n'énonce pas des formes de travail exclues de la notion de travail au sens de l'article 4 §2. Toutefois, force est de constater que cette affirmation a été rendue possible au prix du rétrécissement du sens de la notion de travail forcé ou obligatoire (a) et, par conséquent, du rétrécissement du champ de son application (b).

a. Affirmation du caractère absolu de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire

La rédaction de l'article 4 §2, §3 de la Convention a été source des divergences entre la jurisprudence de la Commission et celle de la Cour. La Commission avait adopté une interprétation « exclusive²⁸⁰⁸ », voyant dans le troisième paragraphe de l'article 4, des formes de travail exclues de la notion de travail forcé ou obligatoire au sens du deuxième paragraphe de ce même article, sans pour autant compromettre le caractère absolu de l'interdiction de ces formes de travail. Elle y était parvenue en adoptant une méthode selon laquelle, en passant du deuxième au troisième paragraphe de l'article 4, la notion de travail forcé ou obligatoire changerait de sens : elle revêtirait un sens positif au sein du deuxième paragraphe, et un sens négatif au sein du troisième. Cette différence d'interprétation lui permettait d'affirmer que les cas de travail mentionnés dans ce dernier, s'ils ne répondaient pas aux exigences de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire au sens du deuxième paragraphe, n'en constituaient cependant pas des exceptions. Elles constituaient des formes de travail conformes à la Convention dès lors qu'elles répondaient aux exigences du travail non forcé ou non obligatoire au sens du troisième paragraphe²⁸⁰⁹.

Mais l'affaire *Van der Musselle* a relevé la fragilité de cette interprétation, dans la mesure où des glissements vers une interprétation consistant à voir dans les cas de travail énumérés dans le troisième paragraphe de l'article 4 des exceptions à l'interdiction du travail forcé ou obligatoire n'étaient pas toujours évités. Dans cette affaire, la Commission devait se prononcer sur la question de savoir si l'obligation des avocats stagiaires (prévue en droit belge) de défendre gratuitement, *pro Deo*, les affaires des justiciables impécunieux était contraire à l'article 4 §2 de la Convention. Le refus de se soumettre à cette obligation pourrait entraîner la sanction disciplinaire de radiation de la liste des stagiaires ou le rejet de la demande d'inscription à l'ordre des avocats. Or, d'après la Commission, les questions qui s'y posaient étaient de savoir : en premier lieu, si l'obligation faite au requérant « constituait un travail forcé ou obligatoire conformément à l'article 4 §2 » ; et, en second lieu, dans quelle mesure elle ne relevait pas de l'article 4 §3, al. d de la Convention, lequel *autorise un travail forcé ou obligatoire* s'il fait partie des « obligations civiques » et « normales »²⁸¹⁰.

Or la Cour a substitué une interprétation « inclusive » en affirmant que l'article 4 §3 « n'a point pour rôle d'autoriser à « limiter » l'exercice du droit garanti par le deuxième paragraphe, mais de « délimiter » le contenu de ce droit : il forme un tout avec le deuxième paragraphe et mentionne ce qui n'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire, ce que ces termes n'englobent pas

²⁸⁰⁸ D. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat*, préc., p. 11, et E. RUBI-CAVAGNA, *Le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu*, préc., p. 229.

²⁸⁰⁹ D 4653/70 (X /RFA), préc., p. 22 (concernant le travail d'un avocat désigné d'office) ; D 8682/79 (X/RFA), 17.7.1981, DR 26, p. 97 ; D 9322/81 (X/Pays»Bas), 3.5.1983, D.R. 32, p. 180 (Refus de transfert d'un footballeur en raison de son impossibilité de payer la somme exigée).

²⁸¹⁰ D 8919/80, (X/ Belgique), 17.3.1981, D.R. 23, p. 254.

(shall not include) ; il contribue de la sorte à l'interprétation du paragraphe 2²⁸¹¹ ». C'est dans l'arrêt *Van der Musselle* que la Cour a fait cette relecture de l'article 4 §2 et §3 de la Convention. Partant du constat que le second paragraphe de l'article 4 ne comporte aucun critère pour définir les notions de *travail forcé* ou de *travail obligatoire*, cette instance a considéré que le troisième paragraphe, loin de prévoir des exclusions ou des exceptions, contient les critères pour définir négativement ces deux notions.

De surcroît, contrairement à la Commission, qui avait adopté la définition de l'OIT²⁸¹², la Cour a opté pour une définition européenne autonome : « Encore importe-t-il de ne perdre de vue ni les caractères particuliers de celle-ci (de la Convention européenne des droits de l'homme) ni sa nature d'instrument vivant, qui doit se lire « à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques²⁸¹³. » Quant aux éléments pour une telle définition européenne autonome, cette instance a estimé qu'ils sont contenus dans le troisième paragraphe de l'article 4 de la Convention : dans l'énumération des « travaux qui ne doivent pas être considérés comme forcés ou obligatoires », sont contenus des éléments pour une définition négative²⁸¹⁴. Plus précisément, y sont contenues les « idées maîtresses d'intérêt général, de solidarité sociale et de normalité²⁸¹⁵ ».

Dans l'arrêt *Siliadin*²⁸¹⁶ qui portait sur une forme d'esclavage moderne, celle de certains domestiques, la Cour a de nouveau eu l'occasion de réaffirmer le caractère absolu de tous les interdits de l'article 4 de la Convention²⁸¹⁷ et de souligner que ces notions requièrent une interprétation évolutive²⁸¹⁸ pour assurer une garantie efficace contre toute forme moderne d'esclavage et d'exploitation des personnes, comme l'esclavage domestique²⁸¹⁹ et la traite des êtres humains²⁸²⁰.

²⁸¹¹ *Ibid.* Voir CEDH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, n° 13580/88, 18 juillet 1994, Série A n° A291-B, § 22 ; CEDH, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, CEDH 2006-VI, §§ 44-46.

²⁸¹² Convention n° 29 de l'O.I.T. Selon son article 2 § 1, par « travail forcé ou obligatoire », il faut entendre « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel l'individu ne s'est pas offert de son plein gré ».

²⁸¹³ CEDH, *Van der Musselle c. Belgique*, n° 8919/80, 23 nov. 1983, Série A, n° 70, § 32.

²⁸¹⁴ *Ibid.*, § 38.

²⁸¹⁵ *Ibid.*, § 38. Voir CEDH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, préc., § 22 ; CEDH, *Zarb Adami c. Malte*, préc., §§ 44-46.

²⁸¹⁶ CEDH, *Siliadin c. France*, préc.

²⁸¹⁷ *Ibid.*, § 112.

²⁸¹⁸ « Il importe de ne perdre de vue ni les caractères particuliers de la Convention ni le fait que celle-ci est un instrument visant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, et que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques », *Ibid.*, § 121.

²⁸¹⁹ A propos duquel l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté deux Recommandations en l'espace de trois ans : *Recommandation 1523 (2001) adoptée le 26 juin 2001* : « 1. Depuis quelques années, une nouvelle forme d'esclavage est apparue en Europe : l'esclavage domestique. L'on a ainsi dénombré plus de 4 millions de femmes vendues chaque année dans le monde ». *Recommandation 1663 (2004) adoptée le 22 juin 2004* : « 1. L'Assemblée parlementaire note avec consternation que l'esclavage existe toujours dans l'Europe du XXI^e siècle. (...) Les esclaves modernes, comme ceux d'autrefois, sont obligés de travailler (victimes de menaces psychologiques ou physiques) sans aucune contrepartie financière ou pour une

Elle a, de surcroît, déclaré que cette garantie implique des obligations à l'égard des Etats, non seulement négatives, d'abstention, mais aussi des obligations positives, d'intervention pour prévenir et réprimer efficacement des atteintes aussi graves à la dignité de la personne, y compris dans les relations entre les particuliers²⁸²¹. Font notamment partie de telles obligations, la mise en place d'une législation incriminant de tels comportements et l'organisation des voies de recours efficaces. Le pouvoir d'exercer des recours efficaces contre la violation de l'article 4 fait partie intégrante de la protection requise par cet article à l'instar de l'article 2, 3 et dans certains cas de l'article 8 de la Convention. Les plus efficaces, car les plus dissuasives, sont les voies de recours pénales²⁸²². La Cour a ainsi jugé que l'absence d'incrimination en termes express du travail forcé ou obligatoire, de l'esclavage et de la servitude dans le Code pénal français²⁸²³, permettant d'engager des poursuites pénales et d'aboutir à des sanctions pénales à l'encontre des auteurs, constitue une omission qui viole l'article 4. Les sanctions civiles sont à cet égard insuffisantes²⁸²⁴.

Si cette jurisprudence de la Cour a mis fin à la considération des formes de travail énumérées dans le troisième paragraphe de l'article 4 comme exclues de la notion de travail forcé ou obligatoire, il n'est pas certain que la protection effectivement assurée au travail ressorte renforcée. L'affirmation par la Cour du caractère absolu de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire est accompagnée par l'élargissement de la notion inverse, celle de travail non forcé ou non obligatoire et, par conséquent, par le rétrécissement du champ de protection de cette interdiction.

b. Rétrécissement du champ d'application de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire

rémunération minimale. Ils font l'objet de contraintes physiques ou voient leur liberté de circulation limitée, et sont traités de manière inhumaine et dégradante », *ibid.*, § 121.

²⁸²⁰ Le Conseil de l'Europe a ouvert à la signature le 16 mai 2005 la *Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains*. Elle énonce dans son préambule : « Considérant que la traite des êtres humains peut conduire à une situation d'esclavage pour les victimes ». Elle définit la traite dans l'article 4, al. a : « L'expression "traite des êtres humains" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes », *Ibid.*

²⁸²¹ *Ibid.*, §§ 77-89.

²⁸²² « La Cour estime que, conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu de l'article 4 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situation », *Ibid.*, § 112.

²⁸²³ Celui-ci réprime de telles atteintes de manière implicite, par le biais des articles 225-13 et 225-14 qui répriment respectivement : « Le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende » et « Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. »

²⁸²⁴ *Ibid.*, §§ 130-149.

L'interprétation, selon laquelle il faut voir dans les quatre alinéas du troisième paragraphe de l'article 4 de la Convention les critères servant à définir les notions de travail non forcé ou non obligatoire, a donné lieu à un rétrécissement du champ d'applicabilité des notions de travail forcé ou obligatoire ainsi qu'à un raisonnement proche de celui suivi dans l'application des droits à protection relative. Certains de ces critères jouent un rôle analogue à celui des buts légitimes qui servent à justifier les restrictions apportées dans l'exercice de cette catégorie des droits. Pour définir les notions de travail forcé ou obligatoire, la Cour applique dans un premier temps les critères de consentement, de menace d'une sanction et de rémunération.

Le consentement. Au terme de contrat, la Cour préfère celui, plus large, de consentement. Le contrat, estime cette instance, n'est pas la source exclusive du consentement. Ce dernier peut être fondé sur d'autres formes d'engagement. Ainsi, dans les professions libérales, comme celle d'un avocat, l'inscription au barreau est une forme d'assentiment aux modalités normales d'exercice de la profession d'avocat dans un pays et à une époque déterminés. Toutefois, dans l'appréciation du caractère forcé ou obligatoire du travail, ces formes de consentement n'ont pas la même valeur déterminante que le contrat. L'existence de ce dernier présume l'absence d'un caractère forcé ou obligatoire du travail²⁸²⁵. En revanche, il n'est pas de même s'agissant d'autres formes de consentement. Dans l'exemple de la considération de l'inscription des avocats stagiaires au barreau comme une forme de consentement à accéder à un statut de nature générale, la Cour a expliqué qu'un travail peut tomber sous le coup de ce dernier texte malgré cette forme de consentement²⁸²⁶. Pour savoir s'il en est ainsi, la Cour tient compte de deux autres critères sans pour autant qu'ils soient déterminants : de la *menace des sanctions*²⁸²⁷ et de la *rémunération* : « Un travail rémunéré peut aussi revêtir un caractère forcé ou obligatoire²⁸²⁸ ».

En fait ces trois critères ne sont, selon la Cour, que des critères de départ dans l'appréciation du caractère forcé ou obligatoire du travail. Il faut de surcroît tenir compte des critères dégagés par l'article 4 §3 de la Convention, qualifiés d'« idées maîtresses », à savoir : la normalité, l'intérêt

²⁸²⁵ « Un travail exécuté en vertu d'un contrat librement conclu ne saurait tomber sous le coup de l'article 4 par le seul motif que l'un des contractants s'est engagé envers l'autre à l'accomplir et s'expose à des sanctions s'il n'honore pas sa signature », CEDH, *Van der Musselle c. Belgique*, préc., § 34.

²⁸²⁶ « A lui seul, l'accord préalable de l'intéressé n'autorise pas à conclure que les obligations du requérant au titre de l'assistance judiciaire ne constituent pas un travail obligatoire au regard de l'article 4 §2 de la Convention », *Ibid.*, § 36.

²⁸²⁷ Dans l'arrêt *Van der Musselle*, la Cour avait assimilé le risque de radiation de la liste des avocats stagiaires, ou de la non-inscription du requérant au tableau à la « menace d'une peine », *Ibid.*, § 34. Il en était de même à propos de l'exploitation de la crainte des personnes en situation irrégulière d'être arrêtées par la police (CEDH, *Siliadin c. France*, préc., § 118), des amendes ou autre forme de contribution financière en cas de refus d'accepter d'être juré dans un tribunal (CEDH, *Zarb Adami, préc.*) ou de l'obligation d'effectuer un service de sapeurs-pompiers (CEDH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, préc.).

²⁸²⁸ CEDH, *Van der Musselle c. Belgique*, préc., *Ibid.*, § 40.

général et la solidarité sociale que représente un travail²⁸²⁹. La *normalité* a trait à la nature du travail requis : le travail demandé doit être proche de la nature du « travail habituellement exercé » par la personne concernée²⁸³⁰. *L'intérêt général du travail* peut être d'ordre général comme personnel. Dans l'affaire *Van der Musselle*, la Cour a estimé que les avocats stagiaires, qui étaient obligés de consacrer quelques heures pour défendre gratuitement des justiciables, « trouvaient une contrepartie dans les avantages attachés à la profession, parmi lesquels le monopole professionnel de plaidoirie et de représentation dont les avocats jouissent ». Mais le travail peut ne présenter qu'un intérêt général, comme celui d'être juré dans un tribunal²⁸³¹ ou d'assister quelques fois les sapeurs-pompiers²⁸³². Quant à la *solidarité sociale*, la Cour a estimé, toujours dans la même affaire, que défendre gratuitement quelqu'un en justice est également une tâche de solidarité sociale²⁸³³.

Mais en réalité, la normalité, l'intérêt général et la solidarité sociale jouent un rôle analogue à celui des buts légitimes dans la garantie des droits de proportion relative. Ils servent à justifier des dérogations à l'exigence d'un consentement clair et explicite ainsi qu'à la rémunération et à l'absence de menace des sanctions. En fait, dans l'appréciation du caractère non forcé ou non obligatoire du travail, le critère déterminant est celui de *proportionnalité* entre, d'une part, l'étendue des restrictions apportées à ces exigences et, d'autre part, les buts poursuivis par le travail requis. Devant « un fardeau à ce point excessif, ou hors de proportion avec les avantages attachés à l'exercice futur de celle-ci (d'une profession) », on ne saurait conclure que l'intéressé s'est par avance « offert de son plein gré », affirmait la Cour dans l'arrêt *Van der Musselle*²⁸³⁴. Et pour apprécier le respect de la proportionnalité, il faut prendre également en compte le temps consacré, le coût et les autres inconvénients éventuels.

La durée du temps de travail. S'agissant du travail requis de la part d'une personne exerçant une activité rémunérée, il faut tenir compte de la durée du temps consacré au travail requis. Ainsi dans l'arrêt susmentionné, la Cour ayant tenu compte du temps global que le requérant avait consacré à la défense gratuite des justiciables durant les trois années de son stage, a déclaré : « On constate qu'il lui restait assez de temps pour son travail rémunéré²⁸³⁵. »

²⁸²⁹ *Ibid.*, § 38.

²⁸³⁰ Dans la présente affaire « les services à prêter ne sortaient pas du cadre des activités normales d'un avocat ; ils ne différaient pas des tâches usuelles des membres du barreau ni par leur nature, ni par une restriction à la liberté dans le traitement du dossier », *Ibid.*, § 39.

²⁸³¹ CEDH, *Zarb Adami c. Malte*, préc.

²⁸³² CEDH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, préc.

²⁸³³ « L'obligation contre laquelle s'insurge Me *Van der Musselle* constituait un moyen d'assurer à M. X. le bénéfice de l'article 6 §3 al. c de la Convention. Dans cette mesure, elle se fondait sur une idée de solidarité sociale et ne saurait passer pour déraisonnable », CEDH, *Van der Musselle c. Belgique*, préc., § 39.

²⁸³⁴ *Ibid.*, § 37.

²⁸³⁵ *Ibid.*, § 39.

Il faut également tenir compte du *coût financier*. Le coût financier que le travail requis peut représenter doit aussi être pris en compte. A ce propos, la Cour a estimé que des frais légers, même s'ils s'ajoutent à l'absence de rémunération, ne sauraient passer pour un inconvénient démesuré²⁸³⁶. Ce coût doit être évalué au regard des avantages que la personne peut tirer de l'accomplissement d'un travail de solidarité sociale ou d'intérêt général²⁸³⁷.

Dans cet arrêt, la Cour, ayant constaté que la proportionnalité avait été respectée, a conclu au caractère non obligatoire du travail requis. Elle a estimé que du fait que le requérant avait volontairement embrassé la profession d'avocat, « seul un déséquilibre considérable et déraisonnable entre le but poursuivi (accéder au barreau) et les obligations assumées pour l'atteindre, pourrait justifier la conclusion que les services exigés de lui au titre de l'assistance judiciaire revêtaient un caractère obligatoire malgré son consentement²⁸³⁸ ». Or, un tel déséquilibre ne ressortait pas des éléments du dossier²⁸³⁹.

A la lumière de ce raisonnement de la Cour, il résulte qu'en dehors de l'hypothèse où la personne serait astreinte physiquement à exécuter un travail, ce qui suffirait en soi pour le qualifier de « travail forcé », les autres critères n'ont qu'une valeur relative. Ce qui est déterminant, c'est le respect de la *proportionnalité* entre les restrictions et les buts poursuivis. Or, ce raisonnement permet d'émettre des réserves sur la consécration du caractère absolu de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire au sein de la Convention. Il conduit à demander si la Cour ne fait pas une lecture des rapports entre le deuxième et le troisième paragraphe de l'article 4 qui soit proche de celle des droits et libertés de protection relative. Les articles consacrant ces derniers, comportent deux paragraphes : un premier qui énonce le droit ou la liberté garantis, et un second qui énonce les buts légitimant des restrictions, et exige que la proportionnalité soit respectée entre les restrictions et les buts légitimes poursuivis.

Quoi qu'il en soit, nous pouvons observer que ce raisonnement a conduit à un rétrécissement considérable du champ d'application de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, consécutif de la définition extrêmement large des notions de *travail non forcé* et de *travail non obligatoire*. A la lumière de l'arrêt *Van der Musselle*, la définition du travail non obligatoire serait la suivante. N'est pas considéré comme obligatoire, un travail non rémunéré ou très faiblement, quand bien même il serait exécuté en absence de consentement exprès et même sous la menace d'une sanction, dès lors qu'il relève des tâches de solidarité sociale, qu'il présente un caractère normal et un intérêt général

²⁸³⁶ « Le montant des frais directement causés par les affaires en question se révèle relativement faible », *Ibid.*, § 40.

²⁸³⁷ Toujours dans l'arrêt précité, cette a estimé que « la situation litigieuse présentait certes pour Me *Van der Musselle* des inconvénients résultant du défaut de rémunération et de remboursement des frais, mais ils allaient de pair avec les avantages et n'apparaissaient pas démesurés », *Ibid.*, § 40.

²⁸³⁸ *Ibid.*

²⁸³⁹ *Ibid.*

ou personnel, que sa durée n'est pas importante par rapport au temps de travail rémunéré et que le coût financier supporté est faible.

Cette définition est *a fortiori* valable pour le travail non forcé. Ce dernier est défini par la Cour comme un travail qui doit présenter, outre les caractéristiques du travail obligatoire, également celles d'une « contrainte physique ou morale²⁸⁴⁰ ».

Quant aux notions de servitude et d'esclavage, c'est dans l'arrêt *Siliadin*²⁸⁴¹ (2005) que la Cour a eu l'occasion de préciser leur sens. Pour la définition de *l'esclavage*, elle a retenu celle de la Convention de l'O.I.T relative à l'esclavage de 1927 : « L'esclavage est l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux », le réduisant, ajoute-t-elle, à l'état d'« objet »²⁸⁴². Pour *la servitude*, cette instance se réfère à sa propre jurisprudence : « Telle qu'entendue par la Convention s'analyse en une obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte et qu'elle est à mettre en lien avec la notion d'esclavage²⁸⁴³ ». La Commission, elle, avait précisé que cette notion comprend en plus de l'obligation pour le « serf » de fournir certains services pour autrui, également celle de vivre sur la propriété d'autrui et l'impossibilité de changer sa condition²⁸⁴⁴.

L'affaire *Siliadin* portait sur le cas d'une mineure d'origine togolaise envoyée en France par son père pour être placée comme fille au pair et pour être scolarisée. Mais peu après son arrivée, elle a été prêtée par la famille d'accueil à un couple chez qui elle vivait et travaillait, sans repos hebdomadaire, 5 heures par jour, sans être rémunérée ni scolarisée, et en situation irrégulière. De surcroît, son passeport lui avait été confisqué et elle ne pouvait pas, de ce fait, circuler librement ni faire appel à la police. La Cour a estimé que ces conditions étaient constitutives de l'état de servitude. Outre d'être soumise au travail forcé, la requérante était soumise à la servitude du fait qu'elle était entièrement dépendante de ses « employeurs », elle était vulnérable et isolée, avec l'impossibilité de vivre ailleurs, ne disposait d'aucune liberté de mouvement et d'aucun temps libre ni d'aucun espoir de voir sa situation évoluer et elle vivait dans la crainte, entretenue par ses « employeurs », d'être arrêtée par la police²⁸⁴⁵.

En tenant compte de ces définitions, notamment de celles de travail non forcé et non obligatoire, la jurisprudence européenne n'est pas à même d'influer vers une évolution significative du statut de détenu au travail.

²⁸⁴⁰ *Ibid.*, § 34.

²⁸⁴¹ CEDH, *Siliadin c. France*, préc.

²⁸⁴² *Ibid.*, § 122.

²⁸⁴³ *Ibid.*, § 124. Voir CEDH, *Seguin c. France* (déc.), n° 42400/98, CEDH 2000-III.

²⁸⁴⁴ D 7906/77 (Van Droongenbroeck/ Belgique), 5.7.1979, D.R. 17, p. 59 et s..

²⁸⁴⁵ CEDH, *Siliadin c. France*, préc., § § 126-129.

2. L'interprétation spéciale de la notion de « travail normalement requis des détenus »

Eu égard à l'interprétation des dispositions de l'article 4 §2 et §3 de la Convention dans l'arrêt *Van der Musselle*, ce qu'on peut affirmer c'est que le travail des détenus ne peut plus être considéré comme échappant au champ de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire. La mention de leur travail par l'article 4 §3 al. a, de la Convention doit être considérée comme un exemple exprimant l'idée maîtresse de la normalité du travail **(a)** ; le travail requis des détenus doit être apprécié au regard de l'ensemble des critères dégagés par la Cour **(b)**.

a. Du travail des détenus exclusif de la notion de « travail forcé ou obligatoire »

Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, le travail requis des détenus échapperait à l'interdiction du travail forcé ou obligatoire pour autant qu'il corresponde à la définition du travail au sens de l'article 4 §3, al.a, de la Convention, à savoir d'un « travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la Convention ou durant sa mise en liberté ». Cette instance considèrerait que cet alinéa, loin de consacrer une exception des détenus dans la protection contre le travail forcé ou obligatoire, apporterait une garantie supplémentaire compte tenu de leur statut particulier. Cette approche avait été fondée, d'une part, sur la *Convention N° 29 de l'O.I.T.* selon laquelle « aux fins de cette Convention les termes de travail forcé ou obligatoire ne doivent pas inclure... tout travail ou service exigé par certaines personnes comme conséquence d'une condamnation par un tribunal, à condition que ledit travail ou service soit sous la surveillance et le contrôle d'une autorité publique et que la personne ne doive pas être engagée ou placée à la disposition des individus, associations ou compagnies privées » (art. 2§2). Elle était, d'autre part, fondée sur les *travaux préparatoires de l'article 8 §3, al. a du Pacte International des droits civils et politiques* qui « n'ont pas indiqué que le terme « requis normalement » exclut le travail pour le compte d'une entreprise privée »²⁸⁴⁶.

Aussi, l'expression « travail requis normalement d'une personne soumise à la détention » revêtirait-il un sens autonome par rapport aux autres formes de travail prévues par l'article 4 §3 de la Convention. Il serait caractérisé par l'absence d'un contrat de travail et, en général, d'un consentement, d'une sous-rémunération²⁸⁴⁷, mais aussi par d'autres dérogations par rapport à la législation du travail. Notons que nombre de ces dérogations avaient été dénoncées par vingt et un

²⁸⁴⁶ D 3134/67, 3172/62 et 3188 à 3206/67 (X/RFA), 6.4.1968, Rec. 27, 1968, p. 97.

²⁸⁴⁷ En citant les résultats d'une étude réalisée par les Nations Unies, en 1955 : « Les sommes payées aux prisonniers travailleurs étaient, avec quelques rares exceptions, extrêmement maigres et que les prisonniers n'avaient pas normalement droit à une rémunération ; le travail était accompli gratuitement, ou lorsqu'une somme leur était accordée, celle-ci était considérée comme une "récompense", et elle pouvait leur être retirée par mesure disciplinaire », D 3134/67, 3172/62 et 3188 à 3206/67 (X/RFA), 6.4.1968, Rec. 27, 1968, p. 97 et s.

détenus en Allemagne, qui se plaignaient : de travailler pour des entreprises privées sans contrat signé directement entre eux et leur employeur (le contrat était passé entre l'administration pénitentiaire et le concessionnaire) ; de travailler sous contrainte ; d'être sous-rémunérés ; et, enfin, de ne pas être affiliés aux assurances-accidents. La Commission n'a pas retenu la qualification de ces conditions de travail comme constitutives de travail forcé ou obligatoire au sens de l'article 4 §2 de la Convention. Comme elle n'avait pas retenu cette qualification à propos du travail requis sous la menace des sanctions physiques, comme la mise à l'isolement avec une faible portion de pain pour une durée de deux semaines²⁸⁴⁸.

Les seuls critères pris en compte par la Commission pour s'assurer que le travail d'un détenu tombe dans le cadre de normalité requise par l'article 4§3, al.a de la Convention, était, d'une part, la légalité de la détention et d'autre part, l'âge, l'état de santé et, s'agissant des détenus jeunes, la valeur formative du travail. L'illégalité de la détention entraînait l'anormalité du travail requis des détenus²⁸⁴⁹. En effet, concernant des griefs corrélatifs, cette instance se contentait de l'examen de la légalité de la privation de liberté. Lorsque la légalité a été acquise, les seuls éléments qui pourraient rendre anormal un travail seraient soit un travail nuisible pour la santé de la personne²⁸⁵⁰ soit un travail pénible, anormalement long ou, s'agissant de jeunes, dépourvu de valeur formative²⁸⁵¹.

Toutefois le rejet systématique des requêtes des détenus se plaignant du non-respect de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, associé, dans certaines décisions, avec la limitation du raisonnement au seul examen de la légalité de la détention, nous amène à nous demander dans quelle mesure ce dernier critère n'a pas été surdéterminant de la présomption du caractère normal du travail requis des détenus. Le raisonnement de la Commission se limitait parfois à cette formule : « Aux fins de l'article 4 §3, al. a, le terme 'travail forcé obligatoire' n'inclut pas le travail requis durant une détention ordinaire conforme à l'article 5 de la Convention²⁸⁵². » A ce propos, il n'est pas symptomatique que la seule affaire dans laquelle la Commission ait retenu le caractère anormal du travail requis des détenus soit celle de « vagabondage ». Sa conclusion sur le caractère non régulier de la détention des requérants en cause l'avait amené à conclure, par voie de conséquence, à la non-conformité de leur travail avec la Convention²⁸⁵³.

²⁸⁴⁸ R 1628/62 (X/RFA), préc., p. 61

²⁸⁴⁹ Thèse de la Commission dans l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp*, dit de « vagabondage » rapportée dans l'arrêt de la Cour rendu dans cette affaire le 18 mai 1970, § 88.

²⁸⁵⁰ Ainsi, la Commission avait accepté d'examiner le bien fondé du refus d'un détenu de travailler souffrant de la tuberculose, D 1628/62 (X/RFA), préc., p. 61.

²⁸⁵¹ Ainsi, concernant le travail d'un mineur de seize ans en détention préventive dans un atelier de menuiserie, elle avait estimé que « ce travail n'aurait pas été anormalement long ou pénible eu égard de l'âge du requérant, ou dépourvu de valeur formative », D 8500/79 (X/Suisse), 14.12.1979, 1980, D. R. 18, p. 238 et s.

²⁸⁵² D 3566/68 (X/RFA), 15.12.1969, Rec. 31, 1970, p. 35 ; D 3485/68 (X/R.U.), 5.2.1969, Rec., 29, p 53.

²⁸⁵³ CEDH, *Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc., § 88.

Il importe également de souligner que la Cour, saisie de cette dernière affaire, n'avait pas mis en cause l'interprétation donnée par la Commission à la notion de « travail requis normalement d'une personne soumise à la détention ». Mais ayant estimé, contrairement à la Commission, que la *détention était régulière*, elle a conclu au caractère normal du travail en cause en se fondant sur les critères suivants : le *but de l'obligation* à travailler (cette obligation « tendait au reclassement des requérants ») ; la *pratique majoritaire des Etats membres du Conseil de l'Europe* ; et le *caractère général du texte légal* sur lequel se fondait cette obligation²⁸⁵⁴. Mais à la lumière de la méthode d'interprétation suivie par la Cour dans l'arrêt *Van der Musselle* et les critères appliqués, telle ne devrait plus être la méthode d'appréciation du travail requis des détenus au regard de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire.

b. Le travail requis des détenus apprécié au regard des critères dégagés par la Cour

Partant du principe établi par la Cour dans cet arrêt, à savoir que le troisième paragraphe de l'article 4 ne consacre pas une protection distincte de celle de son deuxième paragraphe, mais qu'il contribue seulement à définir le sens de l'interdiction qu'il contient, il est permis d'estimer qu'au moins le processus d'interprétation de l'article 4 §2 et §3 de la Convention dans son application aux détenus sera changé. L'expression *travail requis normalement d'une personne soumise à la détention* ne peut plus revêtir un sens autonome au sein de ce dernier paragraphe. Le travail des détenus doit être apprécié au regard de l'ensemble des critères dégagés par la Cour et non seulement de celui de normalité.

Aussi, les critères de *contrat* ou de *consentement* et de *menace des sanctions*, écartés par la Commission, doivent-ils constituer les critères de départ dans l'appréciation de la conformité du travail requis des détenus avec la Convention. Quant au critère de *normalité*, il doit prendre place parmi ceux de *légitimité* et de *proportionnalité*. Et il doit être apprécié au regard des sous-critères parmi lesquels, la qualification professionnelle doit jouer un rôle important pour éviter que les détenus accomplissent systématiquement des tâches étrangères à celles qu'ils exerçaient avant leur détention. A défaut d'une qualification professionnelle, doivent être prises en compte les préférences que chaque détenu doit pouvoir exprimer et l'utilité que présente le travail pour son insertion professionnelle. Pour ce qui est de la *légitimité* des buts du travail « requis », nous estimons que la réinsertion professionnelle des détenus doit être quasiment le seul but recherché. De fait, il associe intérêt personnel du détenu et intérêt général de la société. Cela implique donc que le travail des détenus doit présenter un intérêt formatif et non seulement occupationnel. Enfin, dans l'appréciation de la *proportionnalité*, doivent être pris en compte les critères d'*âge* et de *santé* du détenu, mais aussi ceux de *nature*, de *durée* et de *rémunération du travail*.

²⁸⁵⁴ *Ibid.*, § 91.

Nous estimons cependant que la protection qui résulterait d'une telle interprétation du travail forcé ou obligatoire ne semble pas être beaucoup plus efficace que celle assurée jusqu'alors par la Commission. La Cour n'accorde pas une importance déterminante à l'absence de contrat de travail et, en général, au consentement explicite, à la menace des sanctions et à la sous-rémunération, voire à son absence. Or, dans le cas des détenus, ces critères devraient avoir une importance déterminante. Car il ne faut pas perdre de vue que les autres cas de travail requis sont examinés en tenant compte du temps laissé pour l'exercice d'un travail libre, au sens d'un travail expressément consenti et dont la rémunération est librement fixée. Alors que, dans le cas des détenus, les conditions de leur travail n'ont pas un caractère exceptionnel mais sont permanentes et les seules que connaissent les détenus. Si bien que tout leur travail est accompli dans des conditions dérogoires à la législation du droit commun : il est largement sous-rémunéré (comme nous verrons à propos de l'examen du droit au travail), non seulement il est exercé sans consentement positif exprimé par un contrat de travail, mais encore le refus de travailler est sanctionné dans la majorité des pays européens²⁸⁵⁵. Concernant précisément le consentement du détenu, il faut souligner qu'il ne peut pas être présumé comme dans les cas des personnes appartenant à des corps socio-professionnels comme ceux des avocats, des médecins, etc. Ceux-ci accèdent volontairement à leur profession, ce qui n'est pas le cas dans l'accès au statut de détenu. Dès lors, si l'absence de contrat de travail ou d'autre forme d'expression de consentement ne suffit pas pour qualifier le travail requis des personnes exerçant de telles professions ou le travail exceptionnellement requis par d'autres personnes pour faire face à un besoin social impératif et urgent, dans le cas des détenus, cette absence devrait suffire pour retenir cette qualification.

A cet égard, il importe de souligner que la Commission d'experts pour l'application des Conventions et Recommandations de l'OIT concernant le travail des détenus en France estime que certaines conditions posent des questions de conformité avec cette Convention : la *rémunération*, largement inférieure au SMIC, l'absence de contrat, et les sanctions indirectes à savoir les conséquences négatives de l'absence de travail sur les réductions de peine et sur la libération conditionnelle²⁸⁵⁶.

Toujours est-il que si de telles conditions de travail des détenus ne sont pas contraires à l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, en revanche elles peuvent l'être au regard de la liberté de travail telle qu'elle est garantie dans les droits nationaux.

B. La garantie assurée par les droits nationaux

²⁸⁵⁵ SENAT, *Prison : le travail à la peine*, Rapport d'information n° 330 de Paul Loridant, Commission des finances, 9 juin 2002.

²⁸⁵⁶ Rapport de la Commission d'experts pour l'application des Conventions et Recommandations de l'OIT concernant le travail des détenus en France au regard de la Convention de l'OIT (n°29) sur le travail forcé, 2006.

Au regard de la protection générale qui entoure l'interdiction de l'obligation à travailler au sein des droits grec et français (1), le statut de détenu au travail semble bien constituer une dérogation, notamment en droit grec (2).

1. Garantie générale

Dans la Constitution grecque, l'interdiction du travail forcé ou obligatoire est prévue par l'article 22 §4 dans les termes suivants : « Toute forme de travail obligatoire est interdite. Des lois spéciales règlent les matières concernant la réquisition des services personnels en cas de guerre ou de mobilisation armée, ou pour faire face soit aux besoins de la défense du pays, soit à un besoin social urgent provoqué par une calamité ou pouvant mettre en péril la santé publique ; elles règlent également les matières concernant la prestation du travail personnel aux collectivités territoriales pour la satisfaction de besoins locaux ». On remarque alors que ne figure pas parmi les types de travaux susceptibles d'être « requis », le travail des détenus, ce qui constitue une différence notable avec l'article 4 §2, §3 de la Convention.

La Constitution française ne contient pas de disposition relative à l'interdiction du travail forcé ou obligatoire. Aussi, le fondement du respect de cette interdiction repose sur les lois et sur les textes supranationaux et internationaux signés par la France.

Malgré cette différence entre les deux Constitutions, les droits grec et français convergent sur un point essentiel : l'importance qu'ils accordent au *consentement libre et express* dans la définition du travail obligatoire. Contrairement à la valeur relative qui lui est accordée par la Cour, ces deux droits nationaux lui reconnaissent une valeur déterminante. Le défaut d'un tel consentement peut suffire pour retenir la qualification de travail obligatoire. Selon la doctrine, liberté de travail au sens négatif signifie interdiction non seulement de l'obligation à travailler sous la menace d'une sanction, mais aussi absence de « toute autre forme de pression qui conduit au travail sans le consentement de l'intéressé indépendamment du but poursuivi²⁸⁵⁷ ». Il y va non seulement du respect de la liberté d'une personne, mais aussi du respect de sa dignité : « C'est en particulier un principe de dignité : nul ne peut se trouver engagé dans une relation de travail sans l'avoir voulu²⁸⁵⁸. »

L'exemple du *travail d'intérêt général*, peine prévue par les droits grec et français, en constitue la preuve. En *droit français*, le travail forcé ou obligatoire en tant que peine autonome a été adopté par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983 sous la condition du consentement exprimé par la personne concernée : « Celle-ci doit donner son consentement au moment où le tribunal lui propose un T.I.G :

²⁸⁵⁷ I. KOUKIADIS, *Eléments du droit de travail*, éd. Sakkoulas, Thessalonique, 1997, p. 29.

²⁸⁵⁸ G. COUTURIER, *Droit du travail, t.1, Les relations individuelles au travail* (1990), préc., p. 126.

« La peine de travail d'intérêt général ne peut être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou qui n'est pas présent à l'audience. Le président du tribunal, avant le prononcé du jugement, informe le prévenu de son droit de refuser l'accomplissement d'un travail d'intérêt général et reçoit sa réponse » (art. 131-8 al.b C. pén.). A la lecture des travaux préparatoires, le motif de cette condition a bien été d'éviter « que celle-ci prenne le caractère de travail forcé, lequel est condamné par les Conventions auxquelles la France a adhéré²⁸⁵⁹ ». De même, dans le T.I.G. en tant qu'obligation particulière de la mesure du sursis avec mise à l'épreuve prononcée par la juridiction du jugement (art. 132-54 et 132-57 C. pén.), ou décidée par JAP (art. 132-57 C. pén., et 747-2 CPP), l'intéressé doit donner son accord. En *droit grec* où le T.I.G fut adopté, en 1989, en tant que peine de substitution à toute peine privative de liberté qui n'excède pas dix-huit mois et convertible en peine pécuniaire, l'initiative de l'intéressé est requise. C'est lui qui choisit d'exécuter un T.I.G., au lieu de convertir sa peine en peine pécuniaire, en déposant une demande expresse auprès du tribunal d'exécution des peines.

Cependant, même au sein du droit grec et français, nous constatons que le souci de recueillir le consentement diminue, voire disparaît, lorsqu'il s'agit du travail d'une personne condamnée à une peine privative de liberté.

2. Garantie assurée aux détenus

Relevons d'abord que les textes internationaux n'ont pas encore supprimé expressément le caractère obligatoire du travail comme le fut le cas du caractère afflictif²⁸⁶⁰. Le texte de l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, adopté en 1957 par les Nations-Unies, et celui des Règles pénitentiaires européennes de 2006, contiennent des dispositions interdisant que le travail des détenus revête un caractère afflictif ou pénal²⁸⁶¹. Les droits français et grec ont supprimé le caractère afflictif le premier par décret du 12 septembre 1972, et le second par le Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus, de 1989²⁸⁶².

En revanche, ces textes internationaux continuent à approuver l'obligation des détenus à travailler. Dans l'*Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus* (1957), figure la disposition selon laquelle « tous les détenus condamnés sont soumis à l'obligation du travail, compte tenu de leur aptitude physique et mentale telle qu'elle sera déterminée par le médecin » (règle 71 §2). Les *Règles pénitentiaires européennes* continuent, même après leur révision en 2006, à cautionner la

²⁸⁵⁹ JO, Sénat, Débats parlementaires, séance du 6 avril 1983, voir notamment les propos de M. RUDLOFF et R. BADINTER, pp. 80-81.

²⁸⁶⁰ Par le décret français du 12 septembre 1972, en droit français, et par le Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus de 1989 en droit grec : « le travail ou occupation des détenus n'a pas un caractère ni afflictif ni oppressant », (art. 40 §1 C. pénit.).

²⁸⁶¹ Article 71 §1, Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus : « Le travail pénitentiaire ne doit pas avoir un caractère afflictif ».

²⁸⁶² L'interdiction d'un tel caractère est actuellement mentionnée dans l'article 40 §1 du Code pénitentiaire.

soumission des détenus à cette obligation : « Les détenus condamnés n'ayant pas atteint l'âge normal de la retraite peuvent être soumis à l'obligation de travailler, compte tenu de leur aptitude physique et mentale telle qu'elle a été déterminée par le médecin » (art. 105.2). Ces Règles interdisent seulement que cette obligation soit imposée à titre de sanction et recommandent aux Etats de garantir le travail en tant qu'un « élément positif du régime carcéral »²⁸⁶³ ainsi que la possibilité laissée aux détenus de choisir le type de travail²⁸⁶⁴.

Le *droit grec* avait marqué en 1989 un progrès en associant les détenus au choix du travail auquel ils allaient être affectés (art. 65 §1 CRFTD). Ce qui (d'après les auteurs de ce Code) ne devrait pas être interprété comme instituant « ni un droit ni une obligation au travail »²⁸⁶⁵. Dans le Code pénitentiaire actuel, bien que l'obligation de travailler ne soit pas expressément mentionnée, les auteurs ayant préféré de souligner l'importance de prendre en compte les choix exprimés par les intéressés, leurs aptitudes et leurs besoins (art. 40-42), cette obligation ne fait aucun doute. Le refus de fournir un « travail dû » constitue une infraction disciplinaire (art. 68 §2 al. a, C. pénit.). Ce qui ne manque pas de soulever des questions sur sa conformité avec la Constitution grecque²⁸⁶⁶. Le travail des détenus n'étant pas mentionné parmi les cas de travail pouvant être requis sans le consentement de la personne, une exception ou une interprétation spécifique du travail des détenus ne peut être explicitement fondée sur le statut de détenu. Elle ne peut, non plus, y être implicitement fondée depuis que la Cour européenne a rejeté la théorie des « limitations implicites » dans le respect des droits de l'homme fondées sur la peine privative de liberté.

²⁸⁶³ « Le travail en prison doit être considéré comme un élément positif du régime carcéral et en aucun cas être imposé comme une punition (art. 26.1).

²⁸⁶⁴ « Dans la mesure du possible, les détenus doivent pouvoir choisir le type de travail qu'ils désirent accomplir » (art. 26.6).

²⁸⁶⁵ N.KOURAKIS, K. SPINELLI, *Législation Pénitentiaire*, Athènes, 1990, pp. 35-38.

²⁸⁶⁶ G. LYXOURIOTIS, « La notion du travail obligatoire et l'anticonstitutionnalité du travail des prisonniers », in Y. PANOUSSIS, Y. LYXOURIOTIS, S. KOUTSOMPINAS, N. KOULOURIS, *La notion de travail obligatoire au sens de la CEDH et l'anticonstitutionnalité du travail des détenus selon la Constitution hellénique*, éd. A.N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1994.

En revanche, en *droit français*, le progrès est notable. Le travail obligatoire est implicitement, mais clairement supprimé, depuis la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 qui laisse l'initiative de travailler aux détenus²⁸⁶⁷. L'article 717-3 al. b du Code de procédure pénale, modifié par cette loi, est rédigé comme suit : « Au sein des établissements pénitentiaires, toutes les dispositions sont prises pour assurer une activité professionnelle aux personnes qui en font la demande ».

Il reste que, si le droit français respecte mieux que le droit grec le consentement des détenus au travail, ni l'un ni l'autre ne respectent pleinement la liberté de travail. De fait, alors que ces droits nationaux accordent une importance prépondérante au consentement exprimé par le contrat de travail, le travail des détenus continue à être exécuté sans contrat.

Cela dit, il faut reconnaître qu'à l'heure actuelle l'intérêt dans la protection de la relation du détenu au travail s'est déplacé. Le détenu étant de plus en plus demandeur d'emploi, le pouvoir des autorités pénitentiaires s'exerce moins par des sanctions visant l'exécution involontaire d'un travail que par des sanctions visant la privation de travail. Cette demande des détenus peut être expliquée, entre autres, par l'amélioration des conditions de travail dans la prison, mais surtout, par la possibilité des détenus d'améliorer leur vie quotidienne par l'accès à la cantine, de verser une partie de leur revenu à leurs familles et, en droit grec, par la possibilité de racheter des jours de peine²⁸⁶⁸. Dès lors, eu égard à la pénurie des postes de travail et au pouvoir discrétionnaire des autorités pénitentiaires dans le placement des détenus, travailler apparaît comme un privilège plutôt que comme une contrainte. Si bien que les questions relatives au travail des détenus se sont déplacées vers la garantie de l'emploi, de la rémunération et des droits sociaux dérivés.

A ce propos, est révélateur le fait qu'en droit grec, alors que le travail est une obligation pour les détenus, les demandes de travail au service général de la prison sont inscrites sur une liste suivant leur ordre chronologique afin d'éviter un traitement défavorable. De surcroît, toute dérogation au respect de cet ordre, lors du classement des détenus, doit être justifiée de manière circonstanciée (art. 41 §4 C. pénit.).

§ 2. Les particularités au regard de la garantie de la liberté de travail et du droit au travail

Au-delà de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, le travail bénéficie actuellement, dans nos sociétés européennes, d'une garantie bien plus large. Il bénéficie de la garantie de la liberté de travail dans un sens large et de l'application du droit social protecteur du statut de travailleur (A). Or,

²⁸⁶⁷ B. BOULOC, *Pénologie*, 3^e éd., préc.

²⁸⁶⁸ Comme nous le verrons plus loin, cela passe par un système de calcul du nombre de jours travaillés comme un temps de détention plus long : un jour de travail peut être compté comme un jour et demi, voire deux jours, de détention.

à l'exception de certains droits sociaux, la garantie assurée aux détenus est loin d'être comparable à celle assurée aux personnes libres **(B)**.

A. La garantie générale

Le droit au travail et la liberté de travail jouissent d'une garantie expresse au sein des droits nationaux **(1)**. Ils sont, en revanche, absents du texte de la Convention et de ses protocoles. Une certaine protection leur est toutefois assurée par l'article 11 (liberté syndicale) et, de manière indirecte, par l'applicabilité de l'article 6 §1 (le droit au procès équitable) et de l'article 1 du protocole n° 1 de la Convention (droit au respect des biens) **(2)**.

1. La garantie nationale

En *droit grec*, la liberté de travail est protégée sous la forme de la liberté économique qui est consacrée par la Constitution comme un aspect du libre développement de la personnalité²⁸⁶⁹ : « Chacun a droit de développer librement sa personnalité et de participer à la vie sociale, économique et politique du pays, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ou aux bonnes mœurs ni ne viole la Constitution » (art. 5 §1). En *droit français*, la liberté de travail, si elle a été proclamée dès 1791, n'est pas consacrée expressément par la Constitution. En revanche, ces deux ordres constitutionnels consacrent expressément le droit au travail. La Constitution grecque prévoit que « le travail constitue un droit et est placé sous la protection de l'Etat qui veille à la création des conditions de plein emploi pour tous les citoyens, ainsi qu'au progrès moral et matériel de la population rurale et urbaine qui travaille ». Dans l'ordre constitutionnel français, il figure parmi les *principes particulièrement nécessaires à notre temps* consacrés par la Constitution de 1946 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. »

Le respect de ces deux aspects du travail repose sur les garanties de l'accès à l'emploi **(a)** et contre la perte de l'emploi **(b)**.

a. L'accès au travail

Le droit au travail, étant un droit social, ne crée pas un droit subjectif. Une personne ne peut pas intenter une action en justice contre l'Etat pour l'obliger à lui fournir un emploi ou pour protester contre le refus d'embauche. La seule protection juridique est celle qui résulte de la protection de la liberté de travail, au sens positif, dans la mesure où elle exige que l'accès à l'emploi ait lieu sans contraintes ni entraves ni discriminations. *Accès sans contrainte* signifie que la personne doit décider

²⁸⁶⁹ A. MANESSIS, *Droits constitutionnels, t.1, Libertés individuelles*, Thessalonique, Sakkoulas, 1982, pp. 151 et s.

librement de travailler. Aussi la politique d'accès à l'emploi ne peut être fondée que sur la persuasion : « Le travailleur sera orienté et formé en fonction de ses vocations, de ses aptitudes et des débouchés ; les techniques utilisées de placement, de conversion ou de transfert relèveront de la persuasion par les facilités offertes et non de la contrainte²⁸⁷⁰. » *Accès sans entraves ni discriminations* signifie accès au travail sans prise en compte d'autres critères que la compétence professionnelle. Aussi la liberté de travail s'oppose-t-elle, par exemple, au refus abusif ou discriminatoire de délivrer une autorisation pour exercer une profession libérale, ou d'embaucher à un poste de travail offert dans le marché du travail. Elle s'oppose également aux limitations dans le choix du lieu, de la nature et de la durée de l'activité professionnelle.

Toutefois, concernant le travail salarial, la seule liberté dont on puisse parler est celle du demandeur d'emploi de disposer de sa force de travail sur le marché du travail. Pour ce qui est de la négociation des conditions de travail, le demandeur d'emploi étant la partie faible, il n'a pratiquement le pouvoir que d'accepter ou de refuser celles proposées par l'employeur. En effet, si les droits nationaux accordent une importance fondamentale au contrat de travail, censé exprimer l'accord libre de deux volontés autonomes²⁸⁷¹, la doctrine ne manque pas de souligner le caractère illusoire d'une telle conception du contrat. En réalité, dans un contrat de travail, les rapports entre les parties sont essentiellement inégalitaires : « L'employeur impose seul les conditions auxquelles le salarié n'a que le droit d'accepter ou de refuser²⁸⁷². » Par ailleurs, juridiquement, les relations résultant de ce contrat sont caractérisées par la subordination du salarié vis-à-vis de son employeur²⁸⁷³. Cela est exprimé par la définition même du contrat de travail comme « engagement d'une personne à travailler pour le compte et sous la subordination d'une autre, moyennant une rémunération ».

En réalité, il s'agit d'un contrat-adhésion du salarié à un statut largement préétabli par l'employeur et les conventions collectives. Cependant, on estime qu'il faut y attacher une importance fondamentale, ce serait-ce que d'ordre psychologique²⁸⁷⁴, dans le respect de la liberté de la personne et de sa dignité²⁸⁷⁵.

Toujours est-il que, quelle que soit l'importance accordée au contrat de travail dans le respect de la liberté du travail, son importance capitale est indéniable dans la garantie des droits du travailleur. Le contrat de travail est « la source normale et quasi-exclusive d'acquisition et de détermination du

²⁸⁷⁰ G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *Droit du travail*, 14e éd. préc., p. 130.

²⁸⁷¹ A. ROUAST et P. DURAND, *Précis du droit du travail*, Paris, Dalloz, 1957, p. 498.

²⁸⁷² G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *Droit du travail*, 14e éd. préc., p. 175.

²⁸⁷³ G. COUTURIER, *Droit du travail, t.1, Les relations individuelles au travail*, préc., p. 74.

²⁸⁷⁴ G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *Droit du travail*, préc., p. 176.

²⁸⁷⁵ G. COUTURIER, *Droit du travail, t.1, Les relations individuelles au travail*, préc., p. 126.

statut de salarié²⁸⁷⁶ » et, de fait, le fondement du droit à faire prévaloir des garanties protectrices de ce statut prévues par le droit du travail.

b. Les garanties contre la perte de l'emploi

Ces garanties diffèrent suivant qu'il s'agisse d'une perte définitive ou provisoire de l'emploi et d'une profession libérale ou d'un travail salarial. S'agissant d'une profession libérale, les garanties résident dans la réglementation des modalités de la suspension ou du retrait de l'autorisation d'exercer une profession ou d'exploiter une entreprise. S'agissant d'un travail salarial, elles résident dans la réglementation de la suspension et de la rupture du contrat de travail. Ainsi, le droit du travail impose de suspendre seulement le contrat de travail en cas d'inexécution de la prestation de travail pour des motifs légitimes : maternité, accident du travail, événements familiaux, exercice d'un droit comme le droit au congé sabbatique, au congé parental d'éducation, etc²⁸⁷⁷. Cela permet d'éviter la rupture de contrat de travail et de maintenir tout ou partie des droits du salarié. Quant à la rupture du contrat de travail, elle est réglementée de manière à éviter les licenciements abusifs. Le licenciement ne peut avoir lieu qu'à l'issue d'une procédure (délai de préavis, convocation à un entretien, notification des motifs) et pour des motifs légitimes, réels et sérieux. Le motif abusif ouvre au salarié le droit à sa réintégration ou le droit à des dommages et intérêts.

2. La garantie européenne

Le droit au travail, la liberté de travail ou la rémunération équitable ne sont pas expressément consacrés par la Convention. Ces aspects font l'objet de protection au sein de la *Charte sociale européenne* qui est le pendant de la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine de la protection des droits sociaux et économiques. Ces aspects trouvent cependant une certaine protection au sein de la Convention par l'applicabilité des dispositions des articles 6 §1 et 1 du Protocole n°1 dans des litiges relatifs à certains aspects du travail. Après la présentation des conditions d'applicabilité de ces dispositions **(a)**, nous déterminerons le champ de leur application **(b)**.

a. L'applicabilité de la Convention par le biais de la notion de biens et des droits civils

C'est en se basant sur le *fondement contractuel* et/ou sur le *caractère patrimonial des litiges* relatifs à l'activité professionnelle et aux droits dérivés, que la Cour a considéré que certains d'entre

²⁸⁷⁶ *Ibid.*

²⁸⁷⁷ Voir parmi les articles du Code du travail : maladie (L. 12226-7 à L.1226), congé de maternité (L1225-16 à L1225-28), Congé de paternité, Congés d'adoption, Congés d'éducation des enfants, Congé pour enfant malade et Congé de présence parentale (L1225-35 à 1225-69). Voir aussi, *Répertoire de droit social*, « Suspension du contrat », Fascicule 28-10, 11, 1993.

eux se situent *rationne materiae* dans le champ d'application de la Convention. De tels litiges peuvent présenter des aspects constitutifs des notions de « droits civils » au sens de l'article 6 §1 de la Convention, mais aussi du droit au respect des biens au sens de l'article 1 du Protocole n° 1.

Dans un premier temps, la Cour s'est essentiellement appuyée sur le fondement contractuel des litiges pour retenir le caractère civil d'un nombre d'entre eux rendant applicable l'article 6 §1 : le contrat entre un médecin et ses clients²⁸⁷⁸, entre un commerçant et ses clients²⁸⁷⁹ et certes le contrat de travail. Celui-ci créé une « relation juridique privée entre l'employeur et le salarié » et « tombe manifestement dans la sphère du droit privé²⁸⁸⁰ ». Mais très vite la Cour a accordé une place dominante au critère de la *nature patrimoniale de l'objet du litige* pour étendre l'application de la Convention à des droits dérivés de l'exercice d'une activité professionnelle (salariale, libérale, commerciale ou dans le secteur public), autre que le droit à la rémunération. Cette évolution a été marquée dans deux arrêts rendus le 29 mai 1986 : l'arrêt *Feldbrugge*²⁸⁸¹ et l'arrêt *Deumeland*²⁸⁸². Le premier concernait le droit aux *allocations d'assurance maladie*, et le second, le droit à une *pension du régime d'assurance accident*. La Cour a estimé qu'elles figurent parmi les modalités de relation entre employeur et employé. Elles sont « un substitut de la rémunération », et à ce titre, elles constituent des « moyens d'existence » et peuvent présenter une « importance souvent capitale » pour un « salarié incapable de travailler pour des raisons de santé, ne disposant d'aucune autre source de revenu²⁸⁸³ ». Dans l'arrêt *Salesi* (1993), cette instance a affirmé l'applicabilité de l'article 6 §1 dans le contentieux de la sécurité sociale en général. Tout en admettant qu'il y a des différences entre les allocations d'aide sociale et les prestations d'assurance sociale, elle a estimé : « On ne saurait les tenir pour fondamentales au stade actuel du développement du droit de la sécurité sociale²⁸⁸⁴ ». La créance peut être légale. C'est dire qu'une personne peut être détentrice d'un droit patrimonial et, par conséquent civil, dès lors qu'une loi le prévoit de manière claire. Ce qu'exige la Cour, est que la créance soit certaine et exigible et non hypothétique²⁸⁸⁵.

²⁸⁷⁸ « Même conventionnée, la profession de médecin n'est pas un service public : une fois autorisé, le médecin est libre de pratiquer ou non, et il assure le traitement de ses patients sur la base d'un contrat passé avec eux », CEDH, *König c. Allemagne*, n° 6232/73, 28 juin 1978, Série A, n° 27.

²⁸⁷⁹ CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, 23 juin 1981, Série A n° 43, § 48.

²⁸⁸⁰ CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, n° 8562/79, 29 mai 1986, Série A n°99, § 38. Voir CEDH, *Deumeland c. Allemagne*, n° 9384/81, 29 mai 1986, Série A n° 100, § 72.

²⁸⁸¹ CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, préc.

²⁸⁸² CEDH, *Deumeland c. Allemagne*, précité.

²⁸⁸³ CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, préc., § 37. C'est ce raisonnement qui avait été suivi dans l'arrêt *Deumeland* mais aussi dans l'arrêt *Duclos* à propos des *indemnités et allocations familiales* dues à un accident. « Le but de ces procédures est la détermination du contrat d'assurance applicable au requérant souscrit par son employeur et prévoyant le versement d'indemnités en cas d'accident », avait déclaré la Cour dans ce dernier arrêt (CEDH, *Duclos c. France*, 20940/92, 17 déc. 1996, Recueil 1996-VI).

²⁸⁸⁴ CEDH, *Salesi c. Italie*, n° 13023/87 26 février 1993, Série A, n° 257-E.

²⁸⁸⁵ CEDH, *Saggio c. Italie*, n° 41879/98, CEDH 2001-X. Voir °CEDH, *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, n° 8543/79, 26 juin 1986, Série A n° 101, § 41.

Par cette approche, la Cour a pu étendre l'applicabilité de l'article 6 §1 à tous les litiges relatifs aux droits sociaux de nature patrimoniale aussi bien à des *revenus de remplacement du salaire* qu'à des *aides sociales* comme l'allocation d'autonomie pour adulte handicapé (en droit français)²⁸⁸⁶ ou les allocations compensatrices pour hébergement des personnes dépendantes en raison de handicap ou de grand âge (droit français²⁸⁸⁷ et droit italien²⁸⁸⁸). Par cette même approche, la Cour a également appliqué l'article 6 §1 dans le domaine de la fonction publique dès lors que l'enjeu de certains litiges tels que le paiement d'un salaire²⁸⁸⁹, d'une pension²⁸⁹⁰, des indemnités de maladie²⁸⁹¹, sont purement ou essentiellement patrimoniaux. Avec cette limite émise depuis l'arrêt *Pellegrin* (1999) : demeurent hors du champ d'applicabilité de l'article 6 §1²⁸⁹² les litiges relatifs au recrutement, à la carrière et à la cessation de carrière des agents dont « l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique ». Tel est notamment le cas des emplois dans les forces armées et dans la police²⁸⁹³.

L'intérêt du critère de la nature patrimoniale des litiges est important. Cette qualification permet de faire bénéficier les droits sociaux et économiques de la protection non seulement procédurale de l'article 6§1 mais aussi de la garantie substantielle requise par l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention. Ce dernier prévoit que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». Il permet alors à la Cour de contrôler la *légitimité* et la *proportionnalité* des restrictions²⁸⁹⁴. Les ingérences doivent être justifiées « pour cause d'utilité publique » ou « d'intérêt général » comme la protection des droits d'autrui ou la bonne administration de la justice²⁸⁹⁵ et doivent être proportionnelles. Dès lors, dans le cas d'exercice des droits patrimoniaux relevant de la protection de

²⁸⁸⁶ Le requérant alléguait en particulier la violation de l'article 6 §1 de la Convention et de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, en raison du refus d'octroi d'une allocation pour adulte handicapé et de la durée de la procédure subséquente, CEDH, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, CEDH 2003-IX.

²⁸⁸⁷ Allocation compensatrice pour l'hébergement des personnes invalides (*Solana c. France* (n° 21542/93), Commission, décision 30 nov. 1994).

⁷³ Allocation aux familles qui occupent à domicile de handicapés membres de leurs foyers, CEDH, *Mennitto c. Italie* [GC], n° 33804/96, CC, CEDH 2000-X.

²⁸⁸⁹ CEDH, *De Santa c. Italie*, n° 25574/94, 2 sept. 1997, Recueil 1997-V, § 18.

²⁸⁹⁰ CEDH, *Francesco Lombardo c. Italie*, n° 11519/85, 26 nov. 1992, Série A n° 249-B, § 17 ; CEDH, *Massa c. Italie*, n° 14399/88, 24 août 1993, Série A n° 265-B, § 26.

²⁸⁹¹ CEDH, *Calvez c. France*, n° 25554/94, 29 juill. 1998, Recueil 1998-V.

²⁸⁹² CEDH, *Neigel c. France*, n° 18725/91, 17 mars 1997, Recueil 1997-II, § 43 ; CEDH, *Huber c. France*, n° 26637/95, 19 février 1998, Recueil 1998-I.

²⁸⁹³ CEDH, *Pellegrin c. France* ([GC], n° 28541/95, CEDH 1999-VIII).

²⁸⁹⁴ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

²⁸⁹⁵ CEDH, *Saggio c. Italie*, préc., § 29 ; CEDH, *Azinas c. Chypre*, n° 56679/00, CEDH 2002-VI ; CEDH, *Kjartan Asmundsson c. Islande*, n° 60669/00, CEDH 2004-X, § 17.

l'article 1 du Protocole n° 1, les ingérences doivent non seulement être légitimes et proportionnelles aux buts recherchés mais doivent aussi ne pas être discriminatoires²⁸⁹⁶.

b. Les droits protégés par l'application de la Convention

Par l'application des notions de « droit civil » et de « biens », se trouvent consacrés au sein de la Convention le droit d'accès à une activité professionnelle, le droit de continuer à exercer une activité professionnelle, ainsi que le droit à la rémunération et à d'autres moyens de subsistance.

Le droit d'accès à une activité professionnelle

C'est à propos de la soumission de l'exercice des professions libérales et d'activités commerciales à une autorisation préalable que la Cour a eu l'occasion de reconnaître que, la liberté de travail et le droit au travail impliquent la garantie de l'accès à l'exercice d'une activité professionnelle. En l'occurrence, ils impliquent le droit pour l'intéressé, à obtenir l'autorisation d'ouvrir un commerce²⁸⁹⁷ et d'exercer une profession, du moment où il réunit les conditions requises²⁸⁹⁸. Le respect donc de cette liberté et de ce droit consiste en l'absence d'entraves illégitimes ou disproportionnées aux buts légitimes poursuivis par la soumission de l'accès au travail et de la liberté d'entreprendre à une autorisation ainsi qu'à l'absence de discriminations²⁸⁹⁹ dans les domaines relevant du champ d'application de l'article 6§1. Son respect consiste également en l'absence de discriminations. Ce qui a confirmé la Cour s'agissant d'une embauche dans le secteur privé en acceptant d'examiner un recours pour violation de l'article 6 §1 dans le cadre d'un litige relatif au refus d'une embauche basé selon la requérante, sur des critères sexuels²⁹⁰⁰.

Le droit de continuer à exercer une activité professionnelle

Considérant que les litiges relatifs à la perte définitive, et à des interruptions temporaires d'une activité professionnelle, ont des incidences sur des moyens d'existence et, par conséquent, sur des droits civils, la Cour a reconnu que le droit de continuer à exercer une activité professionnelle se trouve également garanti par la Convention. Aussi, constituent une atteinte à ce droit : le *retrait de*

²⁸⁹⁶ CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, 16 sept. 1996, Recueil 1996-IV ; CEDH, *Koua Poirrez c. France*, préc. ; CEDH, *Willis c. R.U.*, n° 36042/97, CEDH 2002-VI.

²⁸⁹⁷ Droit d'obtenir l'autorisation d'ouvrir un commerce (à l'occasion du refus d'une autorisation d'ouvrir une pharmacie), CEDH, *G.S. c. Autriche*, n°26297/95, CEDH 1999-I.

²⁸⁹⁸ « Lorsqu'un législateur subordonne à certaines conditions l'admission à une profession et que l'intéressé y satisfait, ce dernier possède un droit d'accès à la profession... déjà qualifié par la Cour de "civil" au sens de l'article 6 §1 », CEDH, *De Moor c. Belgique*, n° 16997/90, 23 juin 1994, Série A n° 292-A, § 43, § 47. Ce droit avait été déjà consacré dans l'arrêt *Kraska c. Suisse*, n° 13942/88, 19 avril 1993, Série A, n° 254-B, §24 ; CEDH, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV.

²⁸⁹⁹ CEDH, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], préc.

²⁹⁰⁰ Précisément sur des recours intentés par la requérante pour harcèlement sexuel contre un ex-supérieur, CEDH, *Fogarty c. R.U* [GC], n° 37112/97, CEDH 2001-XI.

l'autorisation d'exploiter une clinique²⁹⁰¹ et la suspension d'une telle autorisation²⁹⁰² ; les poursuites disciplinaires afin de prononcer la suspension du droit d'exercer ou la radiation de l'ordre pour les professions réglementées (telles que la profession de médecin²⁹⁰³ et d'avocat²⁹⁰⁴) ; et dans le cadre du travail salarial, la suspension du contrat de travail²⁹⁰⁵, la non requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée²⁹⁰⁶, et le licenciement²⁹⁰⁷.

On peut alors déduire que, à part la limite posée par la Cour concernant la catégorie des fonctionnaires, l'ensemble des litiges relatifs à l'accès à une activité professionnelle, à son exercice (évolution d'une carrière, promotions, suspensions et autres sanctions) et à sa fin (licenciement, révocation, radiation, cessation, fermeture) portent sur des droits de caractère patrimonial et, par conséquent, sur des droits civils. Ils tombent alors dans le champ de protection du droit au procès équitable, du droit au respect des biens et de l'interdiction des discriminations.

La rémunération et autres moyens de subsistance

En ce qui concerne les litiges relatifs à la rémunération ayant un fondement contractuel, la Cour a affirmé que leur « caractère civil ne soulève aucun doute²⁹⁰⁸ » au sens de l'article 6 §1 de la Convention. A la lumière de sa jurisprudence, ne soulève aucun doute non plus, le caractère civil des litiges relatifs à des droits sociaux liés ou pas à une prestation rémunérée. Bien que de fortes réserves aient été exprimées par certains juges de la Commission dans l'affaire *Feldbrugge*, y voyant une interprétation extensive de la notion de « bien », afin d'inclure dans le champ d'application de la Convention des droits de caractère social et économique²⁹⁰⁹, l'applicabilité de l'article 6 §1 dans les litiges sur des droits sociaux, constitue aujourd'hui la règle²⁹¹⁰.

²⁹⁰¹ CEDH, *König c. Allemagne*, préc., §§ 91-95.

²⁹⁰² La suspension « tendant à ôter temporairement le droit de pratiquer » constitue « à n'en pas douter... une ingérence directe et substantielle dans l'exercice du droit de continuer à pratiquer l'art médical », CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, préc.

²⁹⁰³ Le contentieux disciplinaire dont l'enjeu est le droit de pratiquer la médecine à titre libéral (mis en cause par des suspensions et des blâmes) donne lieu à des « contestations sur des droits de caractère civil », CEDH, *Gautrin et autres c. France*, nos 21257/93 à 21260/93, 20 mai 1998, Recueil 1998-III. Il en est de même du retrait d'autorisation de pratiquer la médecine, CEDH, *Kraska c. Suisse*, préc.

²⁹⁰⁴ Le droit d'exercer la profession d'avocat est un droit de caractère civil (mis en cause par une sanction de suspension) ; par conséquent, le contentieux disciplinaire dont l'enjeu est le droit de continuer à exercer une profession donne lieu à une contestation sur des droits de caractère civil (art. 6), CEDH, *W.R. c. Autriche*, n° 26602/95, CEDH 1999-XII ; la radiation du barreau constitue une ingérence dans le respect des biens, CEDH, *Döring c. Allemagne (déc.)*, n° 37595/97, 9 nov. 1999.

²⁹⁰⁵ « Le litige d'une suspension concerne sans contredit des rapports de droit privé entre employeur et travailleur ; partant, il revêt un "caractère civil" au sens de l'article 6 §1 qui, par conséquent, s'applique en l'espèce », CEDH, *Obermeier c. Autriche*, n° 11761/85, 28 juin 1990, Série A n° 179, § 67.

²⁹⁰⁶ R n°21012/92, (*Bouakkadia c. France*), 18.10.1995.

²⁹⁰⁷ « Un différend issu du licenciement... présente, lui aussi, à l'évidence, pareil "caractère civil" », *Ibid.* Aussi CEDH, *Neshev c. Bulgarie*, n° 40897/98, CEDH 2004-I.

²⁹⁰⁸ CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, préc., § 38. Voir CEDH, *De Santa c. Italie*, préc., § 18.

²⁹⁰⁹ CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, préc.

²⁹¹⁰ CEDH, *Salesi c. Italie*, préc., § 19. Voir CEDH, *Kerojärvi c. Finlande*, préc., § 36.

En effet, la Cour a jugé qu'entrent dans le champ d'application de la Convention : les litiges relatifs à la *rémunération directe* (comme, le rappel de salaire, les indemnités de licenciement²⁹¹¹, les congés impayés²⁹¹²), les litiges relatifs aux *revenus de remplacement* (indemnités d'accidents²⁹¹³, indemnités de congés de longue maladie²⁹¹⁴, pensions d'invalidité²⁹¹⁵, pensions de retraite²⁹¹⁶, indemnités de licenciement²⁹¹⁷, rente viagère²⁹¹⁸, allocations de chômage²⁹¹⁹, allocations veuvage²⁹²⁰), les litiges relatifs aux *allocations d'aide sociale* (allocations d'invalidité²⁹²¹, allocations d'autonomie pour personnes dépendantes²⁹²², allocations compensatrices pour hébergement des personnes dépendantes en raison de handicap ou de grand âge prévus en droit français²⁹²³ et en droit italien²⁹²⁴).

C'est à la lumière de la protection de l'ensemble de ces aspects relatifs à la liberté de travail et au droit au travail que nous essaierons de déterminer dans quelle mesure les détenus jouissent ou pas d'une protection comparable à celle assurée aux demandeurs d'emploi ou travailleurs libres. Mais nous pouvons d'ores et déjà émettre l'hypothèse que l'importance déterminante accordée au caractère patrimonial de l'objet des litiges peut s'avérer capitale dans la protection des droits des détenus relatifs au travail. Le fait que ceux-ci exécutent leur travail sans contrat ne doit pas exclure de la protection de la Convention les litiges relatifs à l'accès au travail, à sa perte, à la non-garantie de la rémunération, ou à des droits sociaux dérivés du travail.

B. Le statut particulier de détenu « travailleur »

²⁹¹¹ CEDH, *Mortier c. France*, n° 2195/98, CEDH 2001-VI.

²⁹¹² A propos des actions (après fermeture d'établissement) à des fins de paiement des sommes dues à titre de salaires et des congés non payés, CEDH, *Saggio c. Italie*, préc.

²⁹¹³ Selon une opinion dissidente au sein de la Commission émise dans le Rapport sur l'affaire *Feldbrugge c. Belgique*, n° 8596/79, 8 juillet 1980, cette application allait de soi. La Commission a confirmé cette thèse dans son rapport sur l'affaire *A. Diellos c. France*, n° 20940/92, 20941/92 et 20942/92, 17 mars 95, § 33.

²⁹¹⁴ CEDH, *Benkessiover c. France*, n° 26106/95, 24 juillet 1998, Recueil 1998-V (à propos d'un fonctionnaire).

²⁹¹⁵ CEDH, *Schulte-Zraggen*, n° 14518/89, 24 juin 1993, Série A, n° 263 ; CEDH, *Massa c. Italie*, préc., § 26 ; CEDH, *Kjartan Asmundsson c. Islande*, préc.

²⁹¹⁶ CEDH, *Antonakopoulos, Vorstsela et Antonakopoulou c. Grèce*, n° 37098/97, CEDH 1999-XII ; CEDH, *Azinas c. Chypre*, préc.

²⁹¹⁷ CEDH, *Mortier c. France*, préc. ; CEDH, *Focias c. Roumanie*, n° 2577/02, CEDH 2005-II.

²⁹¹⁸ CEDH, *Kerojärvi c. Finlande*, préc., § 36.

²⁹¹⁹ Puisqu'une telle reconnaissance a eu lieu à propos des allocations d'urgence qui succèdent à la fin des indemnités de chômage, CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, préc.

²⁹²⁰ CEDH, *Willis c. R.U.*, préc.

²⁹²¹ CEDH, *Salesi c. Italie*, préc., § 19.

²⁹²² Allocation d'autonomie pour adulte handicapé et l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité prévues en droit français, mises en cause dans l'arrêt *Koua Poirrez*, précité : le requérant alléguait en particulier la violation de l'article 6 §1 de la Convention et de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, en raison du refus d'octroi de ces allocations fondé sur sa nationalité et de la durée de la procédure subséquente.

²⁹²³ Allocation compensatrice pour l'hébergement des personnes invalides, D n° 21542/93, (*Solana c. France*), 30 nov. 1994.

¹³⁸ Allocation aux familles qui s'occupent à domicile de handicapés membres de leurs foyers, CEDH, *Mennitto c. Italie* [GC], préc.

Nous allons constater qu'encore aujourd'hui, tant au sein des droits nationaux, qu'au sein de la jurisprudence européenne, la situation du détenu est caractérisée par des différences significatives par rapport aux personnes libres²⁹²⁵, tant au regard du droit au travail et de la liberté de travail **(1)**, que du statut de « travailleur » **(2)**.

1. Particularités au regard du droit au travail et de la liberté de travail

Qu'il s'agisse de l'accès au travail **(a)** ou de la non-privation du travail **(b)**, le détenu est loin de jouir de la garantie de la législation commune.

a. Les atteintes à l'accès au travail

L'accès au travail assuré par le respect de la liberté de travail ou par la politique de l'emploi est dans le cas des détenus soumis à des restrictions considérables par rapport aux demandeurs d'emploi à l'extérieur.

Tout d'abord, la liberté d'accès au travail implique, d'une part, l'accès sans autorisation préalable, et d'autre part, l'accès sous un contrat librement signé entre l'employeur et l'employé. Or, l'accès des détenus au travail ne jouit d'aucune de ces deux garanties. La liberté de travail est loin d'être assurée aux détenus, y compris dans le droit français où l'accès au travail est laissé à leur initiative.

L'accès sous autorisation

Alors que la demande et l'offre d'emploi doivent être librement enregistrés dans le marché du travail, dans le cas des détenus, les deux sont soumis à l'autorisation préalable des autorités pénitentiaires.

Pour que les demandes d'emploi des détenus aboutissent aux postes offerts, elles doivent obtenir l'autorisation préalable et explicite du directeur de la prison. Cela est clairement affirmé dans le droit français : « En fonction des besoins exprimés par le concessionnaire, ils (les détenus) sont désignés par le chef d'établissement parmi les demandeurs d'emploi²⁹²⁶. » En droit grec, cette condition n'est pas moins explicite dès lors que le droit pénitentiaire prévoit que la décision d'affecter un détenu à un poste de travail appartient au Conseil de travail des détenus qui est composé de 5 membres (art. 41 §3 C. pénit.). Par ailleurs, les offres d'emploi par des employeurs privés sont également soumises

²⁹²⁵ Le nombre de ces particularités est également souligné par la Sénat français qui a formulé des propositions afin de « normaliser » le travail des détenus en rapprochant le statut juridique des détenus au travail du statut juridique de salarié au sein du droit commun, SENAT, *Prison : le travail à la peine*, préc.

²⁹²⁶ *Le travail en prison : contrat de concession*, Ministère de la justice, DAP, doc. 24 nov. 1987.

à l'autorisation préalable de l'administration pénitentiaire. En droit français, il est précisé que « par le contrat de concession, l'administration pénitentiaire autorise une entreprise à employer des détenus demandeurs d'emploi et met à sa disposition des locaux appropriés à son industrie²⁹²⁷ ». Et en 2007, il a été jugé nécessaire de préciser que « aucun genre de travail ne peut être adopté à titre définitif s'il n'a été préalablement autorisé par le directeur interrégional des services pénitentiaires » (art. D 102 al.1, CPP²⁹²⁸). En droit grec, c'est après l'entente préalable entre le conseil de la prison et les employeurs publics ou privés que les détenus peuvent travailler pour ces derniers (art. 41 §5 C. pénit.).

Ces offres sont, de surcroît, centralisées à la direction de chaque établissement pénitentiaire qui a le monopole de l'embauche des détenus. Par conséquent, l'employeur privé ne peut atteindre le détenu demandeur d'emploi autrement que par l'enregistrement de son offre par l'administration pénitentiaire.

Les restrictions dans la liberté des employeurs et des détenus demandeurs d'emploi s'étendent également au moment du recrutement. La liberté des employeurs est restreinte du fait que la décision du choix des candidats ne lui appartient pas. Les détenus ne sont pas nominativement désignés dans le contrat de concession. En droit français, par exemple, l'employeur n'a que la possibilité de demander le déclassement d'un détenu qui, après une période suffisante de formation ou d'emploi, manifesterait une inaptitude ou une insuffisance professionnelle.

Quant à la liberté des détenus, elle est réduite au devoir du directeur de la prison de tenir compte, lors de leur affectation à un poste de travail, des souhaits exprimés par eux²⁹²⁹. En droit grec, cette liberté des détenus est encore plus réduite. Car, s'ils sont entendus par le Conseil de travail des détenus (qui existe dans chaque établissement) avant la décision de leur affectation à un poste de travail, ils sont obligés d'accepter le poste de travail proposé par ce Conseil (art. 41 §3). Sauf si la nature du travail risque de porter un « préjudice grave et permanent à la santé » (art. 40 §2). La seule liberté dont ils disposent est leur choix de travailler ou non au service général de la prison (art. 41 §4) et leur choix de suivre ou non un programme de formation professionnelle et un enseignement (art. 40 §4).

²⁹²⁷ *Contrat de concession*, Ministère de la justice, DAP, doc. 14 janvier 1986,

²⁹²⁸ Décret n° 2007-931 du 15 mai 2007.

²⁹²⁹ « L'affectation à un poste de travail résulte d'une décision administrative de classement prise par le chef d'établissement au vu d'une demande dans laquelle, le détenu explicite ses souhaits et ses motivations », *Travail dans la Prison : réponses au questionnaire de l'institut de recherche des Nations-Unies sur la défense sociale*, Document de la Direction de l'Administration pénitentiaire, Ministère de la justice, 24 nov. 1987, p.11.

Une autre atteinte, officieuse à l'accès au travail, est celle signalée aussi bien pour la Grèce que pour la France : le traitement défavorable d'une nouvelle demande de travailler des détenus ayant précédemment refusé un poste de travail proposé²⁹³⁰.

L'accès sans contrat de travail

Alors que toute activité professionnelle doit être exécutée en vertu d'un contrat librement signé entre les deux parties, tel n'est pas le cas dans le travail des détenus ni en droit français ni en droit grec.

En droit français, il est expressément prévu que « les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail²⁹³¹ ». En effet, ni dans le système de la Régie industrielle des établissements pénitentiaires (R.I.E.P.) et du service général²⁹³², où l'employeur est l'Etat, ni dans le système concessionnaire dans lequel les employeurs sont des personnes privées, le travail des détenus n'est fondé sur un contrat. Dans ce dernier système, un contrat est signé, mais non entre les détenus et les employeurs. Le signature pour le compte des détenus change selon la durée de la concession proposée ou selon le nombre des détenus employés. Lorsque la concession est accordée pour une durée supérieure à trois mois ou pour un effectif supérieur à cinq détenus, le contrat est signé entre le directeur régional et le représentant de l'entreprise concessionnaire. Dans les autres cas, il est signé entre le chef de l'établissement et le concessionnaire (art. D. 104 CPP). De plus, il s'agit d'un contrat de type spécial, précisément, d'une « convention » qui fixe les conditions d'emploi et de rémunération du travail des détenus (art. D. 103, al. b CPP), conformément aux clauses et conditions générales arrêtées par le ministre de la Justice (art. D. 104, al. a CPP). De même, le travail des détenus effectué dans le cadre d'une association agréée ne repose pas sur un contrat (art. D. 103, al. b CPP). Le travail effectué à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire constitue la seule exception (loi du 2 janvier 1990). Elle se limite donc aux détenus bénéficiaires de mesures de placement à l'extérieur et de semi-liberté. *Le droit grec*, bien qu'il soit silencieux sur cette question, ne se démarque pas du droit français. Le travail des détenus s'exécute également sans contrat.

Or, nous estimons que, si l'absence de contrat de travail signé directement entre employeurs et détenus, et le mode de recrutement de ces derniers, ne sont pas suffisants pour qualifier le travail des

²⁹³⁰ Sur les 19 directeurs de prison en Grèce qui ont répondu à cette question, seulement 7 ont nié absolument l'application d'une telle sanction pour les détenus condamnés. Les 12 autres personnes sont partagées entre son application systématique ou non-systématique, N. KOULOURIS, « Aspects juridiques du travail obligatoire dans les prisons helléniques- une première approche interdisciplinaire », in Y. PANOUSSIS, Y. LYXOURIOTIS, S. KOUTSOMPINAS, N. KOULOURIS, *La notion de travail obligatoire au sens de la CEDH et l'anticonstitutionnalité du travail des détenus selon la Constitution hellénique*, préc.

²⁹³¹ Article 720 al. c et D.103 al. b CP.

²⁹³² « En vue de maintenir en état de propreté les locaux de la détention et d'assurer les différents travaux ou corvées nécessaires au fonctionnement des services » (art. D. 105 al. a., CPP).

détenus de travail « forcé » ou « obligatoire » au sens de la Convention, ces conditions affectent certainement la liberté de travail au sens large du terme. D'ailleurs, une partie de la doctrine française, qui distingue les « rapports contractuels » des « situations réglementaires » de travail²⁹³³ et considère que ces dernières sont des situations de travail imposées par des mesures autoritaires, classe le travail des détenus parmi ces dernières²⁹³⁴. Les répercussions de l'absence de contrat de travail vont bien au-delà de l'atteinte à la liberté du travail.

Le contrat de travail étant déterminant pour le statut de salarié, son absence empêche le détenu d'acquiescer le statut de salarié et le prive de la protection des dispositions du droit du travail, relatives à la garantie de l'emploi et aux droits des salariés. A ce propos, notons qu'une des critiques portées à la loi française ayant supprimé l'obligation des détenus à travailler (loi n° 87-432 du 22 juin 1987), a été de manquer l'objectif de garantir l'égalité aux détenus qui travaillent : « A partir du moment où un détenu travaille, il doit être considéré comme un travailleur et bénéficier des protections auxquelles ont droit les salariés²⁹³⁵. »

Dans l'avant projet de la loi pénitentiaire préparé en 2002, les rédacteurs avaient adopté une approche du droit du travail fondée sur le principe du sens juridique limité de la peine privative de liberté au seul droit d'aller et venir. Partant, ils recommandaient de créer un contrat de travail pour les détenus avec une rémunération minimale de 50% du Smic, 35 heures hebdomadaires ainsi qu'un droit aux congés payés.

Mais avant de nous pencher sur les répercussions précises de l'absence de contrat de travail, il convient de relever également les restrictions de l'accès des détenus au travail qui sont dues à la politique de l'emploi suivie dans les prisons.

Les entraves de la politique de l'emploi

Ni en droit grec ni en droit français où l'obligation des détenus à travailler est supprimée, on ne peut encore parler de reconnaissance du droit au travail. Il en serait ainsi si ce droit était expressément consacré et si l'obligation de l'Etat de mettre en place une politique d'emploi pour garantir son exercice effectif était clairement affirmée à l'instar par exemple du droit espagnol. L'article 25.2 de la Constitution espagnole prévoit expressément que le condamné « ...aura droit à un travail rémunéré et au bénéfice correspondant à la sécurité sociale... »²⁹³⁶. Or, de telles dispositions

²⁹³³ A. ROUAST et P. DURAND, *Précis du droit du travail*, préc., p. 502.

²⁹³⁴ *Ibid.*, p. 501.

²⁹³⁵ JO, Assemblée Nationale, Séance du 11 juin 1987, p. 2257.

²⁹³⁶ L'article 100 du Code pénal espagnol, prévoit un jour de remise de peine pour deux jours de travail, et le tribunal constitutionnel a interprété cette disposition et celles des articles 26 de la loi générale pénitentiaire et 182 du règlement pénitentiaire qui réglementent sa mise en oeuvre, dans le sens suivant : ces dispositions consacrent l'obligation de l'Etat d'organiser le service nécessaire afin de fournir à tous les détenus un poste de

sont absentes dans les droits grec et français, et la politique d'emploi poursuivie en prison non seulement ne permet pas d'atteindre l'objectif de plein emploi, mais en plus, porte atteinte à l'égalité des chances d'accès à l'emploi entre les personnes détenues et les personnes libres.

L'accès effectif des détenus au travail

Si le chômage est un problème commun à toute la société en Europe, son taux dans les prisons est sans commune mesure. En France et en Grèce, il est supérieur à 50 % de la population carcérale. En France selon les données communiquées par le service de presse du Ministère de la Justice le 19 octobre 2006, seuls 21.500 détenus ont touché une quelconque rémunération sur plus de 60.000 détenus. En Grèce, en 1991, la dernière année pour laquelle nous disposons de données, seulement 219 détenus travaillaient à la prison de Korydallos sur plus de 4 000 détenus. Ce qui n'a pas dû beaucoup évoluer. En 2001, le CPT a constaté que dans la prison la plus grande de Grèce qui hébergeait 2 071 détenus, seuls 371 travaillaient²⁹³⁷.

Notons au passage que ce taux d'inoccupation serait, ainsi que l'a souligné le Conseil économique et social français, la motivation principale du législateur français d'honorer le principe d'interdiction du travail forcé et obligatoire à l'égard des détenus, faite pour l'administration pénitentiaire de rendre effective l'obligation des détenus à travailler²⁹³⁸.

Ce taux élevé du chômage des détenus s'explique par des causes supplémentaires spécifiques à la prison qui, par ailleurs, affectent l'égalité d'accès au travail. Les types des travaux proposés aux détenus ne sont pas comparables à ceux auxquels ont accès les demandeurs d'emploi à l'extérieur. Le Conseil économique et social français soulignait encore, en 1989, la médiocre qualité que représentent les travaux proposés : « Le plus souvent les postes proposés sont des tâches répétitives et dénuées d'intérêt de sorte qu'elles ne présentent pas de valeur préparatoire à un avenir professionnel²⁹³⁹ ». Il constatait en effet que, si 65 % des détenus étaient employés à des activités productives, ils étaient 27 % à être employés à des activités dites « occupationnelles » à savoir, à des activités qui concernent l'entretien et la vie quotidienne de la prison. Quant aux activités productives, elles étaient plutôt de type artisanal²⁹⁴⁰. Le tableau dressé par l'étude du Sénat pour l'année 2000-

travail et le droit de ceux-ci à une activité rémunérée ou à un poste de travail dans la limite des possibilités du service pénitentiaire existant, E. RUBI-CAVAGNA, *Le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu*, préc., p. 255.

²⁹³⁷ CPT/Inf (2002) 31, *Rapport de visite*, Grèce, préc.

²⁹³⁸ Selon le Conseil économique et social « la réforme législative de 1987 a pour effet de prendre en compte la carence dont souffre l'administration pénitentiaire en supprimant l'obligation au travail qu'elle n'est pas en mesure d'assumer », in CES, 731/SG, *Travail et prison*, Rapport du 9.12.1987, p. 109.

²⁹³⁹ Avis adopté par le Conseil économique et social, séance 9.12.87, sur le « Travail et prison », *Revue pénitentiaire*, 1989, n°1, p. 63 et s.

²⁹⁴⁰ Fabrication des meubles, d'articles métalliques, de menuiserie, de confection, de paillage ; de même que les nouvelles activités tournées vers l'exportation (cosmétique, jouets, montages d'articles en plastique etc.).

2001 n'est pas très différent : « Le travail le plus répandu est malheureusement le façonnage ou travail à façon, le conditionnement, les petits assemblages, le tri d'oignons, la confection d'échantillons de moquettes, les échantillons de maquillage²⁹⁴¹. »

En Grèce, selon la seule enquête à notre connaissance réalisée sur cette question, entre 1991 et 1994, presque la moitié des détenus qui travaillaient étaient affectés à des travaux occupationnels²⁹⁴². Quant aux travaux productifs, ils y demeurent également de type artisanal²⁹⁴³ et les femmes étaient majoritairement occupées à des travaux de broderie et de tissage. Le Code pénitentiaire de 1999 prévoit que le Conseil de travail des détenus doit collaborer avec tous les partenaires professionnels et sociaux pour la recherche des emplois et des programmes de formation et d'éducation professionnelle, et devrait organiser dans la prison des travaux dans des conditions autant que possible similaires à l'extérieur (art. 40 §5).

Quant au travail à l'extérieur, qui aurait pu contribuer à parer à ces inconvénients d'investissement dans les prisons, nous constatons qu'en France le nombre de détenus qui travaillent à l'extérieur est extrêmement faible. En 2000, ils n'étaient que 1 382 affectés à ces régimes²⁹⁴⁴. Quant aux types de travaux auxquels ces détenus sont affectés, ils sont plutôt occupationnels. Ils consistent principalement en l'entretien des espaces verts, le débroussaillage des forêts, le marquage de sentiers de grande randonnée, la réfection d'ouvrages publics. En Grèce, les régimes de semi-liberté et de placement à l'extérieur, introduits seulement en 1989 (par le Code de règles fondamentales pour le traitement des détenus) et prévus par les articles 59 à 64 de l'actuel Code pénitentiaire, ne sont pas encore mis en œuvre.

Les principales raisons avancées pour expliquer l'inégalité de l'accès des détenus sont la dissuasion des investisseurs privés d'investir en prison et de renouveler les équipements pour des raisons pratiques (comme l'inadaptation des locaux) et budgétaires (faible rentabilité du travail des détenus à cause notamment de la courte durée de journée de travail). Or pour une bonne partie, cette inégalité est également due à des limitations imposées par la politique pénitentiaire. Politique qui est déterminée principalement par le maintien de l'ordre et de la discipline de la prison, par l'objectif pénologique de la réinsertion des détenus, et par la conception de la peine privative de liberté dans un sens englobant celle de la liberté de travail. Nous pouvons en effet mettre au compte de la politique pénitentiaire les limitations suivantes.

²⁹⁴¹ SENAT, *Prison : le travail à la peine*, préc., p. 26.

²⁹⁴² N. KOULOURIS, « Aspects juridiques du travail obligatoire dans les prisons helléniques - Une première approche interdisciplinaire », préc.

²⁹⁴³ En 1991, 143 détenus étaient employés aux travaux du bâtiment, 119 à des travaux techniques, 175 aux travaux agricoles, 107 à des travaux d'élevage.

²⁹⁴⁴ Rapport de l'administration pénitentiaire, 2004, qui confirme que de toute manière le nombre de places disponibles pour cette mesure est limité à 1 959.

La limitation de la liberté d'accès au marché de travail : à cause du système d'autorisation et de centralisation des offres et demandes d'emploi par l'administration pénitentiaire ; à cause de la place extrêmement restreinte réservée au travail des détenus pour leur propre compte²⁹⁴⁵ ; et à cause du faible nombre de détenus qui travaillent à l'extérieur.

La limitation des types de travaux autorisés pour des raisons d'ordre, de discipline et de sécurité de la prison. En droit français, l'énoncé que « l'organisation, les méthodes et les rémunérations du travail doivent se rapprocher autant que possible de celles des activités professionnelles extérieures afin notamment, de préparer les détenus aux conditions normales du travail libre » (art. D. 102 al. b CPP), est suivi par la précision : le travail y est organisé compte tenu, outre des possibilités locales de l'emploi, « des nécessités de bon fonctionnement des établissements » (art. D. 101, al. a CPP). La même approche est adoptée par le droit grec. Le rapprochement des types de travaux exécutés en prison et de leur organisation de celle à l'extérieur (art. 41 §1 C. pénit.) est soumis à la condition de la compatibilité avec les exigences de sécurité et du bon fonctionnement de l'établissement (art. 41 §5).

Enfin, *la soumission des détenus candidats au travail à des critères supplémentaires.* En droit français, outre l'expérience et la compétence du détenu doivent être également pris en compte : l'intérêt du travail pour la réinsertion du détenu²⁹⁴⁶ ; sa catégorie pénitentiaire (art. D. 101, al. a, b CPP) ; sa dangerosité ; les conditions de sécurité du lieu de travail ; et la composition de l'équipe déjà en place. Le droit grec, en revanche, prévoit simplement que le travail doit être fourni aux détenus en fonction de leurs compétences et des gages qu'ils offrent pour l'accomplir avec conscience et responsabilité (art. 41 §2 C. pénit.).

L'accès des détenus au travail n'est donc pas organisé comme activité économique et comme un droit des détenus, mais comme un moyen de gestion de la vie en prison et de la délinquance. Les buts dominants recherchés, ainsi que le reflètent la nature des travaux proposés et les critères d'accès des détenus au travail, sont l'occupation des détenus et/ou leur réinsertion. Or l'accent mis sur ce dernier objectif, notamment depuis la suppression du caractère pénal du travail, rapproche la conception de l'ensemble du travail des détenus à celle de la formation professionnelle. Le travail est considéré comme une étape préparatoire à l'accès au travail au moment du retour à la vie libre et non comme un droit exercé durant la détention.

²⁹⁴⁵ Tant en droit français (art. D. 101 al. c et D. 103 al. a CPP) qu'en droit grec (art. 41 §5 C. pénit.)

²⁹⁴⁶ « Dans la mesure du possible, le travail de chaque détenu est choisi en fonction non seulement de ses capacités physiques et intellectuelles, mais encore de l'influence que ce travail peut exercer sur les perspectives de sa réinsertion » (art. D. 101, al. b CPP).

L'accès à la formation professionnelle

Bien que la formation professionnelle fasse partie des moyens d'éducation²⁹⁴⁷, nous la traitons dans le cadre de la garantie de l'accès au travail en raison de son objectif spécifique. Cette formation vise l'élévation du niveau des connaissances générales, l'acquisition d'un savoir faire technique et la préparation à l'exercice d'un métier.

Avec la reconnaissance du chômage comme facteur de la délinquance et avec la mise de l'accent sur la réinsertion des détenus par le travail et l'éducation, la formation professionnelle, est considérée comme le moyen le plus efficace de lutte contre l'exclusion sociale. Et elle connaît depuis les années '80, un développement considérable à l'égard des détenus tant en France qu'en Grèce. En effet, bien que la mise en place des programmes de formation dans la prison se heurte, comme l'organisation du travail, à des problèmes pratiques et budgétaires, des efforts sont faits pour accroître les places de formation et les adapter aux exigences et opportunités offertes par le marché du travail, en combinant les possibilités de formation à l'intérieur de la prison et à l'extérieur.

Le droit français prévoit que les détenus doivent pouvoir suivre une formation au sein des établissements dans les locaux aménagés à cette fin et pourvus du personnel nécessaire (art. D. 457, al. a, CPP). S'il est nécessaire, ils doivent être transférés vers un établissement où la formation qu'ils souhaitent effectuer est assurée à condition que leur situation pénale le permette (art. D.457, al. b, CPP). A côté de ces dispositions, figurent celles qui prévoient des possibilités de suivre une formation à l'extérieur. Il s'agit de la possibilité d'assister aux stages de formation par l'octroi du régime de *semi-liberté* et de *placement à l'extérieur* (art. D. 458 al. b CPP) ou des *permissions de sortie* (art. 723-3 al. b CPP), lorsque ces mesures « apparaissent indispensables à la réinsertion sociale du condamné », et, à défaut, de la possibilité de suivre une formation par correspondance. L'autorisation de celle-ci est accordée compte tenu des « nécessités du service, de l'ordre et de la sécurité » et des « conditions matérielles d'incarcération » (art. D.458, al. a CPP). Hormis la correspondance, l'accès à l'Internet pourrait s'avérer positif dès lors qu'il permet de faire face à la difficulté de recruter des formateurs capables d'intervenir dans les prisons.

Le financement des programmes de formation est principalement assuré par le ministère de l'Emploi et de la Solidarité (61 % des dépenses totales de formation.), le Fonds d'action social (FAS) pour une meilleure prise en compte des publics immigrés ou issus de l'immigration, et le Fonds social européen (FSE)²⁹⁴⁸. La rémunération des détenus est prise en charge par le ministère du

²⁹⁴⁷. Selon le Comité européen « l'enseignement professionnel est un outil permettant l'acquisition des compétences professionnelles ; il peut aussi être une excellente source d'épanouissement personnel plus général » Conseil de l'Europe, *Education en prison*, préc., p. 43.

²⁹⁴⁸ Administration pénitentiaire, *Rapport annuel d'activité 2004*.

Travail²⁹⁴⁹. La combinaison de ces moyens a permis d'assurer un nombre d'actions de formation de plus en plus élevé. En 2005, 20.600 détenus ont bénéficié d'une action de formation²⁹⁵⁰.

En droit grec, la formation professionnelle connaît également une évolution significative depuis sa prise en charge par l'O.A.E.D (Organisme de l'Emploi et de l'Effectif Ouvrier), en 1986. Cet organisme assure la formation professionnelle, à l'intérieur des établissements pénitentiaires et dans ses propres locaux, aux détenus bénéficiant des *congés éducatifs*²⁹⁵¹. Ces congés, qui sont prévus dans le cadre général de l'enseignement des détenus, sont accordés lorsque la formation professionnelle envisagée est considérée nécessaire pour leur réinsertion sociale (art. 58 C. pénit.). Le Conseil de travail des détenus collabore également avec tous les organismes publics et privés susceptibles d'offrir des possibilités d'éducation ou de formations professionnelles (art ; 40 §5 C. pénit.). Les congés éducatifs sont financés par les Fonds du travail des détenus (art. 58 §6 C. pénit.)

A propos de la formation professionnelle, il nous semble intéressant de noter qu'elle paraît être le seul aspect, dans le cadre du travail, qui permette le plus à la prison de s'intégrer dans la société. D'abord parce que la formation professionnelle est le seul aspect de la vie des détenus dans lequel le droit commence à leur reconnaître le même statut juridique qu'à l'extérieur : ces détenus bénéficient du statut de stagiaire tel qu'il est prévu par le droit commun²⁹⁵². Ensuite, parce que la formation professionnelle des détenus s'inscrit dans le même cadre de la politique sociale qu'à l'extérieur, à savoir dans le cadre de la lutte contre l'exclusion sociale due au chômage. Elle dénote alors la reconnaissance de la délinquance, mais aussi de la détention, comme une conséquence d'exclusion sociale due à des facteurs économiques, en particulier au chômage. Soulignons à cet égard que le Conseil économique et social français prônait, en 1987, de placer les peines de courte durée dans une perception plutôt des mesures de traitement solidaire des problèmes sociaux : « La période de la détention, le plus souvent de courte durée, doit pouvoir être l'occasion pour des personnes très souvent touchées par le chômage (plus de 40 % des entrants), ayant de graves difficultés d'insertion de s'inscrire dans des projets professionnels d'insertion ouverts sur l'extérieur afin de préparer efficacement leur sortie²⁹⁵³ ».

Mais, mis à part l'évolution de l'organisation de la formation professionnelle, la garantie du travail en prison demeure encore loin du droit commun. Aux entraves d'accès au travail, s'ajoutent des dérogations dans les garanties contre la privation du travail.

²⁹⁴⁹ Administration pénitentiaire, *Rapport annuel d'activité 1995*.

²⁹⁵⁰ Données communiquées par le service de presse du Ministère de la justice le 19 octobre 2005.

²⁹⁵¹ Arrêté ministériel n° 40114 du 11.4/24.4 1986, et loi n° 1836 du 14.3.1989, in : *Législation Pénitentiaire*, préc., pp. 832-835.

²⁹⁵² Ils reçoivent la même rémunération et bénéficient de la couverture sociale.

²⁹⁵³ CES ,731/SG, *Travail et prison*, préc., p.13.

b. Les atteintes au maintien de l'emploi

La protection du droit au travail implique également des garanties contre sa perte ou ses interruptions. Or, la détention en soi, aussi bien à son commencement qu'à sa fin, interrompt le travail de la personne tout en la privant du droit aux allocations pour la perte de son emploi.

L'interruption du travail au moment de la mise en détention

La condamnation à la peine privative de liberté exécutée en détention entraîne automatiquement des conséquences sur l'activité professionnelle de la personne, alors qu'elle ne fait pas partie du contenu légal de cette peine. La détention en soi ne constitue nullement une raison légale d'interdiction d'exercer une profession libérale, ou de résiliation du contrat de travail, lorsque le motif de la détention est sans rapport avec l'activité professionnelle exercée. Cependant, elle entraîne l'interruption du travail, voire sa perte. Dans le cadre d'une profession libérale, cette conséquence est entraînée par l'organisation de la détention qui rend impossible, pour les détenus, de continuer à exercer leur métier. On imagine mal, par exemple, qu'un architecte, un médecin ou un commerçant puissent installer leur cabinet ou bureau dans la prison, recevoir leurs clients, leur rendre visite ou travailler par téléphone.

Dans le cadre d'un travail salarié, en droit français, la détention en soi ne peut justifier la rupture du contrat que si les actes délictueux commis sont considérés comme incompatibles avec la poursuite de la relation contractuelle²⁹⁵⁴. Autrement dit, la résiliation du contrat de travail ne peut être fondée que sur l'impossibilité physique du délinquant de respecter la clause fondamentale de son contrat, à savoir la prestation de travail. Lorsque la détention est relativement courte et non incompatible avec la nature de l'emploi (deux questions laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond), la mise en détention ne peut justifier que la suspension du contrat de travail. En revanche, lorsqu'elle est de durée indéterminée ou de durée courte mais incompatible avec l'emploi occupé, elle peut être considérée comme une cause réelle et sérieuse justifiant la rupture du contrat²⁹⁵⁵. L'employeur peut alors licencier l'intéressé pour impossibilité physique d'accomplir ses obligations, mais en lui accordant les indemnités de licenciement. Une jurisprudence de 2000 permet d'entrevoir une évolution vers l'exigence de la preuve de la part de l'employeur, que l'incarcération d'un salarié ait entraîné un trouble dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise²⁹⁵⁶.

²⁹⁵⁴ Suspension du contrat, *Répertoire de droit social*, Fascicule 28-15, 11, 1993.

²⁹⁵⁵ Soc. 28 mai 1997, en note 8 sous l'article L. 122-4 du précédent *Code du travail*, Dalloz, 2005.

²⁹⁵⁶ Soc. 21 nov. 2000, note 71 sous article L 122-14-3 du précédent *Code du travail*, Dalloz, 2005.

Seules quelques professions peuvent continuer à être exercées ne nécessitant pas la mobilité physique ou la présence physique de la personne dans un lieu de travail précis. Tel peut, par exemple, être le cas de traducteurs, d'informaticiens, d'écrivains.

Ces conséquences de la détention sur le maintien du travail ne peuvent être évitées que par l'exécution de la peine privative de liberté sous le régime de semi-liberté, ou de placement à l'extérieur. Mais, outre que le nombre des détenus admis à ce régime est très faible, ce régime n'est pas prévu comme une modalité d'exécution de la peine privative de liberté dès son commencement, mais seulement après l'exécution d'une certaine durée de la peine : en droit grec, après le 1/5 d'une peine d'emprisonnement, et après les 2/5 d'une peine de réclusion (art. 60 §2 C. pénit.) ; en droit français, à la dernière année d'exécution de peine (art. 723-1 CPP). Il est donc commandé par l'objectif de la resocialisation du détenu, et non par celui d'éviter la perte de l'emploi. Seule exception, celle du droit français qui prévoit la possibilité pour le juge de condamnation de décider qu'une peine inférieure à un an soit exécutée *ab initio* soit sous le régime de semi-liberté soit sous celui de placement à l'extérieur (art. 132-25 C. pén.).

A la privation du travail entraînée par la mise en détention, s'ajoute la privation des droits liés au statut de salarié. La privation du travail due à l'incarcération n'ouvre au détenu, ni un droit à des indemnités pour licenciement, ni un droit à des allocations de chômage.

L'interruption du travail durant la détention

Le détenu ne jouit pas non plus de garanties contre la cessation ou la perte du travail dont l'exécution a commencé durant sa détention. Le travail n'étant pas fondé sur un contrat de travail, il prive le détenu du statut de salarié, et donc des garanties qui l'entourent. Aussi, ni le chômage technique ni le renvoi du poste de travail, ne donnent lieu à des indemnités de licenciement ni à des allocations de chômage. D'ailleurs, les notions de licenciement, de chômage ou d'indemnités sont ignorées en matière de travail des détenus. Le licenciement correspond aux sanctions disciplinaires du *déclassement d'emploi* et *d'éloignement* (en droit pénitentiaire français et grec), et il peut être ordonné à titre de sanction disciplinaire, non seulement pour des fautes liées au travail, mais aussi pour des infractions au règlement de la prison. Les congés sont également ignorés, qu'il s'agisse des congés payés, des congés maladie, des congés maternité ou de paternité, etc. Seule exception constitue, et ce uniquement en droit français, le chômage technique partiel des détenus travaillant pour des concessionnaires. Il donne lieu à un système d'indemnités propre à cette catégorie de travailleurs. En effet, l'administration a inséré dans la convention établie avec les concessionnaires

une clause prévoyant que ceux-ci doivent assurer aux détenus au moins six heures de travail par jour et que, à défaut, ils doivent verser des indemnités partielles pour chaque heure chômée²⁹⁵⁷.

L'interruption au moment de la mise en liberté

Enfin, le troisième moment où la détention porte atteinte au droit au travail est celui de la mise en liberté du détenu. Les détenus sont classés parmi les personnes ne réunissant pas des références suffisantes pour avoir droit aux allocations de chômage

Pour y remédier, d'autres formes d'aide sont prévues pour ce moment crucial de la vie d'un ex-détenu. *En droit français*, une aide fondée exclusivement sur la détention est prévue depuis la loi du 16 juillet 1979²⁹⁵⁸. Elle est actuellement régie par le Décret n°2006-1380 du 13 novembre 2006 et est intitulée « allocation temporaire d'attente ». Peuvent en bénéficier les personnes ayant été détenues au moins pendant deux mois et inscrites comme demandeurs d'emploi dans les douze mois à compter de leur mise en liberté. Cette allocation est accordée sur présentation d'un certificat établi par l'administration pénitentiaire. *En droit grec*, les détenus libérés bénéficient d'une aide exceptionnelle instituée par le décret 2961/54 (art. 17 §3) et actualisée en 1985²⁹⁵⁹. De surcroît, en 1989, un arrêté ministériel²⁹⁶⁰ a ouvert aux personnes libérées le droit à une allocation de chômage spéciale prévue pour les personnes ne réunissant pas les conditions requises pour leur inscription aux caisses ordinaires d'allocations de chômage. Mais l'accès à ce droit est soumis à la condition d'avoir travaillé avant la détention au moins six cents heures et d'avoir cotisé à la caisse des allocations. Par ailleurs, l'O.A.E.D. finance un nombre de places de formation professionnelle et de postes de travail dans le secteur privé, réservés aux détenus libérés et il accorde des aides pour la création de petites entreprises. Pour accéder à ces possibilités, les détenus doivent être recommandés par le service social de la prison.

Il est toutefois à souligner à propos de ces aides et allocations accordées aux détenus libérés que la qualité d'« ex-détenu » ne suffit pas pour donner droit à l'ouverture de ces droits. Des exceptions y sont prévues. Si le *droit français* y a mis fin depuis le décret susmentionné, le *droit grec* en prévoit encore. Parmi les exceptions, figurent les récidivistes mais aussi les détenus ayant un rapport défavorable de la part de l'assistante sociale.

²⁹⁵⁷ Si le détenu a travaillé au moins quatre heures, le concessionnaire doit lui verser une indemnité égale à la moitié de son salaire horaire pour les heures de chômage et s'il a travaillé moins de quatre heures, une indemnité égale à 60 % de son salaire horaire pour les heures non travaillées, B. Bouloc, *Pénologie*, 2^e éd., Dalloz, 1998, p. 199.

²⁹⁵⁸ CES, 731/SG, *Travail et prison*, préc., p. 31

²⁹⁵⁹ Circulaire de l'O.A.E.D n° 99043/23. 9.1985, cité dans *Législation Pénitentiaire*, préc., p. 827. Cette aide peut être accordée jusqu'à trois fois durant la première année après la libération et si la personne demeure au chômage sans en être responsable.

²⁹⁶⁰ Arrêté ministériel, n° 30659 du 31.3/5.4.1989.

Les conditions d'accès des détenus au travail laissent donc apparaître que l'exécution de la peine privative de liberté n'est pas organisée de manière à s'adapter au respect du droit au travail des détenus. Au contraire, ce sont les conditions de travail qui sont adaptées aux nécessités de la détention déterminées principalement par le maintien de l'ordre et de la discipline, et de manière secondaire par l'objectif de la réinsertion des détenus.

2. Particularités au regard des droits des travailleurs

Le statut de détenu « travailleur » est fortement marqué des particularités à cause notamment de l'absence de contrat de travail et de la sous-rémunération. L'absence de contrat de travail étant déjà traitée à propos des atteintes à l'accès libre au travail, nous nous limitons, ici, à l'examen de leur statut au regard de la garantie de la rémunération équitable (selon l'expression de l'article 4 de la Charte sociale européenne révisée) **(a)**, ainsi que des droits sociaux dérivés du travail **(b)**.

a. La privation du détenu de la garantie d'une rémunération équitable

Jusqu'à présent, le travail des détenus n'a jamais été considéré comme étant accompli « moyennant un salaire ». Nulle part, dans les textes juridiques, la rémunération des détenus n'est nommée « salaire ». Elle est désignée par les termes de « gratification », de « récompense », de « redevance », etc... Mais les différences vont au-delà de la simple dénomination. Des différences caractérisent le montant de la rémunération, sa gestion et les droits de recours.

En effet, notons d'abord que le travail des détenus demeure largement *sous-rémunéré*. Si les Règles pénitentiaires européennes de 2006 recommandent que le travail des détenus soit « rémunéré de façon équitable » (art. 25.10), en droit français et en droit grec, la rémunération demeure inférieure à la requête du J.M.I.C. ; elle est dérisoire. En France, en 2005, la moyenne mensuelle était : pour un travail au service général, 189 euros ; pour un travail en R.I.E.P 482 euros, et pour un travail en concession 350 à 500 euros²⁹⁶¹. Cette différence serait justifiée par des raisons relatives aux « conditions particulières du travail dans la prison et au niveau de productivité obtenu par rapport au même travail effectué à l'extérieur²⁹⁶² ».

Le *droit français*, par exemple, prévoit que ce rapprochement doit être fait « autant que possible » (art. D. 102 al. b CPP). Le *droit grec* avait tenté lors de la réforme de 1989 de passer du simple rapprochement à l'assimilation de la rémunération des détenus aux salaires pratiqués à l'extérieur : le travail des détenus doit être rémunéré *suivant les dispositions de la législation du*

²⁹⁶¹ Données communiquées par le service de presse du Ministère de la justice le 19 octobre 2005.

²⁹⁶² Le Travail dans la Prison : réponses au questionnaire de l'institut de recherche des Nations-Unies sur la défense sociale, préc., p. 25.

travail (art. 74 §1 CRFTD)²⁹⁶³. Toutefois, l'application de cette disposition avait été reportée²⁹⁶⁴, laissant les détenus en Grèce avec des rémunérations dérisoires : en 1991, ils touchaient, en moyenne, 200 drachmes par jour, alors que le S.M.I.C était de 3 721 drachmes²⁹⁶⁵. Le Code pénitentiaire de 1999 a tempéré l'ambition du Code de 1989. Il ne prévoit que la prise en compte de la rémunération pratiquée à l'extérieur (art. 43 §1). En revanche, les détenus qui travaillent pour leur propre compte, ou sur commande d'une personne privée ou publique, fixent librement la rémunération (art. 43 §2). En réalité, les personnes détenues qui travaillent en Grèce reçoivent environ un euro par jour à titre d'argent de poche ; leur principale récompense serait la réduction de jours de punition.

La deuxième différence concerne la *gestion de la rémunération*. Comme nous allons voir, le détenu ne « touche » et ne gère pas librement sa rémunération.

Enfin, la troisième différence concerne le *droit de recours*. Les litiges relatifs à la rémunération des détenus ne peuvent fonder ni en droit français, ni en droit grec, les mêmes actions en justice que ceux relatifs au salaire. La raison de cette particularité est l'absence de contrat dans la relation de travail des détenus. Les questions corrélatives ne seraient donc régies que par le droit public, en l'occurrence par le droit pénitentiaire²⁹⁶⁶.

C'est dans le domaine des droits sociaux que l'on peut constater une réelle avancée dans le rapprochement du statut du détenu au travail du statut de « salarié ».

b. La reconnaissance aux détenus des droits sociaux

Alain Sériaux écrivait en 1979, à propos du droit français : « Si l'on veut découvrir de véritables droits au profit des détenus, c'est vers la législation sociale qu'il faut se tourner²⁹⁶⁷. » Cela est en effet vrai pour le droit français. Des progrès notables ont eu lieu grâce à la politique d'humanisation des conditions de détention, impulsée par l'ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus, adoptées par les Nations Unies en 1957. Dans le domaine du travail, ce texte recommandait de rapprocher les conditions de son exécution de celles à l'extérieur, en particulier les conditions

²⁹⁶³ Ce même principe avait été repris par le projet de réforme de ce Code (art. 40 §1).

²⁹⁶⁴ A noter à ce propos, la disparition des critères qui déterminaient le montant de la rémunération du travail des détenus au sein du Code pénitentiaire grec du 1967 (art. 62 §§3,5) « les capacités techniques », « le rendement », « le zèle du détenu pour le travail », « le degré d'amendement », ou, dans le système progressif de l'exécution, « l'avancement d'une classe à une autre supérieure ».

²⁹⁶⁵ En Grèce, les détenus ne touchent, en moyenne, que 200 drachmes par jour, alors que le S.M.I.C est de 3.721 drachmes, Chiffres cités par G. LYXOURIOTIS, dans sa contribution, in Y. PANOUSSIS, Y. LYXOURIOTIS, S. KOUTSOMPINAS, N. KOULOURIS, *La notion de travail obligatoire au sens de la CEDH et l'anticonstitutionnalité du travail des détenus selon la Constitution hellénique*, précité.

²⁹⁶⁶ *Code pénitentiaire grec*, Athènes, Sakkoulas, 2001, préc., p.41.

²⁹⁶⁷ A. SERIAUX, « Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus », *R.P.D.P.*, 1979, pp. 453-476.

concernant : *la sécurité et l'hygiène* dans les locaux de travail (art. 74 §1) ; *l'indemnisation des détenus victimes d'accidents du travail et des maladies professionnelles* (art. 74 §2) ; et les *horaires du travail et du repos* (art. 75 §§1, 2). Ces recommandations ont été adoptées par le Conseil de l'Europe depuis 1973²⁹⁶⁸. Elles sont, depuis lors, insérées dans les droits pénitentiaires grec et français.

En droit français, figurent actuellement des dispositions relatives à la protection de la *sécurité* et de *l'hygiène* dans les locaux de travail (articles D. 109 et D. 353 et s. CPP) à l'alignement des normes relatives aux *horaires* et aux *repos* sur celles appliquées aux travailleurs libres (articles D. 108 CPP), ainsi que, comme nous allons le voir ci-dessous, aux accidents du travail.

En droit grec des dispositions équivalentes qui figuraient dans le code précédent²⁹⁶⁹, ont disparu du Code pénitentiaire de 1999. La réglementation de ces questions est laissée au pouvoir du ministre de la justice. Seule y figure l'obligation de l'assurance des détenus au régime commun de la sécurité sociale des accidents du travail (art. 47). Il est toutefois intéressant de souligner à propos de cette dernière garantie, qu'elle est la seule à être expressément fondée sur le respect de la légalité de peine privative de liberté, et ce depuis le Code pénitentiaire de 1967. Le ministre de la Justice de l'époque avait soutenu que « cette assurance est juste du point de vue légal du traitement pénitentiaire, parce que par l'accident ou la maladie se détériore la situation du détenu au-delà de la peine privative de liberté infligée par la loi ». Il avait, par ailleurs, écarté l'argument de l'absence de contrat, longtemps utilisé à l'encontre d'une telle reconnaissance : « Il ne serait pas correct de refuser une telle indemnisation au condamné victime d'un accident, pour la seule raison que son travail n'est pas effectué dans le cadre d'un contrat libre²⁹⁷⁰. » Il est aussi à noter que la première assurance contre les accidents remonte à 1954²⁹⁷¹. Toujours est-il que ce Code n'a pas généralisé cette assurance. Elle a été progressivement étendue à d'autres catégories de détenus « travailleurs »²⁹⁷² jusqu'au Code des règles fondamentales de traitement des détenus de 1989 qui a généralisé cette couverture sociale en consacrant le principe d'assimilation de leur protection sociale à celle des travailleurs libres

²⁹⁶⁸ Ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus de 1973 et Règles pénitentiaires européennes de 1987.

²⁹⁶⁹ De la *sécurité* et de *l'hygiène* dans les locaux (73 §1 CRFTD) et de l'alignement des *horaires* et des *repos* à ceux assurés aux travailleurs libres (72 §1 du CRFTD).

²⁹⁷⁰ L. ROZAKIS, *Code pénitentiaire grec* du 1967, présentation par Y. PANNOUSSIS, Athènes, Sakkoulas, 1981, pp. 43-44.

²⁹⁷¹ Elle concernait les mineurs détenus dans l'établissement de l'éducation de Korydallos. Arrêté des ministres de la justice et du travail, n° 56599/23.12.1954, mis en application par une Circulaire de l'IKA (Institut national d'assurances sociales) n° 67/1955, K. SPINELLI et N. KOURAKIS, *Législation Pénitentiaire*, préc., pp. 843-854.

²⁹⁷² La chronologie de l'assurance : en 1973, les détenus travaillant à la manutention du dépôt central des matériaux des prisons, par l'arrêté des ministres de la Justice et des affaires sociales, 21/22/240/17.2.1973, mis en application par la Circulaire de l'IKA, n° 33635/1973 ; en 1981, les femmes détenues à Korydallos et les détenus aux maisons agricoles, par arrêté B1/21/22/2110/14.9.81, mis en application par la Circulaire de l'IKA, n° 184/A21/1985 ; et enfin, en 1985 les détenus des ateliers de la reliure de la maison d'arrêt de Korydallos, par arrêté n° 21/22/1750/5.7.1985, mis en application par la Circulaire de l'IKA, n° 184/A21/1985. K. SPINELLI, N. KOURAKIS, *Législation Pénitentiaire*, préc., 1990, pp. 843-854.

(art. 73 §1). Cette garantie est maintenue dans le Code pénitentiaire de 1999 (art. 47 §1). Mais, contrairement au droit français, c'est le seul droit social du droit commun expressément reconnu aux détenus.

Le *droit français* a progressivement étendu aux détenus la garantie de plusieurs droits sociaux. L'indemnisation pour des accidents du travail²⁹⁷³ est reconnue depuis la loi du 30 octobre 1946, mise en application par le décret du 10 décembre 1949. Jusqu'à cette date, les tribunaux fondaient l'exclusion des détenus de ce droit sur l'absence de contrat de travail, sauf s'ils prouvaient une faute du concessionnaire ou de l'administration pénitentiaire²⁹⁷⁴. Ce droit figure dorénavant dans l'article L.412-8-5° du Code de sécurité sociale et dans l'article D. 110 du Code de procédure pénale français. Selon ce dernier, « le droit à la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles est reconnu aux détenus exécutant un travail ».

C'est encore en 1946 qu'il a également été reconnu aux détenus le droit aux *prestations familiales* (loi du 22 août 1946). L'*affiliation obligatoire aux assurances maladie-maternité*, qui a marqué le pas décisif dans la protection sociale des détenus, fut progressive. Reconnue dès 1969 aux prévenus (décret du 11 avril 1969) par l'assimilation de la détention provisoire à la maladie, elle n'a été étendue aux détenus condamnés qu'en 1975 (loi du 2 juillet 1975). C'est depuis la loi du 18 janvier 1994, relative à la réforme du régime de la santé des détenus, que l'ensemble des détenus est affilié au régime d'assurance maladie dès leur incarcération²⁹⁷⁵. Outre ces affiliations, ils bénéficient également de l'affiliation à *l'assurance-vieillesse* (loi du 31 décembre 1975, insérée dans l'article L.381-31 C. séc. soc.) et à *l'assurance-veuvage* (loi du 17 juillet 1980).

L'extension de ces droits sociaux est rendue possible grâce au droit de sécurité sociale français qui attache à la rémunération versée « à l'occasion du travail » des conséquences juridiques équivalentes à celles liées au salaire. En effet, la définition de la rémunération au sein du droit de la sécurité sociale diffère de celle du salaire. Alors que cette dernière se limite au salaire de base correspondant à un type ou une quantité de travail ou à une durée de travail déterminée, celle de la rémunération comprend également les sommes versées aux travailleurs à l'occasion du travail ainsi que les indemnités, primes, gratifications et avantages en argent ou en nature (art. L. 242-1 C. séc. soc.).

²⁹⁷³ Ce droit avait été reconnu aux travailleurs libres depuis la loi du 9 avril 1898.

²⁹⁷⁴ Douai, 2 mars 1903, *Rev. pénit.* 1903, p. 750 ; Cov. 12 mai 1925, *Gaz. Pal.* 1925, I, p. 280, Décisions citées par M. DANTI-JUAN, à propos de refus des accidents du travail, M. DANTI-JUAN, Les droits sociaux du détenu, in *La Condition juridique du détenu*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIII, éd. Cujas, 1993, p. 107.

²⁹⁷⁵ « Les détenus sont affiliés obligatoirement aux assurances maladie et maternité du régime général à compter de la date de leur incarcération », (art. L. 381-30 C. sec. soc.).

En contrepartie, la rémunération des détenus est soumise à des cotisations sociales. Les détenus en France cotisent à l'assurance maladie, à l'assurance vieillesse, à l'assurance veuvage, et sont soumis aux prélèvements de RDS (remboursement de la dette sociale) et de CSG (contribution sociale généralisée). Ils ne cotisent pas à l'assurance chômage, et de ce fait, sont exclus du bénéfice des allocations chômage. Ils sont d'ailleurs exclus des indemnités journalières en cas d'incapacité de travail ou de maladie. Les détenus en Grèce qui travaillent pour des employeurs privés ou publics supportent la part salariale de la cotisation aux assurances accident (art. 50 C. pénit).

Mis à part ce rapprochement des droits sociaux et la formation professionnelle, des particularités considérables caractérisent le statut du détenu. Des particularités qui s'étendent à la liberté syndicale et aux droits syndicaux.

§ 3. L'exercice de la liberté syndicale

Alors que la liberté syndicale et les droits liés à son exercice présentent une importance capitale pour la défense des intérêts des travailleurs (A), elle est bannie de l'enceinte de la prison (B).

A. La garantie générale

Au sein des droits français et grec, la liberté syndicale, le droit de grève et le droit des syndicats de mener des négociations collectives et de signer des conventions collectives sont expressément consacrés par les Constitutions grecque et française (1). Au sein de la Convention, ils sont implicitement consacrés par l'article 11 (2).

1. La garantie nationale

Le droit français est un des pionniers dans la reconnaissance des droits syndicaux et de la liberté syndicale. Le *droit de grève*, reconnu par la loi du 25 mai 1864, est le premier droit conquis par les travailleurs. Son exercice n'est cependant devenu effectif que par la loi du 21 mars 1884 qui a implicitement reconnu la liberté syndicale, en rendant licite la liberté d'association professionnelle²⁹⁷⁶. Mais il a fallu attendre la Constitution de 1946 pour la consécration explicite de cette liberté. Celle-ci, ainsi que le droit de grève, figurent dans le Préambule de cette Constitution, parmi les *Principes particulièrement nécessaires à notre temps*. La liberté syndicale y est consacrée en ces termes : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Elle n'a toutefois pas été immédiatement mise en oeuvre. Pour ce faire, il a fallu attendre la loi du 27 décembre 1968 qui a garanti la liberté de l'organisation des syndicats dans toutes les entreprises. Et la loi du 28 octobre 1982 est venue étendre son exercice en supprimant

²⁹⁷⁶ Syndicats professionnels, *Répertoire de droit social*, Fascicule 12-10, 2, 1993.

la condition de l'effectif d'au moins cinquante salariés. Depuis lors, il n'y a plus de condition de nombre : « Un syndicat peut exister entre deux personnes²⁹⁷⁷. » La Constitution de 1946 a également renforcé le pouvoir des syndicats, en élevant au rang des *Principes particulièrement nécessaires à notre temps*, le droit de grève²⁹⁷⁸ et le droit des syndicats de négocier et de signer des conventions collectives²⁹⁷⁹.

Droit de grève et liberté syndicale jouissent de la protection constitutionnelle également en *droit grec* : « La grève constitue un droit et s'exerce par les syndicats légalement institués pour sauvegarder et promouvoir les intérêts économiques et, en général, les intérêts des travailleurs » (art. 23 §2). De cette même garantie jouit également le droit de mener des négociations collectives et de signer des conventions collectives : « Les conditions générales de travail sont déterminées par la loi, et se complètent par des conventions collectives conclues par des négociations libres et, en cas d'échec, par des règles posées par l'arbitrage » (art. 23 §2).

En ce qui concerne la liberté syndicale, il est à noter que dans la mesure où elle est fondée sur l'adhésion individuelle mais fonctionne collectivement, elle est entendue à la fois comme une liberté collective dans le sens que l'Etat ne doit pas s'immiscer dans la création des syndicats, leur fonctionnement et leur dissolution, et comme liberté individuelle. Sous cette dernière dimension elle est entendue aussi bien dans une forme positive, la liberté d'adhérer à un syndicat que dans une forme négative, la liberté de ne pas adhérer à un syndicat et la liberté de s'en retirer²⁹⁸⁰.

2. La garantie européenne

C'est en interprétant les dispositions de l'article 11 de la Convention, qui consacrent « la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association », ainsi que « le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts », que la Cour a pu affirmer que la liberté syndicale et les moyens d'action syndicale sont garantis par la Convention.

La Cour a estimé que la liberté syndicale constitue « une forme ou un aspect particulier de la liberté d'association²⁹⁸¹ ». De plus, elle a reconnu sa dimension à la fois individuelle et collective. Mais avant de déterminer la protection européenne de la liberté syndicale dans sa dimension individuelle **(a)** et collective **(b)**, soulignons que la distinction entre un employeur privé et l'Etat est

²⁹⁷⁷ *Ibid.*

²⁹⁷⁸ « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

²⁹⁷⁹ Chaque travailleur a le droit de « participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

²⁹⁸⁰ Ces garanties sont prévues par les articles du Code du travail français, L2141-1, « Tout salarié peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix » et L2141-3 « Tout membre d'un syndicat professionnel peut s'en retirer à tout instant, même en présence d'une clause contraire ». Voir aussi Syndicats professionnels, *Répertoire de droit social, préc.*

²⁹⁸¹ CEDH, *Unison c.R.U.* (déc.), n° 53574/99, CEDH 2002-I (irrecevable).

indifférente. Selon la Cour, la Convention ne distingue nulle part les attributions de l'Etat en tant que puissance publique et sa responsabilité en tant qu'employeur. Par conséquent, l'article 11 s'impose dans toutes les relations de l'Etat employeur avec ses employés, que ces relations obéissent au droit public ou au droit privé²⁹⁸².

a. La protection de la liberté syndicale dans sa dimension individuelle

Dans sa dimension individuelle, la liberté syndicale doit être entendue à la fois dans un sens positif, la liberté d'adhérer à un syndicat²⁹⁸³, et dans un sens négatif, la liberté de ne pas y adhérer²⁹⁸⁴ ou de s'en retirer²⁹⁸⁵. Cette jurisprudence européenne s'est notamment appuyée sur l'article 20 §2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et sur l'article 11 §2 de la Charte sociale des droits fondamentaux des travailleurs (adoptée le 9 décembre 1989 par la C.E.E). En tenant compte de ces textes, Cour et Commission ont estimé qu'il va de la substance même du respect de la liberté syndicale de garantir l'adhésion libre à un syndicat et le retrait libre. Car, « à interpréter l'article 11 comme autorisant n'importe quelle sorte de coercition en matière d'appartenance syndicale, on toucherait à la substance même de la liberté que l'on entend garantir²⁹⁸⁶ ».

Ainsi, la Cour a condamné les accords de « *closed shop* » qui consistent à réserver certains emplois aux membres des syndicats ayant signé de tels accords : ils constituent une forme de contrainte des plus graves à la liberté syndicale, dès lors qu'ils impliquent la *menace de la perte de moyens d'existence* (en refusant l'embauche ou en licenciant ceux qui n'adhèrent pas à ces syndicats ou qui s'en retirent)²⁹⁸⁷. Constituent également des atteintes graves à la liberté syndicale, les faits suivants : inciter financièrement les salariés de renoncer à leur affiliation syndicale en leur proposant

²⁹⁸² CEDH, *Syndicat suédois de conducteurs des locomotives c. Suède*, 6 février 1976, n° 5614/72 Série A, n°20, § 37 ; CEDH, *Unison c.R.U.* (déc.), préc.

²⁹⁸³ CEDH, *Young, James et Webster, préc.*, § 55 ; CEDH, *Wilson & the national union of journalists, Palmer, Wyeth, & The national union of rail, maritime & transport workers, Doolan et autres c. R.U.*, n° 30668/96, n° 30671/96 et n° 30678/96, CEDH 2002-VII.

²⁹⁸⁴ Voir entre autres : CEDH, *Young, James et Webster, préc.*, § 55 ; CEDH, *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, Série A n° 264, § 35, CEDH, *Gustafsson c. Suède*, du 25 avril 1996, Recueil 1996-II, § 45 ; CEDH, *Sørensen c. Danemark et Rasmussen c. Danemark*, n°s 52562/99 et 52620/99, CEDH, 2006-I, §54 Dans ce dernier, les requérants étaient contraints d'accepter parmi d'autres conditions qui figuraient dans leur contrat de travail au moment de l'embauche, celle-ci : « Pour obtenir l'emploi, vous devez obligatoirement être membre d'un syndicat affilié à la Confédération des syndicats danois (LO) ».

²⁹⁸⁵ CEDH, *Sigurjónsson*, 30.6.1993 ; CEDH, *Sørensen c. Danemark et Rasmussen c. Danemark*, n°s 52562/99 et 52620/99, CEDH, 2006-I, § 62.

²⁹⁸⁶ CEDH, *Young, James et Webster, préc.*, § 53.

²⁹⁸⁷ « La menace de la perte de moyens d'existence constitue une forme très grave de contrainte... touchant à la substance même de la liberté d'association telle qu'elle est consacrée par l'art. 11 ». Tel était le jugement de la Cour dans l'arrêt *Young, James et Webster*, préc., §§54-55, mais non dans l'arrêt *Sibson*, 20 avril 1993. La Cour l'a justement distingué de l'arrêt précédent. Elle a estimé que, contrairement à l'arrêt *Young, James et Webster*, « *Sibson* ne se trouvait pas devant une menace de renvoi impliquant la perte de ses moyens d'existence », CEDH, *Sibson*, 20 avril 1993, Série A, n° 258-A, § 27 ; CEDH, *A. Sigurjónsson*, 30.6.1993.

des contrats et des salaires plus avantageux²⁹⁸⁸ ; infliger un avertissement à titre de sanction disciplinaire à l'encontre d'un magistrat en raison de son appartenance à la franc-maçonnerie²⁹⁸⁹ ; ou muter un fonctionnaire à cause de ses activités syndicales²⁹⁹⁰.

D'ailleurs, on doit souligner que de tels traitements des salariés sont discriminatoires. Fondés sur l'exercice de la liberté syndicale, ils constituent à la fois une atteinte grave à l'exercice de cette liberté et à l'article 14 de la Convention qui interdit les discriminations dans l'exercice des droits et libertés garantis par la Convention et ses protocoles.

En revanche ne constitue pas une atteinte à la liberté syndicale l'exclusion d'un membre d'un syndicat motivée par l'incompatibilité des convictions et activités politiques de ce membre avec les idéaux et les objectifs du syndicat. La Cour a reconnu que l'article 11 ne saurait s'interpréter comme faisant obligation aux associations ou organisations d'admettre en leur sein quiconque souhaite en devenir membre. Car de même qu'un employé ou un salarié doit être libre d'adhérer ou ne pas adhérer à un syndicat sans être sanctionné ou subir des pressions, un syndicat doit pouvoir librement choisir ses membres. Les associations étant composées de personnes qui, mues par des valeurs ou idéaux particuliers, ont l'intention de poursuivre des buts communs, ce serait aller à l'encontre de l'effectivité même de la liberté en jeu si elles n'avaient aucun contrôle sur l'affiliation de leurs membres²⁹⁹¹.

b. La protection de la liberté syndicale dans sa dimension collective

L'article 11 implique également la garantie de la liberté syndicale dans sa dimension collective afin de permettre la défense des intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci²⁹⁹². Quant à l'exercice effectif de cette liberté, cette instance estime qu'il incombe aux Etats l'obligation positive non seulement d'autoriser, mais aussi de rendre possibles et efficaces la conduite et le développement de l'action syndicale.

En ce qui concerne les moyens, tout en affirmant que la Convention laisse le choix des moyens aux Etats, la Cour exerce un contrôle sur leur efficacité dans la défense des intérêts des membres d'un syndicat²⁹⁹³. Elle a ainsi eu l'occasion d'affirmer que la *négociation collective*²⁹⁹⁴ et la *grève*²⁹⁹⁵

²⁹⁸⁸ CEDH, *Wilson & the national union of journalists, Palmer, Wyeth, & The national union of rail, maritime & transport workers, Doolan et autres*, précité.

²⁹⁸⁹ CEDH, *Maestri c. Italie*, GC, n°39748/98, CEDH 2004-II.

²⁹⁹⁰ CEDH, *Metin Turan c. Turquie*, n° 20868/02, CEDH 2006-XI.

²⁹⁹¹ *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) c. Royaume-Uni*, n° 11002/05, CEDH 2007-II.

²⁹⁹² CEDH, *Syndicat suédois de conducteurs des locomotives c. Suède*, préc., § 40.

²⁹⁹³ « L'article 11 §1 laisse à chaque Etat le choix des moyens à employer à cette fin... Ce qu'exige la Convention, c'est que la législation nationale permette aux syndicats, selon les modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour défendre des intérêts de leurs membres. », *Ibid.*, §§ 39-40 ; CEDH, *Syndicat suédois*

constituent des moyens implicitement garantis par l'article 11, sans pour autant leur accorder une protection absolue. Certes l'article 11 §1 de la Convention garantit le pouvoir des syndicats « de mener des négociations collectives et leur capacité juridique de souscrire des conventions collectives dans l'intérêt de leurs membres²⁹⁹⁶ », mais ne garantit pas l'obligation pour les employeurs d'engager des négociations collective²⁹⁹⁷. En revanche, cet article n'autorise pas l'Etat d'annuler rétroactivement une convention collective. Une telle annulation constitue une « ingérence » dans la liberté d'association des requérants, président et membres du syndicat²⁹⁹⁸.

Quant au *droit de grève*, si le droit de grève représente l'un des moyens les plus importants permettant aux syndicats de remplir cette fonction, sa garantie n'est pas absolue. Il en existe d'autres dont l'exercice peut justifier la restriction du droit de grève, estime la Cour qui a, par exemple, jugé que le recours à l'arbitrage obligatoire après un mouvement de grève de 36 heures avec interdiction de la poursuivre ne constitue pas une restriction qui viole la liberté syndicale²⁹⁹⁹, ni non plus l'interdiction totale de faire grève³⁰⁰⁰.

Alors que les droits nationaux et la Convention accordent une importance capitale à la liberté syndicale et aux droits des syndicats dans la détermination des relations de travail dans une société démocratique, le détenu demeure exclu de leur exercice, ce qui ne fait que croître la particularité de son statut au travail et diminuer l'importance de ce statut.

B. Le bannissement de la liberté syndicale de l'enceinte des prisons

La garantie de la liberté syndicale et des droits syndicaux n'est assurée ni dans les prisons françaises ni dans les prisons grecques (1). Mais l'état actuel de la jurisprudence européenne ne nous permet pas d'apprécier la conformité de cette exclusion avec la Convention. L'application de l'article 11 à l'égard des détenus n'a encore fait l'objet que d'un examen très partiel et seulement de la part de la Commission européenne (2).

1. Au sein des droits nationaux

de conducteurs des locomotives c. Suède, préc., § 40 ; CEDH, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, n° 4464/70, 27 octobre 1975, Série A n° 19.

²⁹⁹⁴ CEDH, *Syndicat suédois de conducteurs des locomotives c. Suède*, préc., § 38.

²⁹⁹⁵ CEDH, *Unison c.R.U.* (déc.), préc.

²⁹⁹⁶ CEDH, *Syndicat suédois de conducteurs des locomotives c. Suède*, préc., § 38.

²⁹⁹⁷ CEDH, *Unison c.R.U.* (déc.), préc.

²⁹⁹⁸ CEDH, *Demir et Bayakara c.Turquie*, n°34503/97, CEDH 2006 XI.

²⁹⁹⁹ CEDH, *Fédération des syndicats de travailleurs offshore et autres c. Norvege* (déc.), n° 38190/97, 27 juin 2002.

³⁰⁰⁰ CEDH, *Unison c.R.U.* (déc.), préc.

En France, à deux reprises, les détenus ont tenté de se syndiquer : en 1981, par la constitution du *Comité des prisonniers* et, en 1985, par la constitution de l'*Association syndicale des prisonniers*. Mais ces tentatives sont « tombées comme un cheval de Troie pénitentiaire » selon l'expression de Jean Favard³⁰⁰¹. L'administration pénitentiaire n'a pas interdit leur création, mais elle a entravé leur fonctionnement par l'interdiction de réunion à l'intérieur de la prison, ainsi que par la censure du courrier et le non octroi des permissions de sortir pour assister aux réunions à l'extérieur³⁰⁰². Depuis lors, le syndicalisme dans la prison n'a pas évolué.

La doctrine française est catégorique : « Si nous raisonnons en termes de revendication sociale, c'est-à-dire en termes de syndicat, de grève, d'expression collective, de représentation des travailleurs, on est bien obligé de constater que les détenus n'ont aucun droit³⁰⁰³. » Le Conseil économique et social, dans un avis émis en 1987, s'est contenté de suggérer la mise en oeuvre de certains moyens collectifs d'expression : l'affichage dans chaque atelier des informations relatives au travail, l'installation de panneaux ou de boîtes à réclamations ou à suggestions, l'élection d'un délégué d'atelier auprès du concessionnaire et de l'administration, l'organisation de réunions périodiques des détenus travailleurs par atelier et en présence d'un représentant du concessionnaire et d'un délégué de l'administration pénitentiaire. En *droit grec*, toute forme d'action syndicale dans la prison est également absente et, jusqu'à aujourd'hui, aucune tentative analogue à celles des détenus en France n'a eu lieu.

La raison juridique invoquée est l'absence de contrat de travail. Toutefois, une partie de la doctrine estime qu'à l'heure actuelle, l'absence de contrat de travail ne doit pas avoir d'incidences sur l'exercice de ces droits. De nombreux travailleurs se sont vus reconnaître des droits de caractère revendicatif alors que leurs relations avec les employeurs sont de nature statutaire et non contractuelle (comme les agents publics)³⁰⁰⁴. La jurisprudence européenne apporte une validation à ce dernier argument. Rappelons que dans l'arrêt du « Syndicat suédois des conducteurs » portant sur la liberté syndicale, la Cour avait affirmé que du fait que « la Convention ne distingue nulle part expressément entre les attributions de puissance publique des Etats contractants et leurs responsabilités d'employeurs », l'Etat est tenu de respecter les libertés de réunion et d'association de ses employés indépendamment du droit qui régit les relations de travail, à savoir du droit public ou du droit privé³⁰⁰⁵. Il est, par ailleurs, à souligner que non seulement aucun argument juridique ne s'oppose à l'exercice par les détenus de la liberté syndicale, mais au contraire, les arguments juridiques majeurs, à savoir le principe de légalité de la peine et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'égard de toute personne, militent en sa faveur. Par ailleurs, ainsi que

³⁰⁰¹ J. FAVARD, « Le détenu citoyen », *Revue pénitentiaire*, n°3, 1989, p. 267.

³⁰⁰² GENEPI, « Le droit d'association des détenus », *ARAPEJ*, n° 63, 1992, pp. 31-33.

³⁰⁰³ M. DANTI-JUAN, « Les droits sociaux du détenu », in *La Condition juridique du détenu*, préc., p.109.

³⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 110.

³⁰⁰⁵ CEDH, *Syndicat suédois de conducteurs des locomotives c. Suède*, préc., § 37.

l'a souligné Jean Favard, la privation des détenus de l'exercice de ces droits contredit l'abandon de la « notion de travail comme châtement au profit d'une affirmation plus nette du droit au travail avec une référence toujours étroite à ses conditions extérieures...³⁰⁰⁶ ».

En effet, conformément à l'esprit de la jurisprudence européenne, seuls des motifs pratiques concernant l'organisation des moyens d'action syndicale doivent être pris en compte, qui ne peuvent d'ailleurs que limiter l'exercice de la liberté syndicale, pas l'anéantir.

2. Au sein de la jurisprudence européenne

Seule la Commission a eu à se pencher sur l'application de l'article 11 dans le cas des travailleurs « détenus » et ce, à l'occasion d'une affaire concernant un détenu qui exécutait sa peine sous le régime de semi-liberté. Le requérant, suite à son renvoi par son employeur, se plaignait de la violation de ses droits syndicaux, en raison d'une part, de la rétention par l'administration pénitentiaire d'une lettre qu'il avait adressée à son syndicat à l'extérieur, lui demandant des conseils, et d'autre part, de l'absence d'appui de la part de l'administration pénitentiaire contre son employeur. Cette instance n'a pas saisi cette occasion pour s'exprimer sur le principe qui doit régir le respect de la liberté syndicale dans le cas des détenus exécutant leur peine sous le régime ordinaire. Elle a fondé son jugement sur la particularité du régime du requérant. Elle a pris en compte, d'abord, que le régime de semi-liberté rend possible l'activité syndicaliste et ensuite, que ce régime justifie une différence de traitement par rapport aussi bien aux personnes libres qu'aux personnes détenues en régime ordinaire d'exécution de leur peine. La situation du requérant « ne saurait se comparer à celle des prisonniers purgeant leur peine dans un établissement pénitentiaire normal, ni à celle des syndicalistes qui ne purgent pas de peine de prison³⁰⁰⁷ ».

La seule question d'ordre général, sur laquelle la Commission s'est prononcée, était celle de savoir si les autorités pénitentiaires devaient appuyer activement les détenus dans la protection de leurs droits syndicaux. Elle a considéré que cela n'était pas inhérent à la liberté de fonder un syndicat ou d'y adhérer. Car la disposition de l'article 11 de la Convention exige seulement que les syndicats soient en mesure de remplir leurs tâches relatives à la protection des intérêts de leurs adhérents. Elle n'oblige donc pas les autorités publiques à appuyer tel syndicat ou tel syndicaliste³⁰⁰⁸.

Quant au grief de la violation de cette liberté en raison du refus de l'administration pénitentiaire de transmettre la lettre du détenu à son syndicat, la Commission a limité son examen sur le terrain de l'article 8 de la Convention relative au droit au respect de la correspondance. Elle a refusé de

³⁰⁰⁶ J. FAVARD, « Le détenu citoyen », préc., p. 266.

³⁰⁰⁷ D 7990/77, (X c/R.U), 11.5.1981, Rec. 24, p.70.

³⁰⁰⁸ *Ibid.*, pp. 69-70.

considérer la correspondance des détenus comme un moyen contribuant à l'exercice effectif des droits syndicaux. Cependant, à la lumière de l'arrêt *Goldner*, c. R.U., précité, ce refus suscite des interrogations.

Dans ledit arrêt, le respect de la correspondance avait été mis en cause au regard du droit d'accès à la justice consacré par l'article 6 §1 de la Convention. Or, la Cour avait estimé que, dans le cas d'un détenu, la correspondance constitue un moyen important dans l'exercice de ce dernier droit. On peut alors considérer qu'il en est de même à propos de l'exercice des droits syndicaux si l'on tient compte que les conseils donnés par les syndicats à leurs membres, font partie des moyens contribuant à la défense efficace des intérêts des travailleurs. D'autant plus que dans le cas des détenus affiliés à un syndicat à l'extérieur de la prison ou à l'intérieur d'une prison, si un syndicat est constitué entre détenus des différentes prisons, la correspondance est pratiquement le seul moyen pouvant assurer la garantie de l'exercice effectif de la liberté syndicale. A moins que l'administration pénitentiaire n'autorise les déplacements des délégués syndicaux pour se rendre aux lieux de réunion à l'extérieur ou dans une prison. Ce qui, d'ailleurs, devrait être le cas, afin d'assurer l'exercice effectif de cette liberté.

Nous pensons en effet que, bien que la Commission se soit gardée de s'exprimer sur le principe concernant l'exercice par les détenus en régime ordinaire de la liberté syndicale et des droits syndicaux, l'obligation de l'administration pénitentiaire de l'assurer, ne doit pas prêter au doute. Le détenu est sujet de ce droit au même titre qu'il en est de tous les autres droits garantis par la Convention. Dès lors, la question de leur respect ne doit pas être d'ordre de principe mais d'ordre pratique. Seules des considérations liées au fonctionnement de la prison, du point de vue pratique, devraient entrer en ligne de compte. Or celles-ci ne peuvent justifier que des restrictions et non le bannissement de la liberté syndicale de l'enceinte de la prison.

Par ailleurs, l'administration pénitentiaire ne peut pas se retrancher derrière une attitude passive. L'objectif d'assurer un exercice effectif des droits de l'homme, et non seulement théorique, met à la charge de cette autorité, comme de toute autre autorité nationale, non seulement une obligation négative de s'abstenir de s'immiscer dans l'exercice des droits de l'homme, mais aussi, si nécessaire, une obligation positive d'intervenir par la prise des mesures nécessaires normatives et matérielles. Dès lors, s'agissant de l'exercice de la liberté syndicale et l'action syndicale de la part des détenus, elle a l'obligation positive de prendre des mesures nécessaires pour les rendre effectives.

Avec l'examen de la réglementation de la relation avec le travail du détenu ainsi que de la liberté syndicale, nous avons pu nous rendre compte de l'ampleur des dérogations au droit commun. Cette ampleur, qui confirme que le statut du détenu au travail est bien à part, n'est pas sans nous inciter à

nous interroger sur les raisons de cette particularité et sur leur légitimité. Les raisons pratiques d'organisation de la vie en détention, les seules qui devraient dorénavant être compatibles avec les exigences des droits de l'homme, sont loin d'être suffisantes. Et elles sont certainement loin de justifier la principale particularité : l'absence de contrat de travail. En effet, alors que celle-ci est invoquée comme le motif principal pour justifier les autres particularités qui frappent le statut du détenu au travail, elle doit nous inciter à nous interroger sur sa propre légitimité.

A ce propos, la jurisprudence européenne ne nous est pas d'un grand secours. L'absence de contrat de travail ayant été examinée uniquement au regard de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, au sens de l'article 4 §2 de la Convention, n'a pas été considérée comme portant violation de cette disposition. Nous avons pourtant démontré qu'il n'en est pas de même au regard de la liberté de travail telle qu'elle est entendue au sein des droits nationaux, à savoir comme absence de toute entrave et de tout obstacle à l'accès à l'emploi. Nous avons par ailleurs relevé que l'absence de contrat de travail a de multiples incidences sur le statut du détenu au travail. Elle le prive du statut de salarié et donc de l'application du droit du travail pour la protection de l'emploi, de la rémunération, des droits sociaux et des droits syndicaux. Pour l'instant, cette absence empêche également la protection de ces droits par des recours exercés devant les juridictions spécialisées en droit du travail³⁰⁰⁹. En droit français, les prud'hommes rejettent les recours intentés par des détenus au motif que leur travail n'est pas fondé sur un contrat de travail³⁰¹⁰. Or, estimant qu'*a priori* aucune raison pratique ne s'oppose à la conclusion d'un tel contrat entre le détenu et son employeur, nous tenterons de saisir les raisons sous-jacentes de l'absence de contrat de travail et des autres particularités qu'elle entraîne pour le statut du détenu au travail.

³⁰⁰⁹ En 2007, c'est le juge administratif qui s'est déclaré compétent pour des griefs des détenus relatifs au déclassement d'un emploi. Il a estimé que le travail constitue pour eux non seulement une source de revenus mais aussi un mode de meilleure insertion dans la vie collective de l'établissement et une possibilité de faire valoir, le cas échéant, leurs capacités de réinsertion. En revanche, des refus opposés à une demande d'emploi ou encore des décisions de classement ne sauraient, sauf s'ils mettent en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, CE, Ass. Contentieux, 14 déc. 2007, *Planchenault*, http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/index_ac_lc0716.shtml.

³⁰¹⁰ Cass., soc., *Glaziou c. Ministre de la Justice*, 17 déc. 1996, cité par Geneviève Giudicelli-Delage, et Michel Massé, dans leur article « Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail », *Droit social*, n° 4 avril 1997, pp. 344-346. Cette jurisprudence a été confirmée en janvier 2005. Le conseil de Prud'hommes de Marseille, saisi par une ex-détenue de la prison des Baumettes, qui réclamait le même SMIC horaire que les salariés de l'extérieur (le SMIC horaire en maison d'arrêt est de 3,10 euros contre 7,19 euros à l'extérieur), s'est déclaré incompétent au motif que cette dernière n'avait pas le statut de salarié (19 Janvier 2005), OIP, *Les conditions de détention en France*, Rapport 2005, OIP/La découverte, 2005, p. 288.

SECTION 2. LES RAISONS SOUS-JACENTES AUX PARTICULARITES DU STATUT DU DETENU AU TRAVAIL

Deux arguments sont principalement invoqués par la doctrine pour justifier les particularités de la relation de travail des détenus.

Le premier est empreint de paternalisme. C'est pour mieux protéger les intérêts des détenus que l'administration pénitentiaire se place entre eux et l'employeur : en raison de leur statut, les détenus seraient en situation de faiblesse face à l'employeur. Or, cet argument nous semble insuffisant. Outre qu'il n'explique pas l'absence de contrat de travail lorsque les détenus sont employés par l'Etat, nous estimons qu'il ne fait pas de doute que l'existence du contrat protégerait mieux leurs intérêts que son absence, étant donné que de son existence dépend l'application des garanties prévues par la législation du droit du travail.

Le second argument consiste à considérer que le statut de détenu diminue l'importance du contrat de travail. Ce statut ainsi que celui de travailleur placent la personne en situation de subordination. Or, l'ampleur de la subordination qu'implique le statut de détenu dépasse de loin celle qu'implique le statut de travailleur³⁰¹¹. Cet argument, pour être pertinent n'est pas non plus suffisant. D'abord, parce que les particularités de la condition juridique du détenu ne se limitent pas à celles concernant sa relation au travail, elles s'étendent, ainsi que nous le constatons tout au long de la présente étude, à d'autres relations qui ne présentent aucune subordination entre les partenaires. Ensuite, même si nous abordons la question en termes de degré de subordination, le travail permet justement de poser celle de l'étendue de la subordination du détenu aux autorités pénitentiaires. Il faut voir dans la subordination créée par la relation de travail une subordination distincte de celle de détenu créée par la privation de la liberté. La première vise d'autres buts, et surtout, est fondée sur l'accord libre entre les partenaires, exprimé par le contrat de travail, et composé des droits et des devoirs réciproques. Aussi, au lieu de voir dans la subordination du détenu à son employeur une extension de sa subordination à l'administration pénitentiaire, il faut y voir une restriction : la relation établie sur contrat avec son employeur permettrait d'avoir une relation autonome, soustraite à celle de l'autorité pénitentiaire.

³⁰¹¹ « Le droit du travail ne peut s'inscrire que dans un cadre purement statutaire où il n'y a rien à négocier parce que le degré d'assujettissement du détenu à l'administration pénitentiaire excède de beaucoup le lien qui caractérise ordinairement la subordination d'un salarié à l'égard de son employeur », M. DANTI-JUAN, « Les droits sociaux du détenu », *préc.*, p. 106

Nous estimons que les vraies raisons de l'absence de contrat de travail ne sont pas liées à son inutilité ou à la volonté de mieux protéger les intérêts des détenus. Elles sont liées à la volonté de maintenir le travail de ces derniers dans une réglementation à part et avec une valeur hors du marché, pour qu'il puisse y jouer un rôle à part : servir d'instrument pour réaliser les buts de la peine et gérer la vie en détention. Il perpétue ainsi le rôle qu'il a joué dans le système des peines et le rapport qu'il a entretenu avec la privation de liberté tout au long de l'histoire des peines. L'obligation de travailler fut toujours dans un rapport indissociable avec la privation de la liberté. Au cours de l'histoire, seul le rapport de cause à effet a changé. Depuis la peine d'esclavage jusqu'aux travaux forcés, c'était la condamnation au travail qui entraînait la privation de liberté. Après l'instauration de la peine privative de liberté, c'est la condamnation à cette peine qu'entraîne l'obligation de travailler, à tout le moins, la privation de la liberté du travail. Ce rôle du travail est facilité par le fait qu'il possède une telle polymorphie dans ses fonctions et représentations qu'il apparaît comme un objet de punition plus idéal encore que la privation de la liberté physique. Le travail peut servir à la fois les aspects négatifs de la peine (afflictif et privatif d'autonomie), et les aspects positifs (utilité publique, réinsertion sociale, maintien de l'ordre).

Une présentation rapide de l'évolution de la valeur du travail peut expliquer et mieux comprendre ce rôle multiple du travail en prison à commencer par sa représentation d'occupation pénible et dévalorisante. Il puise cette représentation aussi bien dans le mythe du péché originel selon lequel être obligé à travailler fut la première condamnation de l'homme, que dans la perception du travail rétribué dans les deux grandes civilisations de l'Antiquité, grecque et romaine. Celles-ci considéraient le travail comme « *ponos*³⁰¹² » ou « *torture*³⁰¹³ » et comme une activité indigne d'un citoyen. Pour Aristote, parce que la qualité de citoyen appartient seulement à ceux « qui ne travaillent pas nécessairement pour vivre » car «...les tâches rétribuées... ne laissent à la pensée ni liberté ni élévation³⁰¹⁴ ». Et pour Cicéron, parce que « c'est la peine et non pas l'habileté que l'on paie : dans ces gains, en effet, le salaire est lui-même le gage de la servitude³⁰¹⁵ ».

³⁰¹² Par « *ponos* » (peine) on désignait en Grèce antique le travail : « toutes les activités qui exigent un effort pénible », par opposition à une vie de plaisir et de mollesse, J.-P. VERNANT, *Mythe et pensée chez les grecs. II. Le travail et la pensée technique*, Maspero, 1974, pp. 16-17.

³⁰¹³ Concernant l'évolution du mot « travail » dans la langue française, L. FEBVRE souligne que celui-ci est parti du sens torture « *tripaliare*, torturer avec le *tripalium*, la machine à trois pieux ». Travail : évolution d'un mot et d'une idée, in *Journal de psychologie*, 1948, p. 19.

³⁰¹⁴ ARISTOTE, *Politique*, III, 2-3, cité par A. AYMARD, *Journal de Psychologie*, 1948, préc., pp. 42-43.

³⁰¹⁵ CICERON, « Les devoirs », cité par Th. SELLIN, *Esclavage et peines dans la Rome antique*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, t.2, *Recueil d'études en hommage à M. ANCEL*, Pédone, 1975, p. 438.

Le changement de la conception du travail fut commencé avec l'influence du christianisme, pour qui seule l'oisiveté est honteuse³⁰¹⁶. Le travail au contraire est l'activité créatrice par laquelle l'homme participe à l'œuvre divine³⁰¹⁷. Mais il a fallu attendre l'ère du capitalisme pour que la conception du travail change significativement. Ainsi que l'a démontré Max Weber, dans « l'éthique capitaliste », travailler devient un devoir social pour tous : « Le travail est mis au service d'une organisation rationnelle qui fournit à l'humanité ses biens matériels³⁰¹⁸ », l'acquisition desquels doit être le fruit d'un effort collectif³⁰¹⁹.

Nous devons cependant noter que, si la conception capitaliste du travail a été entretenue et développée, c'est aussi parce qu'elle est liée à une nouvelle conception de la formation du pouvoir. En effet, ainsi que l'a démontré Foucault, il faut également voir dans le travail « un principe d'ordre et de régularité : par les exigences qui lui sont propres il véhicule d'une manière insensible les formes d'un pouvoir rigoureux... Il donne des habitudes d'ordre et d'obéissance³⁰²⁰ ». Ne faut-il d'ailleurs, ajouter que si le travail sert le pouvoir ce n'est pas seulement par sa contribution à former des esprits respectueux de la régularité et de l'ordre ; il le sert aussi parce qu'il constitue un excellent moyen de surveillance et, donc, de police. Durant le travail, l'homme est, en tant qu'agent potentiel de désordre, neutralisé par la surveillance exercée sur lui sur les lieux de travail, mais aussi par la dépense de son temps et son énergie physique et mentale à exécuter sa tâche. A cet égard, la réflexion de Nietzsche à propos du travail qui, au XIX^e siècle durait toute la journée, est des plus pertinentes : « Un tel travail constitue la meilleure des polices ; il tient chacun en bride, et s'entend à entraver puissamment le développement de la raison, des désirs, du goût de l'indépendance. En fait, il consume une extraordinaire quantité de force nerveuse et la soustrait à la réflexion, à la méditation, à la rêverie, aux soucis, à l'amour et à la haine ; il présente constamment à la vue un but mesquin et assure des satisfactions faciles et régulières. Ainsi une société où l'on travaille dur en permanence aura davantage de sécurité ; et l'on adore aujourd'hui la sécurité comme la divinité suprême³⁰²¹. »

Toujours est-il que, plus encore que dans sa considération éthique comme devoir social, la contribution du capitalisme dans l'évolution de la conception du travail réside dans la naissance du

³⁰¹⁶ « Ce qui est réellement condamnable, du point de vue morale, c'est le repos dans la possession, la jouissance de la richesse et ses conséquences », Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1964, p. 207.

³⁰¹⁷ Le temps est infiniment précieux car chaque heure perdue est soustraite au travail qui concourt à la gloire divine», *Ibid.*, p. 208.

³⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 80.

³⁰¹⁹ *Ibid.*, p.54. Le même auteur ajoute : « Que le devoir s'accomplisse dans l'exercice d'un métier, d'une profession, c'est une idée caractéristique de l'éthique sociale de la civilisation capitaliste ; elle en est le fondement », *Ibid.*

³⁰²⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, pp. 245-246.

³⁰²¹ NIETZSCHE, *Aurore* (1880), Ed. Gallimard, 1974, Livre III, pp. 181-182.

statut de salarié et des garanties qui l'ont entouré depuis lors, ayant conduit au changement des conditions matérielles et juridiques de son organisation. Ainsi que l'a souligné Lucien Febvre, la conception du travail a changé lorsque les travailleurs acquièrent le statut d'ouvrier ; c'est-à-dire, lorsque les ouvriers cessèrent de former une « classe misérable » pour devenir une « classe ouvrière », dotée d'un certain pouvoir face à celui des patrons³⁰²². Or, jusqu'au XVII^e siècle, le travail portait encore des marques de souffrance et d'humiliation dues aux conditions dans lesquelles il s'exécutait³⁰²³. C'est grâce à l'organisation du mouvement ouvrier que les salariés ont pu constituer une force de pression légitime, consacrée par la reconnaissance de la liberté syndicale et des moyens d'action collectifs, et acquis progressivement des garanties. Des garanties qui ont renforcé *la liberté de travail* (liberté de s'engager dans une relation de travail, par la signature d'un contrat, et d'y mettre fin), *la sécurité du travail* (protection contre les licenciements abusifs), *la sécurité du salaire* (garantie d'un salaire minimum et de son paiement), la reconnaissance des *droits sociaux* (qui a marqué le passage de la considération du travail de simple moyen d'échange mercantile à celle de participation au produit national rémunéré équitablement compte tenu des besoins personnels et familiaux des travailleurs) et *autres améliorations* (comme la diminution progressive des heures de travail, le repos hebdomadaire, les congés payés, l'amélioration des conditions matérielles de sécurité et de confort, etc.).

Ce sont toutes ces garanties qui ont contribué à diminuer le degré de subordination de l'employé à l'employeur, et donc à diminuer sa considération d'occupation dévalorisante et aliénatrice de la liberté et de la dignité des travailleurs. Plus encore, elles ont contribué à faire évoluer le travail vers sa valorisation sociale. Cette évolution a notamment eu lieu entre 1880 et 1940³⁰²⁴. La consécration de l'accès au travail comme un droit de l'homme accompagné de la revendication de l'égalité des chances d'accès au travail ou encore le rôle du travail dans l'émancipation de la condition féminine constituent des preuves indéniables d'une telle évolution. La valeur sociale attribuée actuellement à l'activité professionnelle constitue de loin le critère le plus déterminant de l'identité sociale des individus : l'exclusion du monde du travail équivaut purement et simplement à l'exclusion sociale³⁰²⁵. On peut même dire que le travail est devenu dans nos sociétés contemporaines, ce qui avait été autrefois suggéré, qu'il le soit dans les prisons, à savoir leur religion : « Le travail est la

³⁰²² L. FEBVRE, « Travail : évolution d'un mot et d'une idée », préc., p. 26.

³⁰²³ « Il est odieux en civilisation par l'insuffisance du salaire, l'inquiétude d'en manquer, l'injustice des maîtres, la tristesse des ateliers, la longue durée et l'uniformité des fonctions », FOURIER, cité par L. FEBVRE, « Travail : évolution d'un mot et d'une idée », préc., p.22.

³⁰²⁴ En France, c'est en 1907, que la première chaire de l'histoire du travail a été créée, M. WEBER, *L'éthique protestante*, p.23.

³⁰²⁵ D. MEDA, « La fin de la valeur "travail" ? », in *Esprit*, août-sept. 1995, pp. 75 et s.

providence des peuples modernes ; il leur tient lieu de morale, remplit le vide des croyances et passe pour le principe de tout bien. Le travail devait être la religion des prisons³⁰²⁶. »

Par ailleurs, si le travail revêt une telle importance, ce n'est pas seulement en raison de sa représentation sociale d'activité valorisante et d'utilité collective. C'est aussi parce qu'il constitue un moyen d'autonomie financière, et pour la majorité des personnes, l'unique moyen d'une telle autonomie, le travail étant le seul bien de valeur d'échange dont ils disposent. On conçoit donc aisément que, pour eux, cette utilité du travail est la plus immédiate et la plus importante.

Mais ces rôles et représentations étant dépendants des conditions matérielles et juridiques de son exécution, le travail maintient la potentialité de revêtu, n'importe laquelle des significations soulignées : des significations négatives, lorsqu'il est considéré comme situation de dépendance et d'activité de besogne, et des significations positives, lorsqu'il est représenté comme moyen d'autonomie financière et d'activité sociale utile. Les conditions dans lesquelles le travail s'exécute dans le système pénal en constitue la preuve. La réglementation de son exécution illustre sa potentialité d'embrasser tous les sens et fonctions attachés à la peine. Dès lors, préserver cette potentialité serait la raison sous-jacente de la particularité de sa réglementation dans les prisons. Loin de permettre au travail de constituer un moyen d'autonomie pour les détenus, en tant qu'activité détachée du statut pénal du détenu (§ 1), il contribue à perpétuer le sens de la peine privative de liberté comme privation d'autonomie, y compris celle de disposer librement de sa force de travail et d'en tirer pleinement profit : le travail est mis au profit de la peine et de la gestion de la prison (§ 2).

§ 1. Empêcher le travail de fonctionner comme moyen d'autonomie

Nous estimons en effet que l'absence de contrat de travail combinée aux répercussions sur le statut juridique du détenu au travail, à savoir la privation du statut de salarié et la privation des garanties qui entourent ce statut, procède d'une hostilité envers l'exercice par le détenu des droits qui peuvent lui assurer une autonomie. Or, le contrat de travail est générateur d'autonomie et d'un statut potentiellement concurrent de celui de détenu qui serait redouté par l'administration pénitentiaire. Elle y verrait un affaiblissement de la peine et de son autorité. Outre la signature du contrat, qui est

³⁰²⁶ L. FAUCHER, *De la réforme des prisons*, 1838, cité par Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, préc., p. 246.

une expression de l'autonomie de la volonté (A) les droits et libertés attachés au statut de salarié visent à lui assurer une autonomie effective (B).

A. Empêcher l'autonomie procurée par le libre échange du travail

Les particularités qui caractérisent la relation de travail des détenus, absence de contrat et de salaire, s'inscrivent en fait dans la continuité de la conception de la peine privative de liberté comme privative d'autonomie maximale. La privation du droit de signer un contrat de travail, comme le droit de disposer librement de ses biens, est une expression d'incapacité civile, et donc un reste de la conception de la peine privative de liberté comme emportant la mort civile du condamné. Le fait que la force de travail soit le seul bien d'exploitation dont on ne peut priver le détenu, le droit pénitentiaire vise à l'en déposséder. En témoignent les dispositions qui excluent le travail des détenus du contrat de travail (1) et celles qui réservent un traitement particulier à sa rémunération (2).

1. Autonomie exprimée par la signature du contrat de travail

Il convient de prévenir d'emblée que l'approche du travail comme une marchandise évaluée dans le marché du travail et échangée contre un salaire se heurterait à sa conception actuelle comme une « conduite sociale ». Cette évolution est reflétée par la substitution du terme « salaire » par celui de « rémunération », que Gérard Lyon-Caen appelle « salaire social »³⁰²⁷. Selon cet auteur, en passant du terme de « salaire » à celui de « rémunération » (qui a un sens plus large couvrant l'ensemble des avantages attachés à une fonction comme les congés payés, les congés-maladie, les primes), l'accent est mis sur les besoins du travailleur et non plus sur la stricte valeur du travail. Cette évolution de la considération du travail est également signifiée, ainsi que l'a souligné François Ewald, par le passage du « contrat roussauiste articulé sur la notion d'échange (et supposant du même coup le principe de propriété, car il faut que quelqu'un ait quelque chose à apporter) » à ce qu'on pourrait appeler « contrat de solidarité, fondé sur les notions de juste distribution ou répartition équitable des charges et profits sociaux ». Sans pour autant que le travail perde sa valeur marchande³⁰²⁸.

Mais concernant l'évolution de la conception du travail des détenus, nous sommes obligés de constater qu'elle n'est même pas encore parvenue à la phase de la distinction totale entre l'homme et

³⁰²⁷ La substitution du terme de « rémunération » à celui de « salaire » a eu lieu avec la loi du 2 août 1949, G. LYON-CAEN, *Le droit du travail : Le salaire*, t. 2, 2^{ème} Paris, Dalloz, 1981, pp. 5-7.

³⁰²⁸ « Toutefois, le contrat de travail pour être étendu vers une dimension solidariste, et la rémunération pour avoir dépassé le prix strict du travail fourni, n'empêche que la relation fondamentale demeure synallagmatique entre deux valeurs échangées : le travail et l'argent. La personne n'a pas accès à cette société solidariste si elle n'a pas pendant une période de sa vie échangé son travail par contrat, avec un employeur dans un travail salarial, avec le client, dans un travail libéral », F. EWALD, « Le droit du travail : une légalité sans droit ? », *Droit Social*, n° 11, nov.1985, p. 725.

sa force de travail. Pourtant, c'est cette distinction qui a permis la création du rapport salarial apparu avec le capitalisme³⁰²⁹. Et, à l'inverse, c'est l'absence de la distanciation de la force de travail du corps du travailleur qui, dans l'histoire, équivalait tout simplement au statut d'esclave : « L'originalité de l'esclavage, répétons-le, tient du fait que c'est le travailleur lui-même qui est la marchandise et non pas simplement son travail ou sa force de travail³⁰³⁰ », soulignait Moses I. Finley. Or, si l'on estime que cette in-dissociabilité peut être expliquée par la privation d'autonomie de l'esclave, et donc du pouvoir de posséder -car il était lui-même un bien de possession-, on peut y voir une explication dans la survivance de la privation du détenu du droit au contrat de travail.

Considérer que la privation du détenu du droit de signer un contrat de travail ait un lointain rapport avec l'esclavage n'est pas dépourvu de fondement. Selon M. I. Finley et Thorsten Sellin³⁰³¹, qui ont étudié l'influence d'*ergastule* sur l'évolution du système des peines, celle-ci avait succédé, dans le droit romain, à celle de *servi poenae*³⁰³². Cette peine réduisait les condamnés à des « esclaves de la peine³⁰³³ » qui, comme Buckland le confirme, « ne pouvaient pas conclure des contrats³⁰³⁴ ». Mais la peine de *servi poenae* porterait atteinte aux droits de propriété des maîtres d'esclaves. Dès lors les juristes avaient inventé l'*ergastule* qui permettait d'associer châtiement des esclaves et respect des droits de propriété de leurs maîtres. L'*ergastule* consistait en l'emprisonnement des esclaves à la propriété de leurs maîtres où ils étaient enchaînés et forcés à travailler au profit de ces derniers³⁰³⁵. Cette peine allait, sous l'Empire, être appliquée sous la forme d'*opus publicum* ou *damnatio ad metala* (caractérisée par le travail forcé au profit de l'Etat), aux hommes libres, en l'occurrence aux délinquants des basses classes³⁰³⁶. Cette extension serait due à la dégradation progressive du statut des *humiliores*. Dégradation, qui les avait placés dans une telle proximité avec les esclaves, que l'application à leur égard de mêmes peines n'était plus inconcevable³⁰³⁷. On retrouve ce type de

³⁰²⁹ « C'est avec le capitalisme que le travail salarié est apparu comme la forme caractéristique de travail pour autrui. La force de travail devient alors l'une des principales marchandises proposées sur le marché », M.I. FINLEY, *L'esclavage antique et l'idéologie moderne*, 1990, préc. ; Th. SELLIN, « Esclavage et peines dans la Rome antique », *Recueil d'études en hommage à M. Ancel, Aspects nouveaux de la pensée juridique*, t. II, Paris, Pedone, 1975, p. 89.

³⁰³⁰ Th. SELLIN, « Esclavage et peines dans la Rome antique », *préc.*, p. 97.

³⁰³¹ M.I. FINLEY, *L'esclavage antique et l'idéologie moderne*, *préc.*

³⁰³² Selon W.W. BUCKLAND, il semble qu'en droit romain, la marque qualitative de l'esclave résidait dans les droits diminués : « Un esclave est un homme, sans droits, i.e ; Sans pouvoir mettre la loi en mouvement pour sa protection propre », *The Roman law of Slavery, The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1970, 1^e éd., 1908, p. 2.

³⁰³³ *Ibid.*, p. 277.

³⁰³⁴ *Ibid.*

³⁰³⁵ M.I. FINLEY, *L'esclavage antique et l'idéologie moderne*, p. 13.

³⁰³⁶ Th. SELLIN, *Esclavage et peines dans la Rome antique*, *préc.*, p. 449.

³⁰³⁷ M.I. FINLEY, *L'esclavage antique et l'idéologie moderne*, *préc.*, p. 194. Thorstein SELLIN, en présentant l'évolution du droit pénal par une influence directe ou indirecte de l'esclavage, explique l'application progressive de certaines peines propres aux esclaves à des citoyens pour les motifs suivants : la proximité où la stratification sociale a placé la classe la plus inférieure, celle des *humiliores*, avec les esclaves ; la dégradation du concept de la citoyenneté, avec son extension à des esclaves affranchis et des étrangers ; la ruine de la classe des décurions, pendant la période de l'empereur Dioclétien (284-305), poussés par le système écrasant des impôts, à céder la propriété de leurs terres et à devenir des metayers sur leurs propres terres (*coloni*) ; le mépris des tâches des classes laborieuses : les *fabricenses* étaient affectés dans les industries de l'Etat aux mêmes

peine vers la fin du XV^e siècle³⁰³⁸ dans la peine des galères et dans celle qui lui a succédé, les travaux forcés. Ces peines, lorsqu'elles n'entraînaient pas la mort civile du condamné, entraînaient la diminution de son statut civil et civique. Le condamné perdait le pouvoir de disposer librement de sa personne, y compris de sa force de travail. Celle-ci était gratuitement mise au service, d'abord du roi, et ensuite, de la collectivité. Ce qui a permis à des historiens, comme Georg Rusche et Otto Kirchheimer³⁰³⁹, de soutenir la thèse que ce sont des considérations économiques qui ont déterminé le système des peines. Les éléments caractéristiques de ces peines, privation de liberté physique, obligation au travail et dégradation du statut civil et civique sont perpétués dans la peine de prison et la peine privative de liberté.

A ce propos, il ne serait pas inutile de rappeler les positions de Beccaria, le principal inspirateur de l'évolution du système des peines de l'Ancien régime, et notamment de l'abandon de la peine de mort au profit de la peine privative de liberté, ainsi que les positions de Thomas More. Elles renforcent notre hypothèse de l'explication du lien actuel entre peine privative de liberté et absence de contrat de travail, par ce lointain rapport avec l'esclavage. Entre autres louanges de la peine d'emprisonnement figure sa présentation comme « esclavage perpétuel » car elle permettrait de combiner utilité publique et pénibilité du travail forcé, ajoutées à la privation de la liberté³⁰⁴⁰. Rappelons que les réformateurs français allaient, en 1791, adopter la peine privative de liberté avec l'obligation des détenus à travailler³⁰⁴¹ ; et que, malgré l'accent également mis sur le rôle moralisateur du travail dans l'amendement des détenus, punition et exploitation sont les deux buts recherchés par le travail des détenus jusqu'à la fin de la dernière guerre mondiale. Comme l'a montré Jacques-Guy Petit, tout au long du XIX^e siècle, les prisons ressemblaient à de grandes usines d'esclaves. En effet, les veilles expiatriques par l'épuisement des détenus, accompagnées d'une discipline de fer, s'accordaient à la perfection avec le désir des concessionnaires de surexploiter les

tâches que les esclaves qui y travaillaient, et bien que seules des différences techniques subsistaient entre ces deux catégories et leurs enfants étaient, également, liés à leur métier ; et de manière générale, les membres de chaque métier ayant été organisés en corporations, leurs membres étaient considérés comme des « esclaves de métier », le métier devenait héréditaire, Th. SELLIN, *Esclavage et peines dans la Rome antique*, préc., pp. 442- 446.

³⁰³⁸ Sa réapparition serait expliquée par les besoins d'une main d'œuvre gratuite pour affréter les galères très consommatrices de main d'œuvre humaine, lorsque s'amorça l'époque des grandes guerres maritimes entre puissances chrétiennes et musulmanes en méditerranée, coûteuses en hommes et en argent (chaque galère nécessitait 350 hommes, G. RUSCHE et O. KIRCHEIMER, *Peine et structure sociale*, éd. Cerf, 1994, p. 183.

³⁰³⁹ *Ibid.*

³⁰⁴⁰ « La plupart de grands crimes ont l'esclavage pour sanction, châtement qui leur semble aussi redoutable pour les coupables, et beaucoup plus avantageux pour l'Etat, que la mort ou la relégation. Car les coupables rendront plus de services par leur travail que par la mort et leur exemple intimidera durablement ceux qui seraient attirés par des fautes semblables», de même que « s'ils n'étaient pas astreints à un labeur continu, leur vie n'aurait rien de pénible » Thomas MORE, *L'Utopie*, Flammarion, Paris, 1987, pp. 194-195, et p. 108. Quant à Beccaria, il avait loué l'esclavage perpétuel pour remplacer la peine de mort comme comportant plus de degré de rigueur afin de détourner l'homme d'un crime : « Ainsi donc l'esclavage perpétuel, substitué à la peine de mort, a toute la rigueur qu'il faut pour éloigner du crime l'esprit le plus déterminé » ; car « le fanatisme et les vanités s'évanouissent dans les chaînes, sous les coups, au milieu des barreaux de fer : le désespoir ne termine pas les maux ; il les commence », Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1979, p. 93.

³⁰⁴¹ *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc.

détenus. Par ailleurs, l'expression « esclavage pénal », rencontrée dans les écrits jusqu'au milieu de notre siècle pour désigner la peine privative de liberté, est à ce propos significative³⁰⁴².

Certes le statut actuel du détenu ne peut pas être comparé à celui d'esclave ni de forçat. Mais on ne peut s'empêcher de voir dans le refus du contrat de travail un reste de la conception de la peine privative de liberté comme privative de volonté libre. Conception qui d'ailleurs n'est pas démentie par le législateur français qui justifiait, encore en 1995, l'absence de contrat par la « nature des relations existantes entre le détenu et l'institution pénitentiaire, marquée par la force de contrainte qui découle de la décision de justice et qui écarte l'existence d'un libre accord de volonté entre les deux personnes³⁰⁴³ ».

La réglementation de la rémunération de leur travail en constitue une preuve supplémentaire.

2. Autonomie assurée par la libre gestion de la rémunération

Le droit du travail prévoit de nombreuses dispositions qui visent à garantir la rémunération : l'obligation de prévoir un salaire lors de la conclusion du contrat de travail, la fixation d'un montant minimum par des conventions collectives, sa perception effective par le salarié (diverses garanties visent à protéger la saisie du salaire par les créanciers dans les mains de l'employeur) et certes sa libre gestion.

Or, la rémunération des détenus est caractérisée par plusieurs particularités. Elle est nettement inférieure à celle d'un travailleur libre ; elle ne jouit pas de mêmes garanties contre les saisies ; sa gestion par le détenu, comme nous le verrons dans la section suivante relative au droit au respect des biens, n'est pas totalement libre ; et les litiges corrélatifs ne relèvent pas de la compétence des juridictions communes.

La justification de ces particularités, la plus largement acceptée jusqu'à une date récente, était fondée sur la conception du statut légal du détenu comme comportant la privation des droits subjectifs. L'exposé introductif au Code pénitentiaire grec de 1967 était explicite sur ce point. Il y était affirmé que le fait que la détention place la personne « sub poena » crée un rapport juridique qui exclut la naissance d'un droit subjectif comme le droit à un salaire. C'est en effet cette considération qui avait conduit les rédacteurs dudit Code à parler non pas de salaire mais d'« indemnisation du travail pénal » ou de « gratification »³⁰⁴⁴. Et c'est toujours la même perception qui caractérise la

³⁰⁴² En droit anglais par exemple, l'on trouve le titre « penal servitude act 1853 », et Fox utilisait encore en 1950 le terme de servitude pénale, L.FOX., « Le système pénitentiaire de la Grande Bretagne d'après le criminal justice act de 1948 », in *Les grands systèmes pénitentiaires actuels*, Paris, Sirey, 1950, p. 307 s.

³⁰⁴³ OIP, *Dedans-dehors*, n° 4, nov. déc. 1997, p. 11.

³⁰⁴⁴ *Code pénitentiaire grec*, p. 41.

rémunération du travail des détenus, y compris en droit français³⁰⁴⁵. Or, nous estimons que ces particularités constituent des preuves supplémentaires de l'empêchement délibéré à ce que le travail fonctionne comme un moyen assurant aux détenus une certaine autonomie.

En plus des considérations attachées à la conception de la peine, les particularités du statut du détenu au travail peuvent être expliquées également par des incompatibilités structurelles entre le droit pénitentiaire et le droit du travail.

B. Empêcher l'autonomie assurée par le statut de salarié

L'absence de reconnaissance au détenu du statut de salarié permet de mieux justifier l'inapplication du droit du travail dans la prison. Ce statut accorderait des droits aux détenus qui seraient redoutés par l'administration pénitentiaire **(1)** comme serait redouté l'esprit général du droit social avec lequel le droit pénitentiaire devrait se rendre compatible **(2)**.

1. Les incompatibilités entre le statut de détenu et le statut de travailleur

Le statut juridique de la personne détenue serait incompatible aussi bien avec le statut de « salarié » **(a)** qu'avec le statut de « salarié syndiqué » **(b)**.

a. Les incompatibilités des statuts de « détenu » et de « salarié »

La pleine reconnaissance au détenu du statut de salarié devrait entraîner l'application du droit du travail dans sa relation avec son employeur. Dès lors, les ateliers devraient être considérés comme des espaces de l'entreprise et être régis, sinon exclusivement, du moins de manière prédominante, par le règlement d'entreprise³⁰⁴⁶. Or, tel n'est pas le cas. De même que les autres aspects de vie du détenu, ceux qui concernent le travail sont régis par le droit pénitentiaire. Rappelons que les infractions, mais aussi les sanctions liées au travail, sont prévues par le droit pénitentiaire sous des formes altérées par rapport à celles prévues par le droit du travail. Par exemple, le licenciement devient « éloignement » et la faute justifiant le licenciement peut être fondée aussi bien sur la mauvaise qualité du travail que sur une infraction à la discipline générale de la prison commise dans les lieux du travail. Aussi, le travail au lieu de soustraire le détenu à l'application du droit

³⁰⁴⁵ Ph. AUVERGNON, C. GUILLEMAIN, *Travail pénitentiaire en question. Une approche juridique et comparative*, Rapport d'étude, Ministère de la Justice français, Septembre 2005.

³⁰⁴⁶ L'application d'un tel règlement, est en effet devenu obligatoire à partir de la loi de 1982 afin d'assurer une certaine protection du salarié à l'égard du pouvoir disciplinaire de l'employeur.

pénitentiaire, et par conséquent, à la subordination totale au pouvoir pénitentiaire, contribue-t-il à étendre cette dernière.

En effet, nous ne pouvons pas nous empêcher de poser cette question : le maintien par l'administration pénitentiaire d'une autorité monocéphale dans la prison serait-il l'effet d'une attitude paternaliste à l'égard des détenus (argument souvent avancé par celle-ci et justifié par l'intention de mieux défendre les intérêts des détenus qui seraient en situation défavorable pour négocier directement avec l'employeur) ou bien serait-il l'effet d'une prérogative qu'elle garde jalousement ? Certes la dualité d'autorité, pénitentiaire et patronale, n'est pas inconnue dans l'histoire de la prison. Tout au long du XIX^e siècle, où le travail en prison avait été organisé selon le système d'entreprise générale, l'entrepreneur se trouvait avec le directeur de la prison dans un rapport de dyarchie. Elle fut toutefois, d'après Jacques-Guy Petit, une expérience déplorable. Lorsque les rapports entre le directeur de l'administration pénitentiaire et l'entrepreneur n'étaient pas conflictuels, ils étaient d'une complaisance spéculative. En réalité, l'entrepreneur faisait figure d'« homme fort dans la prison³⁰⁴⁷ », ce qui a eu comme conséquence la quasi-assimilation de l'institution de la prison à celle de l'esclavage. L'obligation de travailler³⁰⁴⁸ était accompagnée d'une discipline de fer. Les sanctions sévères étaient prévues par le règlement pénitentiaire³⁰⁴⁹. De surcroît, l'entretien des détenus était assuré par l'entrepreneur à moindres frais³⁰⁵⁰. Dans ces conditions, l'éloignement de l'entrepreneur était apparu comme une mesure protectrice pour le détenu.

Toutefois, si la détention en tant que situation matérielle affaiblit le détenu face à l'employeur, il ne fait aucun doute aujourd'hui que l'absence de contrat de travail contribue à renforcer son affaiblissement par l'inapplication de la législation du travail. Si l'employeur est guidé par le but lucratif et donc l'exploitation (ce qui n'a rien de propre à son investissement en prison), le droit du travail vise justement à trouver un équilibre entre les intérêts de celui-ci et ceux des travailleurs. Du

³⁰⁴⁷ Dans ces prisons, le directeur assurait la direction de la maison, le commandement des gardiens, la surveillance et le pouvoir punitif. Mais c'est l'entrepreneur qui possédait le pouvoir réel en assurant toutes les charges, à l'exception du personnel administratif et de surveillance, à savoir l'éclairage, le chauffage, l'entretien des détenus (nourriture, vêtements, propreté), ainsi que les frais de culte, des médicaments, de l'infirmerie, de la bibliothèque, J.G. PETIT, *Ces peines obscures*, préc., p. 333.

³⁰⁴⁸ Ce système d'organisation devenu « l'âme du régime pénitentiaire », « le système du système pénitentiaire », Benjamin Constant n'a pas hésité à parler de « mise en esclavage du travail pénal forcé », *Ibid.*, pp. 410 et 413.

³⁰⁴⁹ Ainsi dans la prison de Fontainebleau, parmi les sanctions recensées en 1825, figuraient : 15 jours de cachot avec fers, pour refus de travail ; 1 mois de cachot avec fers, mains attachées derrière le dos, pour distraction pendant le travail et réponse insolente à la réprimande du directeur ; 20 jours de cachot avec fers, pour refus de travail ; 1 mois de cachot, dont 15 jours avec fers, pour insultes et voies de fait, envers un préposé de l'entrepreneur ; un mois de cachot avec 15 jours de fers, pour endommagement d'une pièce de toile ; 2 mois de cachot dont un avec fers pour bris de métier, *Ibid.*, pp. 380-381.

³⁰⁵⁰ Au point de faire éclater le scandale de Clairvaux de « mise à mort d'une population carcérale » : 117 décès pendant les deux mois d'avril et mai de 1847, pour 1 968 détenus et pour une moyenne annuelle de 116 décès entre 1835 et 1844. L'enquête aurait révélé une fraude généralisée du boucher aux fabricants des ateliers. Une nourriture pourrie, refus de l'infirmerie de recevoir les détenus, non administration de soins et de repos afin de ne pas interrompre le travail aux ateliers. L'autopsie relèvera une sorte d'empoisonnement par la nourriture et des corps exténués par le travail dans les ateliers, *Ibid.*, pp. 334, 341-342.

fait que, depuis notamment l'après-guerre, ce droit a progressé vers une meilleure protection des salariés à l'égard du pouvoir patronal, il ne peut qu'avoir un impact également positif sur le détenu « travailleur ». Si bien que la protection de ce dernier par l'application du droit du travail est certainement plus efficace que son inapplication. Aussi, l'absence de rapports directs entre les détenus et l'employeur ne peut-il plus être mise sur le compte d'une attitude paternaliste à l'égard des détenus, mais plutôt sur l'hostilité des autorités pénitentiaires à appliquer le droit du travail dans les prisons et se voir ainsi privées d'une partie de leur pouvoir sur le détenu.

L'application du droit du travail dans la prison serait par ailleurs redoutée par l'exercice des droits syndicaux que les autorités pénitentiaires devraient assurer aux détenus qui souhaiteraient se syndiquer.

b. Les incompatibilités des statuts de « détenu » et de « salarié syndiqué »

Rappelons que la liberté syndicale n'est pas garantie aux détenus, ni en droit français ni en droit grec. Quant à la jurisprudence européenne, la Commission, saisie d'une seule affaire qui portait sur cette question, était réservée quant à s'exprimer sur le principe du respect de la liberté syndicale dans les prisons.

Nous estimons que l'explication la plus évidente de l'absence de la liberté syndicale dans la prison réside dans l'opposition foncière entre le statut de « salarié syndiqué » et le statut de « détenu » déterminé par le droit pénitentiaire. Le respect du droit du travail aurait accordé au détenu le statut de salarié et lui aurait permis de faire partie d'un syndicat, de le placer donc dans des rapports de groupe et de le doter des moyens d'action collective et revendicative. Or, dans la prison, les manifestations de nature revendicatives, loin de constituer des moyens légaux protégés par le droit en vue de mener des négociations collectives, sont réprimées. Elles sont constitutives de *mutinerie*, infraction à la fois pénale et disciplinaire. Et le détenu est un sujet isolé, passif et obéissant.

Les dispositions relatives à la police dans la prison en témoignent de manière assez éloquente. Le devoir d'obéissance des détenus est prévu aussi bien dans le droit français que dans le droit grec. En droit français, l'obéissance des détenus est le pilier de l'ordre pénitentiaire énoncée en termes positifs : « Les détenus doivent obéissance aux fonctionnaires ou agents ayant autorité dans la prison en tout ce qu'ils leur prescrivent pour l'exécution des règlements » (art. D. 243 CPP). En droit grec, elle est énoncée en termes négatifs. Ce dernier érige en infraction disciplinaire « l'inobservation aux injonctions légales du personnel de l'établissement » (art. 68 §2 al. a, C. pénit.). La seule avancée en la matière de ces deux droits pénitentiaires c'est qu'ils ont supprimé l'interdiction des réunions collectives et bruyantes, le droit français en 1996 et le droit grec en 1999.

Enfin la mise en compatibilité du droit pénitentiaire avec le droit du travail peut se heurter à une différence inhérente à la logique de la structure même de ces deux droits.

2. Les incompatibilités structurelles entre le droit du travail et le droit pénitentiaire

La structure du droit du travail, dialectique et évolutive **(a)**, est bien aux antipodes de celle du droit pénitentiaire qui est déterminée de manière unilatérale et quasiment figée **(b)**.

a. Le caractère dialectique et évolutif du droit du travail

Selon François Ewald, l'examen, d'une part, des rapports entre le conflit et la norme de droit et, d'autre part, du raisonnement suivi pour trancher le conflit, relève des différences entre le droit du travail et les autres branches de droit. Au sein de ces dernières, le conflit est extérieur au droit. En revanche, au sein du droit du travail, on observe d'abord que le conflit lui est intérieur : ce droit présente cette « profonde nouveauté... d'avoir lui-même une structure de conflit », car « la norme n'est pas ce en fonction de quoi on pourra dire le droit, trancher le conflit ; elle est l'enjeu même du conflit... dans la mesure où la valeur de ses normes, le contenu qu'il faut leur donner, est l'objet même du conflit³⁰⁵¹ ».

Quant à la norme appliquée pour résoudre les conflits en droit du travail, elle n'est pas fondée sur la logique binaire de l'interdit et du permis, mais sur celle de l'équilibre entre les parties en conflit : « Le droit du travail dit moins aux acteurs sociaux ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire, qu'il ne vise à mettre en rapport des intérêts, des conduites, des activités, des revendications aussi légitimes les unes que les autres³⁰⁵². » Cette dernière caractéristique serait expliquée, selon le même auteur, par le fait que la relation juridique au sein du droit du travail est « structurellement inégalitaire ».

On peut alors dire que le droit du travail et, de manière générale, le droit social peuvent être les précurseurs de la transformation de la rationalité du droit en ce que « le droit social ne se réfère plus à un droit abstrait, extérieur et absolu mais à la société, à l'état des forces et de leurs rapports³⁰⁵³ ». Il reflète l'état d'équilibre des rapports sociaux. Et puisque la société est pensée comme une structure sociologique composée de groupes, de classes et de corporations qui entretiennent entre eux des rapports à la fois conflictuels et solidaires, le droit social évolue en permanence et par

³⁰⁵¹ EWALD, « Le droit du travail : une légalité sans droit ? », préc., p. 727.

³⁰⁵² *Ibid.*, p. 724.

³⁰⁵³ *Ibid.*, p. 726.

autorégulation : l'équilibre social est en négociation collective permanente sous l'interaction de ces groupes³⁰⁵⁴.

Au vu de ces caractéristiques du droit du travail et du droit social, les différences entre ce dernier et le droit pénitentiaire sont encore plus profondes.

b. Le caractère unilatéral et figé du droit pénitentiaire

Légitimité du conflit, évolution perpétuelle par autorégulation, de surcroît, guidée par la recherche de l'équilibre entre les intérêts de groupes opposés, sont des éléments antinomiques avec le droit pénitentiaire. Comme il l'a été précédemment souligné à propos du statut de salarié syndiqué, le droit pénitentiaire vise à neutraliser le détenu en tant qu'acteur actif. En réprimant l'inobéissance et les réunions collectives non autorisées, il le maintient dans un statut d'isolement et de passivité et le confine entre obéissance et mutinerie. Il exclut ainsi toute forme d'expression collective en vue d'une négociation des rapports entre les différents acteurs dans la prison. Le terme « mutinerie » est significatif de la conception des rapports des détenus avec les autres acteurs dans la prison. Celui-ci renvoie à un état de subversion à réprimer et nullement à un simple état conflictuel à négocier pour parvenir à un nouvel équilibre en tenant compte des revendications exprimées par les détenus.

Le statut figé auquel le détenu est réduit par le droit pénitentiaire témoigne que, plus encore qu'à nier la légitimité du conflit, il vise à rendre impossible sa naissance. En assignant au détenu un statut de personne isolée et obéissante, il le prive de toute interaction avec autrui, alors que celle-ci est la condition de la naissance du conflit. D'ailleurs, le but moteur du conflit, qui est le rééquilibrage des rapports existants, n'est pas de mise en prison. Si évolution il y a, celle-ci ne résulte aucunement d'un processus d'autorégulation : le détenu, privé de la légitimité et donc de la possibilité d'agir, l'est encore plus de la possibilité de contribuer à l'orientation de sa propre évolution. Le statut du détenu et son évolution sont déterminés par la politique pénitentiaire programmée de l'extérieur et guidée par les objectifs de la peine privative de liberté fixés par l'idéologie politique et la doctrine pénologique dominantes. Au sein du droit pénitentiaire, le conflit est illégitime. Les rapports entre les détenus et les autorités sont imposés de manière unilatérale de la part de ces dernières.

Mais la réglementation spéciale du travail des détenus, n'empêche pas seulement que le travail fonctionne comme moyen d'autonomie de ces derniers. Elle vise aussi à changer la nature de la valeur du travail en l'adaptant aux fonctions de la peine et aux besoins de la gestion de la détention.

§ 2. Maintenir le travail au rôle d'outil au service de la peine et de la prison

³⁰⁵⁴ *Ibid.*

Ce qui est clair c'est que le travail des détenus n'est pas un but en soi. Il est maintenu hors du marché du travail, avec une valeur à part, une valeur évaluée en termes de réalisation des buts de la peine aussi bien punitifs que resocialisants. En effet, au cours de l'histoire, deux fonctions et valeurs sont officiellement reconnues au travail des détenus : une fonction négative, punitive, ajoutée à celle de la privation de liberté, et une fonction positive, resocialisante. Ces deux fonctions ont toujours coexisté³⁰⁵⁵. Le seul changement observé est la domination de l'une par l'autre.

La domination de la fonction punitive du travail n'a commencé à reculer qu'à partir de la fin de la deuxième guerre mondiale au profit de sa fonction resocialisante. Ce changement fut progressif. Si, au niveau international, l'abandon du caractère afflictif du travail a été affirmé dès 1955 (dans les Règles minima pour le traitement des détenus, adoptées par les Nations-Unies), il a fallu attendre 1973 pour le voir affirmer également au niveau européen (dans les Règles minima pour le traitement des détenus, adoptées par le Conseil de l'Europe).

Dans les droits nationaux, notons un grand espacement entre l'affirmation du rôle resocialisant du travail (en droit français, dès 1945 par les principes directeurs relatifs à la réforme de l'organisation des prisons et, en droit grec, depuis le Code pénitentiaire de 1967), et l'abandon de son caractère afflictif. En *droit français*, cet abandon fut amorcé après les révoltes des détenus en 1970, pour être officialisé seulement en 1978 (décret du 12 mai 1978). Les dernières traces ont disparu avec l'avènement de la loi du 22 juin 1987 qui a supprimé le caractère involontaire du travail et a mis l'accent sur le rôle primordial du travail dans la réintégration professionnelle et sociale des détenus³⁰⁵⁶. En *droit grec*, l'abandon officiel du caractère afflictif du travail a été encore plus tardif. Il n'a eu lieu qu'en 1989. Dans l'article 64 §1 du Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus, était affirmé que « le travail n'a pas un caractère punitif mais a comme objectif le maintien et l'amélioration des aptitudes des détenus pour se réintégrer dans la société ».

Mais quel que soit le but dominant du travail des détenus, ce qui est incontestable, c'est que le travail dans le système des peines est maintenu hors du marché du travail. Le rapport introductif au code pénitentiaire grec de 1967 est à ce propos assez clair : « N'oublions pas que le travail n'est pas un but en soi, mais la combinaison des moyens vers l'atteinte d'un certain objectif³⁰⁵⁷ ».

L'objectif du travail des détenus est actuellement double : traiter les détenus et gérer la vie en détention. Soizic Lorvellec fait observer qu'à partir du XIX^e jusqu'à aujourd'hui, le travail devient le

³⁰⁵⁵ J.G. PETIT, *Ces peines obscures*, préc.

³⁰⁵⁶ « L'élaboration, pendant la détention, de projets réalistes d'insertion sociale et professionnelle ou l'initiation de leur préparation, constitue pour l'administration pénitentiaire un objectif lié à sa mission de réinsertion et participe à la prévention efficace de la récidive. Cet objectif ne peut être réellement atteint que s'il s'inscrit dans celui du développement de l'accès à l'emploi », Note du 15 février 1988, *B.O.*, n° 29, p. 235.

³⁰⁵⁷ *Introduction au Code pénitentiaire* du 1967, préc., p. 3.

pivot, la clé de la voûte de tout dispositif mis en place pour le traitement des détenus mais surtout de la gestion de la vie quotidienne en prison en tant que moyen de discipline, au point de s'interroger si les discours sur la réinsertion et socialisation ne deviennent pas « incantatoires »³⁰⁵⁸. Des textes du Conseil de l'Europe attribuent expressément ces deux objectifs au travail³⁰⁵⁹. Et un directeur des prisons françaises reconnaissait, en 1998, que parmi les méthodes de traitement des détenus le travail serait « la méthode la plus commode susceptible d'être appliquée au plus grand nombre des détenus »³⁰⁶⁰.

Quel que soit l'aspect dominant de cette triple fonction potentielle du travail des détenus, punitive, resocialisatrice ou disciplinaire, il est incontestable que toutes les trois sont toujours présentes. L'impact du travail sur l'aménagement des modalités de l'exécution de la peine privative de liberté et sur sa durée valide cette analyse. Ainsi, les modes d'évaluation dont il fait objet montrent que, si officiellement seules les vertus resocialisatrices du travail sont louées, il n'a pas pour autant perdu ses vertus punitives, encore moins celles de moyen d'ordre et de discipline. Comme l'avait souligné Foucault, le travail des détenus est récompensé suivant un système d'évaluation fondé sur une forme « morale » du salaire. Il entendait par cela, la valeur que représente le salaire comme « condition d'existence sociale »³⁰⁶¹, à savoir la reconnaissance sociale. Reconnaissance dont le condamné est privé et qui doit la gagner. Foucault estimait précisément que « le salaire du travail pénal ne rétribue pas une production ; il fonctionne comme moteur et repère des transformations individuelles ». De fait, le temps pénal est un « temps finalisé » poursuivant « la transformation utile du détenu », ce qui permet « de donner au châtement légal la forme plus ou moins d'un salaire » évalué suivant le degré de la transformation du détenu³⁰⁶².

En effet, le fait que dans le système de politique pénale et pénitentiaire, à tout le moins dans celle appliquée en France et en Grèce, le temps du travail puisse remplacer le temps passé en détention (A) ou raccourcir sa durée (B) témoigne qu'on lui reconnaît des fonctions quasi-équivalentes à celles accordées à la privation de liberté.

A. La vie en détention remplacée par le travail accompli à l'extérieur

³⁰⁵⁸ S. LORVELLEC, « Travail et peine », *RPDP*, n° 3, 1997, pp. 207-226.

³⁰⁵⁹ Au niveau européen, une telle conception de moyen continue d'être affirmée. Le préambule de la *Résolution (75)25, du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le travail des détenus* affirme la « valeur du travail en tant qu'élément important et pertinent de formation et de réadaptation des détenus et en tant que moyen de gestion opérationnelle des établissements pénitentiaires ». Dans les *Règles pénitentiaires européennes de 1987*, « le travail en prison doit être considéré comme un élément positif du traitement, de la formation et de la gestion de l'établissement » (art. 71 §1). Dans leur version révisée en 2006 l'utilité gestionnaire n'est plus mentionnée : « Le travail en prison doit être considéré comme un élément positif du régime carcéral et en aucun cas être imposé comme une punition » (règle 26. 1).

³⁰⁶⁰ CES, 731/SG, *Travail et prison*, préc., p. 2.

³⁰⁶¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 246.

³⁰⁶² *Ibid.*, pp. 246-247.

Le rapport de la peine privative de liberté avec le travail d'intérêt général (TIG), d'une part (1), et avec le travail accompli à l'extérieur dans le cadre de ces modalités d'exécution de la peine privative de liberté, d'autre part (2), illustre bien l'équivalence de valeur attribuée au temps de travail et au temps de détention.

1. Le « travail d'intérêt général » en tant que peine substitutive à la peine privative de liberté

Le travail d'intérêt général, qui est une peine introduite dans le droit français en 1983 (art. 131-3 et 131-8C. pén.) et dans le droit grec en 1989 (elle est actuellement prévue dans l'article 64 §1 du Code pénitentiaire), constitue la preuve irréfutable que le travail peut revêtir les traits aussi bien d'une occupation sociale valorisante que d'une activité empreinte des traits punitifs suivant les conditions tant matérielles que juridiques de son exécution. Dans le T.I.G., la fonction punitive du travail est explicite au regard des conditions juridiques de son organisation, notamment du caractère contraignant de la décision de l'exécuter et de l'absence de rémunération. Tant en France qu'en Grèce, la condamnation à un T.I.G a été ménagée de manière à maintenir un caractère contraignant considéré comme élément inhérent à la peine, tout en évitant son caractère obligatoire en raison de sa prohibition par les textes internationaux signés par ces deux pays. Ils y sont parvenus en accordant à l'intéressé le choix de cette peine, mais sous la menace de l'application de la peine privative de liberté³⁰⁶³. De plus, le droit français a organisé le T.I.G. de manière à ce que l'intéressé n'ait pas l'initiative dans le choix. Ce choix doit lui être proposé soit par le tribunal du jugement dans le cas du recours au T.I.G. en tant que peine autonome soit par le TAP dans le cadre de recours à un tel travail en tant que modalité du sursis à l'exécution de la peine d'emprisonnement inférieure à un an (art. 132-57 du Code pénal). En droit grec, le T.I.G. est prévu en tant que modalité d'exécution de la peine convertie en peine pécuniaire (art. 64 §1 C. pénit.)³⁰⁶⁴. Pour cela, il faut auparavant avoir été admis au régime d'exécution fractionnée de la peine. La décision est prise par le TAP sur un rapport du Conseil de travail des détenus et après audition du détenu (art. 64 §2)³⁰⁶⁵.

Dès lors, comme l'a fort pertinemment souligné Soizic Lorvellec, cette organisation du T.I.G. montre qu'il s'agit plutôt d'un refus de la prison que d'un consentement positif au travail³⁰⁶⁶.

2. Le travail à l'extérieur en tant que modalité d'exécution de la peine privative de liberté

³⁰⁶³ L'article 131-8 al.2 du Code pénal français prévoit : « La peine de travail d'intérêt général ne peut être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou qui n'est pas présent à l'audience. Le président du tribunal, avant le prononcé du jugement, informe le prévenu de son droit de refuser l'accomplissement d'un travail d'intérêt général et reçoit sa réponse. »

³⁰⁶⁴ L'organisation de son exécution est réglementée par la décision ministérielle n° 108842/1997.

³⁰⁶⁵ Dans les faits, cette mesure demeure très marginale. Selon le rapport annuel du Procureur AGHELIS, rendu public en décembre 2004, moins de cinquante personnes en ont bénéficié en 2004 dans les prisons d'Athènes et de Pirée, hébergeant près de la moitié des détenus en Grèce.

³⁰⁶⁶ S. LORVELLEC, « Travail et peine », préc., p. 213.

Travailler ou suivre une formation professionnelle, sont les principaux motifs dans l'aménagement des modalités d'exécution de la peine privative de liberté permettant aux détenus de passer une partie du temps de leur peine, hors de la prison.

En droit français, les régimes qui permettent une telle modalité d'exécution de la peine privative de liberté sont : le *placement à l'extérieur*, qui « permet au condamné d'être employé au dehors d'un établissement pénitentiaire à des travaux contrôlés par l'administration » (art. 723 al. a CPP), et le régime de *semi-liberté*, qui permet de travailler à l'extérieur, mais aussi de suivre une formation professionnelle ou un stage (art. 132-25, 132-26 C. pén.).

En droit grec, ce sont les régimes de *semi-liberté* (art. 59-62) et le *fractionnement de la peine* (art. 63 C. pénit.). La première tend à assurer le retour progressif d'un détenu à la vie en liberté en lui permettant de travailler à l'extérieur ou de suivre un stage ou une formation professionnelle. Elle est accordée après l'exécution de 1/5 de la peine pour les condamnés à une peine d'emprisonnement, et de 2/3 pour ceux condamnés à une peine de réclusion temporaire (avec un minimum d'exécution de 2 mois). Pour les condamnés à la réclusion à perpétuité, elle peut être accordée deux ans avant la date où ils peuvent déposer une demande de libération conditionnelle (art. 60 §2). Un recours est prévu devant le TAP. Ce régime peut, sur demande du détenu, être également accordé par le TAP à la place d'une demande de libération conditionnelle refusée par ce même tribunal (art. 60 §5). Le *fractionnement de la peine* peut être accordé aux détenus qui exécutent une peine reconvertie en peine pécuniaire. Ce régime est accordé sur demande des intéressés par le TAP, après rapport du Conseil disciplinaire de la prison (art. 63 §3). La peine s'exécute en prison seulement pendant quelques jours de la semaine. Ceux qui travaillent ou sont scolarisés peuvent exécuter leur peine en fin de semaine ou pendant les jours fériés. Les autres peuvent l'exécuter durant la semaine.

B. La durée de la peine privative de liberté abrégée par la durée du travail

La rétribution du travail par le « salaire de peine » est encore plus manifeste au regard de la conséquence du travail des détenus sur la durée de la peine privative de liberté. Le travail contribue à raccourcir la durée de leur peine par un système d'évaluation discrétionnaire (1) ou légale (2) de sa valeur (re)socialisante et punitive.

1. L'évaluation discrétionnaire du travail en temps de peine en droit français

Aussi bien le droit grec que le droit français comportent des mesures raccourcissant la durée prononcée de la peine privative de liberté, et dont l'octroi repose essentiellement sur l'évaluation

discrétionnaire du travail effectué durant l'exécution de la peine, ou sur la perspective de travailler à la sortie de la prison.

En *droit français*, tel est le cas dans la *réduction de peine supplémentaire*, et la *libération conditionnelle*. Ces deux mesures, qui contribuent au raccourcissement du temps d'incarcération, sont accordées sur l'appréciation d'un critère commun : les gages de réadaptation sociale du détenu. La *réduction de peine* supplémentaire est accordée aux détenus qui « manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale » (art. 721-1, al. a CPP). Dans l'octroi de la *libération conditionnelle*, le travail effectué durant la détention et/ou la perspective de travailler après la mise en liberté, sont déterminants. Selon l'article 729 al. a du Code de procédure pénale français, « les condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale ». Or, le fait d'avoir travaillé durant la détention et/ou la certitude de travailler à la sortie, sont les critères principaux de ces gages.

En *droit grec*, l'octroi de la *libération conditionnelle* n'est plus fondée sur de tels critères. Afin d'inciter les instances compétentes à prononcer cette mesure, le Code pénal prévoit que la libération conditionnelle est accordée sauf s'il est, par décision motivée, estimé que, vu le comportement du détenu durant sa détention, son maintien en milieu fermé est « absolument nécessaire pour prévenir la récidive » (art. 106 C. pén.). La *réduction de peine* n'est pas prévue dans ce droit national. En revanche, il y est prévu un système de décompte des jours de peine pour les détenus qui travaillent dans la prison, appelé « calcul bénéfique » des jours de travail.

2. Le travail tarifié en jours de peine en droit grec

Le droit grec connaît le « calcul bénéfique » du travail³⁰⁶⁷ qui est indiscutablement le système le plus frappant de la rétribution du travail des détenus par le « salaire de la peine ». Il s'agit d'un véritable système de tarification du temps de travail en temps privatif de liberté.

Ce système a été introduit en 1952³⁰⁶⁸. L'article 46 §2 du Code pénitentiaire prévoit que le décret présidentiel ne peut pas prévoir des durées supérieures à deux jours, excepté de manière exceptionnelle. De surcroît, ce Code a étendu cette mesure de faveur à d'autres occupations des

³⁰⁶⁷ Système connu également du droit espagnol. L'article 100 du Code pénal espagnol prévoit un jour de remise de peine pour deux jours de travail, E. RUBI-CAVAGNA, *Le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu*, préc., p. 257.

³⁰⁶⁸ Par la loi 2058 du 18/18.4.1952. Elle a depuis été modifiée par les Décrets n° 178 du 16/29.2.1980, n° 107/2001 et n°333/2003. Ceux-ci établissent une triple tarification selon les types de travaux exécutés. Un jour de travail peut être l'équivalent *d'un jour et demi de détention* (en font partie tous les travaux d'entretien à l'exception de ceux mentionnés dans le paragraphe précédent), *d'un jour et trois quarts de détention* (pour les postes de coiffeur, de cuisinier, d'infirmier, de plombier, ou pour des travaux de nettoyage) ou de *deux jours de détention* (pour les travaux agricoles, d'électricien, de maçon, tout travail effectué dans un sanatorium, etc.)

détenus. Il l'a étendu aux détenus suivant des programmes éducatifs et de formation professionnelle. De même, le décret n° 75/2005 l'a étendu aux détenus inscrits aux écoles de « deuxième chance » qui visent à obtenir un diplôme. La décision appartient au juge de l'application des peines sur proposition du Conseil du travail des détenus.

L'ensemble des règles qui régissent ce calcul du travail des détenus démontre bien que les fonctions attribuées au travail sont certes, la fonction resocialisatrice, mais aussi les fonctions disciplinaires et punitives. Pour que les jours de travail ou d'autre occupation, soient effectivement comptabilisés en jours de peine, il est exigé non seulement que le travail soit satisfaisant, mais aussi que le détenu respecte la discipline de la prison. Le JAP peut décider de ne pas accorder totalement ou partiellement le bénéfice d'un tel calcul, si le détenu a fait l'objet de sanction disciplinaire au cours de trois mois précédents. Comme il peut, pour le même motif survenu durant les six mois précédents, décider de révoquer totalement ou partiellement les jours accordés. Les détenus disposent d'un droit de recours devant le TAP (art. 46 §3 C. pénit.).

Les directeurs des prisons grecques confirment que le « calcul bénéfique » des jours de travail constitue de loin la première motivation des détenus à travailler³⁰⁶⁹. Or ce calcul est une sorte d'achat des jours de peine qui vient compléter la rémunération du travail en espèce.

Il est donc indéniable que le travail trouve en matière de peines une valeur d'échange à part. Il y est évalué suivant les résultats escomptés de la privation de liberté : resocialiser mais aussi punir, discipliner et respecter l'ordre. Alors que le travail et la formation professionnelle devraient viser à assurer l'autonomie des détenus pendant leur détention et/ou après leur sortie, ils sont plutôt utilisés comme des preuves de bonne conduite pendant leur détention. A ce propos, l'administration pénitentiaire française reconnaissait encore en 1986, dans une note³⁰⁷⁰, que l'organisation du travail n'était pas encore orientée vers sa considération comme une activité qui prépare la réinsertion sociale et professionnelle des détenus mais comme une simple occupation. Elle demandait alors aux directeurs des prisons que l'organisation du travail des détenus ne soit plus déterminée uniquement par des exigences d'ordre et de discipline de la prison, et que les détenus soient de plus en plus reconnus comme des agents économiques. Pourtant un usage du travail principalement comme moyen de gestion de la détention est, selon le Sénat français, toujours le trait dominant de son organisation³⁰⁷¹.

³⁰⁶⁹ Ils sont dix-neuf à le confirmer sur les vingt-cinq interrogés. Parmi eux, trois estiment que la principale motivation est « l'occupation du temps », deux estiment que c'est « l'amélioration des conditions de vie », et un estime que c'est l'aspect économique, N. KOULOURIS, « Aspects juridiques du travail obligatoire dans les prisons helléniques »- préc.

³⁰⁷⁰ Note, AP 86-03 G3/14.01.86, *B.O.*, n° 21, p. 121 et s.

³⁰⁷¹ SENAT, *Prison : le travail à la peine*, préc., pp. 26, 34.

De manière générale, la place réservée au travail des détenus dans leur ensemble aussi bien dans les droit grec et français, que dans la jurisprudence européenne permet de constater que leur travail n'est pas dissocié de leurs statuts pénal et pénitentiaire. Cette dissociation s'effectuera lorsque leur travail sera entouré de mêmes garanties juridiques qu'à l'extérieur. C'est-à-dire, lorsqu'il s'exécutera en vertu d'un contrat de travail, dans le respect de la liberté syndicale, et qu'il sera rémunéré selon les dispositions de la législation du travail. Dissociation qui, estimons-nous, ne desservira pas la réinsertion des détenus. Garantir au statut du détenu au travail un statut identique à celui de travailleur à l'extérieur, renforcera la capacité d'autonomie du détenu ainsi que ses liens identitaires avec l'homme libre. Le statut de travailleur contrebalancerait l'effet d'exclusion produit par le statut de détenu. Il contribuera en outre ainsi, à diminuer l'effet de désocialisation de la prison alors que toute dérogation au statut de travailleur accroît celle déjà entraînée par la privation de liberté et la mise en détention.

De plus cette dissociation témoignerait d'un changement significatif de la conception de la peine privative de liberté et de la dignité du détenu sous l'ère des droits de l'homme. La relation de l'homme au travail fut, dans l'histoire, déterminante du rapport de l'homme avec la citoyenneté, et même tout simplement avec son humanité. L'esclave était réduit à sa seule force de travail et le condamné fut très proche du statut d'esclave. Cette relation possède alors en elle seule le pouvoir de rompre avec la conception archaïque de la peine qui associe privation de liberté et dégradation de la valeur de citoyen, voire de la valeur d'homme.

Toutefois, l'apport de la jurisprudence européenne est, jusqu'à présent, loin d'inciter à un tel changement. Peut être qu'une évolution positive pour les détenus viendra sous l'impulsion des droits nationaux. À part l'Italie qui a recours pour le travail des détenus au contrat de travail de droit commun et l'Espagne à un contrat spécifique³⁰⁷², des études officielles réalisées en France, entre 2000 et 2004³⁰⁷³ recommandent le rapprochement effectif du statut juridique du détenu au travail du statut de salarié. Parmi ces travaux, l'étude menée par la Commission des finances du Sénat au cours de 2000-2001 est particulièrement intéressante. Consacrée spécialement au travail des détenus, elle propose un nombre de réformes positives tout en tenant compte des particularités de la prison. Entre autres, elle propose : d'introduire dans la prison le contrat de travail signé entre le détenu et son employeur, en soulignant qu'« un travail sans droit et sans contrat n'est pas un travail » ; de qualifier la rupture du travail de licenciement même lorsque les motifs sont fondés sur le droit pénitentiaire

³⁰⁷² Ph. AUVERGNON, C. GUILLEMAIN, *Travail pénitentiaire en question. Une approche juridique et comparative*, préc.

³⁰⁷³ Ces études ont été initiées dans le cadre d'un projet de réforme du droit pénitentiaire qui n'a malheureusement pas abouti. Elles ont été menées par la Commission Canivet, le Sénat et l'Assemblée nationale qui ont, à cette fin, mis en place des commissions d'enquête spéciales. La Commission nationale consultative des droits de l'homme a, par la suite, entrepris également une étude intitulée *Etude sur les droits de l'homme dans la prison* et rendue publique le 11 mars 2004 ; CES, *Les conditions de la réinsertion socioprofessionnelle des détenus en France*, Rapport, Paris, 7 octobre 2005.

(comme la fin de peine, le transfèrement, le mitard, l'isolement) pour que le détenu puisse bénéficier de la protection des dispositions relatives au licenciement ; de soumettre la rémunération aux cotisations d'assurance chômage pour que le détenu puisse bénéficier de cette assurance lorsqu'il est privé d'emploi durant la détention ainsi qu'au moment de la sortie de la prison ; de garantir le droit aux congés et aux indemnités journalières pour maladie et accidents du travail ; d'assurer un salaire minimum au moins égal à 50 % du Smic ; de déterminer la juridiction compétente en matière de contentieux nés de la relation de travail des détenus³⁰⁷⁴. En revanche, les propositions s'arrêtent devant les droits collectifs du travail (droit d'expression, représentation par des délégués élus, droit syndical et droit de grève) estimant que leur exercice pourrait compromettre la sécurité des établissements qui est « absolument prioritaire »³⁰⁷⁵.

Ces propositions (à l'exception de la dernière) ne peuvent qu'être encouragées dans l'optique d'une normalisation des conditions de travail des détenus dans une société démocratique engagée à respecter les droits fondamentaux individuels mais aussi les droits économiques et sociaux. Elles devraient aussi être enrichies par l'extension de la réflexion et, donc des propositions, à tous les types d'activité professionnelle. Toute la réglementation du travail des détenus et tous les travaux et études se limitent au travail subordonné des détenus. L'exercice des professions libérales, par exemple, n'est jamais abordé. Or la privation tant de ce type d'activité que de l'activité salariale ne peut plus être considérée comme une conséquence légale et légitime de la peine privative de liberté de sorte que les autorités compétentes n'aient pas d'obligation d'aménager son exécution afin de permettre aux personnes concernées, à continuer à travailler et à exercer leur métier. Cette conséquence, comme d'ailleurs la privation de la liberté syndicale, posent clairement la question des limites du contenu légal de la peine privative de liberté.

*

C'est en étudiant également l'application à l'égard du détenu condamné du droit au respect des biens, que nous aurons l'image complète des conséquences de la peine privative de liberté sur les aspects économiques de la vie d'une personne et saisirons à travers elles, le degré du sens de cette peine à termes de perte de privation d'autonomie et d'indépendance.

³⁰⁷⁴ SENAT, *Prison : le travail à la peine*, préc., pp. 62-67.

³⁰⁷⁵ *Ibid.*, pp. 63-64.

CHAPITRE 2. L'ETENDUE DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA GESTION DES BIENS

La propriété, consacrée en tant que droit « naturel » et « imprescriptible »³⁰⁷⁸, « inviolable » et « sacré »³⁰⁷⁹ dans la Déclaration française des Droits de l'Homme de 1789, est évoqué dans la Convention seulement dans son premier Protocole additionnel. Sa protection y est consacrée en ces termes :

1. « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.
2. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats à mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

L'incorporation *a posteriori* de ce droit parmi les droits fondamentaux, s'explique par l'hésitation de certains Etats d'y inclure un droit de nature économique³⁰⁸⁰. Mais c'est feindre ignorer son importance en le limitant à sa dimension économique. Ce droit est, de plus, déterminant des rapports inter-individuels et des rapports entre l'individu et le pouvoir, et de là, de l'organisation générale d'une société. Il l'est d'autant plus, qu'il est au cœur des différences idéologiques des systèmes politiques. A la lumière des travaux préparatoires de la rédaction de ce Protocole, ce serait plutôt cette importance qui empêchait les Etats de trouver un compromis³⁰⁸¹. Si la propriété privée est le fondement des systèmes capitalistes, les systèmes communistes, loin de la reconnaître comme un droit, de surcroît, naturel, sacré et inviolable, la rejettent, la considérant comme le facteur essentiel des inégalités sociales et donc, d'injustice sociale. Les systèmes socialistes, bien qu'ils y voient aussi un facteur d'inégalité, ne préconisent pas sa suppression, mais seulement sa réglementation visant à préserver à la fois l'intérêt individuel et l'intérêt collectif.

C'est dans l'esprit du compromis que les Constitutions des pays européens occidentaux d'après guerre ainsi que le premier Protocole additionnel à la Convention garantissent ce droit. Il est soumis à des limitations dans l'intérêt collectif. Ainsi, au sein de la Constitution grecque, il est énoncé en ces termes : « La propriété est sous la protection de l'Etat ; les droits qui en dérivent ne

³⁰⁷⁸ « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression »(art. 2).

³⁰⁷⁹ « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » (art. 17).

³⁰⁸⁰ Brigitte STERN, « Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation, dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Droit et pratique du commerce international*, 1991, n° 3, vol. 17, 1991, pp. 394-412.

³⁰⁸¹ *Ibid.*

peuvent s'exercer au détriment de l'intérêt général » (art. 17 §1)³⁰⁸². Le mode de sa consécration en droit français est également significatif. Alors que la propriété privée y est encore consacrée en termes de droit sacré et inviolable par le renvoi du préambule de sa Constitution à la Déclaration de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, repris par celle de 1958, a introduit la notion de propriété collective : « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Notons aussi que, en 1982, le Conseil Constitutionnel a reconnu au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre une valeur constitutionnelle³⁰⁸³.

La Convention est régie par le même esprit. La consécration du droit au respect des biens est assortie des limitations dictées par la préservation de l'utilité publique et de l'intérêt général. Ces limitations ainsi que le choix du terme « droit au respect des biens » au lieu de « droit au respect de la propriété », semblent bien être le fruit du compromis recherché par les Etats signataires du premier article du Protocole n° 1. Sa rédaction devrait permettre de tenir compte des différences des politiques socio-économiques des pays européens dans l'espace et le temps (des plus socialistes jusqu'aux plus libérales). Le terme « biens », plus neutre idéologiquement, mais aussi plus général que celui de « propriété », s'est avéré un choix assez judicieux, permettant ainsi une application souple de cette disposition.

En effet, cet article a déjà connu une application assez extensive. La notion de « biens » a donné lieu à une interprétation susceptible d'englober l'ensemble de l'activité économique. Elle est interprétée dans un sens dépassant la propriété des biens matériels pour englober toute « valeur patrimoniale³⁰⁸⁴. Sont progressivement reconnus comme portant sur des droits de valeur patrimoniale, des litiges relatifs à la *jouissance et la gestion des biens immobiliers* (par ex. protection contre les expropriations de droit ou de fait³⁰⁸⁵, les expulsions³⁰⁸⁶, les interdictions de

³⁰⁸² L'importance que représentent les limitations de l'exercice de ces droits tant pour l'intérêt général que pour l'intérêt privé a conduit les rédacteurs de la Constitution à cerner les formes d'immixtion qui peuvent être prévues par la loi et le contenu de l'intérêt général (l'expropriation pour cause d'utilité publique dûment établie, la propriété et la concession de certains types de domaines, comme les sites archéologiques, les mines, les grottes, les terrains apparus après des travaux d'assèchement, la concession des terres vacantes au profit de l'économie nationale ou des personnes sans terre ; la redistribution des terres après leur remembrement pour assurer une exploitation plus rationnelle et profitable ; les réquisitions en cas de guerre ou de nécessité sociale (comme la mise en danger de l'ordre ou de la santé).

³⁰⁸³ Décisions du 16 janvier 1982 et 11 février 1982, citées par R. CHAVRIN ET J.J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 2^{ème} éd., 1997. La reconnaissance de la liberté d'entreprendre remonterait à la décision du Conseil constitutionnel du 2-17 mars 1791 relative à la loi fiscale, par R. CHAVRIN ET J.J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 5^e éd., 2007, p. 109.

³⁰⁸⁴ « Les litiges relatifs à la réparation des dommages dus à des accidents, et engageant la responsabilité civile de leur auteur, ont trait à des créances qui s'analysent à des "valeurs patrimoniales" et ont donc le caractère d'un "bien" au sens de la première phrase de l'article 1, qui s'applique donc en l'espèce », CEDH, *Pressos Compania Naviera S.A et autres c. Belgique*, n°17849/91, 20 nov. 1995, Série A, n°332, § 31.

³⁰⁸⁵ CEDH, *Garrett, Falcão et autres c. Portugal*, n°s 29813/96 et 30229/96, CEDH 2000-I.

³⁰⁸⁶ Expulsion d'un cinéma en location, dans l'arrêt *Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, CEDH 1999-II, §55.

construire³⁰⁸⁷, la chasse³⁰⁸⁸) ; au *commerce et à l'exercice d'une profession libérale*³⁰⁸⁹ (par ex. le refus de délivrer une autorisation d'exercer une profession, de la retirer ou de la suspendre) ; à la *carrière des fonctionnaires*³⁰⁹⁰ (empêchement de participer aux concours, cessation de carrière, avancement, paiement du salaire) ; au *statut de salarié* (refus d'embauche pour des motifs illégaux tels que la non-adhésion préalable à un syndicat³⁰⁹¹, licenciements, suspension de travail, paiement du salaire et des congés³⁰⁹²) ; et à des *droits sociaux*³⁰⁹³ (indemnités d'accidents³⁰⁹⁴, allocations de chômage³⁰⁹⁵, pensions d'invalidité³⁰⁹⁶, allocations d'urgence³⁰⁹⁷, allocations d'assurance-maladie³⁰⁹⁸, pensions de vieillesse³⁰⁹⁹, allocation pour handicap³¹⁰⁰). La Cour estime que dès lors que les litiges portent sur des « moyens de subsistance », ils sont déterminants pour les *droits subjectifs de caractère patrimonial*³¹⁰¹. Peu importe que leur fondement soit un contrat³¹⁰², une décision de justice³¹⁰³ ou une loi³¹⁰⁴. Ce qui importe, c'est qu'il s'agisse des créances qui puissent être analysées

³⁰⁸⁷ CEDH, *Terazzi c. Italie*, (déc.), n°27265/95, 17 oct. 2002.

³⁰⁸⁸ Chasse autorisée sur les terres de petites propriétés contre la volonté de leurs propriétaires, CEDH, *Chassagnou et autres c. France*, n°s 25088/94, 28331/95, 28443/95, CEDH 1999-IV.

³⁰⁸⁹ CEDH, *Kraska c. Suisse*, préc., § 24 ; CEDH, *De Moor c. Belgique*, préc., § 43, § 47 ; CEDH, *König c. Allemagne*, préc., §§ 91-95 ; CEDH, *Albert et Le Compte*, n°s 7299/75, 7496/76, 10 février 1983, Série A, n° 58, § 27 ; CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, §§ 45-50 ; CEDH, *Döring c. Allemagne* (déc.), préc.

³⁰⁹⁰ CEDH, *Neigel c. France*, préc., § 45, et *Couez c. France*, 24 août 1998, § 24.

³⁰⁹¹ CEDH, *Young, James et Webster c. R.U.*, n° 7601/76, 7806/77, 13 août 1981, Série A, n°44 préc., § 55.

³⁰⁹² CEDH, *Saggio c. Italie*, préc.

³⁰⁹³ CEDH, *Salesi c. Italie*, préc., § 19.

³⁰⁹⁴ Concernant les *accidents du travail*, la Commission, dans une décision corrélatrice (n° 596/79, c/Belgique, du 8 juillet 1980), n'avait pas pris la peine de se positionner sur la nature d'un litige afférent, tant elle considérait qu'il allait de soi, affaire citée dans le Rapport sur l'affaire *Feldbrugge*, précitée. Cette considération fut confirmée dans l'affaire *Duclos c. France*, R 20940/92, 20941/92 et 20942/92, 17.03.95, § 33.

³⁰⁹⁵ Reconnaissance des allocations d'urgence, suite à la fin des allocations de chômage, donc *a fortiori* des allocations de chômage, CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, préc., § 41.

³⁰⁹⁶ CEDH, *Schuler-Zraggen*, préc., CEDH, *Marsa c. Italie*, préc., § 26. « Les litiges en matière de pensions, quant à eux, relèvent tous du domaine de l'article 6 § 1 », CEDH, *Caille c. France*, n°3455/02, CEDH 2004-X, § 20.

³⁰⁹⁷ CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, préc., § 41 : « La Cour estime que le droit d'allocation d'urgence -dans la mesure où il est prévu par la législation interne- est un droit patrimonial au sens de l'article 6 du Protocole n° 1. Cette disposition s'applique par conséquent sans qu'il faille se fonder uniquement sur le lien qui existe entre l'attribution de l'allocation d'urgence et l'obligation de payer "des impôts ou autres contributions" ».

³⁰⁹⁸ CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, préc. Même raisonnement suivi dans l'affaire *Duclos* à propos des *indemnités et allocations familiales* d'un cadre dues à un accident de circulation : « Le but de cette procédure est la détermination du contrat d'assurance applicable au requérant souscrit par son employeur et prévoyant le versement d'indemnités en cas d'accident ».

³⁰⁹⁹ Selon la Cour, la Convention ne reconnaît pas un droit à une pension, sauf si elle a un fondement légal ou contractuel et l'intéressé a payé des cotisations ou elle fait partie de la rémunération prévue dans le contrat de travail, (la pension avait été retirée à titre de sanction disciplinaire), CEDH, *Azinas c. Chypre*, préc., §§ 32-34.

³¹⁰⁰ « Une prestation sociale non contributive, telle que l'AAH » (Allocation Adulte Handicapé prévue en droit français), fonde, elle aussi, un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n°1 », CEDH, *Koua Poirrez c. France*, préc., § 37.

³¹⁰¹ La Cour a répété que la requérante « atteinte dans ses moyens d'existence, invoquait un droit subjectif de caractère patrimonial », CEDH, *Schuler-Zraggen*, préc.

³¹⁰² CEDH, *Saggio c. Italie*, préc., (à propos d'une créance contractuelle : salaire et congés fondés sur un contrat de travail).

³¹⁰³ CEDH, *Georgiadis c. Grèce*, n° 41209/98, CEDH 2000-II, § 31.

³¹⁰⁴ Voir CEDH, *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal*, préc. (à propos d'une créance légale fondée sur la législation concernant les expropriations).

comme des biens au sens de la Convention, c'est-à-dire qu'elles soient « suffisamment établies pour être exigibles³¹⁰⁵ ».

Si bien que, de droit suspecté de ne servir que les intérêts des propriétaires, le respect des biens est devenu, pourrait-on dire, le siège du droit social au sein de la Convention. Cela, malgré la forte opposition de certains juges européens qui y voyaient une extension implicite des engagements des Etats vers des droits sociaux non incorporés dans la liste des droits consacrés par la Convention³¹⁰⁶.

La Cour n'est pour autant pas allée jusqu'à reconnaître un « droit à la propriété », ne serait-ce que le droit à un minimum de moyens de subsistance. Même si l'on est tenté de voir une telle reconnaissance implicite dans le refus d'octroyer des droits sociaux, force est de constater que cette protection est limitée aux Etats dont la législation prévoit de tels droits. Concernant les requêtes dirigées contre des Etats qui n'en prévoient pas, elles n'ont aucune chance d'aboutir même si elles concernent des situations de dénuement matériel total. Pourtant, une telle reconnaissance serait l'évolution la plus conforme à une interprétation de l'article 1 du premier Protocole additionnel soucieuse de la protection des valeurs fondamentales défendues par la Convention, qui sont la dignité et la liberté. Le respect effectif de ces valeurs et droits passe dans nos démocraties d'économie libérale, par un minimum d'autonomie matérielle. Leur protection est amoindrie, voire anéantie, si le degré de la dépossession va jusqu'à priver la personne de la possibilité de s'abriter du regard d'autrui, de se soigner, de s'habiller et de se nourrir convenablement.

Notons, par ailleurs, que l'importance du droit au respect des biens ne se limite pas à sa dimension financière. L'activité économique est également considérée comme une activité sociale et créatrice. Elle est ainsi le prolongement de la personnalité de l'individu³¹⁰⁷, de son identité sociale et de son épanouissement. Le droit grec lui reconnaît expressément une telle ampleur. La Constitution grecque proclame que « chacun a le droit de développer librement sa personnalité et de participer à la vie sociale, économique, et politique du pays... » (art. 5 §1).

³¹⁰⁵ CEDH, *Georgiadis c. Grèce*, préc., § 31 ; CEDH, *Antonakopoulos, Vorstsela et Antonakopoulou c. Grèce*, préc. ; CEDH, *Saggio c. Italie*, préc., § 24.

³¹⁰⁶ Selon l'opinion dissidente émise par six juges de la Commission dans l'affaire *Feldbrugge*, ces droits sont assimilés à des « biens » ou à des « possessions » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, d'où découle automatiquement l'applicabilité de l'article 6 §1 aux litiges ayant un effet décisif sur la naissance ou l'extinction de ces droits (cf., mutatis mutandis l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*). La Commission concluait : « En effet, une créance créée par la loi ou fondée sur la loi est effectivement un bien de possession au sens du Protocole n° 1 », CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, préc.

³¹⁰⁷ La propriété individuelle des biens d'usage permet un renforcement de l'autonomie du citoyen vis-à-vis des pouvoirs publics et des autres : c'est une projection de la personnalité dans le domaine des choses. Lorsque, par exemple, on est propriétaire de son logement R. CHARVIN ET J.J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 5^{ème} éd., 2007, p. 104.

On peut donc voir dans le droit de posséder des biens et de les gérer librement, un pouvoir parmi les plus déterminants de l'autonomie de l'individu, si ce n'est le plus déterminant, et en même temps le moyen le plus tangible, et pour nombre de personnes, le seul moyen de participation active à la vie sociale. Celle-ci est tissée par des échanges incessants et divers, des plus importants aux plus infimes³¹⁰⁸.

Pourtant, concernant l'application de ce droit aux détenus, le même esprit anime la jurisprudence européenne aussi bien que les droits français et grec : empêcher que ce droit fonctionne comme moyen de tels pouvoirs. Sa réglementation constitue une preuve irréfutable de continuité d'une conception de la peine privative de liberté comme privation maximale de pouvoir d'autonomie et comme exclusion de la vie sociale. Si cette peine n'entraîne plus la mort civile, elle continue à justifier des conséquences sur le statut civil de la personne. En effet, des restrictions dans l'exercice des droits patrimoniaux sont toujours expressément attachées à certaines condamnations à la peine privative de liberté (**Section 1**). De surcroît, la réglementation pénitentiaire vise à soumettre l'ensemble des détenus au même pouvoir de possession et de gestion des biens en prison, le moindre possible (**Section 2**).

SECTION 1 DES RESTRICTIONS PRIVATIVES D'AUTONOMIE FINANCIERE

Le droit des détenus au respect des biens peut être limité à la fois par sa situation pénale, à savoir par les sanctions automatiques, ou facultatives entraînées par la condamnation à une peine privative de liberté (§ 1), et par sa situation pénitentiaire, à savoir par les restrictions imposées par le droit pénitentiaire (§ 2).

§ 1. Les restrictions entraînées par le statut pénal

En droit français et grec, la condamnation à une peine privative de liberté peut entraîner des restrictions des droits patrimoniaux. De telles restrictions sont en effet prévues par le droit pénal, le droit civil ou encore par les statuts professionnels (A). Mais elles ne manquent pas de soulever des questions de conformité avec le droit au respect des biens consacré par l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention (B).

A. Les restrictions au sein des droits nationaux

³¹⁰⁸ « Le droit de propriété est plus en relation aux hommes qu'une relation aux choses », R. CHARVIN et J.J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 2^{ème} éd., 1997, p.248.

Depuis la mise en vigueur des Codes pénaux en Grèce en 1950 et en France en 1994, les incapacités civiles entraînées par la condamnation à la peine privative de liberté ont été supprimées dans le droit pénal (1), mais elles n'ont pas pour autant disparu de ces deux ordres juridiques (2).

1. La fin de l'incapacité à gérer ses biens résultant de plein droit d'une condamnation pénale

Avant la mise en vigueur des Codes pénaux actuels en France et en Grèce, un condamné à une peine privative de liberté pouvait être frappé de restrictions dans son statut civil sous une double forme : l'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice. La première incapacité se manifestait par la confiscation des biens et la seconde par la privation de la disposition et de la gestion des biens, en tant que conséquence de l'incapacité générale d'exercice des droits civils. En droit français si, depuis l'abolition de l'esclavage (Constitution de 1848) et de la mort civile (loi du 31 mai 1854), les incapacités d'exercice des droits civils étaient devenues partielles³¹⁰⁹, celles concernant les biens demeuraient importantes. L'incapacité d'exercice résultant de l'interdiction légale qui frappait les condamnés à une peine afflictive et infamante (prévue par l'article 29 du Code pénal) était, en cas de condamnation à une peine afflictive perpétuelle (art. 29 C. pén.) complétée expressément par une double incapacité : celle de disposer et de recevoir des biens (art. 36 C. pén.). Concernant les incapacités de l'interdit légal, en général, bien que la jurisprudence ait apporté certaines limitations à leur étendue³¹¹⁰, celles concernant les biens sont restées intactes.

Celles-ci étaient conçues de telle manière qu'en réalité, elles paralysaient totalement la jouissance des droits corrélatifs. Par exemple, la confiscation des biens, même lorsqu'elle n'était pas accompagnée de l'interdiction légale, rendait illusoire la capacité du détenu à en disposer et à les gérer, faute d'objet. Comme l'a fait remarquer E. Voirin, « on ne peut disposer que de ce qu'on a³¹¹¹ ».

Or, selon les explications sur les origines du lien entre la peine et ses conséquences, le maintien de celles-ci ne pourrait guère être critiqué eu égard à l'évolution de la conception de la peine. Selon la doctrine, la *confiscation des biens* était conçue, sous l'ancien régime, comme un châtiment supplémentaire frappant le condamné à travers ses proches et, après la Révolution, comme moyen

³¹⁰⁹ G. RAYMOND, *Droit civil*, 2^e éd., Paris, Litec, 1993, p. 111.

³¹¹⁰ L'interdit légal, à la différence de l'interdit judiciaire, peut exercer une action en justice pour diffamation, conclure un mariage, adopter ou reconnaître un enfant naturel ; mais pas une action en désaveu de paternité, ou une demande de divorce. Et, selon une décision de la Chambre criminelle rendue le 29 novembre 1966, l'interdit légal, étant privé du droit d'ester en justice, ne pourrait pas se constituer partie civile ; il devrait donc être représenté par son tuteur (Crim., 29 nov. 1966, *JCP*, 1967.I., note Henri BLIN). Mais sur ce point, la Chambre d'accusation de la Cour de Cassation, par une décision du 31 octobre 1980, en a décidé autrement concernant les actions relatives aux droits de la personne : « L'interdit légal, qui s'estime victime d'un délit de violence, peut lui-même se constituer partie civile », *D.* 1981, 227.

³¹¹¹ « Le condamné conserve intacte la plénitude de sa capacité civile à l'effet, notamment, de contracter et de s'obliger, d'acquiescer et de disposer. Cependant il est impuissant à conserver des biens ; son patrimoine est à peu près vidé de tous les éléments actifs », P. VOIRIN, « Les effets civils de la confiscation générale des biens », *JCP*, 1946.I.504.

d'empêcher un délinquant politique réfugié à l'étranger de jouir de ses biens³¹¹². Quant aux *incapacités civiles*, justifiées initialement par la fonction éliminatrice de la peine³¹¹³, et étant ainsi rapprochées de la mort civile, leur subsistance dans le Code pénal français précédent s'expliquerait, d'après certains auteurs, par leur valeur répressive mais aussi par l'indignité dont elles sont porteuses : « Les peines privatives de droits constituent pour le condamné une sorte de *capitis diminutio* ; il est frappé d'une marque d'infamie qui le gêne dans sa vie civique, familiale ou patrimoniale. Leur effet afflictif est peu contestable, quoique modéré³¹¹⁴ ». Elles seraient, de surcroît, expliquées par le but d'empêcher l'amélioration de la vie quotidienne du détenu en disposant de son éventuelle fortune³¹¹⁵. Du fait donc que les incapacités civiles tenaient de la mort civile et de la fonction éliminatrice de la peine, leur maintien serait à la fois un anachronisme et une entrave à la fonction re-socialisatrice fixée à la peine depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

Le *droit grec* a précédé le droit français de quarante-quatre ans en supprimant l'interdiction légale dès 1950, date de la mise en vigueur de l'actuel Code pénal. Parmi les motifs de sa suppression, l'accent avait justement été mis sur sa considération comme vestige de la mort civile³¹¹⁶.

En *droit français*, c'est seulement en 1994, date de la mise en vigueur du nouveau Code pénal, que ces incapacités ont été supprimées. Seules sont maintenues, et uniquement à titre de peines complémentaires, la *communication spéciale* et les *interdictions professionnelles*. Les autres incapacités ont été jugées contradictoires à l'esprit du nouveau Code pénal. Dans le rapport communiqué à l'Assemblée Nationale à l'occasion de son adoption, il avait été souligné que ce nouveau Code devait répondre à la nécessité de son adaptation au changement, d'une part, de la conception du crime (considéré autrefois comme une atteinte à l'ordre moral, il est aujourd'hui considéré comme une atteinte à l'ordre social) et, d'autre part, de la représentation du délinquant (moins qu'un homme indigne, il est actuellement considéré comme un homme dangereux pour l'ordre social). Les inclinations, mais aussi la nature des peines, devraient alors s'adapter aux objectifs du droit pénal actuel : préserver l'ordre social, d'une part, et respecter la dignité et assurer la réadaptation sociale des détenus, d'autre part³¹¹⁷. En effet bien que, selon l'auteur de ce rapport, le débat fut difficile, et bien que le Sénat ne fut pas favorable à la suppression des incapacités civiles en tant que conséquences automatiques de certaines condamnations pénales, l'Assemblée l'a finalement adoptée,

³¹¹² R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1984, p. 920.

³¹¹³ Selon JOUSSE, « la mort civile est celle, qui sans priver de la vie naturelle, fait priver tous les droits attachés à la qualité de citoyen », JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, t. 1, 1771, p. 84. La « mort civile » a été abolie en droit grec en 1862.

³¹¹⁴ B. BOULOC, *Pénologie*, 3^e éd., préc., p. 40. Voir aussi M.-H. RENAUT, « Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales (Le condamné reste citoyen à part entière) », *RSC.* (2), avr.-juin, 1998, pp. 265-277.

³¹¹⁵ W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., préc., p. 453.

³¹¹⁶ *Code pénal grec*, commandé par A. KONTAXIS, Athènes, Sakkoulas, 1987, p. 532.

³¹¹⁷ J.O., Assemblée Nationale, Débats, Séance du 2 juillet 1992, notamment, pp. 3083-3085.

en mettant en avant le motif que, pour les condamnés, « elles constituent de véritables obstacles à leur réinsertion³¹¹⁸ ».

Pour autant, toutes les conséquences de la condamnation à une peine privative de liberté sur la capacité civile ne sont pas effacées dans les droits nationaux.

2. La survivance d'autres conséquences de nature patrimoniale

Le droit grec a encore devancé le droit français. La privation des droits civils ne figure plus parmi les sanctions complémentaires ou automatiques à une condamnation pénale. Et, en 1996, la loi n°2447/96 a supprimé l'interdiction légale qui figurait dans l'article 1700 du Code civil, en tant que conséquence automatique de certaines condamnations à la privation de liberté.

En revanche, le droit français est caractérisé par le maintien d'un nombre important de telles conséquences³¹¹⁹ **(a)** auxquelles s'ajoutent les diverses interdictions professionnelles prévues par un bon nombre de statuts professionnels **(b)**.

a. La survivance des sanctions complémentaires de nature patrimoniale

En droit français, la *fermeture d'établissement*, la *confiscation des biens*, et les interdictions professionnelles continuent à constituer des sanctions complémentaires. La *fermeture d'établissement*³¹²⁰ est limitée aux établissements dont le fonctionnement a été l'occasion de commettre l'infraction sanctionnée. En revanche, la *confiscation des biens* peut ne pas se limiter aux objets qui ont servi ou étaient destinés à servir à commettre une infraction et aux objets qui sont le produit de l'infraction. Elle peut aussi s'étendre « sur tout ou partie des biens appartenant au condamné³¹²¹ ». Il en est de même des *interdictions professionnelles*. Elles peuvent s'étendre au-delà

³¹¹⁸ *Ibid.*, p. 3085.

³¹¹⁹ « Lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs *peines complémentaires* qui, frappant les personnes physiques, *emportent interdiction, déchéance, incapacité* ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou *confiscation d'un objet*, confiscation d'un animal, *fermeture d'un établissement* ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique », art. 131-10 C. pén.

³¹²⁰ Cette sanction est annoncée expressément dans de nombreux articles en précisant la nature des établissements visés, ceux ayant servi à commettre les faits incriminés, et la durée. Voir à titre d'exemple, les articles 131-48, 223-15-3 al.3, 213-1, 223-17 du Code pénal.

³¹²¹ Cela est prévu par un nombre de dispositions. Elle est régie de manière générale par l'article 131-21 du Code pénal, qui est introduit par cet alinéa : « La peine complémentaire de confiscation est encourue dans les cas prévus par la loi ou le règlement. Elle est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse ». S'y ajoutent un certain nombre d'articles de ce même Code qui prévoient la possibilité de prononcer cette peine en matière de contravention (131-14, 6°, 131-16, 5, 131-42, 222-44, 222-49, 223-15-3, al. 4.

de celles liées à la nature de l'infraction commise. Elle peut s'étendre à l'interdiction générale d'exercer une « fonction publique »³¹²².

Or si les conséquences liées au type d'infraction commise peuvent être justifiées par le but de préserver la confiance dans l'exercice légal et non abusif et d'une profession ou d'une activité sociale, celles qui élargissent ces champs le sont moins. Car il ne faut pas oublier que, à l'origine, de telles interdictions visaient à porter atteinte au pouvoir pécuniaire et à la réputation sociale de la personne concernée³¹²³ et qu'elles continuent à s'apparenter à des sanctions pécuniaires. Rappelons à cette occasion que la jurisprudence européenne a reconnu le caractère de sanction à des sanctions relatives à l'interdiction d'exploiter un commerce et d'exercer une profession³¹²⁴. On peut donc estimer que celles dépassant la profession ou l'activité de nature connexe à l'infraction commise continuent à tirer implicitement leur légitimité de la conception de la peine privative de liberté comme une peine infamante visant à amoindrir le statut juridique de la personne condamnée.

A ce propos, les conséquences d'une condamnation pénale qui se répercutent dans les textes réglementant l'exercice de certaines activités professionnelles valident cette considération.

b. La survivance d'autres conséquences sur la vie professionnelle

Les textes régissant l'accès à la fonction publique mais aussi un bon nombre des statuts professionnels, comportent des conditions qui étendent le champ des conséquences sur la vie professionnelle d'une personne condamnée.

En effet, l'accès à la fonction publique est non seulement interdit par le Code pénal français pour un nombre important d'infractions³¹²⁵ mais aussi par le Code de la fonction publique. Celui-ci, comme celui des collectivités territoriales, soumet l'exercice d'une telle fonction à la condition de la jouissance des droits civils, en tout cas, à l'absence de condamnation à une sanction pénale. Cette dernière condition est également prévue par le droit grec pour les condamnations pour crime (art. 22 § 1 Code de la fonction publique).

A ces empêchements, s'ajoutent ceux prévus par un bon nombre de statuts professionnels. Le droit français offre une large palette d'exemples de tels empêchements. Ainsi, l'absence de casier

³¹²² Voir entre autres, les articles 131-48, 213-1, 221-9, 223-15-3, 226-31, 311-14, 435-5, 441-10 du Code pénal.

³¹²³ B. BOULOC, *Pénologie*, 3^e éd., préc., pp. 37-39.

³¹²⁴ CEDH, *Kraska c. Suisse*, préc., § 24 ; CEDH, *De Moor c. Belgique*, préc., § 43, § 47 ; CEDH, *König c. Allemagne*, préc., §§ 91-95 ; CEDH, *Albert et Le Compte*, préc., § 27 ; CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, préc., §§ 46-50 ; CEDH, *Döring c. Allemagne* (déc.), préc.

³¹²⁵ Voir entre autres dispositions du code pénal, les articles 131-48, 213-1, 223-15-3, 226-31, 311-14, 435-5, 441-10.

judiciaire et/ou la jouissance des droits civils figurent dans les statuts de différents ordres professionnels comme celui des avocats, des médecins, des architectes, des experts comptables, ainsi que dans les textes réglementant les conditions requises pour travailler dans les banques, les douanes, les assurances, les établissements de crédit, l'enseignement supérieur privé, l'aviation civile, le commerce, etc.³¹²⁶.

De manière générale, la survivance des interdictions, déchéances ou incapacités, ici et là, dans les ordres juridiques nationaux français et grec, portent atteinte à l'intégrité du statut juridique du détenu au-delà de celle portée par la privation du droit à la liberté physique. On doit alors s'attendre à ce que ces exclusions du domaine des activités professionnelles soulèvent des questions de conformité avec la Convention.

B. De la conformité des restrictions nationales avec la Convention

La subsistance des incapacités civiles et interdictions professionnelles attachées à la condamnation à la peine privative de liberté susciterait certaines interrogations sur leur conformité avec la Convention notamment avec le droit au respect des biens consacré par l'article 1 du Protocole n°1 de la Convention (1) et avec le droit au procès équitable (2).

1. Au regard du droit au respect des biens

Certes le droit au respect des biens ne jouit pas, au sein de la Convention, d'une protection absolue. Le premier paragraphe de l'article 1 du Protocole n°1, qui énonce le principe de la garantie dudit droit³¹²⁷, est suivi d'un deuxième paragraphe précisant les conditions dans lesquelles des restrictions peuvent être conformes à la Convention : « Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ». Nous constatons donc que la seule atteinte autorisée au respect des biens à titre de sanction est l'amende et, plus généralement, les sanctions pécuniaires. La privation de la jouissance des biens et de leur gestion ainsi que l'interdiction d'exercer certaines professions ne figurent pas parmi les buts légitimes énoncés dans ce dernier paragraphe. Dès lors, même à supposer qu'elles puissent trouver une justification implicite dans le but général de l'« usage des biens conformément à l'intérêt général », cette justification ne constitue pas une panacée pour l'ensemble des questions qui peuvent être soulevées.

³¹²⁶ Voir à ce propos le dossier d'étude intitulé « De l'Enfermement au Bannissement...Les empêchements à la réintégration », publié sur le site de l'association « BAN PUBLIC » : www.prison.eu.org.

³¹²⁷ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

2 Au regard du droit au procès équitable

A l'exception des conséquences patrimoniales prévues par le droit pénal à titre de sanctions complémentaires à la condamnation à une peine privative de liberté, toutes les autres conséquences se heurteraient au respect du procès équitable consacré par l'article 6 §1 de la Convention. S'agissant des restrictions déterminantes des droits de caractère civil, elles ne peuvent être décidées qu'à l'issue d'un procès équitable. C'est en ce sens que la Cour a statué dans l'arrêt *Winterwerp* (1979)³¹²⁸. Appelée à se prononcer sur la compatibilité avec la Convention de la perte automatique par un malade mental de la gestion personnelle de ses biens, suite à son enfermement, cette instance a rejeté l'argument du gouvernement néerlandais selon lequel il s'agissait d'une question de « statut » et non des « droits civils ». Selon la Cour, « la capacité de gérer son patrimoine comprend l'exercice des droits privés et, de là touche aux "droits et obligations de caractère civil" au sens de l'article 6 §1 » ; dès lors, ôter à quelqu'un cette capacité équivaut à « décider » de pareils droits³¹²⁹. Or cette décision requiert un jugement rendu conformément à l'article 6 de la Convention³¹³⁰. Nous estimons que ce raisonnement doit *a fortiori* être valable pour les personnes privées de leur liberté à titre de sanction. La capacité mentale de ces personnes à gérer leurs biens n'est pas mise en cause. Dès lors, leur condamnation à la peine privative de liberté ne peut impliquer la restriction de la capacité à gérer les biens³¹³¹, à moins que le tribunal se soit également prononcé sur la capacité civile de l'intéressé. D'autant plus que les sanctions patrimoniales contribuent à étendre implicitement le contenu de la peine privative de liberté, elles portent atteinte au principe de légalité des peines. Au regard de la jurisprudence européenne, le seul effet légal de la condamnation à une peine privative de liberté devrait être la privation de cette liberté au sens de son article 5³¹³². Dès lors, les restrictions dans l'exercice d'autres droits de l'homme protégés par la Convention doivent être justifiées dans chaque cas d'espèce. Ainsi, les restrictions des droits patrimoniaux entraînées par la condamnation à une peine privative de liberté devraient être décidées par un tribunal à l'issue d'un procès équitable. La condamnation à la peine privative de liberté ne peut pas être leur unique fondement. Elles devraient être justifiées par des considérations supplémentaires prouvant, dans chaque cas d'espèce, leur nécessité pour l'intérêt public, le seul but légitime prévu par l'article 1 du Protocole n° 1.

§ 2. Les restrictions entraînées par le statut pénitentiaire

³¹²⁸ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc.

³¹²⁹ *Ibid.*, § 73.

³¹³⁰ Selon la Cour, « de quelque manière qu'il se justifie de retirer à un aliéné la capacité d'administrer ses biens, le respect des garanties de l'article 6 §1 ne s'en impose pas moins », *Ibid.*, § 75.

³¹³¹ *Ibid.*, § 74.

³¹³² « ...La Cour souligne tout d'abord que les détenus en général continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention », CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], 74025/01, CEDH 2004-III, § 70.

La jurisprudence européenne sur l'application de l'article 1 du Protocole n° 1 en prison, étant composée uniquement des décisions de la Commission qui, de surcroît, portent sur des aspects très limités, ne permet pas d'établir une comparaison globale avec l'application générale dudit article. Elle permet néanmoins de saisir certains traits significatifs de l'esprit qui régit son application en prison. Un esprit en continuité de celui développé dans les droits nationaux et en retrait considérable de celui qui régit son application à l'extérieur **(A)** ; ce qui n'incite guère à une évolution des droits pénitentiaires favorables pour les détenus **(B)**.

A. La garantie européenne insatisfaisante

L'exercice du droit au respect des biens n'est pas encore expressément garanti en prison (1). Seule une infime protection est indirectement assurée par les exigences du droit au procès équitable en cas de naissance d'un conflit relatif à la gestion des biens **(2)**.

1. Garantie inefficace par l'application du droit au respect des biens

Concernant la gestion des biens que le détenu possède à l'intérieur **(a)** ou à l'extérieur de la prison **(b)**, la jurisprudence européenne corrélatrice n'est pas encore incitatrice à une évolution de l'état de protection du droit au respect des biens à l'égard des détenus.

a. La gestion des biens à l'intérieur de la prison

Seule la Commission a eu à se pencher sur la question de la gestion des biens dont les détenus disposent à l'intérieur de la prison, et seulement dans deux affaires concernant la gestion de leur *compte nominatif*. La première affaire portait sur le refus opposé à un détenu d'envoyer de l'argent de ce compte à sa sœur souffrante³¹³³. La deuxième portait sur le non-placement de la somme réservée au *pécule de sortie* sur un compte bancaire avec intérêts³¹³⁴. La Commission avait conclu à l'inapplication de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle avait jugé qu'« un droit au paiement des intérêts ne peut pas être déduit des dispositions dudit article³¹³⁵ ». Elle avait refusé de qualifier la rétention obligatoire d'une partie de l'argent des détenus pour constituer un *pécule de sortie* comme une ingérence dans l'usage de leurs biens. Or, tant ces conclusions que le raisonnement suivi sont critiquables, puisque pour la Commission, ces restrictions seraient implicites au statut du détenu à l'instar de celles prévues par les articles 4 §3, al.a et 5 §1, al.a de la Convention³¹³⁶. Seulement, à la

³¹³³ D 4984/71 (X/RFA), 5.10.1972, Rec. 43, 1973, pp. 35-36.

³¹³⁴ D 8346/78 (X/Autriche), 6.03.1980, D.R 19, 1980, pp. 230-231.

³¹³⁵ *Ibid.*

³¹³⁶ *Ibid.*

différence de ces dernières, l'article 1 du Protocole n° 1 ne comporte aucune clause spécifiant le statut de détenu.

Par ailleurs, même si la Commission avait estimé qu'il s'agissait des ingérences dans l'exercice du droit au respect des biens, elle n'aurait pas abouti à une conclusion sensiblement différente. Selon cette instance, ces restrictions seraient de toute manière justifiées en application du critère d'« usage des biens conformément à l'intérêt public » prévu par l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention. Ainsi, la rétention d'une somme d'argent pour constituer le pécule de sortie a, dans les deux affaires, été considérée comme un usage des biens des détenus plus conforme à l'intérêt public que le fait de leur laisser le choix d'en envoyer une partie à un membre de leur famille. Or, ce mode de gestion, il convient de le noter, méprise également un autre droit dont le respect sert plutôt que ne dessert l'intérêt public : le droit au respect de la vie familiale qui implique l'entraide familiale³¹³⁷.

Au fond, la Commission n'entendait pas tirer de la Convention un droit des détenus à une gestion personnelle et libre de leurs biens. Ce qui confirme également sa jurisprudence sur la gestion des biens à l'extérieur de la prison. Soulignons cependant que les Règles pénitentiaires de 2006 recommandent expressément la possibilité pour les détenus d'envoyer une partie de leur argent à leur famille³¹³⁸.

b. La gestion des biens à l'extérieur de la prison

C'est dans l'affaire *Silver et autres* que la Commission avait eu à se prononcer sur le respect du droit des détenus à gérer leurs biens à l'extérieur de la prison, plus précisément sur le droit à poursuivre des activités lucratives. Dans cette affaire, un des requérants condamné pour escroquerie, se plaignait de la censure d'une de ses lettres dans laquelle il donnait à son mandataire des instructions relatives à la gestion de ses biens. La Commission n'avait pas retenu ce grief en estimant que « c'est en principe une conséquence normale et raisonnable de la détention, nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, que les condamnés détenus cessent leurs activités professionnelles durant leur détention³¹³⁹ ». La Cour, saisie de cette affaire, ne s'est pas exprimée sur les principes qui devraient régir la gestion des biens des détenus. Elle a cantonné son examen aux questions soulevées dans cette affaire au regard du droit au respect de la correspondance consacré par l'article 8 de la Convention. Tenant compte du fait que, dans ce cas, il s'agissait d'un condamné pour « escroquerie », elle avait estimé que « eu égard à la marge d'appréciation du Royaume-Uni, les autorités étaient en droit de croire à la nécessité de saisir cette lettre-là - traitant

³¹³⁷ D 8346/78 (X/Autriche), 6.3.1980, D.R 19, 1980, préc.

³¹³⁸ « Les détenus doivent pouvoir consacrer au moins une partie de leur rémunération à l'achat d'objets autorisés destinés à leur usage personnel et à en envoyer une autre partie à leur famille », (règle 26.11).

³¹³⁹ Rapport sur l'affaire *Silver et autres*, 14 mars 1981, Série B-51 (Plaidoiries), §§ 398-399.

d'une transaction immobilière - pour assurer "la défense de l'ordre" et "la prévention des infractions pénales", au sens de l'article 8 §2 de la Convention³¹⁴⁰ ».

Bien que, dans cet arrêt, la Cour ait jugé conforme à l'article 8 de la Convention la censure de cette lettre, l'examen de sa jurisprudence ainsi que celle de la Commission relative au droit des détenus au respect de leurs biens, montre que ce droit ne jouit pour l'instant que d'une protection indirecte par l'effet du respect d'autres droits.

2. Garantie indirecte par l'application du droit au procès équitable

En l'état actuel de la jurisprudence européenne, nous pouvons constater que les seules garanties assurées à la gestion des biens des détenus sont celles qui peuvent résulter des garanties exigées par le droit au respect du procès équitable (art. 6). L'objet de tels litiges étant par excellence de caractère patrimonial, l'applicabilité de l'article 6 § 1 ne doit plus faire de doute. La Cour a déclaré que « l'article 6 s'applique à toute action ayant un objet "patrimonial"³¹⁴¹ ».

Nous ne disposons malheureusement pas de jurisprudence corrélatrice de la Cour concernant les détenus. Toutefois l'arrêt *Winterwerp*, dans lequel elle a eu à s'exprimer sur le droit d'une personne privée de sa liberté pour cause de maladie mentale à bénéficier des garanties de l'article 6 §1 de la Convention dans la gestion de ses biens, nous permet de déduire que le même principe doit également s'appliquer dans le cas des détenus condamnés. Dans cet arrêt, la Cour avait affirmé que ôter à quelqu'un la capacité de gérer son patrimoine, équivaut à décider de l'exercice des droits privés et, de là, sur des « droits et obligations de caractère civil » au sens de l'article 6 §1³¹⁴².

Il faut cependant préciser que dans cet arrêt, il s'agissait de la gestion des biens à l'extérieur, alors que nous nous intéressons ici également à la capacité des détenus à gérer les biens qu'ils possèdent à l'intérieur de la prison et notamment leur argent. L'applicabilité de l'article 6 §1 de la Convention dépendra alors de la qualification ou non de la qualification des contestations des détenus relatives à la gestion de leurs biens comme des griefs portant sur des droits de caractère civil au sens de cet article. Cette qualification doit être considérée comme incontestable concernant l'argent provenant d'autres sources que le travail. Quant à la rémunération de leur travail, rappelons que la Commission avait écarté l'application de l'article 6§1 dans les griefs corrélatifs des détenus en s'appuyant sur l'absence de contrat de travail. Estimant pour cette raison que leur rémunération ne peut pas être qualifiée de salaire, elle avait conclu que ces griefs se situaient hors de sa compétence

³¹⁴⁰ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., §100.

³¹⁴¹ Voir entre autres : CEDH, *Raimondo c. Italie*, n°12954/87, 22 février 1994, Série A n° 281, § 43 ; Voir CEDH, *Saggio c. Italie*, préc., § 29 ; CEDH, *Azinas c. Chypre*, préc. ; CEDH, *Koua Poirrez c. France*, préc., § 56 ; CEDH, *Kjartan Asmundsson c. Islande*, préc., § 17.

³¹⁴² CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, préc., § 73.

*rationae materiae*³¹⁴³. Mais cette jurisprudence serait en contradiction avec celle de la Cour³¹⁴⁴. Car, outre l'interrogation du bien fondé de la privation des détenus du droit au contrat de travail, la qualification de salaire pourrait bien ne pas être indispensable pour l'applicabilité du droit au procès équitable. Rappelons que la Cour a reconnu le caractère patrimonial à des ressources ne provenant pas d'un contrat de travail (comme les allocations d'assurance-maladie³¹⁴⁵ ou les allocations d'aide sociale³¹⁴⁶). Il suffit qu'elles soient prévues par une loi ou reconnues par une décision de justice. L'absence de contrat de travail ne devrait, par conséquent, pas être déterminante dans la qualification des litiges des détenus relatifs à leur rémunération et à la gestion de leurs biens en général, comme des litiges portant sur des droits de caractère civil.

Pour l'instant, force est de constater que la jurisprudence européenne n'a guère progressé dans la direction d'une amélioration du statut de détenu par la garantie d'une certaine autonomie dans la gestion des biens.

Malgré l'absence d'une jurisprudence européenne concernant le droit des détenus à gérer leurs biens, y compris de ceux qu'ils possèdent dans la prison, nous partons de l'hypothèse que ces droits doivent être considérés comme acquis. C'est alors que les droits pénitentiaires nationaux peuvent soulever des questions de conformité avec la Convention.

B. De la conformité des restrictions nationales avec la Convention

En premier lieu, c'est la gestion indirecte qui caractérise la gestion des biens des détenus aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de la prison. Le droit grec (art. 4 C. pénit.) et le droit français (art. D. 321 al. a CPP) prévoient la possibilité du détenu de gérer ses biens à l'extérieur soit personnellement soit par mandataire³¹⁴⁷. Seulement, l'administration pénitentiaire n'était pas tenue de prendre les mesures permettant aux détenus de les gérer personnellement. C'est leur gestion par mandataire qui devient le mode de gestion courant.

Mais si cette situation peut encore ne pas être considérée comme une atteinte à la liberté de gérer ses biens, tel n'est pas le cas de la gestion des biens à l'intérieur de la prison, et notamment de

³¹⁴³ D 3959/69, *Collection des Décisions*, n° 35, p. 109, et D 4984/71 (X/RFA), 5.10.1972, Rec. 43, p. 35. A ce propos, voir aussi la partie traitant la question de la protection du travail des détenus par la voie judiciaire.

³¹⁴⁴ Pour la Cour, le « caractère civil de tels griefs ne soulève aucun doute », CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, préc., §38.

³¹⁴⁵ *Ibid.*

³¹⁴⁶ CEDH, *Salesi c. Italie*, préc., § 19.

³¹⁴⁷ Ce choix, prévu dans l'article 4 du Code pénitentiaire grec, n'est devenu possible en droit français que depuis le décret n° 98-1099 du 8 décembre 1998. Auparavant, seule la gestion par mandataire était possible. Actuellement, il est prévu que « le détenu conserve la gestion de ses biens patrimoniaux extérieurs, dans la limite de sa capacité civile. Le cas échéant, cette gestion peut s'effectuer par l'intermédiaire d'un mandataire, celui-ci devant être étranger à l'administration pénitentiaire (art. D321 CCP).

l'argent du détenu. La gestion du « compte nominatif » du détenu demeure bien ancrée dans l'esprit de la dépossession des détenus de leurs biens et du pouvoir d'en jouir. Plusieurs aspects de la réglementation corrélative sont symptomatiques. En premier lieu, la dépossession physique de l'argent. Tant en Grèce qu'en France, le détenu ne « touche » pas son argent : son compte nominatif est tenu par le service comptable de l'établissement (art. D319 CPP français, et art. 45 C. pénit. grec). La possession de l'argent est même illégale. En droit grec, elle constitue une infraction disciplinaire (art. 68 §3, al.b C. pénit.). En droit français, la privation du détenu de porter de l'argent est prévue par l'article D318 du Code de procédure pénale. Seules sont autorisées à en porter les personnes bénéficiant de la mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou d'une permission de sortie (art. D 122 CPP). Toutefois, comme nous allons le voir, même ces derniers ne sont pas libres de gérer cet argent à leur guise.

En deuxième lieu, le compte du détenu n'est pas seulement tenu, mais il est aussi géré d'office par le service comptable de l'établissement. Il est obligatoirement divisé en trois parties en droit français et en deux parties, en droit grec. Au sein du *droit français*, la première partie est destinée à l'indemnisation des parties et créanciers d'aliments (20 %), la deuxième partie à la constitution du pécule de libération (de 10 %) et la troisième est laissée à la libre disposition des détenus (art. D320-1 à D320-3 CPP). Ces trois parties sont principalement alimentées par la rémunération du travail (art. D111 CPP)³¹⁴⁸ et les mandats envoyés de l'extérieur. Ces derniers sont versés sur la part disponible à la hauteur de la somme fixée régulièrement par décret (elle est actuellement fixée à 200 euros) ; le surplus est soumis à la répartition précitée (art. D32, al.2 CPP). Les gratifications sont, par dérogation, entièrement versées à la part disponible (art. D111 CPP) et les rentes des accidents de travail sur le pécule de libération³¹⁴⁹. En *droit grec*, le pécule de libération est supprimé. Notons à ce propos, alors que la Commission considérait que la rétention obligatoire d'une partie de l'argent des détenus pour constituer le pécule de sortie constitue une gestion conforme à l'intérêt public nous observons que cette gestion, de connotation paternaliste, ne figure plus dans le droit grec. Le compte des détenus est divisé en deux parties. Une partie, fixée par décision du ministre de la justice, est déposée sur un compte bancaire rémunéré. L'autre reste au service comptable de l'établissement et est composée : de la part disponible, de la part réservée au paiement des peines pécuniaires, et de celle destinée à l'indemnisation des victimes (art. 45 C. pénit.).

En troisième lieu, même s'agissant de la gestion de la part disponible, si les droits nationaux ont noté des progrès par rapport à la jurisprudence européenne en reconnaissant une certaine liberté dans la gestion du compte nominatif du détenu, celle-ci demeure très limitée. Les détenus ont la possibilité de *placer de l'argent sur un compte bancaire rémunéré*, alors que la Commission a estimé

³¹⁴⁸ « La rémunération du travail est répartie conformément aux dispositions des articles D. 320 à D. 320-3, après qu'ont été précomptées les cotisations à caractère social mises à la charge des détenus », (art. D111 CPP).

³¹⁴⁹ Le capital représentatif des rentes d'accidents du travail dont la conversion a été rendue obligatoire par le décret n° 59-734 du 15 juin 1959 est intégralement versé au pécule de libération », (art. D324 CPP).

que cet aspect n'est pas garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention. Le *droit pénitentiaire grec* prévoit que l'argent correspondant à la part non disponible du compte des détenus est placé sur un compte bancaire avec des intérêts (art. 45 §2 C. pénit.). Le *droit français* prévoit, quant à lui, que le détenu peut placer des sommes de cette même part sur son livret d'épargne (D. 331 CPP³¹⁵⁰) dès lors que la somme figurant sur sa part disponible dépasse un seuil fixé par décret³¹⁵¹. En revanche, ils ne sont pas entièrement libres de disposer de cette somme. Le droit français prévoit précisément que les retraits de ce compte³¹⁵² ainsi que les versements à la famille des détenus (art. D 323, 330 et 421 CPP)³¹⁵³ sont soumis à l'autorisation du directeur de l'établissement³¹⁵⁴. En droit grec, une telle possibilité est également prévue sur autorisation du directeur de l'établissement, à condition qu'il s'agisse de « cas urgents », de « toute sorte de permission » ou de « paiement d'une sanction reconvertie en sanction pécuniaire ou d'indemnisation des victimes » (art. 45 §2 C. pénit., art. 13-5 Règlement intérieur) ». En revanche, les détenus ne peuvent ni de leur vivant, ni par testament, disposer de leur argent au profit d'autres détenus à moins qu'ils soient des parents, frères, sœurs ou conjoints (art. 46 §3 C. pénit., art. 13-5 Règlement intérieur).

Notons que l'administration pénitentiaire française prônait, dans un plan d'action triennal, une plus grande liberté des détenus en vue de leur responsabilisation³¹⁵⁵. Mais pour l'instant aussi bien en France qu'en Grèce, à part la décision de placer de l'argent de la partie disponible sur un compte bancaire, et d'effectuer sous autorisation des versements à des proches, la liberté des détenus dans la gestion de leur argent se limite, comme nous le verrons plus loin, dans la consommation des biens autorisés en prison.

Mis à part ces différences relevées entre la jurisprudence européenne et les droits pénitentiaires nationaux, l'esprit de ces trois ordres juridiques est identique concernant la conception du rapport des détenus à la propriété. Cette conception est dominée par la justification de la quasi-privation de l'exercice du droit de posséder des biens et de les gérer librement. Les actes autorisés de gestion de leur compte qui viennent d'être mentionnés ne constituent que des exceptions de faible importance.

³¹⁵⁰ « Les détenus peuvent verser sur leur livret d'épargne des sommes prélevées sur leur part disponible » (art. D 331 CPP).

³¹⁵¹ En 2007, il était fixé à 229 euros : « La somme prévue à l'article D.324 du code de procédure pénale à partir de laquelle les dépôts sur livrets de caisse d'épargne doivent être effectués est fixée à 229 euros », (art. A41 CPP).

³¹⁵² « Les détenus peuvent verser sur leur livret d'épargne des sommes prélevées sur leur part disponible. Les opérations éventuelles de retrait sont subordonnées, pendant la détention, à l'accord du chef d'établissement », (art. D 331 CPP).

³¹⁵³ « Tout versement effectué à l'extérieur sur la part disponible d'un détenu doit non seulement avoir été demandé ou consenti par ce détenu, mais aussi, avoir été autorisé expressément par le magistrat saisi du dossier de l'information, s'il s'agit d'un prévenu, ou sinon, par le chef de l'établissement », (art. D 330 CPP).

³¹⁵⁴ Le refus peut toutefois donner lieu à un recours administratif. Ainsi à propos du refus de restituer à deux détenus des sommes bloquées sur leurs comptes (CE 3 nov 1989, *Pitaluque, Rec, tables*, p 830).

³¹⁵⁵ « Plan d'action de l'administration pénitentiaire », 1991-1993, Ministère de la justice, p. 55.

SECTION 2. DES RESTRICTIONS REDUISANT LE DETENU A UN ETAT DE PAUVRETE EGALE

L'examen des rapports des détenus avec la propriété et, en général avec les biens, montre que la prison est le revers de l'ordre libéral qui règne à l'extérieur. Alors que dans cet ordre, la liberté d'initiative privée est exaltée en tant que moyen suprême d'autonomie individuelle, le lieu de détention est dominé par le principe inverse, à savoir l'égalité matérielle. Cela non dans le but d'assurer l'égale distribution des richesses, mais dans celui de maintenir les détenus dans une égale pauvreté. On ne peut, en effet, s'empêcher de voir dans l'égalité matérielle en prison, justifiée officiellement par le principe d'égalité devant la peine, la recherche également de privation du détenu des moyens d'expression de son autonomie et de réalisation de ses envies.

Cette conception apparaît clairement dans certaines dispositions des droits pénitentiaires français et grec relatives à la gestion des biens dans la prison. Ces dispositions tendent à affaiblir le pouvoir financier des détenus (§ 1). L'exemple, notamment des dispositions relatives à la consommation, domaine le plus ostentatoire du pouvoir financier, mais aussi de liberté et de plaisir, sont les plus éloquentes (§ 2).

§ 1. Les restrictions du pouvoir de posséder et de jouir de ses biens

Au regard du droit de posséder des biens, de les échanger à titre lucratif et, en général, de les gérer librement, nous pouvons dire que le détenu est une personne dépossédée de ses biens (A), et interdite de les exploiter à but lucratif ou de s'enrichir (B).

A. Les restrictions du pouvoir de posséder des biens

Les dispositions pénitentiaires relatives aux objets (1) et aux sommes d'argent autorisés en prison (2), concourent manifestement à maintenir les détenus dans un état de privation matérielle.

1. Limitation des biens autorisés

Quelle que soit la situation financière d'une personne, en franchissant les murs de la prison, elle est réduite à néant. Des biens dont le détenu n'est pas séparé par le droit, il s'en sépare par les murs. Il est vrai qu'il est difficile d'imaginer une personne arrêtée arrivant à la prison avec un camion de déménagement ou même avec sa valise. Il y arrive avec ses habits et éventuellement de l'argent de poche. C'est peut être la première image - et la plus symbolique - de la dépossession de l'homme, qui se livre nu à la justice pénale.

Cette forme de dépossession du détenu est reflétée par les articles D. 319 et 335-341 du Code de procédure pénale français. Même si, par hasard, le détenu portait sur lui des objets de valeur, il en est dépossédé au moment de son écrou. Ces objets sont retirés et gardés par le service comptable de l'établissement pénitentiaire. Ils lui sont remis à sa sortie. Le détenu n'est, en principe, autorisé à garder que son alliance et sa montre. Le Code pénitentiaire grec ne contient plus de dispositions analogues. Il parle d'objets et de sommes d'argent que le détenu « souhaite » déposer au service comptable (art. 23 §6 C. pénit.). Pourtant, au moins concernant l'argent, si l'on se réfère aux dispositions de l'article 45 de ce même Code sur le compte nominatif (selon lequel c'est une décision ministérielle qui détermine le montant d'argent déposé sur le compte courant du détenu) et à celles de l'article 68 §3, al.b sur les fautes disciplinaires (la détention de l'argent sans autorisation en constitue une), il est clair que le détenu ne décide pas si, et quelles sommes d'argent, il souhaite garder avec lui.

Il est significatif à cet égard de noter également, en anticipant sur le pouvoir du détenu de consommer, que l'acquisition des biens, ultérieure à son écrou, est régie par les critères de dangerosité et de coût mais aussi de mobilité. Les biens que les détenus sont autorisés à posséder dans la prison se réduisent à un petit nombre d'objets strictement personnels et mobiles pour être transportables lors des transferts d'une prison à l'autre³¹⁵⁶. Si ces critères sont justifiés par des considérations pratiques (défaut de place³¹⁵⁷), nous pouvons aussi y voir la préservation de l'image d'un homme dépossédé. L'image du détenu en route vers la prison, et d'une prison à l'autre, doit être celle d'un homme sans pouvoir, d'un homme réduit à son corps physique. Alors que l'image d'un camion de déménagement qui accompagnerait le transfert du détenu serait déjà celle d'un homme entouré de biens sur lesquels il exercerait un pouvoir de possession, et qui prolongeraient son existence physique et son identité sociale. Nous pouvons aussi y voir la préservation de ce que la notion de peine privative de liberté comporte comme élément fondamental : la privation de la liberté de choisir l'endroit de vie. L'image d'un homme avec son sac à dos ou son sac à main est bien celle d'un homme sans attache à un soi ou à un cercle de personnes ; d'un homme qui peut se trouver et s'expédier partout. Elle est ainsi plus conforme à l'essence de la peine privative de liberté en tant que privation de la liberté physique et, conséquemment, de la privation de la liberté de s'installer à un endroit précis. Serait donc contraire à cette représentation de la peine privative de liberté, l'image

³¹⁵⁶ Ce sont des raisons pratiques qui sont avancées par le personnel pénitentiaire pour expliquer l'option du système de location plutôt que celui de l'achat des biens de mobilité réduite par les détenus. Ainsi Monique SEYLER rapporte un exemple concernant l'autorisation de vente à la cantine des modules en matière plastique permettant de monter une sorte de bibliothèque. La condition était que le détenu abandonne ses droits de propriété lors de son transfert : « En cas de transfert, le détenu concerné ferait cadeau des modules qu'il aurait achetés au service social », M. SEYLER, « La consommation dans les établissements pénitentiaires », in *Déviance et Société*, 1985, n° 41, pp. 235-236.

³¹⁵⁷ A ce propos le Règlement intérieur des prisons grecques est explicite : le volume des objets que les détenus peuvent garder avec eux ne doit pas dépasser la taille d'une valise (art.11).

d'un déménagement lors des transferts des détenus et de l'installation des biens lourds et volumineux : *le détenu est transféré ; il ne déménage pas*³¹⁵⁸.

2. Limitation des sommes d'argent autorisées

Que l'appauvrissement accompagne la peine privative de liberté, est également déduit du contrôle des sommes d'argent que les détenus sont autorisés à posséder. Ce contrôle est opéré par deux procédés : par le contrôle des sources de leur provenance et par le contrôle de leurs montants. *Le contrôle des sources de provenance de l'argent* s'opère par leur énumération limitative. Des dispositions des droits pénitentiaires grecs et français précisent bien la composition du compte nominatif des détenus. Il peut être composé du produit de leur travail (lui-même faiblement rémunéré³¹⁵⁹) ; de la somme portée le jour de l'écrou et des mandats versés de l'extérieur (art. 45 §1 C. pénit. et art. D319 CPP) ; et des prix pécuniaires que le détenu peut recevoir à titre de récompense (art.67 §1 C. pénit.) ou des gratifications (art. D111 CPP). *Le contrôle de la quantité de l'argent* s'opère lui, de manière explicite, par la fixation d'un montant maximum que les détenus puissent recevoir de l'extérieur³¹⁶⁰. Notons que le respect de ce plafonnement a reçu la légitimation des instances européennes. Dans *l'affaire Silver et autres* précitée, le contrôle de la correspondance des détenus, afin d'empêcher la circulation illégale de l'argent, a été considéré comme conforme à l'article 8 de la Convention.

Certes ce contrôle vise à assurer l'égalité matérielle des détenus devant la peine. Mais nous ne pouvons pas nous empêcher de constater que cette égalité se fait dans le sens d'une pauvreté égale. Cela peut être du à une raison d'ordre pragmatique : les caractéristiques de la population carcérale. La majorité d'entre elle provient des populations défavorisées et le demeurera après leur mise en liberté³¹⁶¹. Et au lieu de leur apprendre comment sortir de la pauvreté, on leur apprend comment la gérer. Cette raison ouvertement admise par Tocqueville en son temps -il craignait que les détenus ne contractent des habitudes de dépenses que leur travail ne saurait désormais suffire » à satisfaire³¹⁶², est toujours d'actualité. Mais cette égalité par le maintien dans un état de pauvreté peut également être due à une raison d'ordre symbolique : la réalisation de l'image de l'homme

³¹⁵⁸ A ce propos, l'exclamation d'un surveillant lors de l'enquête précitée est significative : « Quelle serait la réaction de mes collègues, s'ils voyaient arriver un vrai déménagement ! », M. SEYLER, « La consommation dans les établissements pénitentiaires », *préc.*

³¹⁵⁹ Voir dans la partie relative au travail des détenus.

³¹⁶⁰ « Toutes les sommes qui échoient aux détenus sont considérées comme ayant un caractère alimentaire, dans la mesure où elles n'excèdent pas chaque mois 200 Euros. Cette somme est doublée à l'occasion des fêtes de fin d'année », (art. D 320 CPP).

³¹⁶¹ Voir à ce propos le livre de Anne-Marie MARCHETTI, *Pauvretés en prison*, éd. Erès (trajets), 1997.

³¹⁶² L'extrait de cette citation de Tocqueville est significatif : « Le détenu, recevant chaque semaine presque autant d'argent qu'il pourrait en gagner en liberté et n'ayant à pourvoir à aucun de ses besoins personnels, non plus qu'à ceux de sa famille, se trouve par ce fait cent fois plus riche, c'est-à-dire cent fois plus en état de satisfaire ses goûts et ses plaisirs, que s'il n'était pas en prison... il aurait contracté des habitudes de dépenses auxquelles son travail ne saurait désormais suffire », M. PERROT, *TOCQUEVILLE, Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*, Oeuvres Complètes, t. IV, *préc.*, p. 59.

détenu comme un homme affaibli et frustré par la privation de pouvoir financier, de confort et de plaisir. Car, le contrôle se fait en fixant un plafonnement à la somme des mandats que les détenus peuvent recevoir de l'extérieur, sans pour autant garantir un minimum de ressources assuré par l'Etat. Une telle garantie n'est pas non plus assurée même aux détenus en France où un tel droit social existe, en l'occurrence le droit à un *minimum de revenus d'insertion* (RMI)³¹⁶³. A propos de cette exclusion des détenus, il conviendrait de noter que, au regard de l'application générale de l'article 1 du protocole n°1 de la Convention dans la jurisprudence européenne, elle pourrait s'analyser comme une ingérence au droit des détenus au respect des biens. Rappelons que la Cour a jugé, à propos d'un droit similaire en droit allemand, le *droit à l'allocation d'urgence*, que « dans la mesure où cette allocation est prévue par la législation nationale, elle est un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1³¹⁶⁴ ».

Certains détenus ne peuvent donc pas être plus riches que les autres, mais ils peuvent être plus pauvres, voir si pauvres que, pour une fois, l'égalité est dans les systèmes d'économie libérale une valeur plus absolue que la dignité mise à mal par le dénuement matériel.

B. Privation de la liberté d'exploiter ses biens

Le cercle d'activités lucratives est sérieusement circonscrit : autant dire qu'il est limité à la seule activité du travail salarié. Sont ainsi interdites, non seulement l'activité la plus propre du système d'économie libérale, l'activité commerciale, mais aussi tout échange lucratif. Cette interdiction est valable aussi bien pour les échanges avec l'extérieur (1) que pour les échanges à l'intérieur de la prison (2).

1. Privation des échanges avec l'extérieur

L'interdiction de continuer à gérer ses biens dans un but lucratif résulte, dans les droits grec et français, des dispositions qui instaurent le principe de gestion des biens des détenus à l'extérieur par un représentant légal ; mais elle résulte surtout de celles qui excluent les détenus d'une jouissance directe et entière des gains. En droit français, plus détaillé sur ce dernier point, cela est explicite : d'abord par le plafonnement du montant des mandats envoyés aux détenus ; et ensuite, par le fait qu'il y est précisé que « les sommes qui échoient aux détenus sont considérées comme *ayant un caractère*

³¹⁶³ Les détenus sont exclus du RMI par un décret de 1988 : (Décret n° 88-1111 du 12 déc. 1988) en application de la loi du 1^{er} déc. 1988 qui prévoyait seulement la réduction du montant à l'instar des personnes hébergées dans un établissement sanitaire ou d'hébergement. Soulignons que le Sénat dans son Rapport rendu sur l'état des prisons en France suite à une enquête courant 1999-2000, a préconisé la mise en place d'un « RMI carcéral », c'est-à-dire que son montant serait moindre qu'à l'extérieur, compte tenu de la gratuité du logement et de la nourriture en prison, *Prisons : une humiliation pour la République*, Les Rapports du Sénat, n° 449, 1999-2000, p.196.

³¹⁶⁴ CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, préc., § 41.

alimentaire » dans la mesure où elles n'excèdent pas 200 euros par mois (art. D 320 CPP). Or, cette précision, si elle vise à garantir que cet argent soit comptabilisé dans la partie disponible du compte du détenu, vise aussi à l'exclure des revenus pouvant être investis à des fins lucratives. D'ailleurs pour le surplus, ces sommes sont soumises à répartition dans les proportions ci-après déterminées, sous réserve des dispositions particulières concernant les rentes, les pensions et les indemnités (art. D. 320 CPP).

2. Limitation des échanges dans la prison

Jusqu'en 1996, la notion même d'« échange » était proscrite du droit pénitentiaire français. Les décrets régissant le droit d'exécution des peines prévoyaient que les détenus n'avaient droit à échanger que des livres (art. D246, al. a et b. CPP). Depuis cette date, l'échange des biens à but lucratif demeure toujours étranger. Quant aux échanges à titre gracieux ou de prêt, il est simplement prévu, au vu de l'article D249-2, 8° du Code de procédure pénale relatif aux fautes disciplinaires, que leur détermination est laissée au règlement intérieur de chaque prison.

Le *droit grec*, en revanche, ne réglemente que les échanges à but lucratif. L'interdiction générale des échanges à but lucratif, qui régissait les échanges des détenus avant le Code pénitentiaire actuel³¹⁶⁵, a disparu. Actuellement, seule est expressément interdite « la vente des objets personnels », notamment des médicaments (art. 63§3, al. d C. penit.). Ce qui permet de déduire que les échanges à titre gracieux ou de prêt sont autorisés. Ce qui ne signifie pas pour autant un changement significatif. En recourant à la formule « vente d'objets personnels » au lieu de « tout échange à but lucratif », le droit grec ne modifie pas profondément l'ampleur de l'interdiction. Dans la prison, les ventes ne peuvent, *a priori*, concerner que les objets personnels des détenus.

Nous estimons qu'une reconnaissance de la liberté de gestion des biens, constituerait une des activités les plus tangibles et opérationnelles de participation des détenus à la vie sociale. Au lieu de cela, la suppression de la dynamique qui implique l'activité des échanges est parachevée par la restriction, voire la privation, de la liberté des détenus à gérer leur argent. Les seuls échanges accessibles aux détenus concernent la consommation des biens autorisés en prison.

§ 2. Les restrictions du pouvoir de consommer

C'est en soulignant la place de la consommation dans nos sociétés, qu'on peut mesurer celle qu'elle occupe dans l'exécution de la peine privative de liberté. La consommation, plus qu'un acte visant à satisfaire des besoins vitaux, représente le plaisir, le bien-être, voire la liberté et la démocratie. Elle représente la liberté en raison de l'ampleur du choix des produits de consommation,

³¹⁶⁵ Elle figurait dans l'article 87 § 2, al. f du *Code des règles fondamentales pour l'exécution des peines*.

et la démocratie en raison de l'offre des produits adressée à l'ensemble de la population. Certes, on doit parler plutôt d'une « démocratie du standing », selon les termes de Baudrillard, à savoir d'une égalité devant l'objet³¹⁶⁶. La puissance de l'affichage des biens destinés à tous, masquerait la réalité de l'inégalité d'accès : « Tous les hommes sont égaux devant la valeur d'usage des objets et des biens alors qu'ils sont inégaux et divisés devant la valeur d'échange », fait encore remarquer le même auteur³¹⁶⁷. Toujours est-il que si la consommation ne permet pas de réaliser cette démocratie du standing, elle présente toutefois une importance certaine, si symbolique soit-elle, pour la liberté. Ce geste quotidien et banal qu'est l'achat exprime un acte élémentaire de liberté, aussi minime soit le prix du produit acheté. Et c'est surtout cet aspect-là qui nous intéresse dans l'examen du statut du détenu en tant que consommateur.

Son rapport à la consommation pourrait à lui seul composer le tableau des privations entraînées par la peine privative de liberté. La liberté et la capacité de consommer étant, dans nos sociétés, les manifestations de la liberté et du bien-être les plus tangibles et les plus ostentatoires, la privation de celles-ci serait la plus significative des deux dimensions principales de cette peine : privation d'autonomie, frustration et souffrance. Privation d'autonomie puisqu'à part la liberté de choix, ces échanges expriment l'accord de deux volontés autonomes et impliquent le choix des biens les plus vitaux comme ceux de se nourrir et de s'habiller. Frustration et souffrance par la soumission à des conditions de vie matérielles qui ne doivent pas être synonymes de bien-être. La vie luxueuse dans la prison est toujours un scandale pour l'opinion publique et la notion de bien-être en prison commence à peine à être acceptée.

Certes, les effets de cette privation sont actuellement atténués. La reconnaissance pour l'ensemble des détenus de la possibilité d'accéder aux biens de consommation (réservée autrefois aux détenus méritant une récompense pour bonne conduite)³¹⁶⁸, l'entrée de la cantine dans la prison et la mise en place des modes d'achat des produits à l'extérieur (tels que la commande à la direction de l'établissement, l'achat par correspondance ou la vente directe par la venue des marchands dans l'enceinte de la prison³¹⁶⁹) ont pu recréer un espace de liberté et procurer un certain confort³¹⁷⁰.

³¹⁶⁶ « Le principe démocratique est transféré d'une égalité réelle des capacités, des responsabilités, des chances sociales, du bonheur à une égalité devant l'objet et autres signes évidents de la réussite sociale et du bonheur. C'est la *démocratie du standing*, la démocratie de la T.V., de la voiture et de la chaîne stéréo, démocratie apparemment concrète, mais tout aussi formelle, qui répond, par delà les contradictions et inégalités sociales, à la démocratie formelle inscrite dans la Constitution. Toutes deux, l'une servant d'alibi à l'autre, se conjuguent en une idéologie démocratique globale, qui masque la démocratie *absente* et l'égalité introuvable », J. BAUDRILLARD, *La société de consommation*, Paris, Folio, 1970, pp. 60-61.

³¹⁶⁷ *Ibid.* p. 61.

³¹⁶⁸ Jusqu'en 1970, pour accéder à la cantine, il fallait gagner « les galons de bonne conduite ». Et, jusqu'en 1975, cet accès avait conservé le caractère de récompensé. C'est à partir de 1975 que ce caractère a été abandonné, M. SEYLER, « La consommation dans les établissements pénitentiaires », *préc.*, p. 53.

³¹⁶⁹ *Ibid.*

³¹⁷⁰ « La part disponible du compte nominatif peut être utilisée par le détenu, conformément aux règlements, pour effectuer des achats à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire », (art. D323 CPP). Le Code pénitentiaire grec, dans son article 32, prévoit la même possibilité.

Cependant, cette évolution, si elle a ouvert au détenu un espace de liberté, n'a pas cessé de constituer un champ d'observation des éléments de la peine privative de liberté et de l'organisation de la vie en prison : appauvrissement, dangerosité, surveillance, rééducation, brimades et privations reflètent la réglementation du choix des produits auxquels les détenus peuvent avoir accès (A) et de la décision d'y accéder ou non (B).

A. Un accès aux produits de consommation sévèrement limité

Alors qu'à l'extérieur, la liberté de consommer est déterminée par la liste de produits interdits ou d'accès non libre (comme la prohibition des stupéfiants ou la vente des médicaments sur ordonnance médicale), dans la prison, elle se détermine par la liste des produits autorisés. Cette autorisation vise à contrôler à la fois la qualité et la quantité des produits entrant en prison. Or, ce contrôle, s'il est justifié par des raisons pratiques et de sécurité, notamment ne pas encombrer les cellules et faciliter les transferts des détenus, il l'est également par des raisons tenant à une conception de la prison comme un cadre de vie réduit au niveau minimum ou, en tout cas, à un niveau inférieur à celui des classes pauvres³¹⁷¹. On constate en effet que l'austérité (1) et la nécessité (2) sont les critères qui guident le choix des produits de consommation accessibles aux détenus.

1. Le critère d'austérité

Si le pouvoir de choisir les produits représente une liberté, le moment de les utiliser, de les consommer, représente également le confort, le bien-être, le plaisir. Ce qui aggrave encore son incompatibilité avec la représentation de la vie en prison. Un des éloges faits, en France, en 1791, en faveur de l'adoption de la prison comme peine était que l'essentiel de cette peine résiderait dans les privations des infimes joies de la vie : « La peine efficace doit être recherchée dans la privation multiple des jouissances dont la nature a placé le désir dans le cœur de l'homme³¹⁷² ». L'histoire des cantines dans les prisons françaises montre que leur introduction a rencontré de l'hostilité et que, initialement, elle n'avait pas été acceptée pour améliorer la vie quotidienne des détenus mais pour les motiver à travailler³¹⁷³. D'ailleurs, si la cantine dans la prison avait été acceptée dans son principe, la réglementation de son usage était telle que la vie quotidienne ne changeait pas de manière significative. Elle devait continuer à être peinte des couleurs de la souffrance, de la pénibilité, de la tristesse et de la gravité. Les propos tenus par Tocqueville sur le fonctionnement de la cantine sont très éloquentes à ce sujet : le luxe dans la prison serait scandaleux et la joie des détenus répulsive. *Le*

³¹⁷¹ G. RUSCHE et O. KIRCHEIMER, *Peine et structure sociale*, préc.

³¹⁷² J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, préc., p. 47.

³¹⁷³ M. SEYLER, « La consommation dans les établissements pénitentiaires », préc.

scandale du luxe : « Tous les dimanches une cantine très bien fournie est ouverte dans la prison ; des viandes de toutes espèces, des mets recherchés sont mis à la disposition des plus riches. Doutant nous-mêmes qu'un pareil ordre pût exister, nous avons pris la peine de nous rendre à Poissy, un dimanche à l'heure du repas ». *La joie répulsive des détenus* : « Nous ne saurions rendre l'impression profondément pénible qu'a fait naître en nous la vue du réfectoire. Qu'on se figure plusieurs centaines d'hommes, dont presque tous avaient les stigmates de la corruption et du vice imprimés sur la face, occupés gaiement à manger et à boire, dans l'oubli grossier de leur position et de leur ignominie ; on les voyait réunis par sociétés, autour de tables bien servies, paraissant avoir le vin à discrétion, tant les précautions sont mal prises pour en empêcher l'abus. Tous parlaient haut, riaient, fumaient et jouaient entre eux. On avait enfin sous les yeux le coup d'œil que présenterait un immense cabaret. La seule différence, c'est que ce lieu était peuplé de misérables, et que la joie, au lieu d'y être franche et naïve, y était contrainte et ordurière... C'est ainsi que le mauvais emploi du pécule détruit tous les bons effets du travail. C'est ainsi qu'un seul abus rend funeste une institution salutaire³¹⁷⁴ ».

Actuellement le niveau de vie dans les prisons est marqué par une certaine amélioration. Il n'en demeure pas moins qu'il reste à un niveau représentant la prison comme un lieu de privations. Ainsi, si la notion du bien-être des détenus commence à percer l'univers carcéral et à être acceptée par l'opinion publique, elle ne doit pas s'entendre comme « confort ». Le bien-être des détenus devrait correspondre au niveau de vie assuré « aux populations vivant à la barre ». Aussi, soin est-il pris pour que l'austérité et la pauvreté soient reflétées dans le choix des produits accessibles aux détenus. Les objets, les prix, les modes et les lieux de leurs achats sont déterminés par les critères de consommation des pauvres, à savoir par l'achat des « produits les moins chers et d'usage courant », et « des produits vendus dans les grandes surfaces commerciales, et parmi des articles similaires, ceux dont les prix sont les plus bas³¹⁷⁵ ».

La seule exception qu'on puisse noter par rapport au scandale du luxe en prison, concerne les produits de maquillage pour les femmes. Cependant, l'accès des femmes détenues à ces produits n'a été autorisé que lorsque leur usage a été banalisé dans nos sociétés³¹⁷⁶.

Un autre critère déterminant le choix des produits de consommation accessibles aux détenus est leur non-dangerosité.

³¹⁷⁴ C'est encore Tocqueville qui avait été outragé en qualifiant de « prisons bonbonnières » les prisons de Genève du fait que leur règlement prévoyait, dès 1840, « lit complet, bain tous les mois, bibliothèque, récréation le dimanche, entraves aux punitions, pécule » ; « Tout est soigné comme un boudoir de petite maîtresse » écrivait Tocqueville, cité par M. PERROT, TOCQUEVILLE, *Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger, Oeuvres Complètes*, t. IV, préc., pp. 58-59.

³¹⁷⁵ M. SEYLER, « La consommation dans les établissements pénitentiaires », *préc.*, pp. 52 et 151.

³¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 145.

2. Le critère de dangerosité

Le critère de dangerosité des produits entrant en prison tient à une autre représentation du détenu et de la prison : la prison serait un lieu de haut risque, hébergeant des personnes dangereuses. Cette représentation se répercute sur celle des objets. Considérés à l'extérieur comme parfaitement inoffensifs, dans la prison un grand nombre deviennent potentiellement dangereux. L'histoire de l'évolution de l'approvisionnement de la cantine offre des exemples parlants à cet égard. L'autorisation du poivre dans les cantines des prisons françaises avait fait l'objet d'un long débat. Les surveillants craignaient que le poivre ne pût être utilisé par les détenus pour les aveugler. Quant aux parfums, ils demeurent interdits sous prétexte que les détenus peuvent s'en servir pour s'enivrer (voir l'article 12, §1, al.2 du Règlement intérieur des prisons en Grèce). Les produits d'emballage en verre sont strictement proscrits de crainte que les détenus ne s'auto-mutilent³¹⁷⁷. Ces exigences sécuritaires se reflètent également dans l'interdiction *a priori* d'envoi ou de remise de colis aux détenus³¹⁷⁸.

A propos de cette propriété que possède la prison de « convertir » des objets inoffensifs en objets dangereux, il est à remarquer que même le papier y devient dangereux. Signalons que le gouvernement anglais avait, dans une affaire relative à des restrictions de possession du papier par les détenus, fondé sa défense devant la Commission sur les motifs que le papier peut servir à faire passer des messages clandestins, mais aussi à mettre le feu à la cellule³¹⁷⁹.

Mais au-delà des restrictions dans le choix des produits accessibles aux détenus, l'ensemble du comportement consommateur du détenu est soumis à des restrictions.

B. Un accès aux produits de consommation non garanti

Ainsi, la réglementation de l'accès aux produits autorisés est conçue de manière à ce que la consommation ne représente pas pour le détenu un véritable espace de liberté. La liberté décisionnelle lui échappe. Son comportement de consommateur est contrôlé comme s'il s'agissait d'une personne incapable de s'auto-gérer **(1)** et la possibilité même d'avoir accès à ces biens de consommation peut lui être retirée à titre de sanction **(2)**.

³¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 149-150.

³¹⁷⁸ Selon l'article D 423 du Code de procédure pénale français, « l'envoi ou la remise de colis est interdit dans tous les établissements à l'égard de tous les détenus. Les seules exceptions qui peuvent être apportées à ce principe, par décision du chef d'établissement, concernent la remise de linge et de livres brochés n'ayant pas fait l'objet d'une saisie dans les trois derniers mois et ne contenant aucune menace précise contre la sécurité des personnes et celle des établissements ».

³¹⁷⁹ D 8231/78 (T/R.U), 12.10.1983, D.R. 49, 1986, p. 33.

1. L'obligation à une consommation raisonnable

Le détenu en tant que consommateur est soumis à des formes de surveillance propres à une personne non émancipée. Il ne peut ni détenir de l'argent ni faire des achats lui-même. Il ne peut acheter qu'en passant commande auprès de la direction de son établissement en utilisant des « bons d'achats ». L'autre élément, éloquent à cet égard, est fourni par le Code français de procédure pénale, selon lequel le détenu doit être un *consommateur raisonnable*. Son comportement consommateur est surveillé et le constat d'abus peut donner lieu au rappel à l'ordre de la part du directeur de l'établissement. L'article D 343 CPP prévoit effectivement que les détenus ont la possibilité d'acheter sur leur part disponible, divers objets, denrées ou prestations de service en supplément de ceux qui leur sont octroyés. Mais il prévoit aussi que cette faculté s'exerce sous le contrôle du chef de l'établissement qui peut la limiter en cas d'« abus ».

Que les détenus soient considérés comme des hommes non émancipés, s'observe également dans le traitement de ceux qui sont en régime de semi-liberté et en permission de sortie. C'est encore le droit français, plus détaillé sur ce point, qui nous en offre la preuve. Les détenus bénéficiant de ces régimes sont les seuls à détenir de l'argent lors de leurs séjours à l'extérieur, mais leur dépense est soumise à un double contrôle. Avant la sortie, la somme emportée par les détenus est fixée par le directeur de l'établissement, et au retour, ceux-ci doivent rendre des comptes sur l'usage qu'ils en ont fait³¹⁸⁰. La forme la plus radicale de l'atteinte à la liberté de consommer est la privation à des fins disciplinaires.

2. La privation de la consommation à titre de sanction

L'accès des détenus à la consommation, d'exception accordée à titre de récompense ou par simple tolérance³¹⁸¹, est devenu la règle pour l'ensemble des détenus. Il n'est pas pour autant reconnu comme un droit des détenus. Il continue à constituer une faveur et à servir les fins disciplinaires de la prison. La consommation faisant partie des « plaisirs infimes », elle demeure la cible d'une sanction disciplinaire idéale dans le système des « micro-pénalités », selon l'expression de Foucault³¹⁸². Elle n'a pas cessé de faire partie de l'arsenal des sanctions disciplinaires dans la prison. Ce « plaisir » fait partie de ces espaces où l'administration pénitentiaire exerce son pouvoir discrétionnaire de manière souveraine et il s'offre comme un objet idéal de sanction.

³¹⁸⁰ « Le chef de l'établissement apprécie, au moment de la sortie des intéressés, l'importance de la somme qui doit leur être remise, par prélèvement sur leur part disponible ; lorsqu'ils réintègrent la prison, et à intervalles réguliers en ce qui concerne les semi-libres, les détenus doivent justifier des dépenses effectuées et le reliquat de la somme qui avait été mise à leur disposition est déposé au service comptable » (art. D 122, al.b CPP).

³¹⁸¹ « Il faut que les détenus sachent, Monsieur le Préfet, que c'est par pure tolérance que l'administration leur laisse arriver des secours en argent ou en nature », affirmait une circulaire de 1836 », cité par M. SEYLER, « L'illégitime : histoire de la cantine pénitentiaire », *RPDP*, 1983, pp. 243-257. pp. 243-257.

³¹⁸² M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, préc.

Le droit français en témoigne. Des restrictions d'accès à la consommation de certains biens figurent parmi les sanctions disciplinaires énumérées dans le Code de procédure pénale. L'article D 251-3 de ce Code prévoit la privation pendant une période maximum de deux mois de la faculté d'effectuer en cantine tout achat autre que des produits d'hygiène, du matériel nécessaire à la correspondance et du tabac. Et l'article D 251-1-4° prévoit la privation des biens loués ou achetés (comme la télévision, la radio ou autres objets)³¹⁸³. En droit grec, des dispositions similaires qui figuraient dans le Code précédent (art. 88 §1-f CRFTD) sont, à l'exception de l'accès à la cantine, supprimées dans le Code pénitentiaire actuel.

Deux autres formes de restriction d'accès à la consommation, moins directes, sont à mentionner. D'abord, des restrictions du *pouvoir d'achat*. Par exemple, en droit français, ce pouvoir est affecté par la rétention d'une somme sur la part disponible du compte des détenus en cas de dommages matériels causés par eux (art. D 332, al.a CPP)³¹⁸⁴. Cette sanction ne figure pas dans la liste des sanctions disciplinaires, mais il est prévu qu'elle soit prononcée conformément à la procédure disciplinaire. Ensuite, la privation de la faculté de *recevoir des subsides de l'extérieur*. Cette sanction figure parmi les sanctions disciplinaires énumérées à l'article D 251-2° du Code de procédure pénale³¹⁸⁵.

L'accès à la consommation des détenus n'est donc pas encore considéré comme un aspect protégé par le droit au respect des biens ainsi que par le droit au respect de la vie privée. L'accès à des produits vendus à la cantine ou à l'extérieur continue à relever du pouvoir discrétionnaire de l'administration pénitentiaire, pouvoir dont l'exercice est déterminé par les courants dominants de la politique pénitentiaire. Le champ de liberté laissé aux détenus varie suivant que la politique préconisée est de durcir les conditions de détention ou, au contraire, de les assouplir. Une étude sur l'histoire de la cantine en France a montré qu'en périodes d'endurcissement de la politique pénitentiaire, l'éventail de produits vendus à la cantine était réduit, le fonctionnement de celle-ci pouvant même être supprimé³¹⁸⁶.

Mais, à supposer que la consommation soit reconnue comme une forme de gestion des biens (ce qui doit être le cas, les échanges de consommation constituant la forme la plus élémentaire de

³¹⁸³ Cet article prévoit « la privation temporaire de tout appareil acheté ou loué par l'intermédiaire de l'administration lorsque l'infraction disciplinaire a été commise à l'occasion de l'utilisation de ce matériel ». Voir aussi l'article D 343 CPP, selon lequel, « à moins d'en être privés par mesure disciplinaire, les détenus ont la possibilité d'acquérir avec les sommes figurant à leur part disponible, divers objets ou denrées ou prestations de service en supplément de ceux qui leur sont octroyés ».

³¹⁸⁴ « L'administration pénitentiaire a la faculté d'opérer d'office sur la part disponible des détenus des retenues en réparation de dommages matériels causés » (art. D.332, al. a CPP).

³¹⁸⁵ Voir aussi l'article D. 422 al. a CPP qui prévoit la faculté pour les détenus de recevoir de l'argent de l'extérieur « à moins d'en être privés par mesure disciplinaire ».

³¹⁸⁶ M. SEYLER, « L'illégitime : histoire de la cantine pénitentiaire », *préc.*, pp. 251-252.

vente et d'achat de biens), l'examen de l'application du droit au respect des biens (tel qu'il est garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention) à l'égard des détenus nous permet de conclure que sa protection n'en serait pas mieux assurée. La réglementation de la possession et de la gestion des biens en général est encore laissée au pouvoir discrétionnaire de l'administration pénitentiaire. L'ampleur des restrictions justifiées tant par la jurisprudence européenne que par les droits nationaux est synonyme de privation du droit au respect des biens. Elles contribuent ainsi à maintenir délibérément le détenu dans un état de pauvreté et à le priver de la liberté de gestion et de la jouissance de ses biens.

On peut conclure sur le droit des détenus au respect des biens qu'il fait partie de ceux qui opposent une forte résistance à une garantie effective dans la prison. Tant au niveau européen que national, la prison limite la faculté pour les détenus de tirer profit de la possession et l'exploitation de leurs biens. Toutefois, ces restrictions de la liberté de gérer ses biens ne vont pas sans soulever des questions au regard de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention. Suivant cet article, le seul but légitime qui puisse être visé par les restrictions est d'assurer un usage des biens conforme à l'intérêt public. Or, à part la rétention d'une partie de l'argent du compte des détenus pour les frais de justice, l'indemnisation des victimes ou le paiement des pensions, on voit mal la légitimité des autres limitations, et en particulier celle qui porte sur la gestion personnelle de leurs biens. Si, concernant leurs biens à l'extérieur, les détenus sauvegardent encore l'initiative des décisions, concernant leurs biens à l'intérieur de la prison, tant la décision que l'exécution appartiennent au pouvoir discrétionnaire de l'administration pénitentiaire. De ce fait, leur statut est proche de celui des personnes atteintes d'incapacité (malades mentaux et mineurs). On notera toutefois une différence foncière : alors que les restrictions dans la gestion des biens de ces catégories de personnes sont motivées par leur incapacité à les gérer en raison d'un manque de discernement, dans le cas des détenus (à moins de considérer l'infraction comme manifestation d'une défaillance mentale), l'incapacité n'est pas la cause mais l'effet des restrictions en question. Celles-ci participent au processus de diminution du statut juridique de la personne détenue. Mais elles contribuent aussi à son exclusion sociale. Ce qui ne permet guère de les faire passer pour des restrictions conformes à l'intérêt public. Ces restrictions desservent manifestement la responsabilisation sociale et l'autonomie des détenus, objectifs fixés par la politique pénitentiaire actuelle et dont la réalisation exigerait de leur inculquer une meilleure gestion de leurs affaires personnelles que celle dont ils ont fait preuve durant leur vie en liberté ainsi que de prévenir les effets néfastes de la détention : dépendance, assistance, inertie.

*

L'examen de l'application à l'égard des détenus d'un dernier groupe de droits et libertés, les droits relatifs à la vie intellectuelle, politique et, en général, citoyenne confirme l'existence dans les restrictions sans commune mesure par rapport aux personnes libres des motifs autres que la nature de la peine ou la sécurité de la prison et de la société en général.

TITRE 3

LE SENS DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE DETERMINE PAR L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA SPHERE DE LA VIE INTELLECTUELLE ET CITOYENNE

Nous consacrerons le dernier titre à l'étude de l'application des droits politiques, les droits à l'éducation, à la formation, à l'information, à la liberté de religion et à la liberté d'expression (articles 9, 10, et 11 Conv. Eur. DDH). L'exercice de ces droits, qui relèvent du monde des opinions, des croyances, des idées et de la culture, n'implique pas forcément présence physique ou intimité. Dès lors, la peine privative de liberté ou la prison ne devraient pas entraîner de conséquences restrictives, à tout le moins, pas de restrictions nettement plus sévères qu'à l'extérieur. Pourtant, l'exercice de la plupart de ces droits est soumis à des restrictions du même ordre que la vie privée et la vie économique. En effet, la garantie de ces droits est variable selon que l'individu est placé en statut passif ou en statut actif dans l'exercice de ces droits.

L'exercice des droits dont le sujet est plutôt passif, en l'occurrence les droits relatifs à l'éducation, la formation, l'apprentissage ou les croyances, est le mieux garanti. Leur garantie montre en effet une nette reorientation de la conception du traitement des détenus comme une synergie des moyens mis à disposition des détenus vers leur réinsertion sociale et professionnelle (**Chapitre 1**).

En revanche, l'exercice des droits dont le sujet est celui de citoyen actif, qui participe au devenir social et politique de la cité, connaît le même sort que les droits examinés dans les titres précédents. Leur exercice est soumis à des restrictions considérables. Si le droit électoral a marqué un certain progrès initié par les droits nationaux, la jurisprudence de la Cour n'est intervenue en ce sens qu'à partir de 2005, l'exercice de la liberté d'expression demeure quasi-nulle : son exercice continue à être soumis à l'autorisation et à la censure préalables des autorités pénitentiaires (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. L'EXERCICE DES DROITS A SE FORMER, S'INFORMER ET CROIRE

Assurer dans la prison l'exercice des droits et libertés contribuant à la formation démocratique de l'esprit de l'individu peut être plus impératif qu'à l'extérieur. En particulier à l'égard des détenus condamnés. Ces derniers ont, de par leur infraction, exprimé un disensus autour des valeurs communes, à tout le moins celles protégées par le droit. Un disensus qui peut être volontaire mais aussi involontaire si l'on tient compte des taux élevés d'analphabétisation et de chômage des détenus montrant que la plupart d'entre eux sont victimes d'exclusion sociale.

Aussi convient-il de leur assurer l'exercice de tous les droits et libertés contribuant à la formation d'un consensus autour des valeurs communes sans pour autant l'imposer. La prison a longtemps fonctionné comme un moyen de formation forcé du consensus, pour que la vigilance y soit accrue au sujet du respect de l'objectivité, de la tolérance et du pluralisme. D'ailleurs, le *Comité européen* sur les problèmes criminels a attiré l'attention sur ce point à propos de l'éducation en prison. Celle-ci, souligne ce Comité, doit « s'inspirer du monde de l'éducation au dehors et se distinguer des perspectives pénales ». La resocialisation des détenus ne peut être atteinte qu'à « condition de ne pas leur imposer un comportement... ». Car « lorsque les détenus voient que l'éducation qui leur est proposée est de haute qualité, qu'elle les respecte et leur offre du choix et de la variété, et qu'elle ne vise pas à les manipuler, ils participent volontiers et y trouvent des chances d'épanouissement personnel³¹⁸⁷ ».

Cependant, si dans les droits nationaux et dans la jurisprudence de la Convention, on note en ce qui concerne l'éducation (**Section 1**), l'information (**Section 2**) et la religion (**Section 3**), une évolution vers la perte de leur considération comme moyens de manipulation du détenu, la protection qui leur est actuellement assurée demeure bien faible par rapport à l'extérieur.

SECTION 1. LE DROIT A L'EDUCATION

C'est sous le terme « instruction », que l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention consacre le droit à l'éducation et à l'enseignement³¹⁸⁸. Mais nous utiliserons le terme éducation. Ce dernier est, selon la Cour, entendu dans un sens plus général que l'instruction ou l'enseignement : « La Cour précise que l'éducation des enfants est la somme des procédés par lesquels, dans toute société, les adultes tendent d'inculquer aux plus jeunes leurs croyances, coutumes et autres valeurs,

³¹⁸⁷ *Recommandation R(89)12, Education en prison*, préc.

³¹⁸⁸ « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation, et de l'enseignement, respectera le droit des parents à assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques » (art. 2 du Protocole additionnel à la Convention).

tandis que l'enseignement ou l'instruction vise notamment la transmission des connaissances et la formation intellectuelle³¹⁸⁹ ». Ces droits revêtent incontestablement une importance clé dans la formation de l'esprit démocratique des individus et, de fait, dans la formation et la sauvegarde d'une société démocratique. Elle revêt une telle importance lorsque acquisition et partage des connaissances les plus diversifiées sont accompagnés de la formation des esprits tolérants, éveillés et critiques. Mais elle peut aussi se révéler une arme redoutable pour créer des esprits obéissants, voire fanatiques. Pire que l'ignorance est l'usage de l'instruction à des fins d'endoctrinement. La plus haute importance doit alors être accordée au pluralisme du contenu des programmes scolaires et aux méthodes d'enseignement. Développer un esprit critique à l'égard de toute forme de connaissance, si objective et fondée qu'elle puisse paraître, est une des premières qualités de l'individu citoyen, d'autant plus que durant toute sa vie, il est exposé à la diffusion des connaissances et informations susceptibles d'être utilisées à des fins d'orientation de la pensée et d'endoctrinement. Ce risque guette toute société, y compris la société démocratique.

L'éducation, tout comme l'information, peut à l'inverse des moyens violents, et par conséquent visibles, être un objet subtil, donc discret, de domination par la manipulation des modes de pensée, que tout régime politique peut être tenté d'utiliser à de telles fins. De ce fait, elle possède ce potentiel contre lequel la Cour a mis en garde les Etats à savoir de « saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre »³¹⁹⁰. Une vigilance toute particulière s'impose à propos de l'éducation, du fait qu'elle est obligatoire jusqu'à un certain niveau et que, étant devenue indispensable tant pour la vie sociale que pour la vie professionnelle, l'individu ne peut s'en passer.

Que les sociétés démocratiques puissent être tentées d'utiliser l'instruction à des fins d'endoctrinement, tout au moins à des fins d'orientation de la pensée autour des valeurs dominantes, en témoigne le fait qu'elle en a fait ouvertement usage à l'égard des détenus. Dans la recherche d'un effet également préventif de la peine sur la délinquance et la criminalité (celles-ci étant interprétées autant comme des actes sciemment dirigés contre les valeurs dominantes que comme conséquences inévitables de l'échec des moyens de socialisation), l'éducation était apparue comme le meilleur moyen pour redresser les modes de pensée et d'agir. La prison serait l'ultime école de rattrapage. Un tel usage de l'éducation fut clairement affiché dès la naissance de la peine de prison. Pour les réformateurs, la prison devrait « confectionner des hommes nouveaux³¹⁹¹ ». Lucas, qui fut inspecteur des prisons au XIX^e siècle, affirmait que « les prisons sont aussi des écoles... où le gouvernement peut, de manière la plus directe et la plus complète, faire de l'éducation³¹⁹² ». Durant toute la période où l'objectif dominant du traitement des détenus était leur amendement, l'instruction, parfois dispensée par des religieux, faisait bien partie des pratiques pouvant être qualifiées d'endoctrinement.

³¹⁸⁹ *Campbell et Cosans*, 25 févr. 1982, série A n° 48.

³¹⁹⁰ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, préc., § 49.

³¹⁹¹ R. ROTH, *Pratiques pénitentiaires et théorie sociale, l'exemple de la prison de Genève*, 1981, pp. 99-100.

³¹⁹² J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, préc., p. 34.

Un tel usage de l'éducation n'a été remis en cause qu'à partir de 1975, lorsque la politique de traitement des détenus a, dans son ensemble, été dénoncée par le mouvement de défense des droits de l'homme des détenus comme un « lavage de cerveau ».

Toutefois, encore aujourd'hui, la plus grande vigilance s'impose. Dans les *Règles minima pour le traitement des détenus* de l'ONU (article 67) et, jusqu'en 2005, dans les *Règles pénitentiaires européennes*, l'instruction fait partie de la notion de *traitement des détenus*³¹⁹³. Or les objectifs de leur traitement étant la *re-éducation, re-insertion ou re-socialisation*, on peut se demander s'ils ne continuent pas à impliquer la connotation d'une éducation à contenu spécial. Ces objectifs peuvent impliquer l'idée que l'on est en présence de personnes ayant des modes de pensée nécessitant une réorientation. Pour dissiper tout doute de tentative de manipulation et d'orientation du développement de la pensée des détenus par l'éducation, il serait pertinent de dissocier l'éducation d'autres moyens de traitement. L'éducation doit poursuivre des buts qui lui sont propres. C'est que les Règles pénitentiaires européennes, lors de leur révision en 2006, ont fait. L'éducation s'inscrit dans le chapitre sur les conditions de détention et il est expressément recommandé que « dans la mesure du possible, l'instruction des détenus doit être intégrée au système d'éducation et de formation professionnelle publique » et « elle doit être dispensée sous l'égide d'établissements d'enseignement externes » (Règle 28).

La question est alors de savoir si, et dans quelle mesure, la Convention a contribué à assurer aux détenus, d'une part, un enseignement de contenu identique à celui assuré à l'extérieur, qui ne soit donc pas compromis par l'influence des objectifs de leur peine, et d'autre part, un accès égal du point de vue de son organisation matérielle : niveaux d'enseignement et possibilités de choix, nombre des détenus ayant accès à l'enseignement, critères de sélection, etc.

Concernant la position des instances européennes, notons que seule la Commission a eu à se pencher sur l'application du droit à l'instruction à l'égard des détenus. C'est alors au regard des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour sur l'application générale de ce droit, ainsi que de ceux formulés par le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation sur l'éducation en prison (1989), que nous pouvons cerner les principes européens qui doivent guider l'application de ce droit en prison (§ 1), et comparer l'état de sa protection dans les droits grec et français (§ 2).

³¹⁹³ Les auteurs, par exemple, des *Règles pénitentiaires européennes* de 1987 avaient déclaré que toutes les règles relatives au travail, instruction, éducation physique, préparation à la libération - visent l'objectif de traitement des détenus, *Règles pénitentiaires européennes*, Recommandation n°(87)3, Conseil de l'Europe, 1987, p. 60.

§ 1. L'application au sein de la jurisprudence européenne

La principale caractéristique de la jurisprudence européenne est le décalage entre l'importance primordiale accordée à la qualité de l'éducation dans la société démocratique, et la grande marge laissée aux Etats dans la mise en œuvre du point de vue matériel (A). Si bien que l'application de la Convention risque de n'avoir que peu d'impact sur le respect de cette dimension du droit à l'instruction en prison. Les exigences de la Convention restent en deçà des recommandations du Conseil de l'Europe (B).

A. L'application générale

Selon la jurisprudence européenne, le droit à l'éducation comprend deux aspects : l'aspect matériel sur lequel la Cour n'exerce pas un contrôle strict, le considérant comme un droit social, et l'aspect qualitatif du contenu de l'enseignement sur lequel elle entend exercer un tel contrôle. La disposition de l'article 2 du Protocole additionnel doit être interprétée comme mettant à la charge des Etats contractants l'obligation « d'organiser et financer un enseignement public³¹⁹⁴ ». Cette obligation doit être appréciée de manière réaliste. C'est ce qui résulte de la déclaration de la Cour suivant laquelle ledit article garantit le droit « de se servir des moyens existants à un moment donné », sans imposer « d'obligations déterminées » quant « à l'étendue de ces moyens et à la manière de les organiser ou de les subventionner³¹⁹⁵ ».

Cela dit, au regard de la jurisprudence européenne, les Etats sont obligés d'assurer au moins l'enseignement primaire et secondaire. Saisie de la plainte d'un détenu sur l'impossibilité de poursuivre des études supérieures en technologie, la Commission avait estimé que « le droit à l'instruction, au sens de l'article 2 du Protocole additionnel, vise en premier chef l'instruction élémentaire et pas nécessairement des études supérieures comme celles de la technologie³¹⁹⁶ ». Par la suite, c'est la Cour qui a eu l'occasion d'affirmer que le fait de ne pas organiser un cycle d'enseignement secondaire en langue grecque dans la partie Nord de Chypre porte atteinte au droit à l'instruction des jeunes Grecs qui y habitent³¹⁹⁷. En revanche, a-t-elle déclaré dans l'arrêt *Sahin* (2005), les Etats n'ont pas l'obligation d'organiser un enseignement supérieur³¹⁹⁸. Toutefois, si un enseignement supérieur existe, il entre dans le champ d'application de l'article 2 du protocole additionnel et, par conséquent, le droit d'accès sans discrimination ainsi que l'organisation du contenu et des méthodes d'enseignement s'appliquent.

³¹⁹⁴ CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, n^{os} 5095/71, 5920/72, 5926/72, 7 déc.1976, Série A, n^o 23, § 50.

³¹⁹⁵ Affaire "*Linguistique*" c. Belgique, 23 juillet 1968, Série A, n^o8.

³¹⁹⁶ D 5962/72 (X/R.U), 13.3.1975, D.R., 2, pp. 50-51

³¹⁹⁷ CEDH, *Chyprec. Turquie*, n^o25781/94, CEDH 2001-V, §§ 278-280.

³¹⁹⁸ *Sahin Leyla et autres c. Turquie*, n^o 53147/99, CEDH 2005-XI, §137.

Compte tenu du contexte européen, à savoir que tous les Etats assurent des études de tous les niveaux, le droit à l'instruction doit comprendre, à l'instar de ce qui a été affirmé dans l'affaire linguistique belge, l'accès réglementé mais sans discrimination à l'enseignement primaire, secondaire et supérieur³¹⁹⁹. En revanche, la marge des Etats se rétrécit en ce qui concerne la qualité de l'enseignement.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour que les Etats sont tenus d'assurer un enseignement public qui, au regard du contenu des programmes et des méthodes d'enseignement, réponde aux exigences d'une société démocratique.

Le contenu de l'enseignement. Le principe fondamental qui doit guider la conception des programmes scolaires est le *pluralisme* : « La seconde phrase de l'article 2 du Protocole additionnel vise en somme à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentiel à la préservation de la "société démocratique" telle que la conçoit la Convention³²⁰⁰ », affirma la Cour. Quant à l'enseignement religieux, la Cour ne l'interdit pas mais elle demande des arrangements afin de respecter les convictions religieuses de tous les élèves. Ainsi, la dispense des cours constitue, selon la Cour, une mesure permettant d'assurer ce respect³²⁰¹ et devrait être envisagée par tous les Etats³²⁰².

Les méthodes d'enseignement. L'enseignement doit être dispensé de manière *objective, critique et pluraliste*. Cette triple qualité est requise par la première phrase de l'article 2 du protocole additionnel, mais aussi par les articles 8 à 10 de la Convention ainsi que par l'esprit général de celle-ci, qui vise à *sauvegarder et à promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique*³²⁰³.

Quant au droit des parents et des élèves au respect de leurs *convictions religieuses et philosophiques* qui est également requis par l'article 2 du protocole additionnel, la Cour a précisé qu'il implique qu'elles ne soient pas heurtées par « imprudence », « manque de discernement » ou « prosélytisme intempestif »³²⁰⁴. Toutefois, du fait que la définition et l'aménagement des programmes d'études relèvent du pouvoir des Etats, et qu'ils varient selon les pays et les époques, la Cour ne peut pas se prononcer sur la solution à adopter. Elle peut seulement fixer une limite à la marge nationale en cette matière : éviter l'endoctrinement³²⁰⁵. Quant aux obligations imposées par l'école, qui peuvent contrarier les convictions des parents sans pour autant atteindre l'endoctrinement,

³¹⁹⁹ *Ibid.*, § 137. Voir Affaire « linguistique belge », 28 juil. 1968, Série A n° 6.

³²⁰⁰ CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, préc., § 50.

³²⁰¹ CEDH, *Valsamis c. Grèce*, n° 21787/93, 18 déc. 1996, Recueil 1996-VI, § 36.

³²⁰² CEDH, *Folgero et autres c. Norvège*, n°15472/02, CEDH 2007-VI.

³²⁰³ CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, préc., § 53 ; CEDH, *Valsamis c. Grèce*, préc., § 28.

³²⁰⁴ CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, préc., § 54 ; CEDH, *Valsamis c. Grèce*, préc., §§ 27-28.

³²⁰⁵ CEDH, *Valsamis c. Grèce*, préc., § 28.

la Cour estime qu'elles n'enfreignent pas la Convention dès lors que les parents peuvent toujours exercer leur droit « d'éclairer et de conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateurs, et de les orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses ou philosophique³²⁰⁶ ». Ainsi, à propos de l'éducation sexuelle mise en cause à deux reprises, la Cour a jugé que, dès lors qu'elle vise à donner aux élèves une information objective et scientifique sur la sexualité de l'être humain, elle ne peut heurter les convictions d'aucune nature des parents³²⁰⁷.

Obligations positives des Etats. Enfin, cette instance a affirmé que ces garanties d'enseignement requièrent non l'abstention des autorités, mais leur intervention. Parce que des *abus* peuvent se produire dans le cadre de l'enseignement, « il incombe aux autorités compétentes de veiller, avec le plus grand soin, à ce que les garanties susmentionnées soient effectives³²⁰⁸. L'Etat a le rôle « d'arbitre neutre »³²⁰⁹, et il doit veiller à la garantie d'accès à l'enseignement sans discrimination ni d'origine³²¹⁰ ni religieuse ni autre. Toutefois ne constitue pas une discrimination le refus d'accès à l'enseignement des élèves ou étudiants fondé sur des critères objectifs, comme le non respect du code vestimentaire prévu par le règlement interne d'une école et applicable à tous sans distinction. Aussi, l'interdiction de porter à l'école le foulard islamique, souvent abordée dans les saisines de la Cour, constitue un critère objectif et justifié par les principes de neutralité et de laïcité adoptés par certains Etat³²¹¹.

Le droit à l'instruction, tel qu'il est garanti par la Convention, peut alors être défini comme *le droit d'accès sans discrimination aux moyens d'éducation existants à un moment donné, y compris à l'enseignement supérieur, dans une société donnée pour recevoir un enseignement dispensé de manière objective, critique et pluraliste.*

B. L'application en prison

Seule la Commission s'est prononcée sur l'application du droit à l'instruction dans la prison. Le sens dans lequel cette instance s'est exprimée montre le peu d'influence que l'application de la Convention peut avoir dans l'évolution du respect de ce droit en prison. S'agissant de l'impossibilité d'un détenu de suivre des études de technologie, elle a justifié l'absence de garantie de telles études en prison comme à l'extérieur : « Partant de l'idée que la prison est dépourvue des moyens nécessaires à la poursuite des études de technologie, la Commission n'estime pas que les autorités

³²⁰⁶ *Ibid.*, § 31 (*Valsamis*) ; CEDH, *Köse et 93 autres c. Turquie*, n° 26625/02, CEDH 2006-I.

³²⁰⁷ CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, préc. ; et décision *Alonso et Jimenez c. Espagne* (*déc.*), n° 51188/99, 25.5.2000.

³²⁰⁸ CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, préc., § 54.

³²⁰⁹ CEDH, *Köse et 93 autres c. Turquie*, préc.

³²¹⁰ *Affaire Sampanis c. Grèce* (Communiqué).

³²¹¹ CEDH, *Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI ; CEDH, *Köse et 93 autres c. Turquie*, préc..

pénitentiaires aient manqué de se conformer aux obligations résultant de l'article 2 du Protocole additionnel³²¹² ». Or la question qui devrait être posée est, nous semble-t-il, de savoir si, dans ce cas, le manquement n'est pas situé dans l'absence d'organisation de telles études dans la prison et/ou dans l'absence des mesures permettant aux détenus de suivre de telles études à l'extérieur.

En revanche, pour ce qui est de la qualité de l'enseignement dispensé et des méthodes d'enseignement, ni cette instance ni la Cour n'ont eu à se prononcer. Ainsi nous ne disposons en cette matière que de la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'éducation dans la prison (1989). Celle-ci montre que le risque d'une éducation orientée par les objectifs de traitement des détenus subsiste. Ledit Comité insiste sur l'importance de dissocier les objectifs de l'éducation de ceux de la peine privative de liberté. En même temps qu'il souligne que « l'éducation a un sens intrinsèque quelles que puissent être les fins du système pénitentiaire dans son ensemble », il recommande aux Etats d'assurer une « éducation en prison qui s'inspire du monde de l'éducation au-dehors et qui peut se distinguer des perspectives pénales ».

Notons que si ce Comité incite les Etats à « s'efforcer de rendre l'éducation en prison équivalente à l'éducation des adultes à l'extérieur³²¹³ », il le fait en invoquant des motifs associant l'idéal et l'utile : respecter le droit des détenus à l'éducation, mais aussi optimiser la réinsertion des détenus et faciliter la gestion de la prison par le développement d'une sécurité dynamique. En effet, le *Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* souligne, d'une part, que l'objectif de leur re-socialisation peut être atteint « à condition de ne pas imposer un comportement aux individus » : « Une véritable éducation suppose le respect de l'indépendance et de la liberté de choix des élèves... Dans cette mesure, elle peut les aider à décider d'eux-mêmes de renoncer à la délinquance ». Il insiste, d'autre part, sur l'intérêt que cela présente également pour la sécurité de la prison : « Parce que les activités éducatives aident les hommes et les femmes incarcérés à se défendre, à libérer leurs tensions, à s'exprimer et à développer des aptitudes mentales et physiques », elles contribuent à garantir une « sécurité dynamique » dans la prison. Mais, pour que les détenus aient envie d'y participer, il faut garantir la liberté et la qualité de l'enseignement³²¹⁴.

§ 2. L'application au sein des droits nationaux

Dans les droits grec et français, l'enseignement assuré aux détenus s'est progressivement rapproché de celui dispensé à l'extérieur. Deux facteurs ont essentiellement contribué à cela.

³²¹² D 5962/72, (X/R.U), préc., pp. 50-51.

³²¹³ *Recommandation R(89)12, Education en prison*, préc., p. 20.

³²¹⁴ « Lorsque les détenus voient que l'éducation qui leur est proposée est de haute qualité, qu'elle les respecte et leur offre du choix et de la variété, et qu'elle ne vise pas à les manipuler, ils participent volontiers et y trouvent des chances d'épanouissement personnel », *Ibid.*

Tout d'abord, le rattachement des enseignants au Ministère de l'Education Nationale. Celui-ci a contribué à garantir l'indépendance du personnel enseignant par rapport à l'administration pénitentiaire et la similitude des matières enseignées ainsi que des méthodes d'enseignement avec celles assurées à l'extérieur. En France, ce rapprochement remonte à 1964, date de la création des premiers postes d'instituteurs à plein temps dans la prison³²¹⁵. En 1995, ont été créées des unités pédagogiques régionales³²¹⁶, une pour chaque région pénitentiaire, avec mission d'organiser l'ensemble des activités éducatives dans les prisons. Le responsable de chaque unité reçoit sa mission conjointement par le recteur du siège de la direction régionale et par le directeur régional des services pénitentiaires afin de mieux intégrer l'enseignement dans la politique de la réinsertion des détenus. En Grèce, le rattachement des enseignants au ministère de l'éducation nationale fut plus tardif. Il n'a eu lieu qu'en 1989 avec la mise en vigueur du nouveau Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus (article 47).

L'extension des moyens d'enseignement constitue le deuxième facteur du rapprochement de l'enseignement accessible aux détenus à celui de l'extérieur. Les détenus peuvent avoir accès, outre à l'enseignement dispensé sur place, également à celui dispensé à l'extérieur. L'accès à ce dernier est proposé soit par correspondance, soit par la fréquentation d'une école ou d'un centre de formation hors de la prison.

Actuellement, la question à propos de la garantie du droit des détenus à l'instruction ne se pose pas tant à propos du choix du contenu des programmes d'enseignement qu'à propos de l'organisation matérielle. Cette question est valable aussi bien pour l'enseignement général que pour l'enseignement professionnel. Ce dernier ayant été traité dans la partie sur le droit d'accès au travail, nous nous limitons ici à l'examen de l'enseignement général (A). En revanche, nous aborderons également les activités sportives. Celles-ci, bien qu'elles n'aient pas encore été examinées au regard du droit à l'instruction dans la jurisprudence européenne, font partie intégrante de l'éducation, aussi bien dans les droits nationaux que dans la Recommandation du Conseil de l'Europe sur l'éducation en prison du 13 octobre 1989 (B).

A. Accès à l'enseignement général

Soulignons au préalable que la garantie du droit à l'instruction constitue, en Grèce, une obligation constitutionnelle de l'Etat et, en France, un devoir de l'Etat. La Constitution grecque prévoit que le développement et la promotion de l'enseignement, mais aussi de l'art, de la science et de la recherche, constituent une « obligation de l'Etat » (art. 16 §1) et que l'instruction constitue une « mission fondamentale » (art. 16 §2). En outre, égalité d'accès et gratuité de l'enseignement, y

³²¹⁵ P. PONCELA P., *Droit de la peine*, Paris, PUF, 1995, p. 289.

³²¹⁶ Par une Convention signée le 19 janvier 1995.

compris de l'enseignement supérieur, sont des droits constitutionnels (art. 16 §4)³²¹⁷. En droit français, l'organisation des études à tous les niveaux, l'égalité d'accès et la gratuité constituent des devoirs constitutionnels de l'Etat (Préambule à la Constitution du 1946).

Cependant, alors que, dans ces deux pays, l'enseignement public est gratuit et assuré à tous les niveaux, et l'accès est fondé sur les connaissances et capacités de chaque candidat, dans la prison en Grèce et en France, seul l'accès à l'enseignement primaire jouit de ces garanties (articles 35 §2 C. pénit. et D. 452, al. a, CPP respectivement). Certes les détenus peuvent suivre des études supérieures. Ils peuvent les suivre soit par correspondance, soit en assistant aux cours dispensés à l'extérieur (par des congés éducatifs, en droit grec, et par le placement en régime de semi-liberté, en droit français). Mais au regard de leur organisation, on discerne des atteintes à la gratuité et partant à l'égalité d'accès.

Les conditions d'accès à l'enseignement supérieur portent atteinte à sa *gratuité*. En droit français, les détenus doivent supporter les *frais des cours par correspondance* (art. D. 454, al. c, CPP) et, en droit grec, ils doivent supporter les *frais des congés éducatifs*. Avec cette différence que les frais de ces derniers ne reviennent pas à chaque détenu individuellement. Les congés éducatifs sont subventionnés par les *Fonds du travail des détenus* (art. 58 §6 C. pénit.).

Les conditions d'accès à l'enseignement portent également atteinte à sa *liberté*. L'accès à des niveaux supérieurs d'enseignement est organisé comme une possibilité, et non comme un droit des détenus. En réalité, à l'exception de l'accès à l'enseignement supérieur par correspondance, cette possibilité est sévèrement limitée.

Ainsi le *droit grec* prévoit certes la possibilité des détenus d'accéder à tous les niveaux d'études supérieures par le moyen des *congés éducatifs*. Ils sont autorisés à suivre des cours à l'extérieur avec l'obligation de regagner quotidiennement la prison après la fin des cours. Mais cela constitue bien un moyen d'accès restreint. La décision appartient au conseil disciplinaire qui dispose d'un pouvoir d'appréciation entier. Outre la condition de ne pas encourir le risque de récidive pendant les sorties (art. 51 §1 C. pénit.), rien n'est prévu quant aux critères de décision et des recours contre une décision de refus. Seules sont précisées les conditions de révocation de tels congés. Ils peuvent être révoqués par le même conseil, sur proposition du travailleur social ou du criminologue, pour des fautes disciplinaires de première et deuxième catégorie, pour risque de récidive, ou pour mauvais usage des congés, notamment pour mauvais résultats et suivi irrégulier (art. 58 §5 C. pénit.).

³²¹⁷ « Tous les Hellènes ont droit à l'instruction gratuite à tous ses degrés dans les établissements d'enseignement de l'Etat » (art. 16 §4).

Une autre précision mérite d'être soulignée. Le droit grec prévoit que les programmes éducatifs ne doivent pas être suspendus pour des raisons de discipline ou de transfert. Lorsque la mesure de mise en cellule disciplinaire est prononcée, son exécution doit avoir lieu durant les vacances scolaires ou les jours fériés (art. 35§9 C. pénit.).

En *droit français*, la poursuite des études autres que l'enseignement primaire est soumise à la condition de sa compatibilité avec la situation pénale et les conditions de détention des détenus intéressés (art. D. 453, al. a, CPP). Quant à la poursuite d'autres cours que ceux organisés par les services du Ministère de l'Education nationale, elle dépend de l'autorisation du directeur de l'établissement (art. D. 454, al.b, CPP). Pour ce qui est des moyens, les détenus peuvent effectuer ces études *soit par correspondance*³²¹⁸, *soit par le placement en régime de semi-liberté*³²¹⁹.

Il est enfin à noter que, aussi bien en droit grec qu'en droit français, des précautions sont prises pour la garantie de l'anonymat des diplômes obtenus par les détenus. Il est prévu que le lieu de leur obtention ne doit pas être mentionné sur le diplôme³²²⁰.

B. Accès à des activités sportives

Au sein de la jurisprudence européenne, les activités sportives ne sont pas, jusqu'à présent, examinées dans le cadre du droit à l'éducation, mais dans celui du droit à l'intégrité physique et morale. Elles n'ont, de surcroît, pas fait l'objet d'un examen en elles-mêmes. Elles ont toujours fait partie des griefs concernant les privations entraînées par l'isolement carcéral ou la mise en cellule disciplinaire. Privations qui sont considérées comme nuisibles à l'intégrité physique et psychique des détenus. Toujours est-il que, si l'on tient compte que, même la restriction de la promenade à une demi-heure par jour, dans un petit espace, voire la privation temporaire de promenade, ne sont pas condamnées par la jurisprudence européenne, il est encore moins certain que la privation d'activités sportives le soit au titre du droit à l'éducation.

Seules alors les Recommandations et Résolutions du Conseil de l'Europe peuvent inciter les Etats à assurer aux détenus l'exercice des sports et à favoriser leur développement. Les Règles européennes pénitentiaires (1987) et la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur *l'Education en prison* de 1989³²²¹ classe l'exercice des sports dans les moyens d'éducation des détenus, et leur accordent un rôle important dans le traitement du détenu. L'accent est mis sur leur contribution dans l'apprentissage des règles et leur respect par un groupe, dans

³²¹⁸ A cette fin, il leur est permis de disposer du matériel et des documents nécessaires (art D. 453, al.b, CPP).

³²¹⁹ Article D. 454, al.d, CPP.

³²²⁰ Prévus respectivement dans les articles D. 455, al.d, Code de procédure pénale et 35 §3 Code pénitentiaire.

³²²¹ Cette dimension du sport dans la prison a été mise en avant par la Recommandation adoptée par le Comité des Ministres le 13 octobre 1989, sur *l'éducation en prison*, Recommandation, précitée, pp.9-53.

l'apprentissage de la défaite et de la maîtrise de soi, dans la libération des tensions psychologiques, ce qui facilite la gestion quotidienne de la vie en prison, et enfin dans le décroïsonnement de la prison. Dans la mesure où l'organisation des activités sportives peut impliquer la participation de personnes extérieures, elle peut avoir lieu à l'extérieur.

Les vertus du sport sont bien reconnues par les droits pénitentiaires grec et français qui leur réservent une part entière parmi les moyens d'éducation. En *droit grec*, le devoir des autorités pénitentiaires à assurer des exercices physiques individuels et collectifs et organiser des compétitions figure dans l'article 36 du Code pénitentiaire. A cette fin, il y est prévu que des dispositions doivent être prises pour *aménager des espaces* dédiés à l'exercice du sport, et pourvoir à *l'équipement adéquat*, et au personnel d'encadrement composé exclusivement de *professeurs d'éducation physique* (art. 36 §2 et 4 C. pénit.).

En droit français, la pratique des activités physiques et sportives est mise en œuvre en liaison avec le Ministère de l'Education Nationale, de la Jeunesse et des Sports (art. D 459-1, al. b CPP). La participation est volontaire et, en principe, « tout détenu peut être admis » (art. D 459-3, al.a CPP). Des équipements doivent être mis en place et permettre l'exercice des sports en salle couverte et en plein air, ainsi que des rencontres sportives (art. D 459-2 CPP). Toutefois, comme pour la majorité des droits, les impératifs du maintien de l'ordre et de la sécurité dans la prison, ainsi que l'exercice du pouvoir disciplinaire prévalent sur le droit des détenus à pratiquer un sport. L'exclusion de telles activités constitue une sanction disciplinaire autonome (art. D 251-1-6° CPP) et elle est accessoire à celle de la mise en cellule disciplinaire (art. D 251-3 al. a CPP). De plus, le chef de l'établissement peut en écarter tout autre détenu pour des raisons « d'ordre et de sécurité » (D 459-3 al. 3 CPP).

Si l'exercice des sports est organisé et favorisé dans la prison, force est de constater que l'éventail accessible aux détenus est bien limité. En fait, ils ne peuvent exercer que des sports en salle ou en plein air, sur des surfaces ne dépassant pas les dimensions d'un terrain de football. A l'exception des initiatives isolées de certains éducateurs qui amènent certains groupes de détenus pour pratiquer des sports nautiques ou de montagne.

En conclusion, sur l'ensemble des moyens éducatifs, on peut soutenir qu'actuellement la question à propos de l'éducation des détenus, a progressivement cessé de se poser en termes négatifs, à savoir la protection des détenus contre l'intervention étatique coercitive et suspecte d'endoctrinement. Cette intervention est vue de manière positive. L'Etat doit intervenir pour garantir au détenu une éducation égale et identique à celle assurée à l'extérieur. Cette garantie est exigée, notons-le, non seulement par des raisons de droit, le respect du droit à l'instruction et de la légalité de la peine privative de liberté, mais aussi par l'objectif de la réinsertion socio-professionnelle des détenus. Or cet objectif est atteint non seulement par l'acquisition des connaissances et compétences utilisables à la sortie de la prison,

mais aussi, en temps réel, par la réduction des différences entre le statut de détenu et celle d'homme libre. Le rapprochement de l'enseignement assuré aux détenus de celui dispensé à l'extérieur, contribue à la multiplication de leurs statuts juridico-sociaux. Le détenu n'est pas seulement détenu, mais aussi « élève », « étudiant », « apprenti », ou « athlète », soit autant de statuts porteurs d'une identité sociale commune avec les personnes libres. Cet effet de rapprochement identitaire se trouve, à n'en pas douter, renforcé lorsque le détenu suit ses études à l'extérieur. Au sein d'une classe à l'extérieur, l'identité de détenu recule au profit de celle « d'élève », « d'étudiant », d'« apprenti ». Une telle fonction de l'éducation est, par ailleurs, reconnue par le *Comité des Ministres du Conseil de l'Europe*. Tout en insistant sur le rôle de l'éducation dans la normalisation des conditions de vie dans « la situation anormale qui est la détention », tout au moins, sur la limitation de la « dégradation de la personnalité » entraînée par les effets néfastes de la privation de liberté, il reconnaît au statut d'« étudiant », une fonction de « réhabilitation sociale » du détenu, notamment lorsque celui-ci suit ses études à l'extérieur³²²². Ce Comité attribue, par ailleurs, un autre rôle positif de l'éducation dans la limitation des effets néfastes de la prison : alors que le système de sécurité de la prison est souvent conçu en fonction d'une image négative des détenus, considérés comme dangereux, l'éducation, elle, est conçue en fonction du potentiel positif des détenus. Pour l'ensemble de ces considérations positives, ce Comité recommande, en cas de conflit entre les intérêts de la prison et ceux de l'éducation du détenu, de ne pas privilégier systématiquement ceux de la prison³²²³. Nous estimons que ces considérations doivent constituer autant d'éléments pris en compte dans la jurisprudence que la Cour sera amenée à rendre en la matière.

De même que l'éducation, l'information ne doit plus être utilisée comme un moyen de traitement des détenus en sélectionnant l'information à laquelle les détenus doivent avoir accès ni comme moyen d'exclusion des choses de la cité. Au contraire, l'exercice de la liberté d'information doit contribuer à la limitation des effets privatifs de l'emprisonnement ainsi qu'au développement d'un esprit pluraliste, ouvert et tolérant des différences.

SECTION 2. LA LIBERTE D'INFORMATION

Comme pour la plupart des droits de l'homme, l'accès à l'information n'est reconnu comme un droit des détenus que depuis l'application de la Convention en prison. Jusqu'alors, cet accès faisait partie des moyens de traitement des détenus et était déterminé par les exigences de celui-ci. Celles en particulier de l'amendement et de l'éducation, lorsqu'elles ne commandaient pas l'isolement social complet des détenus, commandaient la censure de l'information qui leur parvenait. Pour faire un

³²²² *Recommandation R(89)12, Education en prison*, préc., p. 66.

³²²³ Par exemple, il recommande d'éviter dans la mesure du possible de transférer un détenu ou de lui imposer une sanction disciplinaire, si ces mesures entravent son éducation, *Ibid.*, p. 22.

« travail utile de réformation et de rééducation³²²⁴ », les détenus devaient être empêchés d'être informés des choses de la cité, et de former une opinion libre. Malgré la reconnaissance de l'accès à l'information comme un droit des détenus, son application est encore loin d'être satisfaisante tant au sein de la jurisprudence européenne (§ 1) que des droits nationaux (§ 2).

Avant d'examiner l'application effective de ce droit dans la prison, il convient de préciser son contenu européen, sans pour autant anticiper sur sa définition complète, que l'on déterminera lors de l'examen de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention. L'accès à l'information est un des aspects de cette liberté ; le premier paragraphe de l'article 10 est rédigé comme suit : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération des frontières... » On peut définir le droit d'accès à l'information, d'une part, comme le droit d'accéder à tous les moyens de diffusion de l'information, notamment à ceux permettant d'*écouter, lire et voir* ce que les autres pensent. Ces moyens correspondent à ceux considérés par la Commission européenne comme des moyens naturels d'expression, à savoir permettant de *dire, écrire et montrer* ce que l'on pense. On peut, d'autre part, le définir comme le droit d'accéder à tout type d'information : la liberté d'expression telle qu'elle est garantie par l'article 10 « vaut non seulement pour les informations ou des idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population ; ainsi le veulent le "pluralisme", la "tolérance" et l'"esprit d'ouverture" sans lesquels il n'est pas de société démocratique³²²⁵ ».

En ce qui concerne son application en prison, c'est la Commission qui a eu l'occasion d'affirmer que « ce droit concerne avant tout les sources générales d'information³²²⁶ », à savoir « les quotidiens et journaux à grand tirage ainsi que les livres régulièrement publiés, et stockés par l'administration dans la bibliothèque de la prison »³²²⁷.

§ 1. L'application au sein de la jurisprudence européenne

Après une période durant laquelle l'application de la liberté d'accès à l'information dans la prison était privée de toute effectivité, la jurisprudence européenne a connu une évolution positive, qui demeure cependant peu significative.

³²²⁴ M. SEYLER, « La banalisation pénitentiaire ou le vœu d'une réforme impossible », *Déviance et société*, 1980, vol 4, n° 2, pp.131-147, p. 140.

³²²⁵ CEDH, *Handyside c. R.U.*, préc., § 49 ; CEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, préc., § 49 ; arrêt *Worm*, 29 août 1997, § 47 ; CEDH, *Hertel c. Suisse*, préc., § 46 ; CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 44 ; CEDH, *Zana c. Turquie*, préc., § 51.

³²²⁶ D 5270/72 (X/R.U.), 8.7.1974, Rec. 42, pp. 54-61.

³²²⁷ *Ibid.*

La théorie des limitations de l'exercice des droits de l'Homme implicites à la peine privative de liberté à laquelle la Commission avait recours dans sa jurisprudence initiale, mais aussi la prééminence qu'elle accordait systématiquement aux besoins de fonctionnement de la prison, ont empêché d'assurer aux détenus l'exercice effectif de la liberté en question. Dans une affaire qui remonte à 1963, la Commission avait souscrit, sans réserve, aux conclusions de la Cour constitutionnelle allemande, à propos du refus d'autoriser un détenu à s'abonner à un journal, à acheter un livre et à se procurer le règlement de la prison. Selon la haute instance allemande, « les limites apportées au droit visé par l'article 10 découlent pour un détenu de la situation particulière où il se trouve », et « le but même d'une peine privative de liberté implique une limitation de certains droits et libertés³²²⁸ ». C'est dans ce sens que cette instance européenne avait, en 1969, conclu à propos du refus d'autoriser un détenu d'acheter un commentaire du Code de procédure pénale pour préparer la révision de son procès³²²⁹. Le requérant alléguait que, bien qu'il ait pu consulter le livre à la bibliothèque de la prison, son droit d'accès était entravé car il ne pouvait prendre connaissance que de certains articles qui, de surcroît, lui étaient lus à haute voix et en la présence d'un magistrat. La Commission avait estimé que ces restrictions sont « inhérentes à l'état de détention de celui qui purge une peine privative de liberté³²³⁰ ».

Si ce raisonnement est propre à la période de la jurisprudence européenne dominée par la théorie des limitations dans l'exercice des Droits de l'Homme inhérentes à la situation des détenus, le raisonnement qui lui a immédiatement succédé (basé sur l'obligation des Etats à justifier les limitations apportées) n'a pas été en même temps d'assurer au droit d'accéder à l'information une meilleure garantie. Le raisonnement de la Commission était limité à l'examen de la légitimité des buts invoqués. Cette instance avait, par exemple, pleinement justifié les limitations tant des sources d'information que de la quantité d'information accessible aux détenus pour des raisons de sécurité de la prison, mais aussi de surcharge de travail pour le personnel pénitentiaire. En effet, ces limitations prévues par le règlement d'une prison anglaise étaient justifiées par le gouvernement défendeur en raison des risques de passage frauduleux d'argent, de messages, de drogues, ainsi que par l'éventuel encouragement des détenus à la violence. Risques dont la prévention exigerait le contrôle de chaque article entrant en prison, ce qui présenterait un fardeau lourd pour le personnel pénitentiaire si l'on autorisait l'accès illimité des détenus à l'information.

Il a fallu attendre 1983 et une affaire associant interdiction d'accès à l'information et isolement carcéral, pour que la Commission adopte un raisonnement caractérisé par des considérations antagonistes de la détention : d'un côté, sa considération comme une situation d'isolement social,

³²²⁸ D 1860/63 (X/RFA), 15.12.1965, Rec. 18, p. 47.

³²²⁹ D 2795/66 (X/RFA), 22.5.1969, Rec. 30, p. 23.

³²³⁰ *Ibid.*

rendant alors très important l'accès à l'information et, d'autre, comme un lieu de vie collectif ayant des exigences de sécurité renforcées, justifiant alors des restrictions plus amples qu'à l'extérieur. « Le degré exceptionnel d'isolement du requérant par rapport à ses codétenus exigeait de la direction de la prison qu'elle envisage des méthodes propres à assurer le maintien de ses possibilités d'accès à l'information... », avait-elle estimé³²³¹. C'est pour la première fois que cette instance avait conclu, à la lumière du *degré* et de la *longueur de l'isolement* du requérant, que les restrictions en question n'étaient pas justifiées sous l'angle de l'article 10 §2 de la Convention³²³². Nous estimons que cette approche est valable pour l'ensemble des détenus, dès lors qu'ils se trouvent tous, à des degrés divers, en état d'isolement social.

Mais pour l'instant, le raisonnement européen est construit autour de la notion de *restrictions normales* de l'exercice des droits de l'Homme dans la prison et dont la nécessité n'est pas à prouver. La Commission estimait qu'il faut partir de l'ensemble des mesures que la direction d'un établissement pénitentiaire prenne « pour satisfaire aux exigences de l'article 10 dans des circonstances normales, où le fait même de la détention restreint automatiquement le droit d'accès des détenus à l'information³²³³ ». Le trait général de la jurisprudence corrélatrice est que le droit d'accès à l'information continue d'être considéré comme un droit dangereux, s'il s'exerce sans limitation, et surtout sans contrôle du contenu et des sources d'information de la part des autorités pénitentiaires. Il en découle l'acceptation de l'exercice d'un tel contrôle de l'information qui se décline aux formes suivantes

Contrôle du contenu de l'information. La Commission n'avait, en effet, pas mis en cause la censure préalable des imprimés entrant en prison. Elle avait, par exemple, souscrit à l'argument invoqué par le gouvernement anglais pour justifier la censure des écrits contenant des « mentions inacceptables », à savoir que ce contrôle vise à « éviter qu'ils ne soient utilisés pour transmettre des messages clandestins à un détenu³²³⁴ ». Quant à la Cour, la seule fois où elle a eu à s'exprimer sur la question, elle a limité son examen au cas d'espèce, ce qui ne permet pas de déduire sa position sur le principe qui doit régir la matière. Saisie de la requête d'un détenu à propos du refus de l'administration pénitentiaire de l'autoriser à recevoir copie d'un article paru au sujet de sa condamnation, elle s'était contentée de déclarer que les détenus disposaient d'un tel droit conformément au droit national en cause³²³⁵.

³²³¹. R 8231/78, (T/R.U), préc., p. 37.

³²³². *Ibid.*, p. 39-40.

³²³³. *Ibid.*, p. 38.

³²³⁴. *Ibid.*, p. 29.

³²³⁵. En l'occurrence, le détenu avait demandé par écrit au directeur du Daily Record de lui envoyer une telle copie, CEDH, *McGallum c. R.U.*, préc., § 31.

Contrôle des sources et moyens de l'information. C'est pour la raison précédente d'efficacité de la censure que la Commission avait également justifié la limitation de l'accès à l'information eu égard aux sources et aux moyens de sa diffusion. Elle a ainsi justifié la limitation à des « quotidiens et périodiques adressés par la poste à un détenu », provenant uniquement d'un « dépositaire de journaux ou d'un éditeur ».

Contrôle de la quantité de l'information. C'est pour la même raison qu'elle n'a pas considéré comme contraire au droit d'accès à l'information, que le nombre d'imprimés autorisés aux détenus soit limité à un quotidien, deux périodiques et un hebdomadaire par semaine³²³⁶.

Considération du papier comme objet dangereux. La Commission est allée jusqu'à considérer comme légitimes les restrictions quantitatives de l'accès à l'information pour le motif que le papier est un objet dangereux pour la prison. Elle a, par exemple, souscrit à l'argument du gouvernement anglais, que le papier n'implique pas seulement le risque d'être utilisé pour un *trafic frauduleux de messages* avec l'extérieur, mais aussi pour provoquer le *désordre* ainsi que des *incendies*³²³⁷. C'est en effet par cet ordre d'arguments que ce gouvernement défendeur (le gouvernement anglais) avait justifié, d'une part, la limitation des journaux à deux quotidiens que les détenus ont droit de conserver dans leur cellule, et d'autre part, l'autorisation de conserver des coupures de presse à condition qu'elles ne deviennent pas envahissantes³²³⁸. La Cour n'a pas non plus condamné le droit anglais qui interdit « d'envoyer des journaux et des revues *usagés* à un détenu ».

Les Règles pénitentiaires, lors de leur révision en 2006, ont marqué un pas vers une nette amélioration de l'accès des détenus à l'information. Elles recommandent que les détenus y aient accès sans limites sauf interdiction « prononcée par une autorité judiciaire », « dans un cas individuel » et pour une « durée spécifiée »³²³⁹.

L'accès des détenus à l'information par des moyens audiovisuels n'a pas fait l'objet d'examen par les instances européennes. Mais à l'examen des droits nationaux, l'accès par ces moyens est encore plus libre que l'accès par écrit.

³²³⁶ D 8231/78 (T/R.U), préc., p.29.

³²³⁷ Les autorités pénitentiaires anglaises estiment que, si elles autorisaient les détenus à en conserver davantage, cela pourrait présenter des « risques d'incendie et favoriser le désordre dans la cellule ».

³²³⁸ Dans ce dernier cas, elles sont rangées avec les effets personnels du détenu, R 8231/78, (T/R.U), préc., p.29.

³²³⁹ « Les détenus doivent pouvoir se tenir régulièrement informés des affaires publiques, en pouvant s'abonner et en lisant des journaux quotidiens, des périodiques et d'autres publications, et en suivant des émissions de radio ou de télévision, à moins qu'une interdiction n'ait été prononcée par une autorité judiciaire dans un cas individuel et pour une durée spécifiée » (règle 24.10).

§ 2. L'application au sein des droits nationaux

L'accès à l'information, sévèrement restreint jusqu'en 1975 en France et jusqu'en 1989 en Grèce, s'est depuis lors nettement amélioré aussi bien concernant l'information écrite (1) qu'audio-visuelle (2).

A. L'accès des détenus à l'information écrite

Il y a lieu de distinguer accès à l'information extérieure à la prison (1) et accès à l'information intérieure à la prison (2).

1. Accès à l'information extérieure à la prison

Dans la garantie de l'accès des détenus aux sources écrites d'information extérieures à la prison, le *droit pénitentiaire grec* a, depuis 1989, marqué un progrès notable. Auparavant, l'accès des détenus aux journaux ou autres imprimés était expressément interdit, à l'exception des livres et revues scientifiques dont le contenu était jugé « éthicoplastique », éducatif ou d'un sain divertissement » (article 90 du Code pénitentiaire de 1967). Or, après l'entrée de la télévision en prison, en 1982, l'accès à l'information a, en 1989, été reconnu comme un droit des détenus³²⁴⁰. Actuellement, il est consacré dans l'article 37 §1 du Code pénitentiaire en ces termes : « Chaque détenu a le droit de s'informer par des journaux, des revues et des émissions de radio et de télévision ». D'autres moyens peuvent être autorisés par le conseil de la prison. Le choix de la lecture des livres et de la presse écrite est libre, précise le Règlement intérieur (art. 18 §1), à condition que leur contenu ne soit pas indécent.

En droit français, c'est par le décret du 23 mai 1975³²⁴¹ que l'accès des détenus aux sources d'information à l'extérieur s'est nettement amélioré. Alors qu'auparavant seules certaines publications étaient admises dans la prison, ce décret a reconnu aux détenus la possibilité de se procurer tous les journaux, périodiques et livres. « Les détenus peuvent se procurer, par l'intermédiaire de l'administration, et dans les conditions déterminées par une instruction de service, les *journaux*, les *périodiques* et les *livres français et étrangers de leur choix n'ayant pas fait l'objet d'une saisie dans les trois derniers mois*³²⁴². » Il n'a toutefois ni transformé la nature de l'accès à l'information en droit des détenus ni garanti un accès illimité. Cet accès est soumis à une autorisation préalable dont l'octroi est soumis à deux critères : le premier, commun au droit général, est l'absence de *saisie* de l'ouvrage

³²⁴⁰ Il était énoncé dans l'article 43 § 1 du Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus.

³²⁴¹ B. BOULOC, « Les droits culturels du détenu », in *La condition juridique du détenu*, (1992), préc., p. 120.

³²⁴² Art. D.444 al. a, CPP.

dans les trois derniers mois, et un critère spécifique à la prison, celui d'*absence de risque présenté par l'ouvrage pour la sécurité des personnes et de l'établissement*³²⁴³. Si bien que les détenus ne sont pas maîtres du choix final de leur lecture. Celui-ci appartient aux autorités pénitentiaires. Une certaine garantie réside toutefois dans le fait que la décision interdisant l'entrée dans la prison d'un périodique, magazine ou livre doit être prise par l'administration centrale. Les chefs d'établissement ne peuvent que faire des propositions en vue d'une telle interdiction. Tel est, en effet, le sens d'une instruction ministérielle datée du 10 janvier 1978, ainsi que d'une décision rendue par le tribunal administratif de Limoges du 11 février 1982³²⁴⁴.

2. Accès à l'information intérieure à la prison

La bibliothèque et l'affichage dans des espaces communs de la prison constituent les deux moyens, internes à la prison, assurant l'accès des détenus à l'information.

L'importance de l'accès à la *bibliothèque*, qui pour certains détenus est le seul moyen d'accès à la culture et à l'information (faute de moyens financiers pour pouvoir s'en procurer de l'extérieur), a été particulièrement soulignée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans la Recommandation relative à l'éducation dans la prison. Il y est recommandé qu'il soit assuré aux détenus l'accès à la bibliothèque « au moins une fois par semaine » et que « la privation des livres ne figure pas au nombre des sanctions »³²⁴⁵. La réglementation de l'organisation et de l'accès à la bibliothèque dans les droits pénitentiaires grecs³²⁴⁶ et français³²⁴⁷ témoigne de l'importance accordée à ce moyen d'accès à l'information et, en général, à la culture.

L'*affichage* dans les espaces communs de la prison du règlement de la prison et de tout autre document relatif à l'organisation de la vie des détenus constitue également un moyen d'information essentiel. Une circulaire du Ministère français de la Justice (1988) rappelait aux directeurs des

³²⁴³ « Toutefois, les publications contenant des *menaces précises* contre la sécurité des personnes ou celles des établissements pénitentiaires peuvent être, à la demande des chefs d'établissement, retenues sur décision du Garde des Sceaux » (art. D.444 al. b CPP).

³²⁴⁴ E. KERGARIOU (de), *Le détenu et ses relations avec l'extérieur*, Mémoire de DEA, 1996, p.67.

³²⁴⁵ *Recommandation R(89)12, Education en prison*, préc, p. 49.

³²⁴⁶ Le même article qui consacre le droit des détenus d'accès à l'information (art.37 § 1, C. pénit.), prévoit dans le quatrième et le cinquième paragraphes que le conseil d'éducation des détenus organise dans chaque prison « des lieux de lecture et une bibliothèque enrichie continuellement avec des livres littéraires, scientifiques et professionnels ». Le Règlement intérieur précise que la bibliothèque doit, dans la mesure du possible, être liée à la bibliothèque municipale la plus proche et organisée par un bibliothécaire (art. 18 § 2).

³²⁴⁷ Le droit français précise que l'emplacement de la bibliothèque doit être tel qu'il permette l'accès direct et régulier des détenus. Ce sont des détenus qui assurent la gestion quotidienne, mais c'est le service pénitentiaire d'insertion et de probation qui assure les achats, et qui organise la formation et encadre ces détenus (art. D 441-2 CPP). On peut aussi noter le progrès, en droit français, du contenu de l'information depuis le Décret du 6 août 1985. Toute connotation d'orientation dans l'accès à l'information est supprimée. Auparavant, l'article D 440 du Code de procédure pénale prévoyait que l'« action éducative exercée à l'égard des détenus a pour objet de créer et développer en eux la volonté et les aptitudes qui leur permettront après leur libération de vivre en respectant la loi et de subvenir à leurs besoins ».

prisons l'importance que représente pour les détenus l'affichage du règlement intérieur : celui-ci constitue pour les détenus une « référence à leurs obligations et leurs devoirs » mais aussi un « instrument normatif et pédagogique³²⁴⁸ ».

Il est à noter, alors que la crainte majeure légitimant la restriction de l'accès des détenus à l'information demeure, tant au sein du droit français qu'au sein de la jurisprudence européenne, la menace pour la sécurité de la prison, une enquête effectuée en France démontre que les moyens d'information auxquels s'intéressent principalement les détenus est la télévision. Dans une statistique sur les achats à la cantine de la prison des magazines et des périodiques durant une semaine, on trouve en premier lieu, et de très loin, les magazines sur les programmes de la télévision³²⁴⁹.

B. L'accès à l'information par les moyens audiovisuels

L'accès à des moyens d'information audiovisuels est prévu aussi bien dans les deux droits nationaux : le droit français³²⁵⁰ et le droit grec³²⁵¹.

En ce qui concerne les conditions concrètes d'usage des moyens audiovisuels, rien n'est prévu en *droit grec*. Cette tâche est laissée au conseil de la prison sans autre précision (art. 37 §1 C. pénit.). En *droit français*, il est précisé que ces moyens peuvent être procurés par l'intermédiaire de l'administration (art. D. 444, al.c CPP). Quant au choix des programmes, depuis l'usage individuel de ces moyens, seuls y sont soumis les radios et télévisions d'usage collectif (art. D. 447 CPP).

Pour ce qui est de la place des moyens audiovisuels en prison, ils ont, notamment depuis l'entrée de la télévision dans les cellules connu une véritable expansion. Expansion qui n'est certes pas due au souci des autorités pénitentiaires de respecter un quelconque droit des détenus mais à la concordance de l'intérêt de ces autorités et du plaisir des détenus. Alors que ces autorités étaient hostiles à l'idée d'introduire ces moyens dans la prison, les considérant comme un « luxe » pour les détenus, elles ont rapidement changé d'attitude : la radio et la télévision furent révélés, dès leur fonction divertissante, des moyens bien efficaces et économiques pour le maintien de l'ordre dans la prison. Quant à l'importance qu'ils représentent pour les détenus, on peut la mesurer si l'on tient

³²⁴⁸. Circulaire du 27 décembre 1988, BO, n°32, p. 113. Par ailleurs, en droit français, la circulaire A.P. 85-81 G1, du 13 novembre 1985 prévoit la communication aux détenus des documents administratifs.

³²⁴⁹. Alors que cent quarante sept commandes concernaient de tels magazines, dix commandes seulement étaient passées pour un journal local de nature générale, deux pour l'hebdomadaire *L'événement du jeudi*, une pour l'hebdomadaire *Le nouvel observateur* et une pour le journal *Libération* (la statistique en question a eu lieu dans une prison de province en France), E. KERGARIOU (de), *Le détenu et ses relations avec l'extérieur*, préc., pp. 68-69.

³²⁵⁰. Article D. 444, al.c Code de procédure pénale. C'est en 1974 et 1975 que la radio et la télévision sont respectivement entrés en prison, en France ; la télévision est entrée en cellule, en 1985, BOULOC, « Les droits culturels du détenu », préc., p. 121.

³²⁵¹ Article 37 § 1 Code pénitentiaire.

compte que, en droit français, leur privation fait partie des sanctions disciplinaires³²⁵², et que les détenus se plaignent du coût élevé d'une location de la télévision.

Certes l'usage excessif de ces moyens, en particulier de la télévision, peut être critiqué pour l'effet négatif qu'il peut avoir sur le maintien en éveil de la conscience des détenus. Les laisser sans travail, sans autre activité que celle de regarder la télévision dans leur cellule, voilà un substitut efficace aux tranquillisants médicamenteux. A ce propos, Bernard Bouloc note que « l'usage de la télévision a diminué l'angoisse du soir, ce qui s'est traduit par une moindre consommation de tranquillisants », et il doute que la télévision soit classée parmi les moyens culturels tendant à l'élévation du niveau culturel des détenus³²⁵³. Mais pouvons-nous accuser les détenus de faire un tel usage de la télévision ?

D'abord, un usage excessif de la télévision n'est pas spécifique à la prison ; on le rencontre également à l'extérieur. Ensuite, le pouvoir magique de la télévision de faire voyager vers des lieux inaccessibles est naturellement multiplié en prison, par excellence lieu d'enfermement. D'autant plus que ce média constitue un moyen facile de lien avec l'extérieur, pratique, direct et non censuré en comparaison avec d'autres moyens de communication, comme la correspondance et les visites : le contact avec l'écran de télévision a lieu sans autorisation, en l'absence d'un gardien, sans chronomètre.

Nous pouvons conclure, en notant tout d'abord que la comparaison des droits pénitentiaires grec et français, met en évidence une différence significative. Alors que le droit pénitentiaire grec a reconnu à la liberté de l'accès à l'information le statut d'un « droit des détenus », le droit français continue de le considérer comme une possibilité accordée aux détenus dans le cadre de leur insertion sociale³²⁵⁴. Quoi qu'il en soit, ces deux droits nationaux ne souffrent pas d'anti-conformité avec la Convention telle qu'elle est actuellement appliquée par la jurisprudence européenne. Celle-ci accepte de larges restrictions à l'exercice de ce droit dans la prison par rapport à l'extérieur. Celle-ci devrait évoluer, d'une part, vers la limitation à des restrictions équivalentes à l'extérieur et, d'autre part, vers le dégagement d'une obligation positive des Etats à l'égard des détenus. Etant donné que l'accès à l'information dépend non seulement de la réglementation juridique mais aussi des moyens financiers des individus, et que la plupart des détenus se trouvent dans une pauvreté extrême³²⁵⁵, il devrait revenir aux autorités compétentes d'assurer, du moins aux détenus indigents, l'accès gratuit.

³²⁵² Lorsque l'infraction a été commise à l'occasion de l'usage de ce matériel ou lorsque la personne est condamnée au confinement en cellule individuelle (art. D.251-1, 3^o CPP)

³²⁵³ B. BOULOC. « Les droits culturels du détenu », *préc.*, p. 122.

³²⁵⁴ *Ibid.*, p. 121.

³²⁵⁵ A.M., MARCHETTI, *Pauvretés en prison*, Paris, éd. Erès, 1997.

Par exemple, en France, le coût mensuel de location de la télévision était, en 1996, de 100 francs pour une télévision en noir et blanc et 200 francs pour une télévision en couleurs. Ces sommes peuvent s'avérer très

Enfin l'éducation et l'information religieuses contribuent grandement à la formation de l'esprit. Dans l'histoire de la pénalité, la religion a été longtemps utilisée comme moyen au service de l'amendement des détenus. Si la croyance religieuse relève des convictions personnelles et du for intérieur, la liberté de pratiquer une religion, de diffuser les idées religieuses et d'en recevoir dans le respect des autres religions, participe à la formation d'un esprit ouvert et respectueux du pluralisme.

SECTION 3. LA LIBERTE RELIGIEUSE

On serait tenté de voir dans la liberté religieuse une des premières libertés reconnues aux détenus dans les droits nationaux. La possibilité d'assister à la messe, de s'entretenir avec un aumônier, d'avoir accès à des livres religieux, a toujours été assurée aux détenus. Mais à y regarder de plus près, nous pouvons observer que, si la pratique religieuse fut assurée aux détenus, ce n'est pas par son acceptation en tant que liberté mais en tant que moyen de traitement. Cela peut être expliqué par le fait que la vie monacale a fortement influencé la naissance de la peine de prison, et a servi de modèle pour déterminer ses objectifs et son organisation. Expier la faute et s'amender par le travail, la prière et le recueillement furent longtemps des objectifs dominants de la politique pénitentiaire ; d'ailleurs, l'origine religieuse du terme français établissement « pénitentiaire » est à cet égard symptomatique.

Que l'accomplissement des devoirs religieux ait toujours été favorisé en raison du rôle reconnu à la religion dans le cadre du traitement des détenus, en témoigne, en droit français, l'instruction de l'administration pénitentiaire française du 22 mars 1816 : « Combien la salutaire influence des lois divines est plus efficace pour atteindre ce but important que toute la rigueur des lois humaines³²⁵⁶ », ainsi que cette déclaration du Ministre de l'Intérieur, datée de 1837 : « L'instruction religieuse ne devrait jamais être séparée de l'instruction morale dans les prisons : l'une est sanction de l'autre, elles ont besoin mutuellement de s'unir³²⁵⁷ ». A cette fin, les aumôniers avaient des postes d'employés internes à la prison et ils devaient y loger pour pouvoir consacrer tout leur temps à leur mission. A partir de 1875, une série de lois dites laïques avaient commencé à exclure la religion des services publics, et les postes d'aumôniers étaient supprimés, d'abord dans les lycées, en 1882, puis dans les hôpitaux, en 1884. Mais il n'en fut pas de même dans les prisons. Le seul pas marqué dans la considération de la pratique religieuse comme une liberté des détenus date de 1889. C'est au cours de cette année que l'administration pénitentiaire française a supprimé l'obligation d'assister aux offices religieux³²⁵⁸ et admis que la « liberté de conscience implique la faculté de ne pas croire comme celle

élevées si l'on tient compte que le salaire mensuel des détenus se situe autour de 300 francs, E. KERGARIOU (de), *Le détenu et ses relations avec l'extérieur*, préc., p. 71

³²⁵⁶ Père CLAVIER, « Les droits religieux des détenus », *R.P.D.P.*, 1984, n° 1, pp. 9-23, (p.11).

³²⁵⁷ *Ibid.*

³²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 13-14.

de croire³²⁵⁹ ». En droit pénitentiaire grec, il a fallu attendre 1989, soit encore un siècle, pour voir disparaître l'obligation des détenus d'assister aux offices religieux³²⁶⁰.

Actuellement, cette obligation est supprimée et, en général, la pratique religieuse est devenue facultative pour les détenus. La liberté religieuse est-elle pour autant respectée dans la prison ? C'est ce à quoi nous essaierons de répondre en examinant la garantie exigée par la jurisprudence européenne (§ 1) et celle assurée par les droits grec et français (§ 2).

§ 1. L'application au sein de la jurisprudence européenne

L'article 9 de la Convention consacre la liberté religieuse en ces termes : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». En se référant à ce texte, la Cour a dégagé une double dimension de la religion. Une dimension d'intériorité avec la personne : « La liberté religieuse relève d'abord du for intérieur » ; et une dimension d'extériorité : « Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle "implique" de surcroît la liberté de "manifester sa religion"³²⁶¹ ». Elle a confirmé la garantie de manifester sa religion ou ses convictions collectivement ou individuellement, en privé ou en public³²⁶².

Cette instance a, en outre, précisé la nature des obligations des Etats dans la garantie effective de la liberté religieuse. Outre leur obligation négative de s'abstenir, elle a estimé que les Etats ont également l'obligation positive d'intervenir pour défendre une religion. Elle a jugé en ce sens, à propos de la nécessité de limiter la liberté d'expression dans le but de protéger les sentiments religieux des offenses, en l'occurrence à propos de la confiscation des tableaux de peinture³²⁶³ et du

³²⁵⁹ Déclaration de cette administration lors de l'Exposition Universelle de 1889. Mais pour reconnaître des droits religieux, il fallait attendre 1905, le moment de la séparation de l'Eglise et de l'Etat (loi des 9-11 déc. 1905, JO du 11 déc. 1905), *Ibid.*, p. 14.

³²⁶⁰ Avec l'adoption du Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus ayant réformé le Code pénitentiaire de 1967 qui prévoyait cette obligation (art. 72 § 2).

³²⁶¹ « Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion, non seulement de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi: on peut aussi s'en prévaloir individuellement et en privé. (réf. arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, Série A n° 260-A, § 31). L'article 9 énumère diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou d'une conviction, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites », CEDH, *Kalaç c. Turquie*, n° 20704/92, 1er juil. 1997, Recueil 1997-IV.

³²⁶² CEDH, *Kalaç c. Turquie*, préc., § 27 ; CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, 25 mai 1993, Série A n° 260-A, § 31 ; CEDH, *Agga c. Grèce*, n° 50776/99, 52912/99), CEDH 2002-XII, § 54 ; CEDH, *Agga c. Grèce (n°4)*, n° 33331/02, CEDH 2006-VII, §22.

³²⁶³ *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, n° 10737/84, Série A, n°133.

refus d'accorder à des films le visa de censure³²⁶⁴. En s'exprimant sur la compatibilité de telles ingérences avec la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention, la Cour a reconnu que le respect des convictions religieuses garanti par l'article 9 de la Convention constitue un but légitime au sens du second paragraphe de l'article 10³²⁶⁵. Et de même que le respect de la liberté d'expression, la liberté religieuse contribue au pluralisme de la démocratie. « La cour rappelle que la liberté de pensée, de conscience et de religion est un des fondements de la société démocratique au sens de la Convention. Le pluralisme, inhérent à cette société et chèrement acquis au cours des siècles, en dépend³²⁶⁶ ». Dès lors, son exercice ne peut être restreint que par « une nécessité sociale impérieuse »³²⁶⁷, un « besoin social pressant³²⁶⁸ ».

Nous allons examiner la protection générale assurée à cette liberté (A) pour pouvoir, ensuite, comparer celle assurée dans la prison (B).

A. L'application générale

Les questions traitées, jusqu'à présent, à propos de l'exercice de cette liberté ont trait à la liberté de manifester et de pratiquer la religion.

Liberté de pratiquer le culte et d'accomplir des rites. Cette liberté peut, estime la Cour, être violée par la soumission à une autorisation préalable de l'ouverture des lieux de prière : « Le droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci³²⁶⁹ ». Cette liberté est certainement violée lorsque l'autorisation en question ne constitue pas une simple formalité mais implique l'appréciation de l'opportunité et de la légitimité des motifs. En effet, cette instance a jugé comme contraires à l'article 9 de la Convention les conditions exigées par le droit grec pour autoriser les témoins de Jéhovah à ouvrir des lieux de culte et de prière³²⁷⁰. Cette instance a notamment retenu que ces conditions sont rigides, voire prohibitives, et que l'autorité compétente (le Ministre de l'Éducation et des Cultes) jouit en la matière d'un large pouvoir discrétionnaire³²⁷¹. Elle en a jugé de même à propos du refus d'enregistrer les modifications dans les statuts d'une association religieuse³²⁷². En revanche, elle a estimé, dans une décision d'irrecevabilité, que des considérations

³²⁶⁴ CEDH, *Wingrove c. R.U.*, préc., § 48 ; CEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, préc., §§ 44-45

³²⁶⁵ CEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, préc., §§ 44-45.

³²⁶⁶ CEDH, *Agga c. Grèce (n°4)*, préc., § 26.

³²⁶⁷ CEDH, *Agga c. Grèce*, préc., § 58.

³²⁶⁸ CEDH, *Agga c. Grèce (n°4)*, préc., § 29.

³²⁶⁹ CEDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, n° 18748/91, 26 sept. 96, 1996-IV, § 47.

³²⁷⁰ « Les témoins de Jéhovah » est considérée comme religion par le Conseil d'Etat depuis 1975 (arrêts du Conseil d'Etat n° 2105 et 2106/1975 cités dans l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire *Tsirlis et Kouloumpas*, 29 mai 1997, § 43).

³²⁷¹ CEDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, préc., § 48.

³²⁷² CEDH, *Svyato-Mykhailivska Parafiya c. Ukraine*, n° 77703/01, CEDH 2007-VI.

liées à la protection de l'environnement et à l'aménagement du territoire peuvent justifier des restrictions en la matière (en l'occurrence le droit de construire une chapelle et un cimetière sur un terrain situé dans un parc naturel)³²⁷³.

Liberté d'enseigner et, de manière générale, de diffuser les idées religieuses. C'est essentiellement à l'occasion de la répression du prosélytisme que la Cour s'est penchée sur ces aspects de la liberté religieuse³²⁷⁴. Pour cette instance, la liberté de manifester sa religion comprend également le « droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple, au moyen d'enseignement³²⁷⁵ ». Ce droit n'est toutefois pas illimité : « L'article 9 ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou croyance³²⁷⁶ ». Ainsi le prosélytisme de mauvais aloi peut constituer une des limites. On doit entendre par *prosélytisme de mauvais aloi*, « une activité offrant des avantages matériels ou sociaux ou l'exercice d'une pression abusive en vue d'obtenir des adhésions à une Eglise³²⁷⁷ ».

Liberté de porter des signes d'appartenance religieuse. Jusqu'à présent, cette question est soulevée devant la Commission et la Cour à propos du port du foulard islamique au sein des universités laïques en Turquie autant de la part des étudiants que du personnel enseignant. Dans les deux cas, la jurisprudence européenne a accepté des limites dans la liberté de manifester sa religion par le port des signes extérieurs ostentatoires. Comme l'avait résumé la Commission, « la liberté de pratiquer une religion ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par une telle conviction. Notamment le terme 'pratique' au sens de l'article 9§1 ne désigne pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction³²⁷⁸ ». Approche confirmée par la Cour aussi bien à propos de l'interdiction faite à une professeur d'universités de porter le foulard islamique dans le cadre d'exercice de ses fonctions³²⁷⁹ que des étudiantes. Ce qui nous amène à la question de la religion et de l'école.

Respect de la liberté religieuse à l'école. Cette question a été abordée à propos du port des signes religieux, de l'enseignement religieux, des manifestations scolaires ou encore de l'éducation sexuelle. Concernant le port des signes religieux, en l'occurrence du foulard islamique, comme il vient d'être noté, la Cour a justifié son interdiction³²⁸⁰, y compris dans des établissements secondaires publics à vocation religieuse³²⁸¹, au nom de la préservation des principes de laïcité et de

³²⁷³ CEDH, *Johannische Kirche et Peters* (déc.), n° 41754/98, 10.7.2001.

³²⁷⁴ CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, préc. ; CEDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, préc., CEDH, *Larissis et autres c. Grèce*, n°s 23372/94, 26377/94, 26378/94, 24 févr. 1998, Recueil 1998-I.

³²⁷⁵ CEDH, *Larissis et autres c. Grèce*, préc., § 45 ; CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, préc., § 31.

³²⁷⁶ *Larissis et autres*, préc., § 45 ; CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, préc., § 48.

³²⁷⁷ *Ibid.*

³²⁷⁸ D 16278/90 (Karadyman/Turquie), 3.5.1993.

³²⁷⁹ CEDH, *Kurtulmus c. Turquie* (déc.), n° 65500/01, CEDH 2006-I.

³²⁸⁰ CEDH, *Şahin c. Turquie* [GC], préc.

³²⁸¹ CEDH, *Köse et 93 autres c. Turquie*, préc.

neutralité de la fonction publique, en particulier de l'enseignement public dès lors que le code vestimentaire s'applique à l'ensemble des élèves. Quant à *l'enseignement religieux*, c'est en invoquant la protection de la liberté religieuse en termes négatifs, à savoir le droit de ne pas recevoir d'enseignement religieux³²⁸², qu'il a été mis en cause. C'est ainsi, par exemple, que des témoins de Jéhovah, parents d'élèves, ont mis en cause devant la Cour le système éducatif grec dans les écoles publiques. Ils ont invoqué en plus de l'article 9, l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention qui consacre le droit à l'instruction. Ils mettaient précisément en cause le fait que le programme scolaire comporte un enseignement religieux qui ne correspond pas à leurs convictions et oblige les élèves à participer à des défilés scolaires pour célébrer des événements historiques. Or la Cour a jugé que ces obligations ne sont pas contraires à la Convention ; elles sont prévues par une « règle disciplinaire d'application générale et neutre³²⁸³ ». De surcroît, elle a noté que le défilé en question ne constituait pas une manifestation religieuse. Il visait à manifester l'attachement de la Grèce aux idéaux de la démocratie d'après-guerre. Par ailleurs, les élèves ne souhaitant pas recevoir un enseignement religieux en sont dispensés. C'est l'absence de la possibilité d'une telle dispense qui a valu à la Norvège sa condamnation pour violation de la liberté religieuse dans ses écoles³²⁸⁴. De même, les Etats n'ont pas l'obligation d'aménager les horaires scolaires de manière à permettre aux élèves d'observer les prescriptions de leur religion (comme le repos absolu du samedi³²⁸⁵), ni l'obligation de s'abstenir de dispenser une éducation sexuelle aux élèves dès lors qu'elle vise à leur donner une information objective et scientifique sur la sexualité de l'être humain³²⁸⁶. Pour la Cour, entre le droit de l'enfant à s'instruire et celui des parents au respect de leurs croyances religieuses, le premier prime sur le second³²⁸⁷. De manière générale, concernant les obligations des Etats en matière d'éducation, la Cour considère qu'ils n'ont pas obligation de dispenser les élèves des obligations scolaires pour peu que leurs parents les considèrent contraires à leurs convictions religieuses. Ces derniers peuvent toujours exercer leur droit « d'éclairer et de conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateurs, et de les orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses ou philosophiques³²⁸⁸ ».

Respect de la liberté religieuse au travail. Le respect de cette liberté a été mis en cause à propos de l'accès à une profession et de son exercice, ainsi que de l'organisation d'un travail salarial. Concernant l'accès à une profession, la Cour a condamné toute discrimination fondée directement ou indirectement sur des convictions religieuses. En effet, en tenant compte de l'interdiction de

³²⁸² Le programme scolaire comporte des cours de religion dont la majeure partie est consacrée à la religion orthodoxe.

³²⁸³ « L'article 9 de la Convention ne confère pas le droit de se soustraire à des règles disciplinaires d'application générale et neutre », CEDH, *Valsamis c. Grèce*, préc., § 36.

³²⁸⁴ CEDH, *Folgero et autres c. Norvège*, préc.

³²⁸⁵ Demande de dispense des cours le samedi pour repos absolu (exigence de l'église adventiste du 7^{ème} jour), D 44888/98 (Martins Casimiro et Cerveira Ferreira/Luxembourg), 27.4.99.

³²⁸⁶ CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, préc. ; et CEDH, *Alonso et Merino (déc.)*, préc.

³²⁸⁷ CEDH, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira/Luxembourg (déc.)*, n° 44888/98, 27.4.99.

³²⁸⁸ CEDH, *Valsamis c. Grèce*, préc., § 31.

discrimination fondée, entre autres motifs, sur les convictions religieuses, la Cour a estimé que l'exclusion d'un témoin de Jéhovah d'exercer la profession d'expert comptable au motif de sa condamnation pour refus d'accomplir le service militaire constituait bien une atteinte à cette interdiction. Si la condamnation pénale est un motif en soi non discriminatoire dans la réglementation de l'accès à cette profession, en revanche le fait de ne faire aucune distinction entre les motifs de condamnation peut conduire à un traitement discriminatoire des personnes concernées³²⁸⁹. De même, cette instance a condamné le licenciement d'une personne fondé implicitement sur ses convictions religieuses³²⁹⁰. En revanche la Cour a rejeté une requête ayant trait au respect des convictions religieuses dans la réglementation de l'exercice d'une profession. En l'occurrence, elle a estimé que des pharmaciens ne peuvent pas refuser de vendre certains produits en faisant prévaloir, et imposant ainsi à autrui, leurs convictions religieuses³²⁹¹ et que les professeurs ne peuvent pas faire prévaloir leurs convictions religieuses sur le code vestimentaire applicable à tout le personnel enseignant d'une école sans distinction³²⁹². La Commission a, quant à elle, eu l'occasion d'exprimer qu'il n'incomberait pas une quelconque obligation aux Etats de garantir un aménagement des horaires de travail pour permettre aux travailleurs de différentes religions d'accomplir leurs obligations religieuses³²⁹³.

Respect de la liberté religieuse dans l'armée. Pour la Cour, la vie militaire implique par nature la possibilité d'apporter des restrictions à l'exercice de certains droits et libertés afin de maintenir l'ordre. Ces restrictions ne peuvent cependant pas aller jusqu'à la suppression de l'exercice de ces droits et libertés³²⁹⁴. Ainsi, a-t-elle justifié la sanction disciplinaire d'un magistrat à la Cour militaire pour avoir été influencé dans l'exercice de ses fonctions par ses convictions religieuses³²⁹⁵. Et elle a

³²⁸⁹ « La Cour estime qu'en principe les Etats ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable. Toutefois, elle considère par ailleurs que, contrairement à des condamnations pour d'autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession », CEDH, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], préc., §47.

³²⁹⁰ La requérante, employée en qualité d'agent administratif dans une école de la ville de Ruse, était membre d'une communauté chrétienne évangélique connue sous le nom de « Verbe de Vie », laquelle agissait dans la clandestinité car les autorités avaient refusé de procéder à son enregistrement, CEDH, *Ivanova c. Bulgarie*, n° 52435/99, 2007-IV.

³²⁹¹ CEDH, *Pichon et Sajous France (déc.)*, n° 49853/99, 4.10.2001.

³²⁹² CEDH, *Kurtulmus c. Turquie (déc.)*, préc.

³²⁹³ Personne de religion juive, travaillant aux chemins de fer, se plaignant de la violation de la liberté religieuse : elle a été licenciée suite à son abstention de se présenter au lieu du travail le vendredi soir et ce suite au refus de la direction de le dispenser de l'obligation de travailler pendant ce moment précis de la semaine. La Commission a déclaré irrecevable sa requête, estimant que son licenciement n'était pas dû à ses convictions religieuses mais au non-respect de ses obligations contractuelles du travail. Pour la Commission, elle avait la possibilité de démissionner, ce qui constitue l'ultime garantie de sa liberté religieuse. (D 24949/94 (*Konttinen/Finlande*), 3.12.1996:

³²⁹⁴ Surtout que le requérant a embrassé la carrière militaire ; il s'est donc volontairement plié au système disciplinaire a précisé la Cour à propos de la limitation d'un magistrat à la cour militaire de manifester des convictions et opinions religieuses dans l'exercice de sa profession. Cette limitation découle de manière générale « de sa situation particulière ». Il découle donc de manière générale que la discrétion sur les convictions religieuses est requise sur le lieu de travail de la part d'un supérieur hiérarchique, CEDH, *Kalaç c. Turquie*, préc., §§ 27-28.

³²⁹⁵ *Ibid.*

retenu le prosélytisme exercé sur un soldat de la part d'un supérieur hiérarchique qui avait engagé des conversations sur ses convictions religieuses. La Cour a estimé qu'en raison du pouvoir hiérarchique qui caractérise l'organisation de l'armée le manque de discrétion sur les convictions religieuses peut être considéré comme une forme de pression contraire à la liberté religieuse des subordonnés³²⁹⁶.

En ce qui concerne la protection de cette liberté à l'égard des détenus, elle jouit d'une protection inégale suivant les aspects concernés.

B. L'application en prison

Le droit des détenus au respect de la liberté religieuse, comme de la pensée et de conscience tel qu'il est entendu au sens de l'article 9 de la Convention, ne fait pas de doute. A ce propos, notons que les Règles pénitentiaires de 2006 n'annoncent plus la pratique religieuse comme une forme d'assistance religieuse et morale, mais comme un droit des détenus au même titre que la liberté de pensée et de conscience. Elles recommandent aux Etats d'assurer aussi bien la pratique d'une religion individuellement et en groupe, que les visites des représentants religieux ainsi que la possession des livres ou publications à caractère religieux ou spirituel³²⁹⁷. Mais la question qui se pose toujours est celle des limitations acceptables dans le respect effectif de ces aspects.

Les questions abordées jusqu'à ce jour dans la jurisprudence européenne ont porté, d'une part, sur sa pratique en détention (1), et sur la relation entre l'exercice de cette liberté et le respect de la liberté d'expression et d'information des détenus (2). Les deux révéleront que la liberté religieuse est appliquée dans la prison de manière inégale par rapport à l'extérieur.

1. La pratique de la religion

Le non-respect du pluralisme religieux fut allégué par les détenus à propos du port des signes religieux, des restrictions alimentaires, des contacts avec des représentants des cultes et de la pratique en groupe. Concernant l'ensemble de ces aspects, la Commission avait estimé que les restrictions litigieuses n'avaient pas porté atteinte à l'exercice de la liberté religieuse. La Cour, dans une seule affaire, où elle avait été invitée de se prononcer sur des questions corrélatives, précisément sur le régime juridique d'un condamné à mort qui ne lui permettait pas d'assister au service religieux

³²⁹⁶ CEDH, *Larissis et autres c. Grèce*, préc., §§ 45-55.

³²⁹⁷ « Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion des détenus doit être respecté », (règle 29. 1). « Le régime carcéral doit être organisé, autant que possible, de manière à permettre aux détenus de pratiquer leur religion et de suivre leur philosophie, de participer à des services ou réunions menés par des représentants agréés desdites religions ou philosophies, de recevoir en privé des visites de tels représentants de leur religion ou leur philosophie et d'avoir en leur possession des livres ou publications à caractère religieux ou spirituel » (règle 29. 2).

hebdomadaire ouvert aux autres détenus ni de recevoir la visite d'un aumônier, les a analysés comme des ingérences. Mais, ayant conclu à leur illégalité, n'étant pas fondées sur une loi au sens européen, elle n'est pas entrée dans l'appréciation de leur légitimité ni de leur nécessité dans une société démocratique³²⁹⁸.

Le port des signes religieux. Pour aucune des requêtes dans lesquelles les détenus se sont plaints d'un empêchement de manifester leur religion par un mode vestimentaire particulier, une coupe de cheveux, le port d'un chapelet etc, la Commission n'avait fait prévaloir le respect de ces aspects de la vie religieuse sur les raisons opposées par les autorités pénitentiaires, essentiellement fondées sur le maintien de l'ordre de la prison. Par exemple, à propos du refus d'autoriser un détenu bouddhiste à se laisser pousser une barbiche et à porter un chapelet, la Commission a fait siens les arguments des autorités pénitentiaires : le refus était justifié « par la nécessité de pouvoir identifier facilement le requérant », et, en général, d'assurer la sécurité de la prison³²⁹⁹.

Les prescriptions alimentaires. A propos des prescriptions alimentaires exigées par une religion, la Commission, alors qu'elle estimait que les autorités pénitentiaires doivent en tenir compte et les satisfaire, s'était montrée peu exigeante quant à l'étendue de leurs obligations concrètes. Ainsi, à propos de la demande d'un détenu de confession juive de bénéficier d'un régime kasher, elle avait considéré qu'en lui offrant un régime végétarien, « les autorités ont fait leur possible pour respecter les convictions du requérant³³⁰⁰ ».

Les contacts avec un représentant de son culte. Quant à l'obligation d'assurer aux détenus des contacts avec un représentant de leur culte, elle peut être réduite à des formes très élémentaires. C'est par un raisonnement identique à celui précité, à savoir que les autorités « ont fait leur possible pour respecter les convictions du requérant », que la Commission avait estimé conforme à l'article 9 de la Convention l'autorisation accordée à un détenu qui demandait à s'entretenir avec un représentant du culte juif de recevoir un visiteur juif laïc en présence de l'aumônier de la prison³³⁰¹.

La pratique de la religion en groupe. Le respect de la liberté religieuse comporte également le droit de pratiquer la religion en groupe. Cette question n'a pas encore fait l'objet d'examen par les instances européennes, depuis que la théorie « des limitations implicites » des droits de l'homme à l'égard des personnes privées de leur liberté fut abandonnée. Signalons seulement que, durant l'application de cette théorie, la Commission avait estimé, à propos du refus d'autoriser un détenu à manifester sa religion en communauté avec d'autres par la prière, l'enseignement religieux, la

³²⁹⁸ CEDH, *Poltoratski c. Ukraine*, préc., §§ 163-171.

³²⁹⁹ D 1753/63 (X/Autriche), Ann. 1965

³³⁰⁰ D 5947/72 (X/R.U.), 5.3.1976, D.R. 5, pp. 8-9.

³³⁰¹ *Ibid.*

pratique et l'observance, que « certaines restrictions à ce droit (au droit à la liberté religieuse) sont un élément inhérent à une détention légale³³⁰² ».

Même lorsque le droit de manifester sa religion ou de recevoir l'enseignement religieux comporte des aspects impliquant la liberté d'expression et d'information en général, sa protection ne s'en trouve pas plus renforcée.

2. Absence d'influence de la liberté d'expression et d'information dans le respect de la liberté religieuse

S'agissant des moyens d'expression communs (oraux, écrits, audiovisuels), la liberté de manifester des idées religieuses et d'en recevoir devrait être renforcée par l'application conjointe des articles 9 et 10 de la Convention. Or tel n'est pas encore le cas dans la jurisprudence relative au respect de la liberté religieuse dans la prison.

Négation de l'implication de la liberté d'expression par la liberté religieuse. Dans l'affaire précitée, le détenu bouddhiste s'était plaint, de surcroît, de l'interdiction d'envoyer des écrits à une revue pour y être publiés. Or la Commission n'avait pas tenu compte de l'argument du requérant, à savoir que « l'échange des idées est un élément de la pratique de cette religion³³⁰³ ». Elle a estimé que « le requérant n'a pas démontré en quoi la religion impliquait la publication d'articles dans une revue bouddhiste³³⁰⁴ ».

Limitation de l'accès à l'information et à l'enseignement. La Commission avait également justifié des restrictions dans l'accès des détenus aux livres, même régulièrement publiés. Ce fut le cas à propos du refus opposé au requérant précédent de recevoir un livre commandé à l'extérieur³³⁰⁵. Tout en analysant ce refus comme une ingérence dans la liberté religieuse, la Commission l'avait justifiée en souscrivant aux raisons invoquées par le gouvernement défendeur, à savoir le contenu répréhensible du livre. Celui-ci comportait un chapitre consacré aux arts martiaux et aux techniques de défense. Pour conclure que « la tâche légale de l'autorité pénitentiaire est de prévenir la dissémination des connaissances des techniques de self-défense à l'intérieur de la prison » ; par conséquent, la rétention de ce livre était « nécessaire dans une société démocratique... pour la protection des droits et libertés des autres³³⁰⁶ ».

³³⁰² D 4517/70, (Hubert/Autriche), préc.

³³⁰³ D 5442/72 (X/R.U), 20.12.1974, DR. 1, p.41.

³³⁰⁴ *Ibid.*, p.41. (D 5442/72 (X/R.U))

³³⁰⁵ D 6886/75 (X/R.U), 18.5.1976, DR 5, pp. 100-102.

³³⁰⁶ *Ibid.*

Aussi, alors qu'on s'attendait à ce que la force jointe de la liberté religieuse et de la liberté d'expression et d'information contribuerait à renforcer le respect mutuel de ces deux libertés, dans la prison il n'en est rien jusqu'à présent. Peut-être la venue d'une jurisprudence de la Cour en la matière et le caractère évolutif de l'interprétation de la Convention contribueront-ils à une meilleure garantie de la liberté religieuse dans la prison.

Au vu de cette jurisprudence, nous ne pouvons pas affirmer que la protection de la liberté religieuse des détenus requise par la Convention soit plus importante que celle assurée par les droits nationaux.

§ 2. L'application au sein des droits nationaux

La liberté religieuse fait partie des libertés constitutionnelles aussi bien dans le droit grec que dans le droit français.

Protection constitutionnelle en droit grec. C'est en termes de « liberté inviolable » que la liberté religieuse est consacrée par le premier paragraphe de l'article 13 de la Constitution grecque, suivie par la proscription de discrimination fondée sur les convictions religieuses : « La liberté de la conscience religieuse est inviolable. La jouissance des libertés publiques et des droits civiques ne dépend pas des convictions religieuses de chacun ». Toutefois, les paragraphes suivants de cet article prévoient des restrictions qui ont donné lieu à des lois et à une jurisprudence mises en cause à plusieurs reprises devant la Cour européenne. Le deuxième paragraphe de l'article 13 précise : « Toute religion connue est libre » ; l'exercice du culte ne doit pas porter atteinte « à l'ordre public et aux bonnes mœurs » ; le prosélytisme est interdit. Enfin, le quatrième paragraphe de ce même article prévoit que le devoir d'accomplir les obligations envers l'Etat et de se conformer aux lois prévaut sur le respect de la liberté religieuse.

Or la protection effectivement assurée par les lois et les tribunaux aux religions connues s'est avérée défailtante au regard de la protection conventionnelle. En plus de la différence de statut entre la religion orthodoxe et les autres³³⁰⁷, qui, bien qu'elle ne soit propre ni à la Grèce ni à l'orthodoxie³³⁰⁸, peut en soi être condamnable pour discrimination, la première étant déclarée religion

³³⁰⁷ Parmi les religions connues, seule la religion musulmane dans les trois provinces du Nord-Est de la Grèce (où la présence des musulmans est forte) et la religion juive jouiraient d'une protection satisfaisante. Le problème rencontré par les autres confessions est la non-reconnaissance de statut de personne morale de droit public ; elles sont organisées sous forme d'association régie par le droit civil. Ch. PAPASTATHIS, « Le régime constitutionnel des cultes en Grèce », In *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union européenne*, Actes de colloque, Université Paris XI, 18-19 Nov. 1994, Litec, 1995, pp. 153-170).

³³⁰⁸ Par exemple, jouissent d'un traitement privilégié, au Danemark, l'église luthérienne, et, au Royaume-Uni, la religion protestante réformée. J. DUFFAR, « Le régime constitutionnel des cultes », Rapport de synthèse, In *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union européenne*, Actes du colloque, Université Paris XI, 18-19 nov. 1994, Litec, 1995, pp. 11.

officielle de l'Etat grec, la liberté des autres religions connaît deux limitations. Il s'agit de la répression du prosélytisme et de l'exigence d'une autorisation pour ouvrir un lieu de culte ou de prière. Limitations dont le seul fondement devrait suffire à les rendre critiquables³³⁰⁹ : ces ingérences sont fondées sur les lois n° 1363/1938 et n° 1672/1939, dites « lois de nécessité », qui datent des années de la dictature de 1936-1941. Ces lois ont d'ailleurs déjà valu la condamnation de la Grèce dans certains arrêts de la Cour, pour violation de l'article 9 de la Convention.

Protection constitutionnelle en droit français. La protection de la liberté religieuse fut reconnue comme fondamentale dès la *Déclaration française des droits de l'homme de 1789* : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses » (art. 10). Sa protection fut renforcée par la proclamation de la laïcité de la République française (instaurée depuis la séparation de l'église et de l'Etat par la loi du 9 décembre 1905³³¹⁰), et par la valeur constitutionnelle qu'ont acquis tant ce principe que la liberté religieuse, ainsi que l'égalité religieuse, depuis la Constitution de 1958. En plus de l'incorporation de la Déclaration de 1789 dans le texte de cette Constitution, par le renvoi de son Préambule, son article 2 est rédigé ainsi : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

Toutefois la laïcité, qui proscrie la manifestation et la pratique de toute religion dans la vie publique, ne manque pas non plus de soulever des questions au regard du respect de la liberté religieuse. La question fut, par exemple, soulevée devant les tribunaux français à propos de l'interdiction des élèves de religion musulmane de porter le « foulard islamique » dans les écoles publiques sous peine d'exclusion. Partant du principe que la liberté de manifester la religion est garantie dans une société démocratique, cette interdiction peut paraître comme une ingérence dans cette liberté : si l'école laïque ne tolère pas la manifestation de la religion en son enceinte, l'école démocratique le doit. Tel fut d'ailleurs la position du Conseil d'Etat. Saisi pour se prononcer sur cette question, il ne pas mis en cause l'interdiction du foulard mais la généralité des termes des règlements intérieurs des écoles en cause, qui stipulent l'interdiction du port de tout signe distinctif d'ordre religieux, politique ou philosophique. Pour cette instance, il faut établir si les conditions dans lesquelles le foulard est porté est de « nature à lui conférer le caractère d'un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, ou à perturber l'ordre dans l'établissement ou le

³³⁰⁹ Ph. VEGLERIS, « Quelques aspects de la liberté de religion en Grèce », *Rev. trim. DH*, 1995, pp. 355-566.

³³¹⁰ « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public » (art. 1, al. 1).

déroulement des activités d'enseignement »³³¹¹. Dans ces cas, ainsi que dans ceux où le signe religieux est ostentatoire ou revendicatif, son port devient répréhensible³³¹².

Les garanties dont jouit l'application de la liberté religieuse dans les prisons en Grèce et en France sont théoriquement conformes aux exigences conventionnelles (A), bien que certaines d'entre elles soient énoncées comme des prérogatives des représentants des religions plutôt que comme des droits des détenus (B).

A. L'application assurée par la considération de la religion comme un moyen d'éducation

Malgré l'évolution notable des droits pénitentiaires grec (1) et français (2) vers la garantie de la pratique religieuse comme une liberté des détenus, sa pratique n'a pas totalement perdu ses marques de moyen éducatif intégré dans le traitement des détenus.

1. L'application au sein du droit grec

La liberté religieuse fait partie des droits et libertés expressément reconnus aux détenus. Elle est même une des rares libertés qui figuraient dans le Code pénitentiaire de 1967, à l'époque donc de la dictature. Elle était également la seule à figurer au sein du Code précédent (Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus) dans la disposition consacrée aux droits fondamentaux des détenus (art. 5§4). Mais la disposition réglementant son exercice continuait à être intitulée « Education religieuse » (art. 44).

Dans le Code pénitentiaire actuel, cet intitulé a disparu. La disposition qui réglemente l'exercice de la liberté religieuse, l'article 39, est intitulée : « Exercice des devoirs religieux ». En même temps, elle a perdu sa place privilégiée parmi les droits fondamentaux des détenus. Elle n'y est plus mentionnée. La réglementation demeure pourtant inchangée, et elle est plutôt conforme aux exigences de sa pratique en tant que liberté des détenus. L'article 39 assure en effet les garanties suivantes. Le *caractère facultatif de la pratique religieuse* : « L'éducation religieuse est facultative... » (art. 39§1) ; et « les détenus peuvent, s'ils le souhaitent, signaler au moment de leur écrou, leur religion ou dogme » (art. 39§2). Le *droit de pratiquer sa religion individuellement* : « L'éducation religieuse est facultative et implique le droit du détenu d'accomplir ses devoirs religieux et de s'entretenir avec le représentant de son culte ou de son dogme » (art. 44 § 1). Le *droit de pratiquer sa religion en groupe*. Il est également prévu que dans chaque établissement existe une

³³¹¹ Arrêts du Conseil d'Etat du 2 novembre 1992 (*Kheronoa, Kachour, Balo, Kizic*), et du 14 mars 1994 (*Ylmaz*) cités in *Droits et libertés fondamentaux* (CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., dir.), 1997, 4e éd., Dalloz, pp. 278-279.

³³¹² CE, 20 mai 196 et CE, 5 nov. 1977, cités par Jean Loup CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, 2003-2004, Litec, p. 153.

chapelle ou un autre espace adéquat, où les détenus peuvent assister à l'office ou à d'autres célébrations religieuses (art. 39§3). Enfin une disposition, incluse dans l'article consacré à l'alimentation, prévoit le *respect des convictions religieuses* dans la préparation du régime alimentaire (art. 33§4).

2. L'application au sein du droit français

En droit français, la question de la religion continue à être traitée uniquement dans le chapitre consacré aux « actions de préparation à la réinsertion des détenus » (art. D 432 et s. C.P.P.). Il y est prévu que « chaque détenu doit pouvoir satisfaire aux exigences de sa vie religieuse, morale ou spirituelle » (art. D. 432, al.a, C.P.P.). Les dispositions suivantes assurent les mêmes garanties que le droit grec. La possibilité de pratiquer sa religion. « A son arrivée dans l'établissement, chaque détenu est avisé qu'il lui est loisible de recevoir la visite du ministre d'un culte et d'assister aux offices religieux » (art. D. 436, al.a, C.P.P.). *La possibilité de pratiquer sa religion individuellement.* Sont prévus à cet effet : l'entretien des contacts avec le ministre de leur culte (que nous venons de citer) et la disposition des outils pour accomplir les rites : « Les détenus sont autorisés à recevoir ou à conserver en leur possession les objets de pratique religieuse et les livres nécessaires à leur vie spirituelle » (art. D. 439, al.a, C.P.P.). *La possibilité de pratiquer sa religion en groupe.* Les détenus peuvent participer aux offices ou réunions organisés par les personnes agréées à cette effet (art. D 432, al.b, C.P.P.).

D'autres garanties dont jouit l'entretien des contacts avec l'aumônier de la prison laissent apparaître, quant à elles, qu'il s'agit plutôt des prérogatives accordées à l'institution de la religion sur ses fidèles.

B. L'application assurée par la force de la religion en tant qu'institution

On peut dire que, de même que le détenu ne perd pas le statut de « membre de famille » par sa détention, il ne perd non plus celui de « fidèle » au sein d'une religion. De même que le respect de la vie familiale est un droit reconnu à la fois au détenu et aux membres de sa famille, le respect de la religion est reconnu comme un droit à la fois du détenu et des représentants de sa confession. Mais la protection des contacts avec ces derniers présente une différence notable. Contrairement aux contacts familiaux, ceux avec les aumôniers jouissent du respect du secret (1) et de la liberté (2). Paradoxalement, cela est encore plus flagrant en droit français (dominé par la laïcité) qu'en droit grec.

1. Le secret des contacts

Le respect de la correspondance entre détenus et représentants de culte ne dénote plus, *en droit grec*, aucun privilège. Le secret de la correspondance est, depuis 1989, assuré à toute la correspondance des détenus. Il est actuellement garanti par l'article 53§4 du Code pénitentiaire. *En droit français*, en revanche, le respect de cette correspondance est une dérogation expresse au principe d'ouverture et de lecture du courrier des détenus : « Les détenus peuvent toujours correspondre librement et sous pli fermé avec l'aumônier de l'établissement » (art. D. 438, al.a, CPP).

Le secret des visites est également une preuve des liens privilégiés entre détenus et représentants de culte. En droit français, il est prévu que « l'entretien a lieu en dehors de la présence d'un surveillant, soit dans un parloir ou bureau, soit dans la cellule du détenu et, s'il se trouve en quartier disciplinaire, dans un local spécial » (art. D. 437, al.b, CPP). En droit grec la disposition qui assurait jusqu'en 1999 la même garantie (art. 44§5 CRFTD) a disparu dans le nouveau Code. Celui-ci laisse la réglementation des contacts avec le représentant religieux au règlement intérieur sans autre précision (art. 3§1 C. pénit.). Notons toutefois qu'en droit pénitentiaire grec, toutes les visites s'effectuent sans surveillance acoustique (art. 52§3 C. pénit.)

2. La liberté des visites

La liberté des visites, dont jouissent les aumôniers, constitue une preuve supplémentaire de la place privilégiée accordée à la religion dans la vie des détenus. En même temps, elle témoigne que cette liberté est un pouvoir accordé à cette institution, plutôt qu'un droit des détenus. Cela est clair en *droit français* où les visites des aumôniers et leur fréquence sont énoncées comme un pouvoir de ces derniers : « Les aumôniers nommés auprès de l'établissement peuvent s'entretenir aussi souvent qu'ils l'estiment utile avec les détenus de leur culte » (art. D. 437, al. a, Cpp). De surcroît, le maintien de ces visites prévaut sur les exigences de la discipline de la prison : « Aucune sanction disciplinaire ne peut entraîner la suppression de cette faculté » (articles D. 437, al.a, CPP). En *droit grec*, il est simplement prévu que les détenus reçoivent la visite de l'aumônier pour leur réconfort dans des lieux spéciaux de détention (art. 39§4 C. pénit.).

Que ce soit sous le poids de l'institution de la religion ou du progrès du respect des droits et libertés dans la prison, les dispositions relatives à la pratique religieuse des détenus laissent apparaître que celle-ci fait partie des libertés les mieux protégées dans les droits grec et français. Quant à savoir si cette protection est conforme à la Convention, nous ne pouvons l'affirmer tant que des requêtes ne sont pas introduites par des détenus devant la Cour, ou devant les instances nationales, pour permettre de s'assurer, d'une part, de l'application effective et sans discrimination de ces dispositions et, d'autre part, du respect de tous les aspects de pratique et de manifestation requis par les différentes religions. Des questions peuvent, par exemple, être posées sur le respect des prescriptions alimentaires ou vestimentaires, sur le port de signes religieux, etc. Si les prescriptions

alimentaires ainsi que le pouvoir des visites des représentants d'autres religions sont *a priori* respectés³³¹³, il n'est pas certain que les contacts des détenus avec ces derniers jouissent de garanties de la liberté des visites et du secret comme avec les aumôniers chrétiens. Il n'est pas non plus certain que les prescriptions réglementaires concernant, par exemple, le port du foulard par des femmes musulmanes, le port de certains habits ou d'une barbe par des bouddhistes ou encore le port d'une barbe et d'une kippa par des juifs, permettent aux détenus en Grèce et en France, de respecter les prescriptions de leur religion. Quant à la recommandation faite aux détenus souhaitant pratiquer leur religion, de la signaler aux autorités pénitentiaires, on peut se demander si elle n'est pas contraire à l'interdiction de constituer des fichiers contenant des informations pouvant être discriminatoires. Cette question se pose avec plus d'acuité en droit français, où la loi du 6 janvier 1978, dite « Informatique et libertés », interdit la constitution de fichiers manuels ou informatisés relatifs à l'identité religieuse des individus³³¹⁴.

*

Malgré les restrictions signalées dans l'exercice par les détenus du droit à l'éducation, à l'information et à la liberté religieuse, l'application de ces droits est marquée d'une nette amélioration par rapport à celle des droits qui garantissent la participation active des individus au devenir de la société démocratique.

³³¹³ Mais il semble que les dignitaires musulmans ne sont pas très enclins à s'y rendre, Père CLAVIER, « Les droits religieux des détenus », *préc.*, p. 20.

³³¹⁴ A. GARAY, « Liberté religieuse et prosélytisme : l'expérience européenne », *Rev. trim. DH*, (1994), n°17, p.17.

CHAPITRE 2. L'EXERCICE DES DROITS D'EXPRESSION

Il fut un temps où toute condamnation à la peine privative de liberté marquait d'infamie le détenu à tel point que celui-ci était automatiquement condamné à l'ostracisme. Il perdait les indispensables vertus pour exercer la fonction « noble » de citoyen : le vote. Il perdait aussi les qualités nécessaires pour participer au débat politique et, en général, à toute forme de débat public. La propagation des idées des détenus à l'extérieur serait nuisible à la société, ce qui commandait le cloisonnement de la prison par rapport à la société environnante. Mais il fut également un temps où toute parole des détenus était considérée comme néfaste au point de les avoir condamnés au silence quasi total entre eux. La règle du silence ne devrait être dérogée qu'en cas de « nécessité absolue » et les détenus doivent parler à voix basse³³¹⁵. Il allait sans dire que le détenu, considéré inapte à se mêler de la gestion des affaires publiques, l'était également à gérer les siennes. D'où le besoin de le priver de certaines capacités civiles, plus spécifiquement celles nécessaires à gérer ses biens, y compris son « pécule ». Le détenu était aussi privé de toute forme d'échange social, politique et commercial à l'intérieur de la prison ainsi qu'avec l'extérieur.

Depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, les droits nationaux ont marqué certains progrès, notamment dans l'exercice du droit de vote. En revanche, en ce qui concerne la liberté d'expression, les progrès ne sont pas significatifs. La jurisprudence européenne relative à l'application de ces droits en prison, dans son état actuel, n'est pas à même d'impulser une évolution vers une meilleure garantie de ces droits et libertés. Ce que nous allons voir en examinant successivement la liberté d'expression (**Section 1**), et les droits électoraux (**Section 2**). Comme l'a confirmé la Cour, dans l'affaire *Zdanoka*, (2006) : « L'article 3 du Protocole n° 1 s'apparente à d'autres dispositions de la Convention protégeant divers droits civiques et politiques tels que, par exemple, l'article 10, qui garantit le droit à la liberté d'expression, ou l'article 11, qui consacre le droit à la liberté d'association, y compris le droit de chacun à la liberté d'association politique avec d'autres personnes au sein d'un parti. Il existe indéniablement un lien entre toutes ces dispositions, à savoir la nécessité de garantir le respect du pluralisme d'opinions dans une société démocratique par l'exercice des libertés civiles et politiques³³¹⁶. »

SECTION 1. L'EXPRESSION GENERALE

Pas de société démocratique sans liberté d'expression. Tel est l'adage que l'on peut formuler au vu des déclarations de la Cour : « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels

³³¹⁵ Règle imposée en France par l'instruction et l'arrêté sur la nouvelle réforme disciplinaire des maisons centrales, du 10 mai 1839, *Code des prisons de 1670 à 1845*, préc., p. 242.

³³¹⁶ CEDH, *Zdanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, CEDH 2006-III, § 115.

de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun³³¹⁷ » ; elle est « la pierre angulaire des principes de la démocratie et des droits de l'homme protégés par la Convention³³¹⁸. De même cette déclaration du Conseil Constitutionnel français : cette liberté « est d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés³³¹⁹ ».

L'identification entre respect des droits de l'homme et démocratie³³²⁰ étant particulièrement mis en avant, à propos du droit à la liberté d'expression (ne serait-elle pas la vitrine des libertés, étant forcément la plus médiatisée), le défi est alors de taille dans son application en prison. Celle-ci est le lieu le plus critique pour une application des droits de l'homme conforme à l'esprit démocratique. Excepté l'importance de ce défi général pour la société démocratique, l'application de la liberté d'expression en prison présente également une importance propre, dès lors qu'elle contribue à la détermination de l'évolution du sens de cette peine. Une évolution, tout d'abord, vers la minimisation des effets privatifs de liberté et d'exclusion sociale. Les moyens d'expression, notamment audiovisuels, sont du point de vue psychologique pour les détenus et leurs proches, et du point de vue symbolique pour l'ensemble de la société, les plus à même de suppléer aux effets de la privation de contacts immédiats qu'implique l'enfermement physique. De par leur nature, ils constituent les moyens les plus puissants pouvant contrebalancer les effets des murs de la prison. Alors que les murs enferment, éloignent et excluent physiquement, les moyens de communication libèrent, rapprochent et maintiennent les liens entre les individus. Aux limites de la liberté physique, s'oppose la liberté de circulation de l'image et de la voix dont la diffusion ne connaît plus aucune sorte de frontière. De plus ces moyens de communication permettant d'entendre et de voir des détenus sont indéniablement les moyens les plus efficaces de déstigmatisation de l'image du détenu comme un autre (être étrange)

³³¹⁷ CEDH, *Sunday Times c. R.U.*, n° 6538/74, 27 oct. 1979, Série A n° 30, § 65. La Cour a constamment rappelé ce principe, dans des arrêts rendus ultérieurement en cette matière. Voir entre autres : CEDH, *Handyside c. R.U.*, n° 5493/72, 7 déc. 1976, Série A n° 24, § 49 ; CEDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, n° 10737/84, Série A, n° 133, § 33 ; CEDH, *Lingens c. Autriche*, n° 9815/828 juillet 1986, Série A, n° 103, § 41 ; CEDH, *Jerslov c. Danemark*, n° 15090/8923 sept. 1994, Série A n° 298, § 37 ; CEDH, *Chorherr c. Autriche*, n° 13308/87, 25 août 1993, Série A, n° 266-B, § 32 ; CEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, n° 13470/87, 20 sept. 1994, A295-A, § 49 ; CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 44 ; CEDH, *Hertel c. Suisse*, n° 25181/94, 25 août 1998, Recueil 1998-VI, § 46 ; CEDH, *Steel et autres c. R.U.*, n° 24838/94, 23 sept. 1998, Recueil 1998-VII, § 101 ; CEDH, *Öztaç c. Turquie*, n° 24914/94, CEDH 2002-X, § 67 ; CEDH, *Association Ekin c. France*, n° 39288/98, CEDH 2001-VII, § 56 ; CEDH, *Perna c. Italie*, n° 48898/99, CEDH 2001-VII, § 38 ; CEDH, *Tammer c. Estonie*, n° 41205/98, CEDH 2001-II, § 59 ; CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, n° 57829/00, CEDH 2004-V, § 40 ; CEDH, *Dupuis et autres c. France*, n° 1914/02, CEDH 2007-VI, § 33.

³³¹⁸ R 17851/91 (Vogt/Allemagne), 30.11.93, § 71.

³³¹⁹ CC. 10 et 11 octobre 1984, GDCC, 574, citée par P. Wachsmann dans « La liberté d'expression », in *Droits et Libertés fondamentaux*, Dalloz, 4e éd., 1997, pp. 281 et s.

³³²⁰ « La démocratie représente un élément fondamental de « l'ordre public européen ; Cela ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et sur une conception et un respect commun des droits de l'homme, d'autre part... la Cour a ainsi rappelé à plusieurs reprises que la Convention était effectivement destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique. En d'autres termes, la démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle », CEDH, *Zdanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 98.

et de la prison comme un lieu mystérieux et lointain. Ils permettent de prendre conscience que les détenus continuent à vivre parmi nous et que la prison est une composante de la vie de la cité. Les moyens d'expression présentent enfin, une autre importance notable : une importance dans le contrôle et la transparence de la prison. Ayant, au fil du temps, conquis un pouvoir d'investigation et de dénonciation, ces moyens se sont érigés en instance de protection supplémentaire contre l'arbitraire et les dysfonctionnements de nos sociétés. Ce rôle peut être d'autant plus déterminant pour l'évolution positive de l'image de la prison comme institution qui se plie aux règles de la démocratie, qu'elle est longtemps restée dans l'ombre, synonyme d'arbitraire.

Notons aussi que, pour que les moyens d'expression accomplissent ces multiples rôles, la liberté d'expression des détenus doit être conjuguée avec celle des personnes extérieures et surtout des journalistes et des cinéastes. Le droit des détenus à s'exprimer ne peut s'exercer sans la garantie concomitante du droit des journalistes et des cinéastes de s'exprimer sur la prison et sur les détenus, et d'avoir accès à ces derniers comme source d'information.

Or, en comparant l'application de la liberté d'expression dans ce domaine par rapport aux principes établis de son application dans une société démocratique, aussi bien au sein de la jurisprudence européenne (§ 1) qu'au sein des droits nationaux (§ 2), les défis pour la société démocratique semblent demeurer entiers. Les progrès réalisés sont peu importants pour qu'ils puissent témoigner d'une quelconque évolution significative de la société démocratique eu égard à l'évolution du fonctionnement de ses prisons.

§ 1. L'application au sein de la jurisprudence européenne

Alors que les garanties dont la Cour exige d'entourer l'application de la liberté d'expression en général sont, nous allons le voir, à la hauteur de l'importance qu'elle lui accorde dans une société démocratique (A), il n'en est pas de même, loin s'en faut, en ce qui concerne son application dans la prison et sur la prison. Les restrictions justifiées sont telles qu'elles nous laissent dubitatifs quant aux limites distinctives d'une société démocratique par son rapport à une société non démocratique (B).

A. L'application générale

La définition européenne large de la liberté d'expression (1) et le seuil de nécessité démocratique élevé dans la justification des restrictions de son exercice (2) confirment l'importance capitale accordée à cette liberté.

1. Définition large de la liberté d'expression

Par liberté d'expression telle qu'elle est consacrée par l'article 10 de la Convention³³²¹, on entend aussi bien le contenu d'expression **(a)** que les moyens d'expression **(b)**.

a. La définition au regard du contenu d'expression

Seule la garantie d'un contenu large de la liberté d'expression est propre à une société démocratique. C'est ce que révèlent deux séries de déclarations de la Cour, constamment réitérées dans ses arrêts. Une première porte sur la nature des informations et des idées : l'article 10 garantit « la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées qui permettent de participer à l'échange public des informations et des idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte³³²² ». Une seconde porte sur l'étendue du contenu de chaque type d'information et d'idée : dans une société démocratique, cette liberté « vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population ; ainsi le veulent le "pluralisme", la "tolérance" et l'"esprit d'ouverture" sans lesquels il n'est pas de société démocratique³³²³ ».

b. La définition au regard des moyens d'expression

L'étendue de la liberté d'expression est également déterminée par les moyens d'expression protégés par l'article 10 de la Convention. L'écriture, la parole, mais aussi l'image sont en principe protégés quel que soit leur support technique. A propos de *l'écrit* et *de la parole*, la Commission avait déclaré que leur protection relève de l'ordre de l'évidence : « Le droit de dire et d'écrire ce que l'on pense sont deux aspects fondamentaux de la liberté d'expression : ce sont là les moyens essentiels et les plus simples de s'exprimer et ils sont manifestement garantis par l'article 10 de la Convention³³²⁴ ». Quant à *l'image*, et en général toute forme d'expression artistique, elles sont

³³²¹ « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

³³²² CEDH, *Groppera radio AG et autres c. Suisse*, n° 10890/84, 28 mars 1990, Série A, § 55 ;

³³²³ CEDH, *Handyside c. R.U.*, préc., § 49 ; CEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, préc., § 49 ; CEDH, *Worm c. Autriche*, n° 22714/93, 29 août 1997, Recueil 1997-V, préc., § 47 ; CEDH, *Hertel c. Suisse*, préc., § 46 ; CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 44 ; CEDH, *Zana*, 25 nov. 1997, § 51 ; CEDH, *Perna c. Italie*, préc., § 38 ; CEDH, *Tammer c. Estonie*, préc., § 59 ; CEDH, *Öztürk c. Turquie*, préc., § 67 ; CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40.

³³²⁴ R 8231/78, (T/R.U), 12.10.1983, D.R., 49, p. 5 s.

protégées de manière implicite dès lors que la télévision et le cinéma sont mentionnés dans l'article 10. Plus précisément, les supports techniques d'expression protégés par l'article 10 sont les suivants.

Edition et distribution des livres et des imprimés. Etant les moyens les plus anciens de diffusion des idées et des opinions, la question de leur protection par l'article 10 n'a même pas été discutée devant la Cour³³²⁵.

Réalisation et diffusion des émissions par des moyens audiovisuels. Si leur protection paraît également incontestable, la radiophonie et la télévision étant expressément mentionnées dans l'article 10 de la Convention, la Cour a toutefois été invitée à le confirmer : « La diffusion des programmes par voie hertzienne comme leur retransmission par câble relèvent du droit consacré par les deux premières phrases de l'article 10 §1, sans qu'il faille distinguer selon le contenu des programmes », a-t-elle déclaré, en 1990, dans l'arrêt *Groppera radio AG et autres*³³²⁶.

Journalisme écrit et audiovisuel. Non seulement la Cour a confirmé que les moyens audiovisuels sont protégés par l'article 10 de la Convention, mais elle a, de surcroît, fini par leur reconnaître, en tant que moyens également d'information, un rôle aussi important que la presse écrite. Les principes sur la liberté de la presse, « formulés d'abord pour la presse écrite, s'appliquent à n'en pas douter aux moyens audiovisuels », a-t-elle affirmé à propos des poursuites d'un journaliste pour un reportage télévisé qu'il avait réalisé³³²⁷. En ce qui concerne la garantie de la presse dans ce sens général, soulignons d'abord que, bien que l'article 10 de la Convention ne lui réserve pas un traitement particulier, la Cour lui consacre une garantie privilégiée parmi les moyens d'expression. Cette instance a, à plusieurs reprises, déclaré que les principes qui régissent la garantie de la liberté d'expression au sein de la jurisprudence européenne « revêtent une importance particulière pour la presse³³²⁸ ». La considérant comme le moyen qui, par excellence, contribue au débat public sur des idées d'intérêt général, la jurisprudence européenne lui reconnaît un « rôle éminent dans un Etat de droit³³²⁹ », « dans le bon fonctionnement d'une démocratie politique³³³⁰ » et d'une « société démocratique³³³¹ ». Un rôle qualifié de « pourvoyeur d'information³³³² », de « chien de garde

³³²⁵ CEDH, *Handyside c. R.U.*, préc., (à propos de la saisie d'un livre).

³³²⁶ CEDH, *Groppera radio AG et autres c. Suisse*, préc., § 55.

³³²⁷ CEDH, *Jersild c. Danemark*, préc., § 31.

³³²⁸ CEDH, *Lopez Gomes da Silva c. Portugal*, n° 37698/97, CEDH 2000-IX, § 30 ; CEDH, *Özgür Gündem c. Turquie*, n° 23144/93, CEDH 2000-III, § 58 ; CEDH, *Colombani et autres c. France*, n°51279/99, CEDH 2002-VI, § 56.

³³²⁹ CEDH, *Prager et Oberschlick*, n° 15974/90, 26, 26 avril 1995, Série A n°313, § 28 ; CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40 ; CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., n°1914/02, CEDH 2007-VI, § 33.

³³³⁰ CEDH, *Öztürk c. Turquie*, préc., § 67.

³³³¹ CEDH, *Tammer c. Estonie*, préc., § 62 ;

³³³² R 15153/89 (*Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Berthold Gubi/Autriche*), 30.6.93, § 75.

public³³³³ », ou encore de « gendarme au service du public³³³⁴ ». Cette dernière expression fut employée à propos du rôle des moyens audiovisuels dans la diffusion des informations et la contribution aux débats publics. Soulignons, ensuite, que ce rôle est renforcé par la considération de la diffusion des informations et des idées par des journalistes comme l'exercice non seulement d'un droit individuel mais aussi d'une fonction et donc d'un devoir social : « Il incombe à la presse de communiquer des idées et des informations sur des questions d'intérêt public³³³⁵. En fait, il s'agit d'un droit dans l'exercice duquel intérêt individuel et intérêt collectif, loin de s'opposer, se rejoignent et se renforcent réciproquement : « A la fonction de la presse qui consiste à en diffuser, s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir³³³⁶ ». Il est donc de l'intérêt de la société démocratique d'assurer et de maintenir la liberté de la presse³³³⁷. Soulignons que la Cour a accordé le rôle de « chienne de garde » également aux associations militantes telles que les ONG qui militent pour la protection de l'environnement³³³⁸.

Arts. Tout en soulignant que « l'article 10 de la Convention ne précise pas que l'expression artistique entre dans son champ d'application », la Cour a reconnu qu'elle doit être entendue dans un sens large. Par conséquent, le terme « art » doit comprendre aussi bien la création, l'interprétation, l'exposition et la diffusion, elle a affirmé que le droit à la liberté d'expression « englobe à l'évidence l'expression artistique, car celle-ci fait partie des moyens de communication et d'information qui permettent de participer à l'échange public des informations et des idées culturelles, politiques et sociales³³³⁹ » ; et de préciser que « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique. D'où l'obligation pour l'Etat de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression³³⁴⁰ ». Par ailleurs, le *texte de l'article 10 §1 de la Convention* mentionnant les activités des « entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision », il ne fait pas de doute que celles-ci « s'étendent au domaine de l'art³³⁴¹ ».

³³³³ *Ibid.*, § 75. Voir aussi R 19983/92 (De Haes et Gijssels c/Belgique), préc., § 79 ; CEDH, *Jersild c. Danemark*, préc., § 31 ; CEDH, *Colombani et autres c. France*, préc., § 55 ; CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40 ; CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 46.

³³³⁴ R 15890/89 (Jersild/Danemark), 8.7.93.

³³³⁵ CEDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, n° 19983/92, 24 févr. 1997, Recueil 1997-I, § 47 ; CEDH, *Colombani et autres c. France*, préc., § 55.

³³³⁶ CEDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc., § 47 ; CEDH, *Sürek et Özdemir c. Turquie*, n°s 23927/94, 24277/94, CEDH 1999-VII, § 58 ; CEDH, *Öztürk c. Turquie*, préc., § 67 ; CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40 ; CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 35.

³³³⁷ CEDH, *Fressoz et Roire c. France*, n° 29183/95, CEDH 1999-I, § 45, § 56. Elle a précisément souligné : « Lorsqu'il y va de la presse, le pouvoir d'appréciation nationale se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse », CEDH, *Thoma c. Luxembourg*, n° 38432/97, CEDH 2001-III, § 48 ; CEDH, *Colombani et autres c. France*, préc., § 57.

³³³⁸ CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 42.

³³³⁹ CEDH, *Müller c. Suisse*, préc., § 27.

³³⁴⁰ *Ibid.*, § 33.

³³⁴¹ *Ibid.*, § 27.

Réunions, manifestations et distributions des tracts. En se fondant sur l'article 10 seul ou en lien avec l'article 11 de la Convention, qui garantit la liberté de réunion et d'association, la Cour a étendu la liste aux moyens suivants : *la distribution des tracts*³³⁴², *les réunions et manifestations de nature pacifique* (ex. rassemblements en brandissant des banderoles et en distribuant des tracts³³⁴³, ou immixtions dans la foule lors d'une cérémonie en brandissant des banderoles et en distribuant des tracts³³⁴⁴), mais aussi les *manifestations de nature musclée* (ex. blocage des passages des chasseurs pour s'opposer à la chasse et blocage des terrains pour s'opposer à l'extension d'une autoroute³³⁴⁵).

Action et expression des associations. A propos de la condamnation d'une ONG pour des critiques exprimées sur le comportement des autorités locales en matière d'aménagement des espaces, la Cour a déclaré que l'expression de telles associations est essentielle pour les sociétés démocratiques. Elles accomplissent un rôle similaire à celui de la presse tel que défini par sa jurisprudence constante. Elles doivent alors, pour mener leurs tâches à bien, pouvoir divulguer des faits de nature à intéresser le public, à leur donner une appréciation et contribuer ainsi à la transparence des activités des autorités publiques. Par conséquent, a-t-elle conclu à propos de la condamnation de l'ONG en question, « en tant qu'organisation non gouvernementale spécialisée en la matière, la requérante a exercé son rôle de 'chien de garde' conféré par la loi sur la protection de l'environnement³³⁴⁶ ».

Engagement actif à un parti politique et candidature aux élections. On déduit de l'arrêt *Vogt*³³⁴⁷, portant sur la suspension d'un professeur de lycée, en Allemagne, pour avoir exprimé ses opinions politiques (communistes) en restant membre actif d'un parti politique et en se portant candidate aux élections, que ces formes d'engagement politique constituent des moyens d'expression. La Cour a examiné la mesure litigieuse essentiellement sous l'angle de l'article 10. Par ailleurs, cette instance considère l'article 3 du Protocole n° 1 relatif aux élections comme « une *lex specialis* » par rapport à l'article 10³³⁴⁸ ».

³³⁴² Ce grief fut soulevé à propos de la limitation du nombre des tracts distribués contre l'avortement en période préélectorale informant les électeurs des positions des candidats sur l'avortement. Motif de cette limitation : ces personnes ne faisant pas partie de celles autorisées à engager à des fins de publication et d'autres formes de communication en période préélectorale des dépenses dépassant cinq livres, CEDH, *Bowman c. R.U.*, n° 24839/94, 19 févr. 1998, Recueil 1998-I, § 42.

³³⁴³ Distribution des tracts devant un centre de conférence et usage des banderoles contre la vente d'armes, CEDH, *Steel et autres c. R.U.*, préc.

³³⁴⁴ Contre l'armée (en perturbant une cérémonie militaire, CEDH, *Chorherr c. Autriche*, préc., § 33

³³⁴⁵ Pour la Cour il s'agissait d'une forme d'expression d'opinion au sens de l'article 10, CEDH, *Steel et autres c. R.U.*, préc., § 92.

³³⁴⁶ CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 42.

³³⁴⁷ CEDH, *Vogt c. Allemagne*, n° 17851/91, 26 sept. 1995, Série A n°323.

³³⁴⁸ *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], 74025/01, CEDH 2005-X, § 89.

Publicité. Elle fait partie des moyens d'expression quels que soient les modes d'expression (textes accompagnés ou pas d'images), les supports techniques (presse écrite, radio, télévision, affichage etc.) et la nature du message³³⁴⁹, y compris les messages commerciaux³³⁵⁰.

Enfin, il est certain qu'avec le progrès des moyens technologiques de communication, la liste des moyens d'expression protégés va s'élargir. Ainsi, il ne fait pas de doute, bien que la Cour n'ait pas eu à se prononcer, que la protection de l'article 10 s'applique à l'*internet* et, en général, aux *multimédias*.

2. Nécessité démocratique stricte

Si l'article 10 consacre la liberté d'expression, par excellence identifiée à la société démocratique, c'est aussi lui qui comporte le champ le plus large des buts légitimant des restrictions dans son exercice. Cette liberté peut être restreinte pour les raisons suivantes : la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la sûreté publique, la défense de l'ordre, la prévention du crime, la protection de la santé, de la morale et de la réputation ou des droits d'autrui, l'empêchement de la divulgation d'informations confidentielles, et la garantie de l'autorité et de l'impartialité au pouvoir judiciaire. Toutefois, la liberté d'expression étant trop précieuse pour la société démocratique, la Cour européenne a déclaré qu'elle entendait exercer un contrôle étendu sur son application par les droits nationaux³³⁵¹.

Avant de déterminer le seuil de la nécessité démocratique, quelques remarques sont à faire à propos de la prévisibilité légale des restrictions de la liberté d'expression. La jurisprudence européenne a rappelé les principes communs aux restrictions de tous les droits ou libertés consacrés par la Convention. Elles doivent avoir une base légale et accessible aux justiciables³³⁵², être annoncées avec « assez de précision »³³⁵³ et délimiter le pouvoir de réglementation dont disposent les autorités compétentes en matière de restrictions³³⁵⁴. Mais elle a aussi apporté certaines précisions à propos des restrictions de la liberté d'expression. Ainsi la Cour a jugé que les termes « contenu répréhensible » et « publication de provenance étrangère » sont assez vagues pour répondre aux

³³⁴⁹ CEDH, *Lehideux et Isorni c. France*, n° 24662/94, 23 sept. 1998, Recueil 1998-VII. Voir Ch. JACQ, F. TEITGEN, « Affaires de presse », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'Etat*, pp. 89-120. (notamment pp. 105-109).

³³⁵⁰ CEDH, *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, CEDH 2001-VI, § 69.

³³⁵¹ Voir à propos du contrôle européen exercé sur l'application de la liberté d'expression par les droits nationaux, F. MASSIAS, *Restrictions nécessaires dans une société démocratique et politique criminelle...*, préc.

³³⁵² CEDH, *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, préc., § 52. Voir *Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, CEDH 1999-II.

³³⁵³ CEDH, *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, préc., § 55. Voir CEDH, *Hertel c. Suisse*, préc., § 35 ; CEDH, *Malone c. R.U.*, préc., § 66 ; CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 37.

³³⁵⁴ CEDH, *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, n° 15153/89, 19 déc. 1994, Série A n°302, § 31.

exigences de prévisibilité légale. A moins que la loi qui prévoit de tels termes contienne des précisions ou que l'autorité compétente pour en apprécier le contenu ait élaboré des règles permettant de les cerner. Elle a, par exemple, jugé que l'interdiction de distribuer une revue dans les casernes au motif que le *contenu était répréhensible* ne respectait pas les exigences de clarté de la loi³³⁵⁵ ni de délimitation du pouvoir d'appréciation du ministre compétent. Ce dernier n'avait pas établi des règles de procédure et des critères clairs et précis concernant les autorisations relatives à l'entrée des revues dans les casernes³³⁵⁶. Par ailleurs, l'interdiction prévue en droit français de publier des *publications étrangères* souffre des mêmes défauts. La loi qui la prévoit (en l'occurrence l'article 14 de la loi de 1881) donne compétence au ministre de l'Intérieur d'interdire, de manière générale et absolue sur l'ensemble du territoire français, la circulation, la distribution ou la mise en vente de tout écrit rédigé en langue étrangère ou, même s'il est rédigé en français, considéré comme de provenance étrangère³³⁵⁷.

Quant au *seuil de nécessité démocratique*, la Cour veille, en effet, à ce qu'il soit assez élevé. Tout en soulignant que, selon l'article 10, « l'exercice de cette liberté est soumis à des formalités, conditions, restrictions et sanctions³³⁵⁸ », elle a affirmé : ces conditions « appellent une interprétation étroite³³⁵⁹ » ; « leur nécessité doit être établie de manière convaincante³³⁶⁰ » ; elles doivent poursuivre un « besoin social impérieux³³⁶¹ », une « nécessité sociale pressante³³⁶² », et même les exigences de sécurité et d'ordre les plus impérieuses, comme la lutte contre le terrorisme, ne peuvent justifier des dérogations à l'obligation des Etats de respecter cette liberté³³⁶³. En définitive, bien que les autorités nationales disposent d'une marge d'appréciation dont l'ampleur varie suivant, notamment, la nature des informations, elle n'est pas illimitée. La marge nationale d'appréciation « va de pair avec un

³³⁵⁵ « Publications qui propagent des idées négatives au sujet du service militaire ou dénigrant les forces armées autrichiennes », *Ibid.*, § 63. Ni la loi sur le service national ni le règlement de service sur la procédure suivie en vue d'autoriser une revue d'être diffusée dans les casernes n'énoncent de principes clairs, *Ibid.*

³³⁵⁶ « De plus le ministère fédéral de la Défense n'a manifestement pas adopté en pareil cas une procédure qui pourrait effectivement limiter son pouvoir d'appréciation et servir de protection contre l'arbitraire », *Ibid.*, § 65.

³³⁵⁷ Cette loi est alors rédigée en termes très larges : elle ne précise pas la notion de « provenance étrangère » ni n'indique les motifs pour lesquels une publication considérée comme étrangère peut être interdite, CEDH, *Association Ekin c. France*, préc., §§ 58-60.

³³⁵⁸ CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40.

³³⁵⁹ CEDH, *Sunday Times c. R.U.*, préc., § 65, CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40.

³³⁶⁰ CEDH, *Tammer c. Estonie*, préc., § 59 ; CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 44 ; CEDH, *Lingens c. Autriche*, préc., § 41 ; CEDH, *Jersild c. Danemark*, préc., § 37 ; CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40 ; CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 36.

³³⁶¹ R 17851/91 (*Vogt/Allemagne*), préc., § 72 ; R 19983/92 (*De Haes et Gijssels/Belgique*), 29.11.95, § 64 ; CEDH, *Tammer c. Estonie*, préc., § 60.

³³⁶² R 15890/89 (*Jersild/Danemark*), préc., § 30.

³³⁶³ CEDH, *Zana c. Turquie*, n° 18954/91, 25 nov. 1997, Recueil 1997-VII, § 55 ; CEDH, *Sürek et Özdemir c. Turquie*, préc., §§ 7-64 ; CEDH, *Sürek c. Turquie* (n°4), n° 24762/94, CEDH 1999-VII, §§ 54-61 ; CEDH, *Ayşe öztürk c. Turquie*, préc., § 80 ; CEDH, *Erdogdu c. Turquie*, n°25723/94, CEDH 2000-VI, §§ 60-73.

contrôle européen exercé par la Cour, qui doit dire en dernier ressort si une restriction se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10³³⁶⁴ ».

Eu égard à la jurisprudence de la Cour sur la détermination du seuil de nécessité démocratique, le critère prépondérant dans la détermination de ce seuil est l'*intérêt du débat* (a). Plus l'intérêt du débat est général et important, plus le respect de la liberté d'expression l'emporte sur des considérations opposées³³⁶⁵. Les autres critères applicables sont : *le type du média d'expression* (presse écrite ou autre) (b) ; le *contexte* (par exemple, conflit armé, terrorisme, taille du pays) (c), le style utilisé et la nature des propos (d) ; *nature de l'ingérence* (censure préventive, type de sanctions) (e) ; et les *obligations positives* (f).

a. L'intérêt du débat

C'est la vie politique d'un côté, et la vie privée et la justice de l'autre, qui déterminent l'étendue de l'ampleur des restrictions nécessaires à la liberté d'expression.

La *vie politique* étant au cœur du débat démocratique, c'est elle qui justifie la liberté d'expression la plus large : « La Cour rappelle que l'article 10 §2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général... Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de l'opinion publique³³⁶⁶ ». D'où une ampleur de la *critique admissible* large aussi bien à l'égard du *gouvernement*³³⁶⁷ et de la *politique officielle en général* (on doit être libre d'exprimer une critique virulente de la politique officielle et de présenter un point de vue partial, aussi désagréables qu'ils puissent être³³⁶⁸ y compris sur des sujets qui divisent l'opinion³³⁶⁹) que des *questions politiques au sens large du terme*³³⁷⁰.

³³⁶⁴ CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40 ; « Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une société démocratique », CEDH, *Handyside c. R.U.*, préc., § 49.

³³⁶⁵ CEDH, *Handyside c. R.U.*, préc., §§ 48-49. Voir aussi R 15890/89 (*Jersild/Danemark*), préc., § 43 ; § 63.

³³⁶⁶ CEDH, *Sürek et Ösdemir c. Turquie*, préc., § 60 ; CEDH, *Öztürk c. Turquie*, préc., § 67 ; CEDH, *Lopez Gomes da Silva c. Portugal*, préc., § 30.

³³⁶⁷ « Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de l'opinion publique », CEDH, *Sürek et Ösdemir c. Turquie*, préc., § 60.

³³⁶⁸ *Ibid.*, § 61.

³³⁶⁹ CEDH, *Öztürk c. Turquie*, préc., § 67.

³³⁷⁰ « Il est fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique. La Cour accorde la plus haute importance à la liberté d'expression dans le contexte du débat politique et considère qu'on ne saurait restreindre le discours politique sans raisons impérieuses. Y permettre de larges restrictions dans tel ou tel cas affecterait sans nul doute le respect de la liberté d'expression en général dans l'Etat concerné », CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 40.

Il en va de même des *hommes politiques*³³⁷¹. Ceux-ci sont plus exposés à la critique que les particuliers³³⁷². Certes un homme politique a le droit de protéger sa réputation, « même en dehors du cadre de sa vie privée » ; mais « en s'exposant inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes, tant par les journalistes que par la masse des citoyens, il doit montrer une plus grande tolérance³³⁷³ ». Et la Cour de préciser : « Dans ce domaine, l'invective politique déborde souvent sur le plan personnel : ce sont là les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique³³⁷⁴ ». Il va sans dire qu'accorder à certaines personnes politiques une protection quasi sans limite contre la critique de la presse viole incontestablement la liberté d'expression dans une société démocratique³³⁷⁵. En revanche, les hommes politiques jouissent d'une protection de la liberté d'expression plus grande qu'un simple individu. « Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts ». Dès lors, la Cour entend y exercer « un contrôle des plus stricts³³⁷⁶ ».

De même, concernant les *fonctionnaires*, la Cour a reconnu que les « limites de la critique admissible à leur encontre étaient plus larges qu'à l'encontre de simples particuliers, même si l'on ne peut pas leur appliquer les mêmes critères qu'à l'égard des hommes politiques³³⁷⁷ ».

Et il peut en être ainsi des *personnes publiques influentes* telles que les principaux collaborateurs du Président d'un Etat³³⁷⁸ notamment lorsqu'elles sont impliquées dans une affaire d'un intérêt général³³⁷⁹.

³³⁷¹ CEDH, *Oberschlick (n°2) c. Autriche*, n° 20834/92, 1 juill. 1997, Recueil 1997-IV, § 29 ; CEDH, *Lingens c. Autriche*, préc. ; CEDH, *Lopez Gomes da Silva c. Portugal*, préc. ; CEDH, *Tammer c. Estonie*, préc., § 62

³³⁷² « Quant aux limites de la critique admissible, elles sont plus larges à l'égard d'un homme politique, agissant en sa qualité de personnage public, que d'un simple particulier », CEDH, *Oberschlick (n°2) c. Autriche*, préc., § 29.

³³⁷³ CEDH, *Oberschlick (n°2) c. Autriche*, préc., § 29 ; CEDH, *Lingens c. Autriche*, préc. ; CEDH, *Lopez Gomes da Silva c. Portugal*, préc., § 30 ; CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40.

³³⁷⁴ CEDH, *Lopez Gomes da Silva c. Portugal*, préc., § 34.

³³⁷⁵ Telle que la protection accordée par le délit d'offense publique à chef d'Etat étranger par l'article 36 de la loi française du 29 juillet 1888. Cette loi « tend à conférer aux chefs d'Etat un statut exorbitant du droit commun, les soustrayant à la critique seulement en raison de leur fonction ou statut, sans aucune prise en compte de l'intérêt de la critique. La Cour considère que cela revient à conférer aux chefs d'Etat étrangers un privilège exorbitant qui ne saurait se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui », CEDH, *Colombani et autres c. France*, préc., § 68.

³³⁷⁶ CEDH, *Selim Sadak et autres c. Turquie*, n°s 25144/94, 26149/95 à 26154/95, 27100/95 et 27101/95, CEDH 2002-XI, § 34 (Des élus de l'opposition avaient été déchus de leur mandat parlementaire et sanctionnés des peines de prison, suite à la dissolution de leur Parti par une décision de justice). Voir CEDH, *Castells c. Espagne*, n° 11798/85, 23 avril 1992, Série A n° 236, § 42.

³³⁷⁷ CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40. Voir CEDH, *Oberschlick (n°2) c. Autriche*, préc., § 29 ; CEDH, *Janowski c. Pologne*, préc., § 33 ; CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 40.

³³⁷⁸ Ainsi, à propos d'un collaborateur du Président de la République française, la Cour avait jugé que, « s'il ne peut être qualifié d'homme politique *stricto sensu*, il présente néanmoins toutes les caractéristiques d'un homme public influent, évidemment impliqué dans la vie politique et ce, au plus haut niveau de l'exécutif », CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 40.

Complétons encore à propos de la relation entre liberté d'expression et vie politique que, précieuse pour la démocratie en général, la liberté d'expression l'est d'abord pour la garantie des élections libres, qui est l'assise du régime démocratique. Les élections, a souligné la Cour, sont une des « conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif³³⁸⁰ ». Cela implique, entre autres, d'assurer la libre circulation d'informations et d'opinions de tout ordre, notamment en période préélectorale³³⁸¹.

La limite qu'émet cette instance européenne en la matière, au nom des devoirs et des responsabilités des professionnels de l'information, est que les médias ne deviennent pas un support de diffusion de discours de haine et d'incitation à la violence³³⁸², ni d'incitation au soutien des terroristes³³⁸³.

A l'opposé de la vie politique, se trouve la liberté d'expression concernant la vie privée et la justice. *La vie privée* se trouve, par définition, aux antipodes de la vie publique : le régime juridique de sa protection est dominé par les principes d'intimité et de secret. En témoignent des considérations de la Cour précitées sur la justification d'une plus large liberté d'expression concernant la vie publique d'une personne en opposition avec sa vie privée ainsi que toute la jurisprudence relative à l'application de l'article 8 de la Convention qui protège la vie privée. La presse « ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles³³⁸⁴ ».

Quant au domaine de *la justice*, bien qu'il relève des questions d'intérêt général³³⁸⁵, il justifie des limitations larges de la liberté d'expression. Elles sont fondées sur l'importance de la confiance des justiciables en son autorité, impartialité, équité et en sa bonne administration³³⁸⁶. La préservation

³³⁷⁹ Comme il s'agissait dans l'affaire citée qui portait sur un système illégal d'écoutes et d'archivages visant de nombreuses personnalités de la société civile, organisé au sommet de l'Etat, le public avait dès lors un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur ce procès, CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 41.

³³⁸⁰ CEDH, *Bowman c. R.U.*, préc., § 42.

³³⁸¹ *Ibid.*

³³⁸² CEDH, *Sürek et Ösmanir c. Turquie*, préc., § 62 ; CEDH, *Ayse öztürk c. Turquie*, préc., § 80.

³³⁸³ Pour la Cour, dès lors que les rédacteurs en chef ou directeurs d'un journal ont en charge sa ligne éditoriale, ils ne sauraient s'exonérer de toute responsabilité quant à son contenu, CEDH, *Falakaoglu et Saygili c. Turquie*, n° 22147/02 et 24972/03, 2007-I, § 34.

³³⁸⁴ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 34.

³³⁸⁵ « Les questions d'intérêt général sur lesquelles la presse a le droit, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, de communiquer des informations et des idées comprennent celles concernant le fonctionnement du pouvoir judiciaire. Cependant, l'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un État de droit, a besoin de la confiance du public. Aussi convient-il de la protéger contre des attaques dénuées de fondement, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats de réagir », CEDH, *Perna c. Italie*, préc., § 38.

³³⁸⁶ « L'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un Etat de droit, a besoin de la confiance du public. Aussi convient-il de la protéger contre des attaques dénuées de fondement, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats de réagir », CEDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc., § 37.

de ces qualités peut justifier des restrictions à la fois de la nature des informations diffusées et de la critique acceptable³³⁸⁷. Ainsi, le but de *préserver l'autorité de la justice*³³⁸⁸ et la *bonne administration de la justice* peut l'emporter sur la liberté de commenter une décision de justice³³⁸⁹ ou de commenter l'attitude des juges qui l'ont rendue³³⁹⁰, notamment lorsque les commentaires sont formulés par des hommes de la justice³³⁹¹. Les juges comme les procureurs sont des fonctionnaires qui font partie du système judiciaire au sens large. Aussi est-il de l'intérêt général qu'ils bénéficient de la confiance des citoyens. Si, dans une société démocratique, les individus ont le droit de critiquer l'administration de la justice et les fonctionnaires qui y participent, leurs critiques doivent respecter certaines limites³³⁹².

Toutefois les tribunaux ne sont pas à l'abri des critiques et d'un examen rigoureux³³⁹³. Ainsi, il n'est pas interdit à un avocat de formuler des critiques envers, par exemple, l'attitude du parquet dans le cadre d'un procès lorsqu'il est l'adversaire de l'avocat de la défense et que les critiques ne débordent pas sur le plan personnel³³⁹⁴ et même d'exprimer des propos méprisants à l'égard d'un tribunal³³⁹⁵. De même, peuvent être justifiées des expressions utilisées par un journaliste pour critiquer un procès en l'assimilant aux « procès de sorcières au Moyen Age » et propre à entretenir « une campagne venimeuse inspirée par la haine contre les homosexuels »³³⁹⁶. Concernant les critiques des magistrats, la Cour a précisé que ces personnes ne doivent pas être exposées elles-mêmes à des critiques d'impartialité et d'indépendance, en militant par exemple au sein d'un parti politique de manière ouverte, voire ostentatoire³³⁹⁷, ou en tenant, lors d'un procès, des propos

³³⁸⁷ Voir Ch. JACQ, F. TEITGEN, « Affaires de presse », in *Raisonner la raison d'Etat*, pp. 89-120. (notamment pp. 113-120)

³³⁸⁸ Dans la garantie de « l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire », les Etats doivent tenir compte du rôle fondamental des tribunaux dans une société démocratique, CEDH, *Schöpfer c. Suisse*, n° 25405/94, 20 mai 1998, Recueil 1998-III, § 29. Voir CEDH, *Worm c. Autriche*, préc., § 40.

³³⁸⁹ A propos des accusations d'impartialité et de lâcheté à l'encontre des magistrats ayant accordé la garde d'un enfant à son père leur reprochant d'avoir été influencés par le statut social du père (notaire), CEDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc.

³³⁹⁰ « L'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un Etat de droit, a besoin de la confiance du public. Aussi convient-il de la protéger contre des attaques dénuées de fondement, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats de réagir », CEDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc., § 37.

³³⁹¹ Affirmation faite à propos des avocats, CEDH, *Schöpfer c. Suisse*, préc., §§ 32-34 ; et CEDH, *Nikula c. Finlande*, n° 31611/99, CEDH 2001-VII, §§ 47-56.

³³⁹² CEDH, *Lesnik c. Slovaquie*, n° 35640/97, CEDH 2003-III.

³³⁹³ CEDH, *Skalka c. Pologne*, n° 43425/98, CEDH 2003-V.

³³⁹⁴ CEDH, *Nikula c. Finlande*, préc., §§ 47-56.

³³⁹⁵ CEDH, *Amihalachioaie c. Moldova*, n° 60115/00, CEDH 2004-IV.

³³⁹⁶ CEDH, *Kobenter et Standard Verlags GmbH c. Autriche*, n° 60899/00, CEDH 2006-XI.

³³⁹⁷ CEDH, *Perna c. Italie*, préc., § 42. Et la Cour de préciser : « En militant dans un parti politique, quelle qu'en soit l'orientation, un magistrat met en péril l'image d'impartialité et d'indépendance que la justice se doit toujours et invariablement de donner. Face au militantisme politique actif d'un magistrat, une protection inconditionnelle de celui-ci contre des attaques de la presse ne se justifie guère par la nécessité de protéger la confiance des citoyens dont le pouvoir judiciaire a besoin pour prospérer, alors que c'est justement pareil militantisme politique qui est susceptible de nuire à cette confiance. Par un tel comportement, un magistrat s'expose inévitablement aux critiques de la presse, pour laquelle l'indépendance et l'impartialité de la magistrature peuvent à bon droit constituer un souci majeur d'intérêt général », CEDH, *Perna c. Italie*, préc., § 41.

discriminatoires ou méprisants envers les homosexuels³³⁹⁸. Seulement ces critiques ne doivent pas porter sur la personne des magistrats en exprimant des jugements de valeur de manière à porter gratuitement atteinte à leur réputation³³⁹⁹ ou en exprimant des critiques sur des faits non étayés³⁴⁰⁰. Dans ces cas, la limitation à la liberté d'expression peut être justifiée à condition que, comme nous verrons plus loin, les sanctions prises ne soient pas disproportionnées.

Les buts de préserver l'équité et l'impartialité de la justice peuvent également l'emporter sur la liberté de publier des faits ou de commenter le déroulement *d'une instruction* ou *d'un procès en cours*³⁴⁰¹. La Cour a, dès 1992, fermement mis en garde la presse en cette matière : « Si l'on s'habitue au spectacle de pseudo-procès dans les médias, il peut en résulter à long terme des conséquences néfastes à la reconnaissance des tribunaux comme les organes qualifiés pour juger de la culpabilité ou de l'innocence quant à une accusation pénale³⁴⁰² ». Dans sa jurisprudence ultérieure, cette instance a pu fixer les limites dans ce domaine. La tâche de la presse englobe la rédaction de comptes-rendus et commentaires sur les procédures judiciaires et la publication des photos des accusés. Ces moyens non seulement contribuent à faire connaître les procès en cours³⁴⁰³, mais participent aussi à la garantie de la publicité des procès exigée par l'article 6 §1 de la Convention³⁴⁰⁴. « Cependant, le commentaire admissible sur une procédure pénale ne peut pas englober des déclarations qui risqueraient, intentionnellement ou non, de réduire les chances d'une personne de bénéficier d'un procès équitable ou de saper la confiance du public dans le rôle tenu par les tribunaux dans l'administration de la justice³⁴⁰⁵ ». Quant à la publication des photos, les circonstances de l'espèce doivent être prises en considération et notamment les commentaires dont elles sont accompagnées³⁴⁰⁶.

Autres thèmes. Entre ces types de débats qui déterminent les deux extrémités de l'étendue de la liberté d'expression, se situent les débats sur des sujets suivants. *Sujets sociaux.* Il peut s'agir des sujets comme la santé³⁴⁰⁷, le racisme³⁴⁰⁸, les conflits sociaux³⁴⁰⁹, l'écologie³⁴¹⁰, la vie des grandes

³³⁹⁸ CEDH, *Kobenter et Standard Verlags GmbH c. Autriche*, préc.

³³⁹⁹ CEDH, *Saday c. Turquie*, n° 32458/96, CEDH 2006-III ; CEDH, *Skalka c. Pologne*, préc.

³⁴⁰⁰ Ainsi cette personne qui, n'étant pas parvenue à déclencher les poursuites pénales contre une autre personne, avait écrit au procureur en l'accusant d'avoir été payé pour ne pas poursuivre, CEDH, *Lesnik c. Slovaquie*, préc.

³⁴⁰¹ CEDH, *Weber c. Suisse*, n° 11034/84, 22 mai 1992, Série A n° 177, à propos du secret de l'instruction examiné dans circonstances particulières de l'affaire : conférence de presse donnée par l'inculpé le jour où le rapport de l'instruction était terminé ; l'accusé était renvoyé en jugement ; de plus il n'y a pas eu divulgation d'informations qui n'étaient pas déjà connues du public.

³⁴⁰² CEDH, *Worm c. Autriche*, préc., § 54.

³⁴⁰³ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 44.

³⁴⁰⁴ CEDH, *News Verlags GmbH & CoKG c. Autriche*, n° 31457/96, CEDH 2000-I, § 56.

³⁴⁰⁵ *Ibid.*, § 56. CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 35.

³⁴⁰⁶ CEDH, *News Verlags GmbH & CoKG c. Autriche*, préc., §§ 58-60.

³⁴⁰⁷ CEDH, *Hertel c. Suisse*, préc.

³⁴⁰⁸ CEDH, *Jersild c. Danemark*, préc.

³⁴⁰⁹ CEDH, *Fressoz et Roire c. France*, préc.

entreprises³⁴¹¹, l'école³⁴¹². *Sujets historiques*. Leur traitement jouit d'une large liberté d'expression. Ainsi la réflexion sur les diverses causes possibles de l'extermination des Juifs en Europe constitue un débat d'intérêt général dans une société démocratique appelant alors une interprétation étroite des restrictions y étant apportées³⁴¹³. Même s'agissant des faits sensibles, comme des faits de collaboration avec l'ennemi pendant une occupation, la publication ne doit pas être systématiquement sanctionnée : « La recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression »³⁴¹⁴. A ce propos, la Cour a déclaré qu'« il ne lui revient pas d'arbitrer » une question historique de fond³⁴¹⁵. *Sujets religieux et moraux*. Ces sujets justifient une large marge d'appréciation nationale. Toutefois, le but de protéger les croyances et sentiments religieux pour être légitime ne doit pas justifier la censure des propos ou des images pour peu qu'ils soient jugés offensants³⁴¹⁶. Ainsi, concernant la censure des œuvres artistiques, la Cour a estimé qu'il doit s'agir de propos ou d'œuvres « gravement offensants³⁴¹⁷ », « gratuitement offensants³⁴¹⁸ » ou « injurieux³⁴¹⁹ ». *Sujets scientifiques*. S'agissant de domaines où la certitude est improbable, il faut

³⁴¹⁰ Publication des extraits d'un rapport officiel sur la chasse aux rhinocéros classé secret par le ministère compétent et poursuite pour diffamation des personnes citées dans le rapport en l'absence des faits vérifiés. La Cour a jugé que lorsque les faits rapportés s'appuient sur des rapports officiels (dont le contenu n'a pas été démenti par les autorités), les journalistes n'ont pas obligation de mener des recherches de vérification. A propos de la condamnation d'une association de protection de l'environnement à la suite de critiques envers un maire pour avoir signé des décisions et attestations illégales, favorisant une construction illégale dans la zone des dunes, la Cour a estimé que cette association avait exercé « son rôle de 'chien de garde' conféré par la loi sur la protection de l'environnement », CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 42.

³⁴¹¹ Des principes analogues s'appliquent également aux personnes ayant des fonctions sociales importantes, si l'on en juge d'après un arrêt de la Cour concernant la divulgation des avis d'imposition du P.-D.G. d'une grande entreprise, CEDH, *Bessoz et Roire c. France*, préc.

³⁴¹² A propos d'une critique de la part des parents d'élèves caractérisant « d'abus de pouvoir » la décision des enseignants des écoles publiques de diminuer le nombre de voyages scolaires prévus pour l'année scolaire 2001-2002, et d'en raccourcir la durée, en guise de protestation contre les réductions effectuées par le gouvernement dans le budget de l'éducation³⁴¹². Pour la Cour, le vice-président de l'association des parents d'élèves, qui a exprimé ces propos n'a pas outrepassé les limites de la liberté d'expression, CEDH, *Ferihumer c. Autriche*, n°3054/03, CEDH 2007-II.

³⁴¹³ A propos de l'article d'un journaliste, sociologue et historien, dans un quotidien au sujet de l'Encyclique « Splendeur de la vérité » du Pape Jean-Paul II dans lequel il élaborait la thèse sur la portée du dogme chrétien et sur ses liens possibles avec les origines de l'Holocauste, CEDH, *Giniewski c. France*, n°64016/00, CEDH 2006-I, § 51.

³⁴¹⁴ C'est en tout cas dans ce sens que la Cour a jugé dans l'affaire *Lehideux et Isorni*. Ces deux requérants ont été poursuivis et sanctionnés pénalement en France pour *apologie des crimes ou délits de collaboration* (Ils s'étaient exprimés au nom d'une association de défense de la mémoire de Pétain, sur le rôle de Pétain durant la deuxième guerre mondiale et ses rapports avec le III Reich, en donnant une version fortement controversée). Pour la Cour, vu que l'existence de cette association est légale en droit français, la sanction pénale constituait une limitation disproportionnée. Elle a estimé que d'autres moyens de préservation de son but seraient suffisants, comme les sanctions civiles. CEDH, *Lehideux et Isorni c. France*, préc., §§ 57-58.

³⁴¹⁵ Voir *Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, CEDH 2004-VI, § 69. Rappel de ce principe, à propos de l'Holocauste, CEDH, *Giniewski c. France*, préc., § 51.

³⁴¹⁶ CEDH, *Giniewski c. France*, préc., §§ 52-53.

³⁴¹⁷ La limitation de la liberté d'expression ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique que si elle vise à « fournir une protection contre des attaques gravement offensantes concernant des questions considérées comme sacrées par les chrétiens » a-t-elle déclaré à propos de la considération d'un film comme blasphématoire, CEDH, *Wingrove c. R.U.*, n° 17419/90, 25 nov. 1996, Recueil 1996-V, § 57.

³⁴¹⁸ CEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, préc., § 49 ; CEDH, *Giniewski c. France*, préc., § 43.

³⁴¹⁹ Voir, *a contrario*, CEDH, *I.A. c. Turquie*, n° 42571/98, CEDH 2005-IX, § 29.

admettre l'expression des thèses même si elles semblent dénuées de fondement, notamment lorsqu'elles portent sur des sujets d'intérêt général et importants, comme la santé³⁴²⁰.

b. Type du média

Notons aussi que *la presse* étant considérée comme le principal pourvoyeur d'information et de circulation d'éléments de débat public, elle jouit d'une protection accrue. « Lorsqu'il y va de la presse, comme en l'espèce, le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse³⁴²¹ ». Lorsque l'intérêt du débat est grand, seules des « raisons particulièrement sérieuses³⁴²² » ou un « impératif prépondérant d'intérêt public³⁴²³ » peuvent justifier des restrictions à la liberté du contenu.

A l'opposé se trouve *la publicité*. Les Etats disposent d'une large marge d'appréciation non seulement concernant la publicité des *messages commerciaux*, qui jouissent d'une protection moindre³⁴²⁴, mais aussi d'autres messages, comme les *messages religieux*. Pour autant, la publicité n'échappe pas au contrôle européen. Ainsi la Cour a jugé que les juridictions nationales ont outrepassé leur marge d'appréciation en condamnant un journal qui diffusait une publicité comparant le prix d'abonnement avec l'abonnement à un autre journal sans, au moins, comparer les différences de la nature des deux journaux³⁴²⁵. Quant à la *publicité religieuse*, la Cour a souligné que « si l'article 10 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d'intérêt public³⁴²⁶ », l'Etat jouit d'une ample marge d'appréciation s'agissant des questions susceptibles d'offenser les convictions personnelles intimes dans la sphère de la morale ou spécialement de la religion. Ainsi, elle a justifié l'interdiction de la diffusion radiophonique des messages religieux pour des raisons de préservation de principe de neutralité et de

³⁴²⁰ Aussi, a-t-elle estimé à propos de la publication de l'information selon laquelle les micro-ondes auraient des effets nocifs sur la santé (ce qui a valu à son auteur l'accusation pour concurrence déloyale), qu'il s'agissait d'une information touchant un débat d'intérêt public, en l'occurrence la santé, et qu'elle était fondée sur des recherches menées par son auteur : «... Peu importe que l'opinion dont il s'agit est minoritaire et qu'elle peut sembler dénuée de fondement : dans un domaine où la certitude est improbable, il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises », CEDH, *Hertel c. Suisse*, préc., § 50

³⁴²¹ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 36.

³⁴²² A propos de sanctions d'un journaliste pour des propos des tiers exprimés lors des reportages d'actualité comme sur le racisme (poursuivi pour complicité à la propagation des idées et opinions racistes), CEDH, *Thoma c. Luxembourg*, préc., § 62. Voir aussi CEDH, *Jersild c. Danemark*, préc., § 35.

³⁴²³ Ainsi à propos des informations sur des problèmes d'emploi et de rémunération, CEDH, *Fressoz et Roire c. France*, préc., § 20.

³⁴²⁴ « Pareille marge d'appréciation est particulièrement indispensable en matière commerciale, spécialement dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la publicité », CEDH, *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, préc., § 69. Voir CEDH, *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, n° 10572/83, 20 novembre 1989, Série A n° 165, § 33 ; CEDH, *Jacobowski c. Allemagne*, n° 15088/89, 23 juin 1994, Série A n° 291-A, § 26.

³⁴²⁵ CEDH, *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 3)*, n° 39069/97, CEDH 2003-XII.

³⁴²⁶ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., § 40.

partialité dans le traitement de différentes religions³⁴²⁷. En revanche, s'agissant de la *publicité à caractère politique*, la marge des Etats se réduit. Ce type de message participe à des débats touchant à l'intérêt général³⁴²⁸.

c. Le contexte

Le contexte joue un rôle plus ou moins déterminant. Ainsi la *taille d'un pays*, la *lutte contre le terrorisme* ou la préservation d'une *institution spécifique*, comme la *caserne et l'armée*, peuvent être pris en compte dans l'appréciation de la nécessité des restrictions. L'anonymat d'une personne est plus difficilement préservé dans un petit pays, lorsque par exemple on parle d'un haut fonctionnaire ayant agi dans le cadre de ses fonctions, même sans citer son nom³⁴²⁹. Quant à la lutte contre le terrorisme, elle justifie des restrictions de la liberté d'expression et de communication des informations y compris de la presse : « Le droit de communiquer des informations ne pouvant servir d'alibi ou de prétexte à la diffusion de déclarations de groupements terroristes³⁴³⁰ ». Pour ce qui est de la *caserne et de l'armée*, la liberté d'expression corrélative présente un intérêt à par dans le cadre de notre étude. La Cour ayant souvent fait des rapprochements entre la caserne et la prison, sa jurisprudence relative à la caserne permet d'entrevoir certaines spécificités qui peuvent également régir l'application de cette liberté au sein de la prison. Le point qui mérite d'être mis en exergue est sa déclaration solennelle : « L'article 10 ne s'arrête pas aux portes de la caserne. Il vaut pour les militaires comme pour l'ensemble des personnes³⁴³¹. » Mais une fois ce principe énoncé, cette instance tient compte, lors de l'examen de son application effective, des particularités de la caserne notamment la *spécificité de son ordre*, un ordre disciplinaire comme l'a souligné la Commission³⁴³², *et de sa mission*, la défense militaire : « La défense militaire effective requiert le maintien d'un niveau approprié de discipline au sein des forces armées³⁴³³ », qui ne se conçoit guère sans règles juridiques destinées à empêcher de saper la discipline³⁴³⁴. Aussi, « l'état doit-il pouvoir imposer des

³⁴²⁷ A propos de refus d'une station radiophonique de diffuser une annonce concernant la projection d'une vidéo traitant d'un thème religieux préparé par le « Irish Faith Centre », CEDH, *Murphy c. Irlande*, n°44179/98, CEDH, 2003-VI.

³⁴²⁸ Il s'agissait en l'occurrence d'un spot télévisé d'une association militant pour la protection des animaux, CEDH, *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, préc., § 1.

³⁴²⁹ CEDH, *Thoma c. Luxembourg*, préc.

³⁴³⁰ Pour la Cour, les rédacteurs en chef ou directeurs d'un journal, en charge de la ligne éditoriale, peuvent être responsables du contenu, CEDH, *Falakaoglu et Saygili c. Turquie*, préc., § 34.

³⁴³¹ CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 45 ; CEDH, *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, préc., § 36.

³⁴³² « La Commission rappelle que le terme 'ordre' tel qu'il figure à l'article 10 § 2, ne désigne pas seulement 'l'ordre public' au sens des articles 6 § 1 et 9 § 2 de la Convention et de l'article 2 § 3 du Protocole n°4 ; il vise aussi l'ordre devant régner à l'intérieur d'un groupe social particulier tel que les forces armées », R 15153/89 (*Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Berthold Gubi/Autriche*), préc. ; R 24348/94 (*Grigoriadis/Grèce*), 25.6.96.

³⁴³³ CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., §41.

³⁴³⁴ CEDH, *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, préc., § 36 ; CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 45.

restrictions à la liberté d'expression là où existe une menace réelle pour la discipline militaire³⁴³⁵ », a-t-elle affirmé. Il ne peut cependant pas se soustraire à l'obligation de respecter cette liberté également à la caserne : « L'armée d'un Etat démocratique, pas plus que la société qu'elle sert, ne saurait faire l'économie des débats d'idées³⁴³⁶ ». Les autorités nationales ne peuvent toutefois pas s'appuyer sur de telles règles (spécifiques à l'armée) pour faire obstacle à « l'expression d'opinions, quand bien même elles seraient dirigées contre l'armée en tant qu'institution³⁴³⁷ ». Saisie de l'interdiction de diffuser dans les casernes une revue spécialisée sur les questions de l'armée (la revue « Igel », en Autriche), elle a simplement cerné les limites à ne pas dépasser par la presse dans la critique de l'armée. Elle a estimé que les limites de tels débats ne sont pas franchies tant que la presse ne conteste pas l'« utilité de l'armée », et n'incite pas les militaires à l'« inobéissance » ou à la « violence »³⁴³⁸. La jurisprudence *Grigoriadis* (1997) a précisé que les propos ne doivent pas être « insultants » ; en revanche, doivent être tolérées des expressions considérées comme « virulentes », voire « outrancières »³⁴³⁹.

d. Style utilisé et nature des propos

Quant au style, la protection de la liberté d'expression peut exiger de tolérer le recours à des termes « exagérés » ou « provocants »³⁴⁴⁰, voire « virulents » ou encore « outranciers »³⁴⁴¹.

Les éclaircissements apportés par la Cour sur la *véracité et l'exactitude des faits*, et sur les *opinions et jugements de valeur* sont également capitaux pour la protection de la liberté d'expression. La Cour estime qu'il faut distinguer, avec soin, d'une part les faits, et d'autre part, les opinions et jugements de valeur. « Si la matérialité des premiers peut être prouvée, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude³⁴⁴² » ; « l'opinion, par définition, ne se prête pas à une

³⁴³⁵ CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 45.

³⁴³⁶ CEDH, *Vereinigung demokratischer Soldaten österreichs et Gubi c. Autriche*, préc., § 38.

³⁴³⁷ CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 45.

³⁴³⁸ « Aucun des numéros de l'Igel ne prône le refus d'obéissance ou la violence, ni même ne conteste l'utilité de l'armée. La plupart, il est vrai contiennent des doléances, proposent des réformes ou incitent à intenter des procédures légales de réclamation ou de recours. Il n'apparaît pas toutefois qu'en dépit de leur ton souvent polémique, ils aient franchi les limites d'un simple débat d'idées dont l'armée d'un Etat démocratique, pas plus que la société qu'elle sert, ne saurait faire l'économie », CEDH, *Vereinigung demokratischer Soldaten österreichs et Gubi c. Autriche*, préc., § 38.

³⁴³⁹ CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 47.

³⁴⁴⁰ « La liberté journalistique comprend le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation », CEDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc., § 46. Voir CEDH, *Prageret Oberschlick c. Autriche*, préc., § 38.

³⁴⁴¹ CEDH, *Grigoriades c. Grèce*, préc., § 47.

³⁴⁴² A propos de l'accusation contre des journalistes de ne pas fonder les *opinions* avancées sur deux juges, à savoir que ceux-ci auraient de la sympathie pour l'extrême droite et auraient manqué à leur devoir d'impartialité, CEDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc., § 42 ; CEDH, *Perna c. Italie*, préc., § 38 ; CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 40 ; CEDH, *Ferihumer c. Autriche*, préc., § 24. En revanche, concernant les faits, est intéressante de rappeler cette précision de la Cour : lorsque les faits rapportés s'appuient sur des rapports officiels (dont le contenu n'a pas été démenti par les autorités), les journalistes n'ont

démonstration de véracité³⁴⁴³ ». Cette instance n'en pose pas moins certaines limites à respecter. Il ne doit pas s'agir, a-t-elle précisé à propos des opinions et jugements de valeur, d'une « attaque personnelle gratuite ou excessive³⁴⁴⁴ » et « il convient d'établir une nette distinction entre les critiques et les insultes³⁴⁴⁵ ». La critique doit être provoquée par le comportement et les propos exprimés en public par la personne concernée et doit être à la hauteur de ceux-ci. Effectivement, c'est en tenant compte de ces éléments qu'elle a, par exemple, jugé à propos des termes « immoral » et « dépourvu de dignité »³⁴⁴⁶ ou « imbécile »³⁴⁴⁷, utilisés par des journalistes à l'égard de certains hommes politiques qu'ils n'étaient ni injustifiés ni excessifs. En revanche, les expressions « clown irresponsable » et « crétin », employés par un condamné à l'encontre d'un magistrat, fût-ce dans une lettre adressée à un autre magistrat, ont été jugés abusifs, même si, comme nous allons le voir, ils ne devraient pas justifier des sanctions pénales lourdes³⁴⁴⁸.

e. Type d'ingérence

La Cour accorde également de l'importance à la nature de l'ingérence. Ainsi, la censure préventive et les sanctions pénales sont jugées comme des entraves parmi les plus graves à la liberté d'expression.

La censure préventive, bien que considérée comme une restriction d'un « grand danger », ne serait pas, d'après la Cour, interdite de manière absolue par la Convention³⁴⁴⁹. Elle nécessite seulement l'examen le plus scrupuleux : « De telles restrictions présentent pourtant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux³⁴⁵⁰ ». Ces considérations sont valables pour la presse : « L'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt » - mais aussi pour la publication de livres ou d'écrits autres que ceux de la presse périodique³⁴⁵¹.

pas obligation de mener des recherches de vérification, CEDH, *Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège*, n° 21980/93, CEDH 1999-V ; CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc., § 42.

³⁴⁴³ CEDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc., § 47 ; CEDH, *Oberschlick (n°2) c. Autriche*, préc., § 33

³⁴⁴⁴ CEDH, *Oberschlick (n°2) c. Autriche*, préc., § 33.

³⁴⁴⁵ CEDH, *Saday c. Turquie*, préc.

³⁴⁴⁶ CEDH, *Lingens c. Autriche*, préc.

³⁴⁴⁷ Le terme « imbécile » utilisé par un journaliste pour traiter les propos prononcés dans un discours d'un homme politique, celui-ci avait été condamné pour injure. Dans ce discours, cet homme politique avait soutenu que tous les soldats ayant servi pendant la seconde guerre mondiale ont combattu pour la paix et la liberté et ont contribué à fonder et édifier la société démocratique d'aujourd'hui et que seuls ces soldats ayant risqué leur vie peuvent réclamer de bénéficier de la liberté d'opinion., CEDH, *Oberschlick (n°2) c. Autriche*, préc., § 31.

³⁴⁴⁸ CEDH, *Skalka c. Pologne*, préc.

³⁴⁴⁹ CEDH, *Observer et Guardian c. R.U.*, n°13585/88, 26 nov. 1991, Série A n° 216. « L'article 10 n'interdit pas en tant que telle toute restriction préalable à la publication. En témoignent les termes 'conditions', 'restrictions', 'empêcher' et 'prévention' qui y figurent », Voir aussi : CEDH, *Sunday Times c. R.U.*, préc. ; CEDH, *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, préc., CEDH, *Association Ekin c. France*, préc., § 56-57.

³⁴⁵⁰ CEDH, *Association Ekin c. France*, préc.

³⁴⁵¹ *Ibid.*, §§ 56-57.

Le type de sanctions. Dans l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence et de sa nécessité démocratique, la Cour tient également compte de la nature et de la lourdeur des sanctions³⁴⁵². Seules peuvent être justifiées des « sanctions appropriées ». Partant du principe que même les condamnations à une amende et/ou à des dommages et intérêts, quand bien même ils seraient modérés, risquent d'avoir un effet dissuasif sur l'exercice de cette liberté³⁴⁵³. « La Cour rappelle que la position dominante occupée par les autorités de l'Etat leur commande de témoigner de la retenue dans l'usage de la voie pénale³⁴⁵⁴ » Celle-ci n'est pas interdite, mais il faut privilégier les sanctions civiles qui sont plus conformes à l'esprit de la société démocratique³⁴⁵⁵. Ainsi, si des propos tenus à l'encontre des magistrats, à l'audience ou non, peuvent justifier des sanctions, y compris pénales, celles d'emprisonnement de six mois³⁴⁵⁶ ou de huit mois³⁴⁵⁷ ont été jugés par la Cour excessives.

f. Obligations positives

Enfin, la Cour estime que la protection efficace de la liberté d'expression crée à l'égard des Etats des obligations positives. Cette exigence découle de l'importance cruciale de la liberté d'expression dans la société démocratique³⁴⁵⁸. Ces obligations impliquent, par exemple, l'obligation d'intervenir dans le cadre des violences, des meurtres et des menaces de la part d'inconnus visant à empêcher la parution et la distribution d'un journal. Dans ce cas, il incombe à l'Etat de mener une enquête effective et d'assurer une protection efficace des personnes concernées³⁴⁵⁹. Mais elles peuvent aussi impliquer l'obligation d'intervenir dans des relations privées comme dans le cadre d'un licenciement, pour des propos tenus par l'employé dans un article publié dans un quotidien³⁴⁶⁰,

³⁴⁵² CEDH, *Sürek c. Turquie*, (n° 1), n° 20682/95 CEDH 199-VII, § 64 ; CEDH, *Paturel c. France*, n° 54968/00, CEDH 2005-XII, § 47.

³⁴⁵³ CEDH, *Duquois et autres c. France*, préc., § 48.

³⁴⁵⁴ CEDH, *Yalçın c. Turquie*, n° 22678/93, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 54 ; CEDH, *Sürek et Özdemir c. Turquie*, préc., § 60 ; CEDH, *Özgür Gündem c. Turquie*, préc., § 60.

³⁴⁵⁵ CEDH, *Lehideux et Isornie c. France*, préc., § 57, § 58.

³⁴⁵⁶ Ainsi, dans le cadre de la condamnation pour outrage à magistrat d'un accusé ayant lui-même assuré sa défense pour des propos tenus dans sa plaidoirie, cette instance, tout en estimant que cette condamnation poursuivait le but légitime tenant à « garantir l'autorité du pouvoir judiciaire », a considéré comme non nécessaire dans une société démocratique une ingérence consistant à la condamnation à six mois d'emprisonnement dont deux à purger en isolement cellulaire, CEDH, *Saday c. Turquie*, préc.

³⁴⁵⁷ Alors qu'il purgeait une peine de prison, le requérant écrivit au président du tribunal régional pour se plaindre d'un juge qui avait répondu à une lettre écrite par lui antérieurement. Le requérant utilisait des expressions telles que « clown irresponsable » et « crétin ». Il fut condamné à huit mois d'emprisonnement, CEDH, *Skalka c. Pologne*, préc.

³⁴⁵⁸ « La Cour rappelle l'importance cruciale de la liberté d'expression, qui constitue l'une des conditions préalables au bon fonctionnement de la démocratie. L'exercice réel et efficace de cette liberté ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux », CEDH, *Özgür Gündem c. Turquie*, préc., § 43, CEDH, *Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, CEDH 2000-II, § 38.

³⁴⁵⁹ CEDH, *Özgür Gündem c. Turquie*, préc., § 43.

³⁴⁶⁰ CEDH, *Fuentes Bobo c. Espagne*, préc.

et certes l'obligation de légiférer dans un domaine donné tel que l'octroi des autorisations pour diffuser une publicité à la télévision³⁴⁶¹.

B. L'application critique dans la prison

En son état actuel, la jurisprudence européenne ne permet pas de cerner toutes les exigences de la Convention dans l'application de la liberté d'expression aux détenus. Composée essentiellement des décisions de la Commission, elle est de surcroît limitée à la publication des écrits et aux contacts avec des journalistes. Elle permet toutefois d'observer un écart significatif par rapport à l'application générale de cette liberté. Un écart qui était synonyme d'une application inefficace de cette liberté dans la prison au sein de la jurisprudence initiale de la Commission, et qui demeure critique pour la société démocratique.

C'est en minimisant l'importance du droit à la liberté d'expression pour les détenus et en maximisant celle des motifs opposés par les autorités pénitentiaires, que la Commission justifiait dans ses premières décisions l'interdiction totale des détenus de publier leurs écrits : « Les communications adressées par les prisonniers à la presse ne peuvent en aucune façon être considérées comme présentant une importance telle qu'elles ne devraient pas rentrer dans la catégorie des exceptions prévues par l'article 10 §2, si les autorités élevent des objections à l'encontre de telles communications³⁴⁶² ». La seule invocation de ces objections suffisait pour justifier toutes les restrictions sans entrer dans l'appréciation de leur nécessité dans une société démocratique. Ainsi, c'est en mettant en avant le travail supplémentaire que cela représenterait pour le personnel pénitentiaire et les difficultés pratiques d'exercer un contrôle sur tout le matériel qui peut être envoyé à l'extérieur par les prisonniers en vue d'une publication, que la Commission avait justifié le refus d'autoriser un détenu à publier ses écrits³⁴⁶³.

Mais le respect de la liberté d'expression des détenus demeure toujours critique. Plus qu'un simple écart aux principes qui doivent régir son application dans une société démocratique, nous y observons une véritable dérogation. Rappelons que ce qui caractérise l'application de cette liberté est, d'abord, l'absence de censure préventive. A part l'expression cinématographique, une telle censure est exceptionnelle dans les autres domaines d'expression. La Cour a confirmé ce principe en déclarant qu'elle présente un « grave danger », appelant la « vigilance la plus scrupuleuse »³⁴⁶⁴. Rappelons, ensuite, la sévérité de la Cour dans la détermination de la nécessité de censurer l'expression *a priori*

³⁴⁶¹ CEDH, *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, préc., § 45.

³⁴⁶² D 1753/63 (X/Autriche), 15.2.65, Ann. 1965, p. 175.

³⁴⁶³ D 5442/72 (X/R.U.), 20.12.1974, DR. 1, p.41.

³⁴⁶⁴ Une telle restriction présente de si graves dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux. Il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse : l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt », CEDH, *Observer et Guardian c. R.U.*, précité, § 60. Voir aussi *Öztürk c. Turquie*, préc., § 67.

ou *a posteriori*. Sévérité reflétée par cette déclaration constamment réitérée dans ses arrêts : « La liberté d'expression... "vaut non seulement pour les informations ou des idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population" ; ainsi le veulent le "pluralisme", la "tolérance" et l'"esprit d'ouverture" sans lesquels il n'est pas de "société démocratique"³⁴⁶⁵ ». Rappelons encore que c'est dans ce même esprit que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe s'exprimait à propos de la garantie de la liberté d'expression artistique à l'égard des détenus : « Il importe que la liberté d'expression maximale soit accordée aux détenus, qui va jusqu'à permettre l'expression des sentiments hostiles et négatifs. Autrement, les détenus peuvent soupçonner les possibilités qui leur sont offertes d'être destinées à les manipuler³⁴⁶⁶. »

Certes le principe que la Commission a fini par consacrer en matière d'ingérences dans la liberté d'expression des détenus était que les autorités prouvent leur nécessité : « Toutes les ingérences - formalités, conditions, restrictions ou sanctions - enfreignent l'article 10 de la Convention lorsqu'elles ne constituent pas des mesures nécessaires au sens de l'article 10³⁴⁶⁷ ». Toutefois, force est de constater que les restrictions admises sont inconcevables à l'extérieur. Les seuls aspects justifiés par la jurisprudence comme incompatibles avec l'article 10 de la Convention sont la privation du matériel de base permettant d'exprimer ses idées, comme l'interdiction de *disposer du papier*, jugée par la Commission injustifiée quelles que soient les raisons invoquées³⁴⁶⁸, la *privation totale de publier des écrits*, y compris de contenu scientifique³⁴⁶⁹, et la *privation totale de s'entretenir avec des médias*³⁴⁷⁰, ou encore *l'impossibilité de taper à la machine et de sculpter*³⁴⁷¹.

Pour le reste, ce qui caractérise la garantie actuelle de la liberté d'expression de la part des détenus est d'abord qu'elle obéit à un principe inverse par rapport à l'extérieur. L'exercice par les détenus de la liberté d'expression est soumis à l'autorisation préalable et à la censure préalable. Ce qui est l'exception dehors devient la règle dans la prison. Ces ingérences sont analysées comme un contrôle normal de la liberté d'expression. Saisie du grief d'un détenu selon lequel l'éventualité que ses écrits destinés à la publication soient préalablement contrôlés affectait sa liberté d'expression, la Commission avait déclaré : « Dans un environnement carcéral, le degré restreint de contrôle que

³⁴⁶⁵ CEDH, *Handyside c R.U.*, préc., § 49 ; CEDH, *Öztürk c. Turquie*, préc., § 67.

³⁴⁶⁶ Conseil de l'Europe, *Recommandation R(89)12, Education en prison*, Comité des Ministres, 13 octobre 1989, p.56.

³⁴⁶⁷ « Toutes les ingérences - formalités, conditions, restrictions ou sanctions - enfreignent l'article 10 de la Convention lorsqu'elles ne constituent pas des mesures nécessaires au sens de l'article 10 », R 8231/78, (T/R.U), préc.

³⁴⁶⁸ En l'occurrence, la crainte d'un usage abusif et d'un usage dangereux : le papier pourrait servir à transmettre des messages clandestins ou à allumer des feux, R 8231/78, (T/R.U), préc.

³⁴⁶⁹ « Rien n'indique que l'interdiction totale d'expédier les écrits en question... était "nécessaire" au sens de l'article 10 §2 de la Convention- autrement dit qu'elle a été proportionnée et justifiée par un besoin spécial pressant », *Ibid.*

³⁴⁷⁰ CEDH, *Sotiropoulou c. Grèce* (déc.), n° 40225/02, CEDH 2007-I.

³⁴⁷¹ CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc.

l'examen éventuel de ses écrits a représenté pour le requérant était une condition de l'exercice de sa liberté d'expression nécessaire dans une société démocratique, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre, à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, et à la protection des droits d'autrui³⁴⁷² ».

Cette instance a ultérieurement confirmé la nécessité d'un tel contrôle en même temps qu'elle l'a élargi à l'expression par les médias audiovisuels³⁴⁷³. Elle a, en effet, rejeté la requête d'un détenu qui alléguait la violation de l'article 10 de la Convention pour avoir été interdit de participer en direct (par téléphone) à une émission radiophonique. Motif principal du rejet : le contrôle de l'expression des détenus étant en général normal, la privation de ceux-ci de s'exprimer en direct par ce média est pleinement justifiée car ce mode d'expression empêche l'exercice d'un contrôle efficace des propos des détenus.

La Cour, dans l'affaire *Sotiroulou*, 2007³⁴⁷⁴ est venue confirmer la condamnation de l'interdiction totale des détenus de s'exprimer par les médias, y compris pour dénoncer les conditions de détention et critiquer le fonctionnement de la prison et les fonctionnaires. En revanche, elle a continué à justifier le contrôle préalable. On pourrait toutefois y voir une avancée dès lors qu'elle n'a pas fondé la légitimité de ce contrôle sur les besoins de la détention en général, mais sur la situation concrète de la personne en cause. Celle-ci était accusée d'appartenir au plus grand groupe terroriste qui agissait en Grèce depuis la fin de la dictature le « 17 novembre », et l'instruction de cette affaire était en cours. C'est sur ces deux motifs que la Cour s'est appuyée pour justifier à la fois la soumission de l'expression de ces personnes à une autorisation préalable et la sanction infligée suite à la violation de cette condition. La requérante avait donné une interview à un journaliste par un des téléphones qui se trouvent en accès libre dans toutes les prisons grecques. Cette interview, dans laquelle elle critiquait les conditions de détention, avait été diffusée sur une chaîne de télévision et dans une revue. Cela lui a valu la sanction d'isolement dans sa cellule³⁴⁷⁴. La Cour a estimé qu'il était raisonnable de la part des autorités d'imposer des restrictions plus sévères à son droit de communication, pour empêcher tout contact éventuel par le biais de tierces personnes avec d'autres membres présumés du groupe terroriste ou la divulgation d'informations sur ses conditions de détention. Cette éventualité aurait pu nuire au bon déroulement de l'instruction en cours et mettre en danger la sécurité de la requérante ou d'autres détenus. Par ailleurs, la sanction de cinq jours d'isolement dans sa cellule était, en l'espèce « proportionnée aux buts légitimes poursuivis ».

Une autre particularité qui caractérise l'exercice de la liberté d'expression des détenus est la confusion de son approche avec le droit à la correspondance. En effet, celui-ci étant quasiment le

³⁴⁷² R 8231/78, (T/R.U), préc.

³⁴⁷³ D 33742/96 11.9.1997.

³⁴⁷⁴ CEDH, *Sotiroulou c. Grèce* (déc.), préc.

seul moyen de communication dont disposent les détenus, le droit de correspondance et la liberté d'expression se confondent. Ce qui joue tantôt en faveur de cette dernière, évitant l'interception de la lettre, tantôt en sa défaveur justifiant la censure préventive.

Ainsi dans deux affaires, l'affaire *Silver et autres*³⁴⁷⁵, et l'affaire *Boyle et Rice*, la Cour a condamné l'interception des lettres adressées par des détenus, dans la première à un réalisateur d'une émission concernant le crime pour lequel le requérant avait été condamné³⁴⁷⁶, et dans la seconde, à une personnalité des mass médias. Elle a estimé que le caractère privé de la correspondance prévaut sur son contenu et sur la qualité du destinataire. C'était alors à tort que ces lettres étaient tombées sous l'interdiction des détenus (prévue en droit écossais) de communiquer des éléments destinés à une publication ou à une diffusion à la radio ou à la télévision³⁴⁷⁷. On ne peut que regretter que la Cour n'ait pas saisi ces deux occasions pour énoncer les principes qui doivent régir l'exercice par les détenus du droit à la liberté d'expression, droit bien distinct du droit au respect de la correspondance.

En revanche, dans deux autres affaires, cette confusion a justifié la censure des écrits. Ainsi, alors qu'un détenu avait critiqué un magistrat en le qualifiant de « clown irresponsable » et de « crétin » dans une lettre envoyée à un autre magistrat, il a été sanctionné, par l'emprisonnement de huit mois, pour avoir franchi les limites de la liberté d'expression et porté atteinte à la réputation du magistrat en question. Pourtant la lettre n'était pas destinée à être diffusée publiquement. Seule la gravité de la sanction avait été sanctionnée par la Cour en la considérant comme disproportionnée et donc non nécessaire dans une société démocratique³⁴⁷⁸.

C'est lorsque l'ingérence a dépassé la censure et pris la forme de saisie préventive d'un écrit qui, de surcroît, n'était pas destiné à être diffusé ni auprès des détenus ni auprès du grand public, que la Cour a estimé qu'il pourrait s'agir d'une ingérence excessive. Mais dans le cas d'espèce, il avait beaucoup compté dans le raisonnement de la Cour la nature de la seconde ingérence : la sanction de sept jours d'isolement cellulaire accompagnée d'une sanction humiliante, celle du rasage de force du crâne. En l'occurrence, dès lors que le document litigieux, un texte dactylographié à l'attention de l'avocat du détenu, comportait des critiques du système judiciaire et pénitentiaire et de certains fonctionnaires, mais qui n'étaient ni insultantes ni destinées à être diffusées, la Cour a estimé que ces ingérences ont violé l'article 10 de la Convention³⁴⁷⁹.

³⁴⁷⁵ CEDH, *Silver et autres c. R.U.*, préc., § 91.

³⁴⁷⁶ Interception conforme au droit anglais qui prévoyait l'interdiction totale pour les détenus de communiquer des éléments destinés à une publication ou à une diffusion à la radio ou à la télévision.

³⁴⁷⁷ CEDH, *Boyle et Rice*, préc., § 50.

³⁴⁷⁸ CEDH, *Skalka c. Pologne*, préc.

³⁴⁷⁹ CEDH, *Yankov c. Bulgarie*, in *Note d'information n°59*, sur la jurisprudence de la Cour, décembre 2003, Conseil de l'Europe.

De manière générale, dans l'appréciation du respect de la liberté d'expression des détenus par les droits nationaux, doit être pris en compte l'ensemble des moyens d'expression auxquels ont accès les détenus. Ce qui est sanctionné par la jurisprudence européenne, c'est l'impossibilité totale de ces personnes de pouvoir s'exprimer par écrit et par les mass médias. En revanche, elle justifie la limitation à la fois des moyens et du contenu, y compris la censure préventive qui devient la règle. Il est pourtant intéressant de noter à ce propos que les Règles pénitentiaires européennes, lors de leur révision en 2006, recommandent que les détenus soient autorisés à communiquer avec les médias et que l'accès ne soit limité que par « des raisons impératives » (Règles 24-12)³⁴⁸⁰.

§ 2. L'application nationale

Que le droit à la liberté d'expression soit fondamental pour le fonctionnement démocratique d'une société, voire consubstantiel, l'histoire des droits français et grec en témoigne également. En droit français, la liberté d'expression avait été énoncée par la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 comme « un des droits les plus précieux³⁴⁸¹ ». Le « projet de Constitution » pour la Grèce libérée de l'occupation turque prévoyait de garantir la « liberté illimitée » de la presse³⁴⁸². Mais seule la censure préventive de la presse et de tout autre moyen d'expression fut interdite en termes absolus dans le texte final de la première Constitution grecque, dite Constitution de Troizine, votée le 1^{er} mai 1827.

Concernant la garantie actuellement assurée au sein de ces deux droits nationaux, en comparaison avec celle assurée à l'extérieur (A), celle concernant les détenus est quasiment nulle (B).

A. Le cadre de la protection générale

La liberté d'expression constitue toujours une valeur fondamentale aussi bien au sein du droit grec que du droit français. La Constitution grecque actuelle (1975/1986/2001) fait à la liberté d'expression une large place. Elle lui consacre trois articles qui garantissent l'expression par *la parole, l'écrit et la presse* (art. 14)³⁴⁸³, par les moyens *audiovisuels* (art. 15) et par *l'art* (art. 16). En

³⁴⁸⁰ « Les détenus doivent être autorisés à communiquer avec les médias, à moins que des raisons impératives ne s'y opposent au nom de la sécurité et de la sûreté, de l'intérêt public ou de la protection des victimes, des autres détenus et du personnel ».

³⁴⁸¹ « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » (art. 11).

³⁴⁸² A. YOTOPOULOU-MARANGOPOLOU, « Les droits de l'homme dans les Constitutions de la Révolution hellénique », *NOV*, (1980), t.1, p. 1023.

³⁴⁸³ « Chacun peut exprimer et diffuser ses pensées oralement, par écrit et par la voie de presse, en observant les lois de l'Etat » (art. 14 § 1).

droit français, c'est seulement en 1982, que le Conseil Constitutionnel a expressément consacré une telle valeur à la liberté d'expression, sous les termes de liberté de communication³⁴⁸⁴.

Parmi les moyens d'expression, celui qui jouit de la protection la plus renforcée, tant au sein du droit grec qu'au sein du droit français, est la liberté de la presse. L'article 15 de la Constitution grecque exclut expressément l'application du régime de protection de la presse prévue par l'article 14 sur les autres moyens d'expression (cinéma, radio, télévision et à tout autre moyen similaire de transmission de la parole et de l'image). Ce régime est en effet à même d'assurer à la presse une protection encore plus renforcée que celle de la Convention. La Constitution grecque interdit absolument la censure préventive (art. 14 §2) et la saisie des journaux et d'autres imprimés avant leur circulation (art. 14 §3). De surcroît, elle limite considérablement le pouvoir du législateur en matière de saisie, après leur mise en circulation, en prévoyant limitativement les raisons pour lesquelles elle peut avoir lieu. Elles sont au nombre de quatre : la sécurité de l'Etat ; la protection de la personne du Président de la République contre des offenses ; la protection des religions connues contre des offenses ; la protection de la pudeur publique contre des publications manifestement outrancières (art. 14 §3). Cependant, cette énumération limitative n'a pas empêché le législateur grec d'étendre ce champ des restrictions. Par exemple, la loi n° 1729/87 a institué le délit de provocation et d'incitation à l'usage de drogues par la voie de presse.

En droit français, le principe qui régit le régime de protection de la liberté de la presse est également l'interdiction de la censure préventive. Ce principe consacré dès la loi du 27 juillet 1881, fut élevé au rang des principes de valeur constitutionnelle en 1984. Le Conseil Constitutionnel a, dans sa décision n° 84-181 DC 10 et 11 octobre 1984 dite « Entreprise de presse », déclaré l'autorisation préalable incompatible avec la Constitution³⁴⁸⁵. Toutefois, contrairement au droit grec, ce principe n'est pas absolu. Deux exceptions subsistent : les publications présentant un danger pour la jeunesse (en raison de leur caractère licencieux, pornographique ou de la place faite au crime, à la violence, à la discrimination et à la haine raciale, à l'incitation à l'usage, détention ou trafic de stupéfiants) et les publications de provenance étrangère ou rédigées en langue étrangère (décret-loi du 6 mai 1939)³⁴⁸⁶. Rappelons à propos de cette dernière qu'elle est sanctionnée par la Cour pour incompatibilité avec les exigences à respecter dans le cas des restrictions préalables à la publication. Après avoir rappelé que de telles restrictions doivent s'inscrire dans un « cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus³⁴⁸⁷ », elle a estimé que tel n'est pas le cas. Elle a relevé que : la loi ne précise pas la

³⁴⁸⁴ CC n°92-141 CD 27 juillet 1982, J.J. ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., 1998, pp 454-475.

³⁴⁸⁵ Voir P. WACHSMANN, (dir.), « La liberté d'expression », in *Droits et libertés fondamentaux*, 4e éd., Dalloz, 1997, pp 281-308.

³⁴⁸⁶ *Ibid.* ; J.J. ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, préc.

³⁴⁸⁷ CEDH, *Association Ekin c. France*, préc., § 59.

notion de « provenance étrangère », n'indique pas les motifs pour lesquels une publication considérée comme étrangère peut être interdite et donne compétence au Ministre de l'Intérieur d'interdire, de manière générale et absolue sur l'ensemble du territoire français, la circulation, la distribution ou la mise en vente de tout écrit rédigé en langue étrangère ou, même s'il est rédigé en français, lorsqu'il est considéré comme de provenance étrangère³⁴⁸⁸. « Un tel texte semble heurter de front le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention », a-t-elle souligné³⁴⁸⁹.

Or la prison apparaît encore une fois dans le domaine des droits de l'homme comme un lieu d'entorse aux principes qui doivent régir leur application dans une société démocratique.

B. L'application en prison

Les droits pénitentiaires grec et français oscillent entre le silence et une réglementation des moyens d'expression ouvertement dérogoire aux principes consacrés sur l'exercice de la liberté d'expression. En effet, un silence entoure toujours l'expression des détenus par les moyens audiovisuels.

Si bien que leur possibilité de s'exprimer par ces moyens, qui passe nécessairement par l'autorisation donnée aux journalistes et aux documentaristes, semble être laissée au bon vouloir des autorités pénitentiaires. Seule l'expression écrite et artistique est réglementée. Réglementation qui cependant est loin d'être satisfaisante. La réglementation de l'expression par écrit, outre le fait qu'elle offre l'exemple d'une réglementation de l'exercice des droits de l'homme privative d'une application effective, constitue une dérogation flagrante au principe le plus fondamental qui régit l'exercice de la liberté d'expression : l'interdiction de l'autorisation préalable. La publication des écrits des détenus est systématiquement soumise à une telle autorisation lorsqu'elle n'est pas purement et simplement reportée à leur libération. Cette dérogation met alors en cause le caractère absolu de cette interdiction en droit grec et le caractère limitatif des deux dérogations susmentionnées prévues en droit français **(1)**. Quant à la réglementation de l'expression artistique, tout en témoignant que cette forme d'expression est la plus favorisée, elle laisse voir que cela est dû à sa considération comme un moyen de resocialisation des détenus et de gestion de la vie quotidienne de la prison plutôt qu'à sa considération comme un droit des détenus **(2)**.

1. L'expression écrite sous régime dérogoire au droit commun

Dans les droits pénitentiaires grec et français, il y a lieu de distinguer l'*expression individuelle* des détenues **(a)** et leur expression *collective* **(b)**. La seconde de ces deux formes

³⁴⁸⁸ *Ibid.*, §61.

³⁴⁸⁹ *Ibid.*, § 62.

d'expression est nettement plus favorisée. La raison sous-jacente serait, au regard de leur réglementation réciproque, que l'expression collective est considérée comme un moyen favorisant la resocialisation des détenus plus que comme l'exercice d'un droit individuel des détenus.

a. L'expression individuelle : entre silence et réglementation dérogatoire au droit commun

La défaillance du *droit grec* quant aux exigences du respect de la liberté d'expression est trop frappante pour être même discutée. Le Code pénitentiaire est totalement silencieux sur cette question. Ce silence pourrait signifier que c'est le droit commun qui s'applique en la matière. Or il semble que dans la pratique il y a eu pendant les dix dernières années une évolution certaine passant d'une absence totale d'expression orale ou écrite vers la consécration du principe de la liberté d'expression. Ce que, d'une part, laisse entendre l'affaire *Sotiropoulou* examinée par la Cour qui concernait, entre autres, la punition disciplinaire de la requérante du fait d'avoir accordé un entretien téléphonique à un journaliste depuis sa prison. Le gouvernement grec a précisé que la requérante, membre du groupe terroriste de « 17 novembre », était soumise à un régime de détention préventive comportant, pour des raisons de sécurité et de la préservation du bon déroulement de l'instruction, un certain nombre de restrictions supplémentaires à celles du droit pénitentiaire commun. Parmi ces restrictions figurait celle de privation de la liberté de communication et d'expression sans autorisation préalable avec des personnes autres que ses proches³⁴⁹⁰. Ce que montrent également de nombreux entretiens donnés par les personnes détenues y compris en direct sur les radios et les chaînes de télévision depuis leur lieu de détention.

Le *droit français* réglemente cette matière. Mais réglementation ne signifie pas protection efficace. Celle de la liberté d'expression des détenus en droit français, non seulement le confirme, mais constitue un exemple de réglementation opposé à l'esprit de la société démocratique. D'abord, contrairement au droit commun, où le contrôle préalable des écrits avant leur publication est, comme nous venons de le souligner, l'exception et non la règle, le contrôle est ici la règle. Toute publication et divulgation des écrits des détenus est soumise à l'autorisation préalable du directeur régional des services pénitentiaires. Ensuite, le pouvoir de cette autorité est illimité, aucune précision n'étant prévue concernant son étendue. En effet l'article D. 444-1 du Code de procédure pénale relatif à cette autorisation est rédigé en ces termes : « La sortie des écrits faits par un détenu en vue de leur publication ou de leur divulgation, sous quelque forme que se soit, est autorisée par décision du directeur régional des services pénitentiaires territorialement compétent ». De surcroît, le deuxième alinéa de ce même article prévoit que tout manuscrit rédigé en détention peut être confisqué pour des

³⁴⁹⁰ CEDH, *Sotiropoulou c. Grèce* (déc.), préc.

raisons d'ordre jusqu'à la libération de son auteur³⁴⁹¹. Cette réglementation de la liberté d'expression des détenus comporte donc des limitations qui sont indéniablement incompatibles avec les conditions requises par l'article 10 de la Convention dans les limitations de l'exercice de cette liberté, au moins avec la première, la *prévisibilité légale* des limitations. Outre le fait que le motif de confiscation, l'« ordre », pourrait ne pas être considéré comme suffisamment précis pour être conforme à cette condition, tel est incontestablement le cas à propos des conditions de l'autorisation pour la publication des écrits : le directeur régional des services pénitentiaires dispose d'un pouvoir quasi discrétionnaire. Rappelons que par prévisibilité légale on doit entendre qu'une ingérence soit prévue par une loi au sens d'un texte précis, clair et accessible aux justiciables. C'est seulement dans ces conditions que la loi peut remplir sa fonction primordiale : protéger les justiciables contre l'arbitraire en leur permettant de connaître le champ de leur liberté d'action et de contrôler de manière efficace l'exercice du pouvoir par les autorités. Or, à supposer que les détenus puissent former un recours juridictionnel contre le refus du directeur régional de services pénitentiaires d'autoriser la publication de leurs écrits, ce recours ne permet pas d'exercer un contrôle efficace de cette décision, faute de précision des limites dans lesquelles cette autorité est tenue d'exercer son pouvoir.

b. L'expression collective : entre absence et haute surveillance

Le *droit français* favorise l'expression collective. Les détenus peuvent réaliser des bulletins et des journaux d'information (art. D 441-1 al.c CPP). Mais cette possibilité est loin de remédier aux défaillances soulignées de l'expression individuelle. L'expression par ces moyens est soumise à l'autorisation préalable. Selon l'article D. 441-1, al.c du Code de procédure pénale, c'est « avec l'accord et sous le contrôle de l'administration » que les bulletins ou les journaux rédigés par les détenus peuvent être diffusés à l'intérieur de chaque prison, et à l'extérieur. Une circulaire du 19 décembre 1986 précise qu'il appartient au chef de l'établissement d'exercer personnellement *un strict contrôle sur le contenu des publications avant leur diffusion*. Ce contrôle porte sur « leur adéquation aux objectifs de la réinsertion de la peine privative de liberté et sur leur impact au regard de l'ordre public général mais aussi spécifique, tel qu'il est conçu à l'intérieur de la prison³⁴⁹² ». Dès lors, à supposer que leur diffusion à l'extérieur soit effectivement autorisée³⁴⁹³, elle serait dénuée d'intérêt. Car alors que l'essence de la liberté d'expression est d'attirer l'attention de l'opinion publique, de la remuer, et, si nécessaire, de la « heurter », de la « choquer » ou de l'« inquiéter », d'après les propres termes de la Cour³⁴⁹⁴, les conditions de réalisation des journaux ou périodiques par les détenus tendent à « aseptiser » leur contenu, rendant ainsi l'exercice de cette liberté totalement anodin.

³⁴⁹¹ « Sans préjudice d'une éventuelle saisie par l'autorité judiciaire, et sous réserve de l'exercice des droits de la défense, tout manuscrit rédigé en détention peut au surplus être retenu, pour des raisons d'ordre, pour n'être restitué à son auteur qu'au moment de sa libération », (art. D 441-1, al.b, CPP).

³⁴⁹² Circulaire du 19.12.1986, in : *B.O* n°24, p.145.

³⁴⁹³ Faute d'avoir pu constater que c'est effectivement le cas.

³⁴⁹⁴ CEDH, *Handyside c R.U.*, préc., § 49.

De surcroît, ces moyens d'expression ne sont pas considérés comme des moyens de participation au débat public mais plutôt comme des moyens de réinsertion ou de simple occupation des détenus. Cela est clair à la lecture, par exemple, des *Cours de réglementation pénitentiaire* dispensés à l'ENAP, en France. Il y est souligné que la finalité de la publication d'un journal s'inscrit dans la perspective de la réinsertion des détenus³⁴⁹⁵.

En *droit grec*, le maigre pouvoir des détenus de s'exprimer qui leur était reconnu par le Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus (1989-1999), à savoir la possibilité de réaliser des imprimés « pour information ou ayant un caractère littéraire » (art. 46 §1 CRFTD), est supprimé. Dans le Code pénitentiaire actuel, l'expression écrite des détenus, sous quelque forme qu'elle soit, n'est même pas mentionnée.

2. L'expression artistique encouragée

Ce n'est que dans l'expression par des activités socioculturelles (théâtre, musique, cinéma, peinture, sculpture, danse, etc.), que la liberté d'expression est la mieux assurée.

Le *droit français* consacre dans la partie *Décrets* du Code de procédure pénale une section entière à l'organisation des activités socioculturelles. Mais seuls les articles D. 440 à 442, et D 445-446 CPP concernent les activités artistiques. Leur organisation incombe principalement au personnel du SPIP (service pénitentiaire d'insertion et de probation) qui peut faire appel également à des personnes extérieures. Ces dernières peuvent animer des activités socioculturelles avec l'autorisation du chef d'établissement (D 445 CPP). En outre, une association fonctionne dans chaque établissement sous le régime de la loi du 1^{er} juillet 1901 en vue de soutenir le développement des actions socioculturelles et sportives (art. D 442, CPP). Entre autres formes d'expression, la possibilité de réaliser des vidéos est mentionnée. Leur diffusion hors de l'établissement pénitentiaire est soumise à l'autorisation du Ministre de la Justice ou du directeur régional suivant l'intérêt local ou national du sujet (art. D 445 CPP)³⁴⁹⁶.

³⁴⁹⁵ La mission de l'A.P étant également la réinsertion des détenus, elle implique dans le domaine d'expression, en premier lieu d'obtenir l'adhésion des intéressés aux normes sociales telles qu'elles résultent des textes constitutionnels, législatifs et réglementaires.

La finalité de publication d'un journal devant être inscrite dans la perspective de réinsertion, ne peut être acceptée la mise en cause des institutions publiques, *Cours de réglementation pénitentiaire*, ENAP, Ministère de la Justice, vol. 2, 1990, pp. 29-30.

³⁴⁹⁶ Ainsi, à la prison de Fleury-Merogis, en France, une radio fonctionne, depuis 1982 pour la prison des hommes et depuis de dates ultérieures pour les prisons des femmes et des mineurs. Elle est diffusée à l'intérieur de chaque prison par les interphones, *Le Monde* du 24/25 avril 1994. Dans la prison « la santé » de la région parisienne, un canal de diffusion interne fonctionne depuis de nombreuses années et assuré par des détenus.

Le *droit grec* est plus bref en cette matière. L'article 38 du Code pénitentiaire qui la régit prévoit seulement que les détenus peuvent participer à l'organisation des manifestations culturelles, collectives ou individuelles, à savoir à l'organisation d'une troupe de théâtre, d'un chœur, d'une exposition de peinture et d'art artisanal, de projections de films. Leur organisation est confiée au conseil de la prison avec la collaboration des autorités locales chargées des affaires artistiques et des détenus. Ces activités des détenus sont favorisées puisqu'il est prévu qu'elles soient prises en compte pour l'octroi des mesures favorables ou des privilèges (art. 38 §4 C. pénit.).

Mais, si ces formes d'expression, comme celles d'expression par l'écriture collective, reçoivent un soutien particulier de la part des autorités pénitentiaires, il est clair que cela n'est pas dû à leur considération par les autorités pénitentiaires comme l'aspect du droit à la liberté d'expression le plus important. Il est dû à leur considération comme un moyen utile aussi bien pour la réinsertion des détenus que pour la gestion de la vie quotidienne de la prison.

Premièrement, la contribution de ces activités à la réinsertion des détenus est indiscutable. D'abord, parce que leur organisation permet aux détenus d'avoir une *vie associative* et une *certaine liberté d'initiative*. Le droit français, par exemple, prévoit que « les détenus peuvent (sous le contrôle du SPIP) être associés à l'organisation de ces activités et certains d'entre eux être chargés de les préparer et de les animer » (art. D. 446 CPP). Ensuite, parce que de par leur nature, elles contribuent au travail de connaissance de soi et de découverte des dimensions valorisantes, compensant ainsi l'image négative renvoyée par le jugement pénal et la peine. Cette contribution est d'autant plus efficace que l'organisation de ces activités est l'occasion de contacts avec des artistes plus intéressés à faire découvrir aux détenus leur potentiel créatif et à les aider à exprimer leurs sentiments et idées que de porter des jugements sur eux et corriger leurs conduites sociales. A cet égard, il est à rappeler que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a, dans sa Recommandation sur l'éducation en prison, insisté sur l'importance des artistes venant de l'extérieur, en ce qu'ils apportent un « esprit de stimulation et d'espérance³⁴⁹⁷ » et le rôle irremplaçable de la liberté d'expression dans la « réinsertion authentique » des détenus, c'est à dire dans la possibilité qui leur est donnée de choisir eux-mêmes le sens et l'orientation de leur vie. Une telle réinsertion ne peut être réalisée que « dans le cadre d'une liberté de choix permettant aux détenus d'analyser ce qu'ils ressentent et ce qu'ils ont vécu, et de définir eux-mêmes "où ils en sont" ».

Deuxièmement, la contribution des activités culturelles à la gestion de la vie quotidienne de la prison et à l'image de celle-ci, est également indiscutable. S'adonner aux activités culturelles est à la fois un moyen d'occupation et un excellent moyen psychologique de libération des tensions des détenus, et donc d'apaisement des rapports relationnels en prison. De plus, dans la mesure où les autorités pénitentiaires font appel au concours de personnes extérieures pour organiser les activités

³⁴⁹⁷. Recommandation R(89)12, *Education en prison*, préc., p.56.

culturelles, celles-ci contribuent à l'image de la prison comme institution ouverte en même temps qu'à l'entretien des contacts avec le monde extérieur (art. D. 446 CPP).

Enfin, que ces activités soient considérées plus comme un moyen de politique pénitentiaire que comme un aspect du droit des détenus à la liberté d'expression, en témoignent au moins deux éléments fournis par le droit grec et français. D'abord, en droit grec, l'article corrélatif (37 C. pén.) est intitulé *Loisirs et temps libre*. Ensuite, aussi bien au sein de ce droit national que dans le droit français, leur réglementation ne permet guère de considérer la participation à ces activités comme un droit des détenus. Leur organisation est laissée au pouvoir discrétionnaire des autorités pénitentiaires (art. D 446 al.c CPP). Les détenus qui le souhaitent peuvent y participer sur autorisation du chef de l'établissement mais rien ne garantit leur participation ni ne permet de les protéger par un recours en justice.

La conclusion sur la garantie assurée à la liberté d'expression des détenus, tant au niveau européen que national, est sans appel. Leur parole n'a pas encore droit de cité même dans les sociétés démocratiques pourtant censées être pluralistes, ouvertes à la critique et respectueuses de leurs minorités et de leurs ennemis. La parole des détenus est considérée soit comme dangereuse (elle ne peut être exprimée qu'après contrôle préalable), soit comme inintéressante (elle peut alors attendre la mise en liberté des détenus pour être exprimée). Cette conception de la parole du détenu accompagne, par ailleurs, celle de son image. Il est frappant de constater que le détenu est la personne la plus étrangère dans les débats publics le concernant directement. Il est le grand absent, aussi bien des émissions radiophoniques (même lorsqu'elles portent sur des questions pénitentiaires) que des émissions télévisées et des colloques savants. D'autres prennent sa place, à titre de spécialistes, de connaisseurs du terrain ou de porte-parole non mandatés par les détenus, porteurs, eux, d'un raisonnement droit et digne d'être exprimé et écouté. Alors que les deux interlocuteurs principaux dans de tels débats devraient être l'administration pénitentiaire et les détenus, sur les plateaux de débats publics, un seul est l'invité obligé sans lequel le débat perdrait automatiquement sa légitimité : l'administration pénitentiaire.

Critique pour la société démocratique, l'application de la liberté d'expression l'est également pour la peine privative de liberté et de la prison. Son application en prison, d'une part, contredit l'évolution de la peine privative de liberté vers un sens juridique conforme au principe de limitation de cette peine à la privation de liberté physique : la règle fondamentale de l'exercice de la liberté d'expression y étant inversée, l'autorisation préalable constituant la règle et non l'exception, prouve que la peine privative de liberté continue à inclure également la privation de la liberté d'expression. D'autre part, elle constitue un des indicateurs les plus significatifs de l'état d'avancement de la politique pénitentiaire vers son but affiché : minimiser l'exclusion sociale des détenus. L'éloignement de ceux-ci des moyens d'expression de grande diffusion, moyens qui possèdent un pouvoir effectif

autant que symbolique de la participation d'une catégorie d'individus à la vie sociale, renforce encore plus leur représentation comme des exclus. Cet état d'application de la liberté d'expression témoigne, de surcroît, que la mission de la prison de rééduquer le détenu perdure. Celui-ci ne pourra recouvrir sa pleine liberté d'expression tant qu'il n'aura pas fini son ré-apprentissage à penser et à s'exprimer, ré-apprentissage signifié avec sa mise en liberté.

A propos de cet état d'application de la liberté d'expression, il nous semble important de noter que l'attitude de la société civile n'est pas étrangère. Voilà un droit dont l'exercice est intimement lié à son exercice de la part des personnes à l'extérieur, et surtout des professionnels de l'information (éditeurs, journalistes, documentaristes) pour qui, plus que l'exercice d'un droit individuel, informer et s'exprimer constitue une fonction sociale. Dimension qui leur vaut la protection la plus renforcée de la liberté en question au sein de la jurisprudence européenne. Dès lors, si ces personnes, en cas de non-obtention de l'autorisation de faire participer des détenus physiquement, au moins par téléphone ou en duplex à un débat ou une émission ou d'échier leurs écrits, joignent leurs griefs à ceux des détenus, ils contribueraient au renforcement de la garantie de la liberté d'expression à l'égard de ces derniers. De tels refus s'analyseraient au moins comme des ingérences dans la liberté d'expression et d'information, donnant lieu à un contrôle juridictionnel quant à leur légitimité et leur nécessité. Il ne fait d'ailleurs pas de doute que cette contribution serait d'autant plus importante que les professionnels de l'information s'accordent, et on le reconnaît dans les sociétés démocratiques, un rôle clé dans la formation et l'évolution des idées, également un pouvoir de contrôle et de dénonciation assez important pour qu'ils soient considérés comme une instance supplémentaire de protection des individus contre l'arbitraire. Cette importance est d'autant plus cruciale dans le cas des détenus que ceux-ci sont murés, coupés du monde et en situation de faiblesse pour faire valoir leurs droits ou simplement leurs opinions. La preuve en est que la possibilité de s'adresser à la presse accompagne systématiquement leurs revendications lors des mutineries. Or les Etats européens se gardent bien de permettre à la liberté d'expression de jouer un tel rôle dans la prison, et la jurisprudence européenne n'est encore guère incitatrice vers une telle évolution.

SECTION 2. L'EXPRESSION POLITIQUE EN PARTICULIER

La peine privative de liberté continue à porter des marques d'ostracisme. La condamnation à cette peine peut entraîner la privation, de droit ou de fait, de l'exercice des droits politiques.

Pour savoir si cette privation soulève des questions de conformité avec la Convention, il faut au préalable, déterminer si cette dernière consacre des droits politiques à titre de droits individuels. La seule disposition de la Convention qui se rapporte à la vie politique est celle de l'article 3 du Protocole n°1 qui prévoit uniquement l'obligation des Etats à organiser des élections : « Les Hautes

Parties Contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Dès lors, il importe de déterminer de quel statut et de quelles garanties jouissent les droits politiques au sein de la Convention et comment sont elles appliqués aux détenus (§ 1), avant de nous pencher sur la garantie assurée dans les droits grec et français (§ 2).

§ 1. La garantie européenne

C'est en comparant l'application générale de l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention (A) avec son application dans le cas des détenus, que nous pouvons saisir l'éventuel retrait de cette dernière et les interrogations que cela peut soulever ().

A. La consécration des droits individuels de vote et d'éligibilité

Dans ses deux premières décisions en la matière, la Commission estimait que « le droit de vote d'un individu n'est pas garanti par l'article 3³⁴⁹⁸ ». Au regard des termes de l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention, à savoir que « les Hautes Parties s'engagent à organiser à des intervalles raisonnables des élections libres », on peut seulement affirmer que cet article consacre un *droit institutionnel*. C'est à partir de sa troisième décision dans ce domaine, en 1967, que l'on observe un revirement. La Commission avait admis qu'elle était amenée à revenir partiellement sur l'interprétation dudit article pour reconnaître qu'il « implique le suffrage universel³⁴⁹⁹ », et par conséquent, « énonce un droit de caractère individuel³⁵⁰⁰ ». Elle avait ultérieurement précisé qu'il consacre le *droit de vote* et le *droit d'éligibilité*³⁵⁰¹.

C'est cette dernière interprétation qui a été consolidée par la Cour lors de son premier arrêt rendu, en 1987, en cette matière, l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*³⁵⁰². Pour y parvenir, elle a rejeté la méthode littérale d'interprétation de l'article 3 du Protocole n° 1, considérée comme restrictive. Une telle interprétation conduirait à déduire que cet article ne donne pas naissance à des droits et libertés individuels reconnus à quiconque relève de la juridiction des Parties contractantes à la Convention, mais uniquement à des obligations entre Etats. Certes, nota la Cour, à la différence

³⁴⁹⁸ Il s'agissait en l'occurrence de l'empêchement d'un condamné à vingt mois de privation de liberté pour homosexualité d'exercer le droit de vote lors du référendum organisé en Allemagne, le 23 octobre 1955, D 530/59 (X/R.F.A), Rec. 2. Dans la deuxième décision en la matière, la Commission confirmait encore que le « droit de vote n'est pas en tant que tel, consacré par l'article 3 », D 1065/61 (X/Belgique), 30.5.1961, Rec. 6, p. 261.

³⁴⁹⁹ D 2728/66 (X/R.F.A), 6.10.1967, Rec. 25, p. 38 ; D 6573/74 (X/Pays-Bas), 19.12.1974, D.R. 1, p. 87 ; D 6573/74 (X/Pays-Bas), 19.12.1974, D.R. 1, p. 87.

³⁵⁰⁰ D 6745/74, 6746/74 (W., X., Y., Z./Belgique), 30.5.1975, D.R., 2, p. 110.

³⁵⁰¹ *Ibid.* Voir D 7730/76 (X/R.U), 28.2.1979, DR. 15, p. 137 ; D 9914/82 (H/Pays-Bas), 4.7.1983, DR. 33, p. 241.

³⁵⁰² CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, n° 9267/81, 2 mars 1987, Série A n°113.

d'autres articles de la Convention, qui énoncent les valeurs protégées par les expressions telles que « toute personne a droit » ou « nul ne peut », l'article 3 du Protocole n° 1 a recours à l'énoncé : « Les Hautes parties contractantes s'engagent...³⁵⁰³ ». Il ne faut toutefois pas en rester au texte. Il faut recourir au contexte de la clause examinée : « Une interprétation aussi restrictive ne résiste pas à l'examen », d'abord du *préambule du Protocole n° 1*, qui assure « la garantie collective des droits et libertés autres que ceux qui figurent déjà dans le titre I de la Convention », ensuite de l'*article 5 du même Protocole*, qui précise que « les Hautes Parties Contractantes considéreront les articles 1, 2, 3, et 4 comme des articles additionnels à la Convention », et enfin, du *préambule du Protocole n° 4* qui vise notamment les « droits et libertés protégés par les articles 1 à 3 du Protocole n° 1³⁵⁰⁴ ». Elle ne résiste pas non plus à l'*importance de la valeur protégée*. L'organisation des élections libres est un principe caractéristique du régime démocratique sur lequel repose le maintien de l'ensemble des libertés fondamentales consacrées par la Convention³⁵⁰⁵. En tenant compte de l'ensemble de ces éléments, la Cour a estimé que le mode rédactionnel de l'article 3 « ne reflète aucune différence de fond avec les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles » ; il « s'explique plutôt par la volonté de donner plus de solennité à l'engagement assumé, et par la circonstance que dans le domaine considéré se trouve au premier plan, non une obligation d'abstention ou de non-ingérence, comme pour la majorité des droits civils ou politiques, mais celle à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures positives pour "organiser" des élections démocratiques³⁵⁰⁶ ». Et cette instance de conclure que la Convention consacre les droits subjectifs de vote et d'éligibilité individuels qui sont « cruciaux », « vitaux » pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'état de droit³⁵⁰⁷ ; ils sont « inhérents à la notion de régime véritablement démocratique³⁵⁰⁸ ». Cette jurisprudence est, depuis lors, largement consolidée³⁵⁰⁹.

Aussi, quelle que soit la qualification du vote au sein des droits nationaux³⁵¹⁰, du fait que, comme nous l'avons établi, au sein de la Convention, il est considéré comme un droit individuel, son respect en tant que droit de telle nature s'impose aux droits nationaux. Il convient alors de déterminer préalablement, qu'elle est, selon les instances européennes, la garantie effective exigée par la Convention tant de ce droit que du droit à l'éligibilité.

⁶ *Ibid.*, § 46.

³⁵⁰⁴ *Ibid.*, § 49.

³⁵⁰⁵ *Ibid.*, § 47. L'importance particulière de l'organisation des élections libres a, par la suite, été soulignée dans l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janv. 1998.

³⁵⁰⁶ CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, préc., § 50.

³⁵⁰⁷ *Ibid.*, § 51.

³⁵⁰⁸ CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, n° 33554/03, CEDH 2006-VI, § 56.

³⁵⁰⁹ CEDH, *Gitonas et autres c. Grèce*, nos 18747/91, 19376/92, 19379/92, 1^{er} juillet 1997, Recueil 1997-IV, § 39 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 201 ; CEDH, *Selim Sadak et autres c. Turquie*, préc., § 31 ; CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, n 46726/99, CEDH 2002-IV, § 33, CEDH, *Aziz c. Chypre*, n°69949/01, CEDH 2004-VI, § 25 ; CEDH, *Albanese c. Italie*, préc., § 44 ; CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 103 ; CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, préc., § 50 ; CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., § 58.

³⁵¹⁰ Celle-ci, considérant que le vote est de nature mixte, à la fois un *droit* et un *devoir* civique, tire la conclusion qu'il ne s'agit pas d'un droit subjectif mais plutôt d'un « pouvoir légal », voir Max GOUNELLE, *Introduction au droit public français*, Paris, éd. Montchrestien, 1989, p. 121.

Soulignons d'emblée que, d'après la Cour, si ces droits sont « cruciaux » et « vitaux » pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit, ils ne sont pas absolus³⁵¹¹. L'article 3 du Protocole n°1 ne s'oppose pas aux conditions émises dans leur exercice pour les différents ordres juridiques nationaux. Les Etats jouissent même en la matière d'une « large marge d'appréciation³⁵¹² » en raison de la « multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique ». Ces éléments, estime la Cour, sont déterminants dans la formation de la vision de la démocratie dans chaque pays et, donc, dans l'organisation des systèmes électoraux³⁵¹³. Cela permet que des caractéristiques inacceptables dans le cadre d'un système peuvent être justifiées dans le contexte d'un autre³⁵¹⁴. Ainsi, alors que Chypre a été condamnée pour l'exclusion du vote des membres de la communauté chypriote turque relevant de l'autorité du Gouvernement chypriote³⁵¹⁵, la Lettonie a été épargnée pour l'exclusion des élections des candidats communistes dont le parti avait soutenu, dix ans auparavant, une tentative de renversement de l'ordre démocratique établi dans ce pays³⁵¹⁶.

La marge nationale n'est toutefois pas illimitée. Elle est soumise au contrôle européen. Elle est soumise au contrôle de légalité, de légitimité des buts, de la proportionnalité des restrictions et de la préservation de la substance du droit en cause, le tout étant interprété à la lumière du « principe d'effectivité des droits, inhérent à tout le système de la Convention³⁵¹⁷ ». Mais ce contrôle est plus faible par rapport à celui exercé sur les restrictions apportées aux droits « relatifs » de la Convention à savoir à ceux consacrés par les articles 8 à 11 qui sont susceptibles de subir des limitations dans leur exercice³⁵¹⁸. La Cour admet en effet une plus large marge d'appréciation tant au regard du champ de légitimité des restrictions que de leur nécessité démocratique. En raison des limitations implicites auxquelles laisse place la rédaction de l'article 3 du protocole n°1, la Cour estime ne pas

³⁵¹¹ CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, préc., § 38; CEDH, *Gitonas et autres c. Grèce*, préc., § 39; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 201; CEDH, *Mattews c. R.U.*, n°24833/94, CEDH 1999-II, § 63; CEDH, *Selim Sadak et autres c. Turquie*, préc., § 29; CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, préc., § 33; CEDH, *Albanese c. Italie*, préc., § 44; CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, préc., § 51; CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., § 60.

³⁵¹² CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, préc., *Ibid.*, § 52; CEDH, *Gitonas et autres c. Grèce*, préc., § 39; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 201; CEDH, *Mattews c. R.U.*, préc., § 63; CEDH, *Selim Sadak et autres c. Turquie*, préc., § 31; CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., § 61; CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, préc., § 33; CEDH, *Albanese c. Italie*, préc., § 44; CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, préc., § 51.

³⁵¹³ CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, préc., § 51; CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 103.

³⁵¹⁴ CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 115.

³⁵¹⁵ « Elle estime toutefois que ces règles ne peuvent avoir pour effet d'interdire à certaines personnes ou à certains groupes de prendre part à la vie politique du pays, notamment par la désignation des membres du corps législatif, droit garanti tant par la Convention que par les constitutions de tous les Etats contractants », CEDH, *Aziz c. Chypre*, préc., § 28.

³⁵¹⁶ CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., §§ 132-135.

³⁵¹⁷ Voir entre autres, CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, préc., § 35; CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 104; CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, préc., § 52.

³⁵¹⁸ « Bien que cette disposition ait été interprétée par la Cour comme impliquant également des droits individuels spécifiques, les normes à appliquer pour établir la conformité à l'article 3 du Protocole n° 1 doivent donc être considérées comme moins strictes que celles qui sont appliquées sur le terrain des articles 8 à 11 de la Convention », CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 115.

être liée par la liste exhaustive des buts énumérés dans les articles susmentionnés de la Convention. Ainsi outre les conditions d'âge, de résidence et de nationalité, elle peut admettre la légitimité d'autres buts sous réserve que leur compatibilité avec le principe de la prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention soit démontrée dans les circonstances particulières d'une affaire donnée³⁵¹⁹. Elle a ainsi reconnu le caractère de but légitime à la « nécessité d'assurer un fonctionnement normal du système institutionnel³⁵²⁰ », ou encore à « la protection de l'indépendance de l'Etat, du régime démocratique et de la sécurité nationale³⁵²¹ ». Ce sont en effet ces derniers buts, liés au contexte historico-politique qui ont justifié, en 2002, l'exclusion d'une candidate communiste dont le parti avait soutenu, en 1991, une tentative de renversement du nouvel ordre démocratique de ce pays. La Cour a accepté que l'élection de telles personnes puisse représenter une menace à savoir la « résurgence d'idées qui risqueraient de conduire à la restauration d'un régime totalitaire si on les laissait gagner du terrain³⁵²² ».

La Cour estime, d'autre part, ne pas être obligée d'utiliser le critère de « besoin social impérieux » appliqué dans le cadre des articles 8 à 11 de la Convention. Elle peut, dans le cadre de l'article 3 du protocole n°1, se contenter de rechercher, d'une part, s'il y a eu arbitraire ou manque de proportionnalité, et, d'autre part, si la restriction a porté atteinte à la libre expression de l'opinion du peuple³⁵²³. Le critère déterminant pour cette garantie est le résultat des élections : les restrictions apportées au droit de vote ou d'éligibilité ne doivent pas entraver « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif³⁵²⁴ » ni l'indépendance des élus³⁵²⁵.

En revanche, seul un « motif impérieux pour l'ordre démocratique » peut justifier l'application immédiate d'une incompatibilité³⁵²⁶ souligna la Cour à propos d'une loi ayant établi après les élections une incompatibilité professionnelle générale avec l'exercice des mandats électifs et ayant entraîné l'annulation de l'élection d'un représentant du peuple³⁵²⁷.

Aussi, contrairement à l'exigence d'individualiser la légitimité et la nécessité des mesures restrictives de l'exercice des autres droits relatifs consacrés par la Convention, une individualisation moindre, voire l'exclusion d'une catégorie de personnes peut être admise à condition que la nature, le

³⁵¹⁹ CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 105 ; CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., § 63.

³⁵²⁰ CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, préc., § 35.

³⁵²¹ CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 118.

³⁵²² *Ibid.*, §§ 132-135.

³⁵²³ *Ibid.*, § 115.

³⁵²⁴ CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, préc., § 52 ; CEDH, *Gitonas et autres c. Grèce*, préc., § 39 ; CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 201 ; CEDH, *Mattews c. R.U.*, préc., § 63 ; CEDH, *Selim Sadak et autres c. Turquie*, préc., § 31 ; CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, préc., § 33 ; CEDH, *Albanese c. Italie*, préc., § 44 ; CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, préc., § 52. « Autrement dit, elles doivent refléter, ou ne pas contrecarrer, le souci de maintenir l'intégrité et l'effectivité d'une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple par l'intermédiaire du suffrage universel », CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 104.

³⁵²⁵ CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 107.

³⁵²⁶ CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, préc., § 57.

³⁵²⁷ *Ibid.*, § 56.

type, la durée et les conséquences de la restriction légale litigieuse « se concilient avec les principes sous-tendant l'article 3 du Protocole n°1³⁵²⁸ ». Ainsi la Cour a estimé que l'exclusion de l'exercice du droit de vote fondée sur l'âge minimum, la résidence mais aussi sur les condamnations pour des infractions graves ou financières, sont en principe compatibles avec l'article 3 du Protocole n°1³⁵²⁹. Elle a jugé de même s'agissant de la connaissance insuffisante de la langue officielle de l'Etat³⁵³⁰.

Enfin, la Cour a dégagé une garantie procédurale qui doit entourer l'exercice du droit d'éligibilité. Après avoir souligné l'importance capitale des droits de se porter candidat à des élections³⁵³¹ et d'exercer les mandats électoraux³⁵³², elle a affirmé que *toute décision empêchant un candidat à se porter candidat aux élections doit répondre aux exigences de l'équité*. En particulier, elle doit être prise par un organe présentant un minimum de garanties d'impartialité ; cet organe ne doit disposer que d'un *pouvoir d'appréciation limité* (il doit être à un niveau suffisant de précision circonscrit par le droit interne) ; enfin, la *procédure doit être équitable et de nature à éviter l'arbitraire* de la part de l'autorité compétente. A défaut, « le droit de se porter candidat aux élections, garanti par l'article 3 du Protocole n°1, est inhérent à la notion d'un régime véritablement démocratique, ne serait qu'illusoire si l'intéressé pouvait, à tout moment, en être arbitrairement privé³⁵³³ ». Ce qui peut être le cas si un empêchement de se porter candidat, même fondé sur un critère légitime (tel que la résidence), ne peut pas faire l'objet de contestation devant un tribunal alors que la loi interne régissant les preuves relatives à ce critère manque de la certitude et de la précision nécessaires pour assurer au requérant des garanties adéquates contre un traitement arbitraire³⁵³⁴.

Depuis l'arrêt *Hirst*, la Cour a déduit les mêmes garanties procédurales s'agissant de l'exercice du droit de vote. « Il ne faut toutefois pas recourir à la légèreté à la mesure rigoureuse que

³⁵²⁸ « Il découle de l'analyse ci-dessus que, tout que la mesure législative elle-même est proportionnée et n'a pas de caractère discriminatoire envers l'ensemble de la catégorie ou du groupe définis par la législation en cause, la tâche des juridictions internes peut se limiter à établir si une personne en particulier relève de cette catégorie ou de ce groupe. L'exigence « d'individualisation », c'est-à-dire la nécessité d'un contrôle par les autorités judiciaires internes de la proportionnalité de la restriction légale litigieuse à la lumière des particularités de chaque espèce, ne constitue pas une condition préalable à la conformité de cette restriction à la Convention », CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 114, § 105.

³⁵²⁹ De même, les organes de la Convention ont déclaré qu'il était loisible au législateur de déchoir de leurs droits électoraux des personnes condamnées pour des infractions graves ou financières, D 24827/94, (Patrick Holland/Irlande), 14 avril 1998, DR 93, p.15 ; CEDH, *M.D.U. c. Italie* (déc.), préc.

³⁵³⁰ CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, préc.

³⁵³¹ CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, préc., § 35 ; CEDH, *Selim Sadak et autres c. Turquie*, préc., § 33 ; CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, préc., § 50.

³⁵³² « La Cour estime, comme la Commission, que cette disposition garantit le droit de tout individu à se porter candidat aux élections et, une fois élu, à exercer son mandat », CEDH, *Selim Sadak et autres c. Turquie*, préc., § 33 ; CEDH, *Lykourazos c. Grèce*, préc., § 50.

³⁵³³ CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, préc., § 35.

³⁵³⁴ La Cour a précisé concernant la marge d'appréciation nationale que, « si les Etats contractants disposaient d'une grande marge d'appréciation pour établir des conditions d'éligibilité *in abstracto*, le principe d'effectivité des droits exigeait que la procédure permettant de déterminer l'éligibilité s'accompagnât de suffisamment de garanties pour éviter l'arbitraire », CEDH, *Melnitchenko c. Ukraine*, n° 17707/02, §§ 53-67 ; CEDH, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], préc., § 108.

constitue la privation du droit de vote » , « comme dans d'autres contextes, un tribunal indépendant appliquant une procédure contradictoire offre une solide garantie contre l'arbitraire ». A ce propos, la Cour a pris note de la recommandation de la Commission de Venise selon laquelle la suppression des droits politiques doit être prononcée par un tribunal dans une décision spécifique³⁵³⁵.

Aussi, si l'article 3 du protocole n°1 consacre des droits individuels, ceux-ci loin d'être absolus, peuvent subir des restrictions, de surcroît, plus amples que les autres droits de l'homme consacrés par la Convention. L'effectivité de ces restrictions s'apprécie au regard du critère collectif de la libre expression du peuple ce qui peut justifier des restrictions allant jusqu'à exclusion de l'exercice de ces droits des catégories même de personnes. Ce qui avait permis à la Commission de justifier d'emblée l'exclusion de l'ensemble de détenus de l'exercice des droits politiques. La Cour est venue dans l'arrêt *Hirst*, poser certaines limites.

B. Le champ large de la légitimité des limitations à l'égard des détenus

En effet, c'est seulement en 2004 que la Cour a eu à examiner de manière globale l'exercice du droit de vote et d'éligibilité des personnes détenues condamnées³⁵³⁶. Dans l'affaire *Labita* (2000), où cette question avait été soulevée, elle concernait la subsistance de la privation de l'exercice du droit de vote d'une personne qui, après avoir subi une détention, avait été innocentée. Et dans arrêt *M.D.U.* (2003), cette privation concernait des infractions de nature fiscale et était limitée à deux ans³⁵³⁷.

Quant à la jurisprudence de la Commission, elle était caractérisée par une approche catégorielle de l'exercice de ce droit par les détenus et niveleuse de leurs statuts pénaux à savoir entre ceux privés de leurs droits politiques et ceux demeurant titulaires de ces droits. Cette approche était fondée sur des motifs qu'une telle exclusion figurait dans un bon nombre d'Etats, qu'elle se fondait sur des critères objectifs (condamnation et/ou détention) et qu'elle n'influçait pas la libre expression de l'opinion du peuple. Partant du principe que le Protocole n°1 « implique le suffrage universel », la Commission avait estimé « qu'il ne s'ensuit toutefois pas que l'article 3 du Protocole

³⁵³⁵ Ce document, adopté par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise) lors de sa 51^e session plénière (5-6 juillet 2002) et soumis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 6 novembre 2002, comprend les lignes directrices élaborées par la Commission quant aux circonstances dans lesquelles il peut y avoir privation du droit de vote ou d'éligibilité :

« d. (...) *i.* une exclusion du droit de vote et de l'éligibilité peut être prévue, mais elle est soumise aux conditions cumulatives suivantes : *ii.* elle doit être prévue par la loi ; *iii.* elle doit respecter le principe de la proportionnalité ; l'exclusion de l'éligibilité peut être soumise à des conditions moins sévères que celle du droit de vote ; *iv.* elle doit être motivée par une interdiction pour motifs liés à la santé mentale ou des condamnations pénales pour des délits graves ; *v.* en outre, l'exclusion des droits politiques ou l'interdiction pour motifs liés à la santé mentale doivent être prononcées par un tribunal dans une décision spécifique. »

³⁵³⁶ « La Cour précise toutefois que c'est la première occasion qu'elle a d'examiner une privation générale et automatique du droit de vote pour les détenus condamnés », CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., § 68.

³⁵³⁷ CEDH, *M.D.U. c. Italie* (déc.), préc.

n°1 de la Convention garantit à toute personne et sans aucune limite le droit de prendre part aux élections³⁵³⁸ ». Dès lors, « certaines catégories limitées de personnes peuvent être privées du droit de vote³⁵³⁹ », dont les détenus pourraient faire partie³⁵⁴⁰.

Nous estimons que cette approche était critiquable à double titre. Elle uniformisait les statuts pénaux des détenus, annulant l'effet recherché par la privation des droits politiques à titre de sanction, qui était celui de souligner le caractère grave de certaines infractions au regard du comportement citoyen. Et elle allait à l'encontre des principes qui doivent régir l'appréciation de l'application de l'exercice des droits de l'homme de la part des personnes détenues. La considération selon laquelle la condition de détenu justifie d'emblée la privation de l'exercice des droits politiques s'inscrit dans la théorie des limitations des droits de l'homme implicites à la détention ou à la peine privative de liberté. Or cette théorie fut rejetée par la Cour dès l'arrêt *Golder* (1975). Le principe qui régit, depuis lors, le respect des droits de l'homme à leur égard est l'application d'un raisonnement individualisé. Dès lors, si l'on privilégie la dimension collective des élections, l'exclusion de certaines personnes, et même des catégories de personnes, peut en effet être considérée comme une restriction qui n'affecte pas la libre expression du peuple. Mais si l'on tient compte également de sa dimension individuelle, la privation de l'exercice du droit de vote, tout en n'affectant pas les résultats, peut être contraire à la Convention.

C'est dans ce sens que la Cour a statué dans l'arrêt *Hirst* en 2005. Le requérant dans cette affaire s'était plaint d'être victime de la législation britannique qui prévoyait la privation de l'exercice des droits politiques de tous les détenus, y compris des prévenus. Cette instance a déclaré qu'une distinction doit être faite entre les détenus privés de ces droits en raison de leur condamnation et ceux qui ne le sont pas. Il n'y a plus de place pour des limitations implicites dans l'exercice des droits politiques de la part des détenus. Toute restriction doit être justifiée de manière individualisée comme les restrictions de l'exercice de tous les autres droits de l'homme. Même si la Cour admet que cette dernière exigence est moindre dans ce type de droits, les Etats doivent au moins s'assurer que les restrictions ne sont pas arbitraires ni disproportionnées par rapport aux motifs invoqués.

En effet, la Cour a déclaré que les détenus qui ne sont pas privés de leurs droits politiques en raison de leur condamnation pénale demeurent sujets de ces droits comme des autres droits garantis par la Convention à l'exception du droit à la liberté³⁵⁴¹ : Ni le fait qu'ils se trouvent en prison ni l'opinion publique ne peuvent, dans le système de la Convention, qui reconnaît la tolérance et

³⁵³⁸ D 6573/74, (X/Pays-Bas), préc., p. 88.

³⁵³⁹ *Ibid.* Voir aussi, D 6745/74, 6746/74 (W., X., Y., Z./Belgique), préc.

³⁵⁴⁰ D 9914/82 (X/Pays-Bas), préc.

³⁵⁴¹ « En ce qui concerne la présente cause, la Cour souligne tout d'abord que les détenus en général continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention », CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., §69.

l'ouverture d'esprit, justifier qu'ils soient déchés de leurs droits politiques³⁵⁴², ni qu'ils subissent des limitations générales de manière indifférenciée de leur statut pénal³⁵⁴³. Les restrictions devraient être justifiées par des motifs concrets au risque de passer pour arbitraires : « Toute restriction à ces autres droits doit être justifiée, même si pareille justification peut tout à fait reposer sur les considérations de sécurité, notamment la prévention du crime et la défense de l'ordre, qui découlent inévitablement des circonstances de l'emprisonnement³⁵⁴⁴. La Cour rappelle à propos des buts qu'« une grande variété de buts peuvent se trouver compatibles » du fait que l'article 3 du Protocole n°1 ne comporte pas de liste exhaustive des buts légitimes à l'instar des articles 8 à 11 de la Convention³⁵⁴⁵.

En revanche, si la détention en tant que situation de fait ne peut justifier ni déchéance ni privations générales de l'exercice des droits politiques, la condamnation le peut. La Cour estime que certains types d'infractions peuvent être incompatibles avec l'exercice des droits politiques : « L'article 3 du Protocole n° 1, qui consacre la capacité de l'individu à influencer sur la composition du corps législatif, n'exclut donc pas que des restrictions aux droits électoraux soient infligées à un individu³⁵⁴⁶ ». Mais ce fondement, à savoir la commission des infractions, ne justifie pas non plus de limitations illimitées et indifférenciées fondées sur toute condamnation à une peine privative de liberté. De telles limitations peuvent être justifiées soit à cause de la *nature des infractions* commises (comme de graves abus dans l'exercice de fonctions publiques, de comportement menaçant l'état de droit ou les fondements de la démocratie, des infractions fiscales nuisibles pour l'intérêt public, l'appartenance à la mafia (*Labita*³⁵⁴⁷), soit à cause de la *gravité des infractions*. Ce qui aurait pu être le cas dans l'affaire *Hirst*, condamné à perpétuité pour homicide. En revanche, des interdictions automatiques frappant tous les détenus condamnés sont disproportionnées et ont des effets arbitraires³⁵⁴⁸. De surcroît, elles doivent être limitées dans le temps. Ainsi, dans l'affaire *Hirst*, après avoir constaté que la loi « dépeuple du droit de vote, garanti par la Convention, un grand nombre d'individus, et ce de manière indifférenciée », puisqu'elle concerne toutes sortes de peines d'emprisonnement allant d'un jour à la réclusion à perpétuité, la Cour a conclu : « Cette disposition

³⁵⁴² « Il n'est donc nullement question qu'un détenu soit déchu de ses droits garantis par la Convention du simple fait qu'il se trouve incarcéré à la suite d'une condamnation. Il n'y a pas non plus place dans le système de la Convention, qui reconnaît la tolérance et l'ouverture d'esprit comme les caractéristiques d'une société démocratique, pour une privation automatique du droit de vote se fondant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique », CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., § 70.

³⁵⁴³ Ainsi, les « restrictions générales au droit des détenus de correspondre ont été jugées contraires à l'article 8 mais l'interception de certaines lettres contenant des menaces ou d'autres références contestables a été considérée comme justifiée aux fins de la prévention des infractions pénales et de la défense de l'ordre », CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., § 69.

³⁵⁴⁴ *Ibid.*

³⁵⁴⁵ *Ibid.*, § 74. Voir CEDH, *Podkolzina c. Lettonie*, préc., § 34.

³⁵⁴⁶ CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., § 71.

³⁵⁴⁷ « La Cour ne saurait douter que la suspension temporaire du droit de vote d'une personne sur qui pèsent des indices d'appartenance à la mafia poursuit un but légitime », CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 203.

³⁵⁴⁸ « La Cour rappelle que la chambre a jugé la mesure en cause disproportionnée notamment parce qu'il s'agissait d'une interdiction automatique frappant tous les détenus condamnés, ayant des effets arbitraires et ne pouvant plus passer pour viser à punir le requérant dès lors que celui-ci avait fini de purger la partie de sa peine devant répondre aux impératifs de répression et de dissuasion (*tariff*) », CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], préc., § 76.

inflige une restriction globale à tous les détenus condamnés purgeant leur peine et s'applique automatiquement à eux, quelle que soit la durée de leur peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils ont commise et de leur situation personnelle. Force est de considérer que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l'article 3 du Protocole n°1³⁵⁴⁹ ».

Dans cet arrêt, la Cour s'est appuyée également sur le *Code de bonne conduite en matière électorale* adopté, en 2002, par la *Commission de Venise*³⁵⁵⁰ qui n'interdit pas la privation des droits politiques en raison de la commission des infractions, mais la limite à des infractions graves, de surcroît, prononcées par un juge. Quant à l'exercice des droits politiques de la part des détenus qui n'en sont pas privés, la Cour aurait pu s'appuyer également sur la Résolution (62)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la *Charte des droits électoraux, civils et sociaux du détenu*. L'exercice du droit de vote fait partie des premiers droits dont le respect fut recommandé par le Conseil de l'Europe afin de préciser « les limites que le régime de détention peut légitimement apporter à l'exercice par le détenu des droits inséparables de sa personnalité ». Il figure en effet dans l'article 5 de cette Résolution qui prévoit que « si la loi permet de voter sans comparution personnelle dans le local de vote, cette faculté est reconnue au détenu dans la mesure où il n'est pas privé de son droit de vote par une disposition légale ou par une décision judiciaire³⁵⁵¹ ». D'ailleurs, depuis 2006, les Règles pénitentiaires européennes recommandent aux autorités pénitentiaires de veiller à ce que les détenus, non privés de leurs droits civiques, puissent participer aux élections, aux référendums et aux autres aspects de la vie publique (Règles 24-11)³⁵⁵².

Actuellement l'obligation pèse alors sur les Etats d'une part, de limiter la privation des droits politiques à titre de sanction. Elle ne doit être prévue que pour des *infractions de nature* touchant des activités d'intérêt public ou pour des *infractions graves* (condamnation à la peine privative de liberté supérieure à un certain nombre d'années) et pour une période limitée. Dans le cas contraire, outre d'être disproportionnées, ces privations nuisent à l'intégration sociale des détenus qui passe entre autres par la recouverte des devoirs civiques. D'autre part, l'obligation pèse sur les Etats d'assurer l'exercice des droits politiques de la part des détenus qui n'en sont pas privés en raison de leur infraction. A ce propos, les Etats loin de s'abstenir, ont l'obligation positive d'intervenir en prenant des mesures nécessaires pour permettre aux détenus de les exercer. Par ailleurs, c'est en faveur d'une telle interprétation que milite la déclaration de la Cour, selon laquelle le mode de rédaction de

³⁵⁴⁹ *Ibid.*, §82, §85.

³⁵⁵⁰ « Commission européenne pour la démocratie par le droit ».

³⁵⁵¹ *Résolution (62)2 sur les droits électoraux, civils et sociaux du détenu*, Recommandation 195.

³⁵⁵² « Les autorités pénitentiaires doivent veiller à ce que les détenus puissent participer aux élections, aux référendums et aux autres aspects de la vie publique, à moins que l'exercice de ce droit par les intéressés ne soit limité en vertu du droit interne ».

l'article 3 du protocole n°1 « semble s'expliquer plutôt par la volonté de donner plus de solennité à l'engagement assumé et par la circonstance que dans le domaine considéré se trouve au premier plan, non une obligation d'abstention ou de non-ingérence, comme par la majorité des droits civils politiques, mais celle, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures positives pour organiser des élections démocratiques³⁵⁵³ ».

C'est dans cet esprit que s'inscrivent les législations grecques et françaises. Elles figurent parmi celles qui donnent l'exemple d'une telle évolution des législations nationales. D'après les éléments comparés apportés par le gouvernement britannique dans l'affaire *Hirst*, fournis par ses représentations diplomatiques, dans dix-huit pays les détenus sont autorisés à voter sans aucune restriction³⁵⁵⁴, dans quatorze pays tous les détenus sont frappés de l'interdiction de voter ou dans l'impossibilité de le faire³⁵⁵⁵, et dans douze autres, le droit de vote des détenus peut se trouver limité d'une autre manière : Autriche³⁵⁵⁶, Bosnie-Herzégovine³⁵⁵⁷, Espagne³⁵⁵⁸, France, Grèce et Italie³⁵⁵⁹, Luxembourg³⁵⁶⁰, Malte³⁵⁶¹, Norvège³⁵⁶², Pologne³⁵⁶³, Roumanie³⁵⁶⁴, Lettonie³⁵⁶⁵.

§ 2. La garantie nationale

Tant le droit français que le droit grec assurent aux détenus une bien meilleure garantie à l'exercice des droits politiques que celle exigée par la jurisprudence européenne. Meilleure garantie contre leur privation au motif aussi bien de leur condamnation à une peine privative de liberté (A), que de leur détention (B).

A. Une privation limitée des droits politiques en raison de la condamnation pénale

³⁵⁵³ CEDH, *Mathieu-Mohr et Clerfayt*, préc., § 80.

³⁵⁵⁴ Albanie, Allemagne, Azerbaïdjan, Croatie, Danemark, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, Islande, Lituanie, Moldova, Monténégro, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Slovénie, Suède, Suisse, Ukraine.

³⁵⁵⁵ Dans ces pays, il n'existe pas d'interdiction mais rien n'est fait pour permettre aux détenus de voter. : Arménie, Belgique, Bulgarie, Chypre, Estonie, Géorgie, Hongrie, Irlande, Royaume-Uni, Russie, Serbie, Slovaquie, Turquie, Liechtenstein.

³⁵⁵⁶ Le droit de vote est retiré aux détenus condamnés à une peine de plus d'un an pour des infractions intentionnelles.

³⁵⁵⁷ Des restrictions au droit de vote sont appliquées aux détenus accusés de graves violations du droit international ou inculpés par le tribunal international.

³⁵⁵⁸ Sauf si le juge qui fixe la peine supprime expressément le droit de vote, ce qui se produit rarement.

³⁵⁵⁹ Les auteurs d'infractions graves et les faillis condamnés à une peine de cinq ans ou plus perdent automatiquement le droit de vote, tandis que les auteurs d'infractions mineures exclus de la fonction publique perdent le droit de vote ou non selon l'appréciation du juge.

³⁵⁶⁰ Sauf si la suppression des droits civiques fait partie de la peine prononcée par le juge.

³⁵⁶¹ Les détenus condamnés pour une infraction grave perdent le droit de vote.

³⁵⁶² Le droit de vote peut être supprimé par un tribunal bien que cela soit très rare et puisse se limiter aux cas de trahison et d'atteinte à la sécurité nationale.

³⁵⁶³ Les détenus condamnés à une peine de trois ans ou plus lorsque l'infraction est blâmable (très grave) peuvent être privés du droit de vote.

³⁵⁶⁴ Les détenus peuvent se voir interdire de voter si la peine principale est supérieure à deux ans d'emprisonnement.

³⁵⁶⁵ Les détenus purgeant une peine dans un pénitencier n'ont pas le droit de voter.

En examinant successivement l'état du droit français (1) et du droit grec (2) en matière de privation des détenus des droits politiques à titre de sanction, nous allons voir que, depuis la réforme du Code pénal et du Code électoral, en 1994, le droit français a, non seulement effacé l'écart qu'il accusait par rapport au droit grec, mais il l'a même devancé.

1. Au sein du droit français

Avec la dernière réforme du Code pénal, mise en vigueur, le 1^{er} mars 1994, le droit français a marqué une évolution significative en matière de droits électoraux des détenus. D'abord, il a supprimé la privation des droits politiques en tant que peine accessoire à certaines condamnations à la peine privative de liberté³⁵⁶⁶. La privation des droits politiques n'a depuis lors qu'un caractère de peine complémentaire et facultative : son prononcé est laissé à l'appréciation du tribunal de jugement³⁵⁶⁷. Ensuite, il a limité cette privation aux infractions pour lesquelles le texte du Code pénal la prévoit expressément³⁵⁶⁸. Cette privation est effectivement prévue dans vingt-quatre dispositions du nouveau Code pénal réprimant des infractions contre les personnes³⁵⁶⁹, les biens³⁵⁷⁰ et la sécurité publique³⁵⁷¹.

Enfin c'est également depuis 1994 que le code électoral s'est conformé au Code pénal. Auparavant, les condamnations à une peine privative de liberté qui entraînaient l'exclusion des listes

³⁵⁶⁶ L'article 28 du Code pénal prévoyait que « la condamnation à une peine criminelle emportera la dégradation civique ».

³⁵⁶⁷ Il est à souligner que la volonté de l'Assemblée Nationale était de supprimer ces conséquences, considérées comme de véritables peines. Mais le Sénat s'y étant opposé, la Commission paritaire a trouvé un compromis : les maintenir à titre de peine complémentaires et facultatives sans mettre en cause les dispositions relatives du Code électoral, in *JO., Débats, Assemblée Nationale*, 2 juillet 1992, p. 3085.

³⁵⁶⁸ Selon l'article 131-10 du nouveau texte « lorsque la loi le prévoit, un crime ou délit peut être sanctionné d'une ou plusieurs peines complémentaires qui, frappant la personne physique, emportent interdictions, déchéances, incapacité ou retrait d'un droit... » ; et selon l'article 131-26, « l'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur 1° : le droit de vote, 2° : l'éligibilité ».

³⁵⁶⁹ Article 221-9 pour des infractions de l'atteinte volontaire à la vie ; article 222-45 pour des infractions à l'intégrité physique ou psychique de la personne : tortures ou actes de barbarie, agressions sexuelles, trafic de stupéfiants ; article 223-16 pour des infractions de la mise en danger de la personne : de délaissement d'une personne, de l'expérimentation, de l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressé ; article 224-9 pour des atteintes aux libertés de la personne ; article 225-19, à l'exception du droit de vote, pour les infractions de discrimination et conditions de travail contraires à la dignité humaine ; article 226-25 pour des atteintes à la personnalité, la vie privée ; article 227-29 pour des atteintes aux mineurs et à la famille.

³⁵⁷⁰ Article 311-14 pour le vol ; article 312-13 pour l'extorsion ; article 313-7 pour l'escroquerie ; article 314-10 pour l'abus de confiance ; article 321-9 pour le recel ; article 322-15 pour destruction, détérioration, dégradation ; article 323-5 pour les atteintes aux traitements automatisés des données.

³⁵⁷¹ Article 431-11 pour participation à une manifestation publique en étant porteur d'armes ; article 431-18 pour participation à des groupes de combat ou des mouvements dissous ; article 432-17 pour des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique ; article 433-22 pour des atteintes à l'administration publique commises par des particuliers ; article 441-10 pour des atteintes à la confiance publique ; article 442-11 pour la fausse monnaie ; article 443-6 et 444-7 pour la falsification ; et article 450-3 pour la participation à une association des malfaiteurs. Ce nombre s'élevait, en 1988, à 222 533 personnes, *Code électoral*, commenté et annoté par J.-Y. VINCENT et M. DE VILLIERS, Paris, LITEC, 1991, p. 15.

électorales étaient, en vertu de l'article L. 5 du Code électoral, beaucoup plus nombreuses que celles prévues dans le Code pénal. De surcroît, cette exclusion était automatique et pour des durées plus importantes que celles prévues par la loi ou fixées par le jugement. Le nombre de personnes frappées d'interdiction de vote a été si élevé qu'on a pu soutenir qu'il porte atteinte à l'universalité du suffrage³⁵⁷². Depuis la loi électorale n° 94-89 du 1^{er} février 1994 (modifiant la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992), le Code électoral a effacé cet écart. Dorénavant, ne sont interdites des listes électorales, que les personnes privées expressément de leurs droits électoraux par la juridiction de jugement et durant le délai fixé par celle-ci (art. L.6, C. élect.)³⁵⁷³.

En ce qui concerne la conformité de cette législation à la Constitution, elle ne soulève pas *a priori* de questions. Une telle législation relève de la marge laissée au législateur par l'article 3, dernier alinéa de la Constitution : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques » .

2. Au sein du droit grec

Contrairement au droit français, au sein du droit grec, la privation des droits civils continue de constituer aussi bien une peine complémentaire et facultative, qu'une peine accessoire et automatique. Elle est complémentaire et facultative dans la condamnation à la peine de détention criminelle à temps (art. 60 C. pén.), mais aussi dans la condamnation à la peine d'emprisonnement « si l'infraction commise témoigne par les mobiles, la nature et le mode de son exécution ainsi que des circonstances générales, une perversité de l'auteur » (art. 61 C. pén.). Elle est accessoire et automatique dans la réclusion criminelle à temps (art. 59-2 C. pén) et dans la peine à perpétuité. Les dispositions corrélatives du Code pénal grec, à l'exception de la condamnation à perpétuité, fixent également la durée de la privation des droits politiques : dix ans pour la condamnation à la réclusion criminelle à temps ; de deux à dix ans pour la condamnation à la détention criminelle à temps ; et de un à cinq ans pour la condamnation à une peine d'emprisonnement supérieure à un an suivant les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise.

L'exclusion de ces catégories de détenus du droit du vote n'est pas non plus incompatible avec la Constitution grecque. Cette exclusion est expressément prévue par son article 51 §3. L'énoncé que « les parlementaires sont élus par le suffrage direct, universel et secret par les citoyens ayant le droit de vote, conformément à la loi... », est suivi de la détermination du pouvoir laissé au législateur pour réglementer son exercice : « La loi ne peut restreindre le droit de vote que pour des

³⁵⁷² Ce nombre s'élevait, en 1988, à 222 533 personnes, *Ibid.*, p. 15.

³⁵⁷³ La circulaire (Note Crim. 94-01 C.J.N) du 21 février 1994 détermine les effets rétroactifs de cette loi sur des personnes ayant commis des infractions ou ayant été condamnées avant le 1^{er} mars 1994, *Code électoral*, Dalloz, 1998, pp. 10-11.

raisons de minorité, d'incapacité légale et de l'effet d'une condamnation pénale irrévocable pour certains crimes et délits ».

La loi électorale grecque se contente, en effet, de renvoyer aux dispositions corrélatives du Code pénal. Selon l'article 5 du décret n° 265 du 19 mai 1989, portant modification de la Loi électorale, sont exclus du droit de vote et d'éligibilité ceux qui sont privés des droits politiques par une condamnation pénale irrévocable pour des infractions prévues par les Codes pénal et militaire et durant la période déterminée par ces Codes.

Mais continuer de jouir de ses droits politiques ne signifie pas pour les détenus qu'ils puissent les exercer effectivement.

B. Des moyens prévus pour l'exercice du droit de vote des détenus

Le droit de vote par les détenus non privés de leurs droits politiques est longtemps demeuré inerte dans ces deux droits nationaux, faute de réglementation des modalités de sa mise en œuvre. C'est depuis 1975 que le droit français a autorisé le vote par procuration. Et depuis 1996, seul le mode d'exercice de ce droit diffère entre les droits français (1) et grec (2).

1. Au sein du droit français

Ainsi que l'a souligné Jean Favard, « le droit de vote des détenus est resté "suspendu" depuis le décret du 2 février 1852³⁵⁷⁴ ». C'est la loi du 31 décembre 1975 qui a permis de l'exercer en instituant le « vote par procuration ». Ce mode de vote des détenus est, depuis lors, prévu par l'article L. 71, *al. 1* du Code électoral : « Peuvent exercer, sur leur demande, le droit de vote par procuration dans les conditions fixées par la présente section... les personnes placées en détention provisoire et les détenus purgeant une peine n'entraînant pas une incapacité électorale ».

Dans la réalité, ce mode de vote ne favorise pas la participation aux élections. Le fait de ne pouvoir donner mandat pour le vote qu'à une personne inscrite sur les listes électorales de la même commune constitue une restriction sérieuse étant donnée la difficulté de créer des liens avec l'extérieur. Car si la personne n'a plus d'adresse privée, et ne peut donc pas rester inscrit dans sa commune de résidence antérieure à son incarcération, elle doit s'inscrire sur les listes électorales à la mairie du lieu de détention. Ensuite, il faut qu'un agent du commissariat de police se déplace à la prison pour faire signer la procuration. Par ailleurs, des lenteurs sont régulièrement constatées dans la diffusion de l'information en prison, mettant de fait les détenus hors délais pour accomplir les formalités administratives. Si bien qu'aux élections présidentielles de 2007, seules 2700 personnes

³⁵⁷⁴ J. FAVARD, « Le détenu citoyen », *RSC*, 1989, n° 3, p. 258.

détenues ont voté au 2ème tour de l'élection présidentielle sur environ 60 000 personnes détenues avait annoncé le 9 mai 2007 l'administration pénitentiaire³⁵⁷⁵. Depuis cette année, un décret a prévu la possibilité pour les détenus de voter personnellement à l'extérieur en bénéficiant d'une permission de sortir d'une durée n'excédant pas la journée (art. D. 143 CPP)³⁵⁷⁶. Mais il ne faut pas s'attendre à une ruée des détenus vers les urnes à l'extérieur au moment des prochaines élections. Compte tenu des conditions des délais et d'appréciation de la personnalité du détenu auxquelles est soumis l'octroi d'une telle mesure, l'efficacité de ce moyen de vote sera limitée.

Le droit grec ayant opté pour le vote dans les lieux de détention assurerait alors une meilleure garantie de l'exercice effectif de ce droit.

2. Au sein du droit grec

La première tentative pour permettre aux détenus de voter en Grèce a eu lieu en 1991. Un projet de réforme du Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus prévoyait l'aménagement d'une procédure pour rendre effectif l'exercice du droit de vote par les détenus ayant conservé leurs droits politiques. Mais il est resté au stade de projet³⁵⁷⁷. C'est quelques années plus tard, en 1996, qu'une loi fut votée permettant aux détenus non privés de leurs droits politiques de participer, pour la première fois, aux élections législatives de septembre 1996. Il s'agit de la loi n° 2408/96 qui prévoit, dans son troisième article, la mise en place dans la prison des bureaux de vote. Actuellement, ce droit figure en bonne place dans le Code pénitentiaire de 1999. Il prend place juste après la disposition intitulée « droits des détenus », dans l'article 5, sous le titre « droit de vote ». Il y est précisé que les détenus votent d'après des listes électorales spécifiques à l'instar des fonctionnaires. Une décision ministérielle (des Ministres de l'Intérieur, de la Justice et de l'administration publique et de la décentralisation) régit les modalités pratiques de son exercice. Actuellement, il est réglementé par la décision n°6161 du 22.2.2000. Un bureau de vote est installé dans les locaux de leur détention. Le jour de l'annonce officielle de la date des élections, le directeur de chaque établissement informe les détenus de la procédure à suivre pour pouvoir s'inscrire sur les listes électorales spécifiques aux détenus. Le droit de vote étant reconnu comme fondamental, il ne peut pas faire l'objet de privation à titre de sanction disciplinaire (art. 66§2, C. pénit.).

Dès lors, ces deux droits nationaux non seulement ne soulèvent plus de questions de conformité avec la Convention à propos de l'exercice du droit de vote par les détenus non privés de leurs droits politiques, mais constituent des exemples d'évolution pour les autres droits nationaux

³⁵⁷⁵ <http://www.justice.gouv.fr>.

³⁵⁷⁶ Décret n° 2007-1627 du 16 novembre 2007.

³⁵⁷⁷ *Chronique du Laboratoire de Criminologie et de psychiatrie légale*, Faculté de droit, Université de Thrace, Sakkoulas, 1991, vol. 2, p.46.

ainsi que pour la jurisprudence européenne. Leur exemple montre qu'il suffit de prévoir des modalités de vote (par procuration ou par installation des urnes dans la prison) pour que les détenus puissent voter. Constat qui rend difficile de continuer à soutenir que des questions pratiques ou autres liées au fonctionnement de la prison puissent justifier la non-garantie aux détenus du droit de vote.

En revanche, il n'en est pas de même concernant la continuité de la privation des droits politiques à titre de sanction. Le motif principal de cette privation est, comme l'a souligné la doctrine, l'effet infamant attaché à certaines peines privatives de liberté : « La dignité d'électeur est jugée incompatible avec le prononcé de certaines condamnations qui mettent en doute la moralité des personnes qui y sont exposées³⁵⁷⁸ ». Cette considération avait été approuvée par la Commission : « De telles limitations (des droits politiques) s'expliquent par l'idée que certaines condamnations marquent d'infamie pour un temps déterminé qui peut être prise en considération quant à l'exercice des droits politiques³⁵⁷⁹. »

Mais nous estimons que la privation des droits politiques à titre de sanction est contraire à l'esprit de la Convention. Car, outre le fait que cette privation ne fasse pas dépendre la qualité de sujet des droits de l'homme des vertus de citoyen, elle serait contraire au principe qui ressort de sa jurisprudence en matière de peines : la préservation de celles-ci d'un caractère dégradant, à tout le moins, la non aggravation d'un tel caractère inhérent à toute sanction pénale. Or, la privation des droits politiques étant en soi une peine dégradante, (rappelons que l'article 8 de l'ancien Code pénal français classait la dégradation civique parmi les peines « infamantes »), il ne fait pas de doute qu'elle aggrave ce caractère de la peine privative de liberté. Aussi, devrait-elle être une peine uniquement complémentaire, laissée à l'appréciation du juge de condamnation, de surcroît, réservée à des infractions ayant un rapport avec la vie politique ou la sécurité de l'Etat ou le bien public. Ainsi que l'a souligné Gérard Soulier, qui qualifie d'« hasardeux » l'argument d'indignité (celui-ci dénote une « manière plutôt idéologique que véritablement morale de déterminer qui a qualité pour exercer le droit de vote... »), ce droit « inhérent à la notion de citoyenneté, ne devrait pas être aussi facilement remis en cause » ; le bannissement de la vie politique, dans nos sociétés démocratiques

³⁵⁷⁸ Extraits des débats au Sénat concernant les dispositions susmentionnées du Code électoral français, in *JO déb. Sénat*, (Q), déc. 1989, p. 2192, cité dans le *Code électoral*, préc., p. 15. Voir dans le même sens, M. PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, DALLOZ, 6^{ème} éd., 1972, p. 627 : « L'indignité constitue l'accessoire d'une faute sanctionnée pénalement ; l'idée étant que quiconque s'est exposé à tomber sous le coup de la loi pénale s'est montré indigne de participer à la formation d'une volonté générale qu'il ne respecte pas ». Voir aussi Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, 1984, Cujas, p. 931 : « Le législateur veut aussi assainir la vie politique en écartant les personnes indignes d'y jouer un rôle » ; Marie-H. RENAUT, « Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales », *RSC*, (2), avr.-juin, 1998, pp. 265-277. Au Canada aussi, l'exclusion des détenus du droit de vote est justifié par « le devoir de préserver l'exclusion symbolique des criminels pour renforcer le concept du citoyen responsable et décent et pour préserver la pureté de l'urne ». P. LANDREVILLE et L. LEMONDE, « Le droit de vote des personnes incarcérées au Canada », *RSC*, (2), avr.-juin, 1994, p. 305.

³⁵⁷⁹ D 9914/82, (X/Pays-Bas), préc., pp. 243-244 (à propos de la privation de l'exercice des droits électoraux des condamnés à une peine privative de liberté supérieure à un an).

contemporaines, « ne devrait intervenir que lorsque la personne a véritablement mis en danger la cité elle-même... Or, tel n'est évidemment pas le cas du délinquant ordinaire³⁵⁸⁰ ». En outre, la Cour devrait exercer un contrôle de conformité sur l'usage de la marge nationale d'appréciation (légale ou judiciaire) aux exigences de la Convention. Quant à sa durée, elle devrait être moindre que celle de la peine privative de liberté ; en tout cas, elle ne devrait pas survivre à la mise en liberté des détenus. L'exercice de ces droits, étant au cœur des droits et devoirs des responsabilités sociales et politiques, fait partie des moyens de re-socialisation de l'ensemble des détenus. Citons à ce propos Max Gounelle : « Il ne faut pas négliger le caractère liturgique que revêt l'acte de voter dans le rituel démocratique. De ce point de vue, le fait de voter est un acte d'intégration sociale³⁵⁸¹ ». C'était également l'avis de la Commission, exprimé dans l'affaire *Labita*. Elle y avait souligné que la radiation temporaire du requérant des listes électorales (radiation qui avait survécu à son acquittement) risquait de l'« éloigner ultérieurement de la société civile³⁵⁸² ».

Pour toutes ces raisons, le fait qu'il s'agit d'un « anachronisme punitif, reliquat de la mort civile³⁵⁸³ », la jurisprudence de la Cour devrait évoluer vers la garantie de l'exercice effectif des droits politiques de la part des détenus qui n'en sont pas privés à titre de sanction, et vers un contrôle strict de la légitimité de leur privation à titre de sanction et de la durée. D'autant plus que les conséquences de la privation des droits civiques ne se limitent pas aux élections. Elles s'étendent dans le domaine du travail, du syndicalisme, de l'activité associative, de la fonction de justice. Ainsi, en France, la jouissance des droits civiques fait partie des conditions émises dans l'accès à certaines professions, et généralement à la fonction publique, dans les élections des délégués du personnel, dans la composition du corps des jurés à la Cour d'assises.

³⁵⁸⁰ G. SOULIER, *Citoyenneté et nationalité*, préc., p. 353.

³⁵⁸¹ Max GOUNELLE, *Introduction au droit public français*, p. 122.

³⁵⁸² CEDH, *Labita c. Italie* [GC], préc., § 200.

³⁵⁸³ P. LANDREVILLE ET L. LEMONDE, « Le droit de vote des personnes incarcérées au Canada », préc., pp. 305

CONCLUSION PARTIE 2

La prison est le reflet en négatif de la société démocratique. C'est l'image que lui imprime l'étude de l'application dans son enceinte des droits et libertés les plus déterminants des régimes politiques : la vie privée, le secret, la liberté d'expression, l'autonomie d'entreprendre, la liberté syndicale. Surveillance, contrôle, autorisations préalables, censure, obéissance, dépossession des biens, privation d'échanges, tels sont les traits qui caractérisent l'organisation de la vie en prison. Des conditions qui révèlent que l'essence de cette peine ne se limite pas à la soumission de la personne au contrôle physique extérieur, à savoir au contrôle spatial du périmètre de vie autorisée ; elle s'étend au contrôle de son mode de vie au plus intime. Voire, elle consiste à organiser la vie entière de ces personnes, de surcroît, d'une manière visant à plus que le contrôle de la vie privée, la transparence du détenu. Ce qui montre clairement la surveillance totale des espaces de la prison, des communications et des contacts en général, y compris les plus intimes, avec comme point culminant le rituel des fouilles corporelles jusqu'aux parties intimes. Or, ces immixtions ne sont pas simplement en simple écart par rapport à l'extérieur ; elles sont à l'opposé. Le détenu est réduit au seul statut d'homme public au sens de l'exposition permanente au regard d'autrui.

En effet, l'apport de l'application des droits de l'homme est très limité. Certes, la jurisprudence de la Cour a dégagé certaines garanties, notamment : le rapprochement familial, les précautions dans le cadre de transfert pour préserver les visites familiales programmées, la garantie du mariage en tant que conclusion d'un contrat, le principe de maintien de l'autorité parentale, l'incitation à la limitation de la fréquence des fouilles et la garantie de la correspondance sans restriction des destinataires et du nombre de lettres. Mais elles sont insuffisantes pour changer significativement la structure du fonctionnement de ce lieu. C'est le principe d'autorisation et de surveillance qui domine la vie privée des détenus y compris la correspondance et les visites au point d'accepter la privation de relations sexuelles qui est à la fois un aspect garanti de la vie privée, du droit de procréer et de fonder une famille. C'est l'autorisation et la censure qui dominent l'expression publique. Et c'est la privation de pouvoir contractuel qui caractérise ses échanges.

L'étude des droits et libertés relatifs à l'activité économique a, elle, permis de voir que le détenu subit non seulement des restrictions inhérentes à cette peine, en tant que conséquences physiques directes, notamment l'activité professionnelle, mais aussi des conséquences ajoutées par l'organisation du travail et la gestion des biens en prison. Ainsi, à la réduction de l'activité professionnelle du détenu à la seule forme de travail dépendant, s'ajoute la privation de contrat de travail pourtant étranger à la condition physique d'une personne. A la sous-rémunération, s'ajoute une gestion quasiment « sous tutelle » de l'argent des détenus quelle qu'en soit la ressource. Des conditions qui laissent montrer que le but recherché est de priver la relation de travail de sa

potentialité d'être source d'autonomie. Car celle-ci peut résider aussi bien dans les garanties du salaire que dans le statut de « salarié » qui concurrencerait celle de détenu, ou encore celle de « salarié syndiqué ». Les conditions d'accès à la consommation sont venues appuyer la thèse que les soubassements de ces aspects de la vie du détenu résident dans la conception de la peine comme perte d'autonomie et soumission à la frustration, la pauvreté, l'inconfort et l'obéissance. C'est le domaine dans lequel l'application des droits de l'homme n'a apporté aucune avancée dans le statut de détenu. La Cour n'a condamné ni la privation de l'activité professionnelle à cause de l'incarcération, ni l'absence de contrat ni la sous-rémunération ni la gestion imposée de son argent, ni la privation de l'accès aux biens de consommation.

L'étude des droits politiques complète la palette des raisons sous-jacentes de la nature et de l'ampleur qui caractérisent l'exercice des droits de l'homme dans la prison. La privation des droits de vote et de la liberté d'expression a toujours été justifiée par la considération de la peine comme une infamie portant atteinte à la dignité du citoyen. Celui qui a enfreint les règles communes n'a pas vocation à participer à leur élaboration ni à exercer des fonctions de direction et de pouvoir. Mais cette considération est, encore aujourd'hui, plus clairement admise dans les conséquences post-carcérales et post-pénales. La preuve en est le casier judiciaire : l'inscription sur ce casier d'une condamnation pénale constitue un obstacle à l'accès à un nombre important d'activités professionnelles parmi lesquelles celle de fonctionnaire³⁵⁸⁴. Dans ce domaine, la Cour s'est limitée à appuyer, et cela seulement à partir de 2004³⁵⁸⁵, la garantie de l'exercice du droit de vote de la part des détenus qui n'en sont pas privés au titre d'une sanction pénale accessoire ou complémentaire.

Ce n'est que l'exercice des droits relatifs à l'apprentissage, la formation, l'information et la religion, des droits dans lesquels le détenu se trouve dans le statut d'« apprenti » aussi bien du point de vue intellectuel, que professionnel et citoyen, qui s'est le plus rapproché du droit commun. Les personnes détenues ont accès au même contenu d'éducation générale et professionnelle, à la même information, la censure ayant quasiment disparu depuis l'entrée de la télévision et des radios dans les cellules. Quant à la pratique religieuse, elle a toujours bénéficié d'une garantie appuyée, car considérée comme partenaire dans le travail de rédemption et de correction du délinquant. Mais là encore, les progrès sont venus des droits nationaux et dépassent les exigences européennes. Ces dernières sont, par exemple en matière d'éducation, limitées à l'instruction de niveau secondaire n'incluant l'obligation d'assurer ni la formation professionnelle ni les études universitaires. En matière d'information, la Cour n'a pas condamné le principe de la censure des publications autorisées à l'extérieur.

³⁵⁸⁴ BAN PUBLIC, « Guide pratique des empêchements à la réintégration des anciens prisonniers », 6 janvier 2007, www.prison.eu.org.

³⁵⁸⁵ CEDH, *Hirst c. R.U.*, (n° 2), [GC], 74025/01, CEDH 2005-X.

En somme, les quelques avancées apportées par la Cour et réalisées par les droits nationaux ne sont pas satisfaisantes, ni au regard du principe de légalité des peines, ni de la société démocratique. Voire, les conditions de l'exercice quasiment de l'ensemble de ces droits et libertés compromettent gravement l'identité d'une telle société.

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

CONCLUSION

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

Avec la réaffirmation de la valeur fondamentale de la liberté dans la nouvelle conception des droits de l'homme, la peine privative de liberté n'est pas mise en cause. Celle-ci n'est pas considérée comme contraire ni à la dignité humaine ni aux droits de l'homme en général. Cette réaffirmation n'est accompagnée que du renforcement de la protection des droits de l'homme à l'égard des détenus. Renforcement qui demeure pourtant insuffisant pour changer significativement le sens de cette peine ainsi que la structure de la prison.

Si la jurisprudence européenne concilie la privation de liberté avec le respect de la dignité et l'ensemble des libertés en affirmant que « la liberté de la personne n'est pas un préalable nécessaire à l'exercice des droits »³⁵⁸⁶, elle le fait en adaptant le raisonnement au statut juridique et matériel du détenu. Si bien que l'impact des droits de l'homme demeure faible, sans provoquer de changement significatif ni du lien entre la peine privative de liberté et la prison ni du fonctionnement structurel de celle-ci afin de les rendre conformes au principe de légalité des peines et de la société démocratique. Au contraire, notre étude démontre la thèse que la prison demeure un moyen d'exécution de la peine privative de liberté défiant le principe de légalité des peines et mettant en même temps à l'épreuve la société démocratique entière. Cela est vrai aussi bien pour les droits de l'homme à valeur relative, à savoir soumis à des restrictions, que des droits de l'homme à valeur absolue, exclus de restrictions.

En ce qui concerne les droits à valeur absolue ou renforcée, cette adaptation a eu lieu par l'élévation du seuil de gravité qualitatif des actes ou traitements interdits par la Convention ; et pour ce qui est des droits de protection relative, elle a eu lieu par la substitution du critère général de *nécessité démocratique* par celui de *nécessité carcérale* dans l'appréciation des restrictions compatibles avec la société démocratique. Or la *nécessité carcérale* se traduit par la justification explicite « des ingérences plus amples à l'égard d'un détenu que d'une personne en liberté ». Cela est affirmé dès le premier arrêt rendu par la Cour en matière d'application des droits de l'homme dans la prison, l'arrêt *Golder et autres* (1975), jusqu'aujourd'hui³⁵⁸⁷. Ainsi, même les droits de l'homme n'ont pas échappé à cette règle qui semble régir l'organisation de la prison, à savoir celle du maintien d'une différence entre la vie à l'extérieur et celle *intra muros*. Comme l'affirment Georg Rusche et Otto Kirchheimer, « aucun

³⁵⁸⁶ R 8186/78 (Draper/R.U), 10.7.1980, D.R., 24, p. 72.

³⁵⁸⁷ Voir entre autres, les arrêts : *Golder, préc.*, *Silver et autres, préc.*, *Campbell et Fell, préc.*, *Boyle et Rice, préc.*, *Scomenberger et Durmaz, préc.*

programme de réforme n'a pu jusqu'à maintenant se défaire du principe que le niveau de vie en détention doit être restreint pour maintenir l'effet dissuasif de la détention³⁵⁸⁸. »

L'acceptation de restrictions des droits de l'homme plus amples qu'à l'extérieur est fondée sur la reconnaissance de la prison comme un contexte spécial et, par conséquent, comme un ordre spécial, dont la préservation constitue un but légitime pour la préservation de l'ordre général dans une société démocratique. En effet, aux buts communs à la société démocratique s'ajoutent ceux spécifiques à la prison : les nécessités de son fonctionnement en tant que lieu de vie collective, la facilitation du travail du personnel pénitentiaire et la sauvegarde du moral de celui-ci; l'empêchement de l'évasion, et surtout le maintien d'un ordre disciplinaire. Spécificité qui ne devrait s'estomper que devant deux impératifs absolus : la sauvegarde de la substance des droits de l'homme, et le respect intégral des droits de protection absolue.

Il importe toutefois de souligner que la situation de fait du détenu ne sert pas seulement à justifier des limitations plus amples qu'à l'extérieur. Elle sert également à renforcer les obligations positives des Etats dans le respect des droits de l'homme. Tout d'abord, la situation de dépendance du détenu vis-à-vis de l'Etat crée, à l'égard de ce dernier, une obligation positive, à savoir une obligation d'intervention plus accrue qu'à l'extérieur pour assurer l'exercice effectif des droits de l'homme dans la prison. La Commission avait déjà affirmé que l'exercice des droits de l'homme ne dépend pas seulement de la situation matérielle des détenus, mais aussi, et surtout, des mesures prises par les autorités pénitentiaires à cet effet³⁵⁸⁹. Ainsi, à propos du droit au mariage, cette instance a déclaré : « L'exercice de ce droit exige quelque action positive de la part des autorités pénitentiaires », à savoir que les autorités doivent « prendre certaines dispositions administratives afin qu'un détenu puisse contracter le mariage³⁵⁹⁰ ».

L'état de dépendance du détenu est également pris en compte dans l'application de l'article 3 de la Convention. Cet état est, depuis l'arrêt *Tomasi*, la privation de liberté est considérée comme une situation de vulnérabilité de la victime. Cela a conduit à l'abaissement du seuil de gravité exigé pour que des agissements tombent sous l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou des traitements dégradants.

³⁵⁸⁸ G. RUSCHE ET O. KIRCHEIMER, *Peine et structure sociale*, préc., notamment pp. 247-248, 300, 312.

³⁵⁸⁹ R 7114/75 (Hamer/R.U), préc., p 60 ; R 8186/78 (Draper/R.U), préc., p. 203.

³⁵⁹⁰ Obligation affirmée dans les affaires *Golder*, préc. ; *Hammer* préc. p. 29; *Draper*, préc., p. 93 ; D 4623/70 (X/R.U), 19.7.1971, Rec. 39, p. 63; D 5229/71 (X/R.U), 15.10.1972, Rec. 42, p. 140.

L'isolement social des détenus à cause de sa détention constitue également un argument en faveur du respect de certains droits de l'homme à leur égard. Il en est ainsi du droit au respect de la correspondance. Les instances européennes ont reconnu aux détenus le droit de correspondre avec toute personne et sans censure, et exigent de la part de l'administration pénitentiaire d'apporter la preuve de la remise effective des lettres aux détenus³⁵⁹¹. De même, à propos des droits familiaux, il est exigé, afin de faciliter les visites familiales, que l'administration pénitentiaire informe à temps la famille de transfèrements des détenus, et que des efforts soient faits pour assurer le rapprochement familial.

Certaines améliorations ont en effet eu lieu dans les *droits nationaux*. L'étude des droits grec et français a fait apparaître l'amorce de leur évolution vers une meilleure prise en compte des droits de l'homme à l'égard des détenus qui, parfois, va même plus loin que ne l'exige la Convention dans son application actuelle.

Parmi les effets directs de la mise en application des droits de l'homme dans la prison, sont à signaler, dans le *droit grec*, la fermeture d'une de plus vieilles prisons suite à une décision de la Commission selon laquelle les conditions générales de vie dans cette prison soulevaient des questions de fond au regard de l'article 3 de la Convention³⁵⁹². Dans le *droit français*, il est à signaler l'extension du respect du secret à la correspondance échangée avec les instances du Conseil de l'Europe, suite à une décision de la Commission estimant que l'absence du secret soulevait des questions de fond au regard de la Convention. Mais ce sont les effets indirects qui sont les plus nombreux, grâce au mouvement international et européen pour la mise en oeuvre d'une politique de limitation des effets de la privation de liberté et du respect des droits de l'homme dans la prison.

En *droit grec*, ce mouvement a débouché, en 1989, sur la réforme générale du Code pénitentiaire. Ce Code consacre expressément les principes de limitation des effets de la privation de liberté et de conception de la prison comme un simple moyen d'exécution de la privation de liberté. En ce qui concerne la mise en oeuvre effective de ces principes, nous avons pu constater que certaines dispositions de ce Code consacrent une meilleure protection des droits de l'homme par rapport à celle assurée par la jurisprudence européenne. Il en est ainsi du respect de la correspondance. Le droit grec érige en principe la garantie de son secret et assortit les dérogations des garanties similaires à celles du droit commun. Il en est de même à propos des demandes de libération conditionnelle et de suspension de

³⁵⁹¹ La Commission a, par exemple, estimé « que l'Etat ne saurait affirmer avoir satisfait aux obligations qui lui incombent au regard de la Convention en fournissant un simple relevé des courriers adressés aux détenus », R 13803/88 (M/Italie), 20.2.1992, § 60 et 64.

³⁵⁹² D 14986/89 (Petronella Van Kuijk/Grèce), 3.7.1991 ; R 14986/89 (Petronella Van Kuijk/Grèce), 19.3.1992 (règlement amiable).

la peine. Alors que les griefs corrélatifs sont en majeure partie rejetés par les instances européennes au motif qu'ils ne relèvent pas *ratione materiae* de la Convention, en droit grec, toutes ces demandes sont entourées de certaines garanties exigées par le droit au respect du procès équitable. Elles sont examinées par le tribunal correctionnel (siégeant en chambre de conseil). Et les détenus disposent de droits à disposer d'un délai pour préparer la défense, à être assistés par un avocat et à exercer un recours. De surcroît, la décision doit être motivée. Un autre progrès du droit grec, très important dans l'histoire du droit pénitentiaire, est la brèche qu'il a marquée dans le devoir d'obéissance des détenus : il leur est reconnu le droit à la désobéissance à un ordre manifestement illégal. Enfin, les procureurs près la Cour de cassation ont émis un avis limitant le recours à l'usage des armes lors des tentatives d'évasion ou d'arrestation d'un détenu évadé. Ils estiment que l'usage des armes doit être soumis au droit commun du droit pénal, c'est-à-dire au cas où cela est rendu nécessaire par la nature de l'agression ou du danger encouru pour la vie ou la propriété de la victime ou d'autrui. Danger qui doit être présent et non évitable par d'autres moyens.

Ces avancées constituent des progrès par rapport également au droit français. Il convient d'y ajouter la reconnaissance expresse dans le droit grec de certains droits des détenus, alors qu'en droit français l'expression « les détenus ou droit » continue d'être absente, mais aussi l'institution d'un juge des libertés (le TAP), chargé d'examiner toute plainte des détenus relative à la violation de leurs droits.

Dans le *droit français*, si la politique de limitation des effets de la privation de liberté aux seuls effets directs de la prison a été affirmée, dès 1975, et des réformes dans ce sens sont, depuis lors, effectuées, nous n'avons constaté que peu de progrès notables par rapport au droit grec et à la jurisprudence européenne. Il s'agit notamment du renforcement de la garantie de la liberté du travail, avec la suppression du travail involontaire en 1987, de l'amélioration du système des soins des détenus depuis son rattachement au système de santé général, en 1994, mais aussi d'une meilleure protection des droits sociaux et la juridictionnalisation de l'ensemble des aspects de l'application de la peine privative de liberté.

Mais le droit français et le droit grec présentent également des points communs concernant une protection des droits des détenus plus importante que celle assurée par la jurisprudence européenne. Il s'agit du droit de vote (ces deux droits nationaux assurent son exercice effectif par tous les détenus non privés de leur droits électoraux), de l'accès à l'information (plus large par rapport à celui assuré par la jurisprudence européenne), de l'accès à l'éducation (des facilités pour poursuivre des études techniques ou supérieures sont mises en oeuvre, alors que cela n'est pas rendu obligatoire par la Convention), ainsi que de la reconnaissance de certains droits sociaux.

Contrairement donc aux craintes exprimées par certains auteurs à propos de l'abandon de l'objectif de traitement des détenus, à savoir qu'il serait accompagné d'une détérioration des conditions de détention³⁵⁹³, et à leur scepticisme à propos de la capacité des droits de l'homme de l'empêcher, notre étude confirme les résultats des recherches menées aux Etats-Unis³⁵⁹⁴, au Canada³⁵⁹⁵ et en Europe³⁵⁹⁶. Celles-ci ont fait état d'une amorce d'effectivité des droits de l'homme dans la prison et de la limitation du pouvoir de punir lors de l'exécution de la peine privative de liberté. Cela se traduit, dans la pratique, par la réduction des illégalités à l'encontre des détenus et, en conséquence, par l'humanisation des conditions de la vie carcérale³⁵⁹⁷. L'accent est également mis sur l'importance psychologique que représente pour les détenus le pouvoir d'intenter une action légale par laquelle ils peuvent modifier les rapports de force avec l'institution³⁵⁹⁸.

Toutefois, force est de constater qu'il ne s'agit encore que d'une amorce et qu'un long chemin reste à parcourir aussi bien en droit grec³⁵⁹⁹ et en droit français qu'à la propre jurisprudence de la Cour.

Premièrement, à propos du respect de certains droits de l'homme, nous avons constaté que le raisonnement de cette instance n'a pas été véritablement éloigné de celui de la Commission fondé sur les limitations implicites. Outre la justification de la privation du droit de circuler et de quitter le pays, considérée comme implicite à la notion de privation de liberté, conformément au principe que *le maximum contient le minimum*, nous avons également relevé des restrictions implicites de nombre d'autres droits. A commencer par le respect de la dignité. La Cour part du principe que toute peine implique une atteinte à la dignité. Pour que les traitements ou conditions de vie portent atteinte à la

³⁵⁹³ Les résultats de l'inefficacité de traitement et la pression du mouvement des droits des détenus aux USA et au Royaume-Uni auraient provoqué une crise d'identité du service de la prison à propos de sa mission, P. LEJINS, « Programmes non correctifs pour condamnés criminels », in *Mélanges PINATEL*, préc., p. 43 ; Hall WILLIAMS, « Le changement du concept de la prison », in *Mélanges PINATEL*, préc., p. 162.

³⁵⁹⁴ H. PONTELLI and W. WELSH, « Incarcération as a deviant form of social control : jail overcrowding in California », In *Crime and delinquency*, janvier 1994, vol. 40, n° 1, pp. 18-36.

³⁵⁹⁵ G. LEMIRE, Intervention au colloque « *La Condition juridique du détenu* », (Poitiers), préc.

³⁵⁹⁶ MIKA and THOMAS, The dialectics of prisoner litigation : reformist idealism or social praxis ? *Social Justice*, vol. 15, n° 1, 1988, p. 63. J. FEEST, Institutional Resistance against prisoners'rights, *The Howard journal of criminal justice*, vol. 32, n° 2, mai 1993, pp. 127-135.

³⁵⁹⁷ Selon A.-J. FOWLES, c'est ce que Hawkins et Mitford (1976) ont essayé de démontrer, A.-J. FOWLES, *Prisoner's rights, in England and United States*, Aldershot-Brookfield, 1989. Même si le rôle des « droits des détenus » peut être à double tranchant : légitimer socialement l'existence de la prison plutôt que la mettre en cause, et même si l'impact de ces droits ne vas pas jusqu'à détruire la primauté sécuritaire de l'institution carcérale ni d'en finir avec sa vocation disciplinaire, G. CHANTRAINE et D. KAMINSKI, « La politique des droits en prison », *Champ Pénal/ Penal field*, 27 septembre 2007, site : <http://champpenal.revues.org>.

³⁵⁹⁸ MIKA and THOMAS, "The dialectics of prisoner litigation : reformist idealism or social praxis ?", *Social Justice*, vol. 15, n° 1, 1988, pp. 48-65.

³⁵⁹⁹ A. MANITAKIS, « Les droits constitutionnels des détenus et leur protection judiciaire », in *Mélanges en hommage de G. PAPAHAZI*, Athènes, Sakkoulas, 1989, pp. 973-1001

dignité, ils doivent dépasser le seuil habituel d'humiliation impliqué par une peine³⁶⁰⁰. Cela signifie que le seuil requis pour qualifier un acte ou condition comme contraire à l'article 3 de la Convention est plus élevé qu'à l'égard d'une personne libre. Le cas de l'isolement carcéral en est la preuve incontestable. Ce seuil décisif est si élevé que, comme l'a écrit Rusen Ergec, il « n'est pas sans énerver le caractère absolu des prohibitions de l'article 3 »³⁶⁰¹. Nous avons fait le même constat à propos du droit au respect de la vie privée. Cour et Commission ont admis que la détention entraîne inévitablement une ingérence dans la vie privée et familiale qui, cependant, ne serait pas contraire à l'article 8 car elle est inhérente à la détention. De même, le contrôle du contenu de la correspondance est à ce point considéré comme un aspect normal de la détention, qu'il ne s'analyse même pas comme une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la correspondance.

Ensuite, en ce qui concerne *l'ampleur des limitations* admises, celle-ci rend souvent inintelligible la sauvegarde d'une quelconque substance des droits de l'homme. Premièrement, aucun des droits visant à garantir la liberté de participation des détenus à la vie sociale et politique n'est effectivement respecté ni au sein de la jurisprudence européenne ni au sein des droits nationaux (à l'exception pour ces derniers du droit de vote). Par exemple, la liberté d'expression des détenus est soumise à plusieurs entraves : leurs écrits destinés à la publication sont soumis au contrôle durant l'écriture, puis que le détenu n'a le droit ni à un temps, ni à un lieu ni à des objets intimes; leur publication est soumise à une autorisation préalable; et, à défaut d'une telle autorisation, leur publication est retardée jusqu'à la fin de l'exécution de la peine privative de liberté. La seule limite qui avait été émise par la Commission européenne dans ces limitations, concerne le refus d'autoriser la publication des écrits scientifiques. A ces entraves, s'ajoute la privation complète du détenu de s'exprimer dans la presse écrite ou audiovisuelle, en tout état de cause, de s'exprimer en direct. Il est de même de la liberté syndicale et de la vie professionnelle libérale et du droit au travail. Elles sont totalement absentes de la prison. Quant à la liberté dans la gestion des biens, y compris la liberté de consommation, l'image du détenu que reflète la jurisprudence corrélative des instances européennes demeure archaïque. La privation d'autonomie dans sa manifestation élémentaire, à savoir les petits gestes d'échange quotidiens, est flagrante. La privation de tout échange entre détenus et des échanges directs de ceux-ci avec l'extérieur, y compris ceux impliqués par l'achat des produits de consommation, démentent la volonté de faire fonctionner la prison suivant les mêmes règles que le reste de la société démocratique et donc de limiter la peine privative de liberté à la seule privation de liberté physique.

³⁶⁰⁰ Voir parmi d'autres : *Costello-Roberts* préc. ; *Tyrer* préc. ; *Kudla* précité, §§ 92-94 ; *Ilaşcu et autres* [GC], n° 48787/99, CEDH-2004-VIII ; *Kalashnikov c. Russie* (n° 47095/99), 15 juillet 2002, § 95, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], n° 59450/00, CEDH 2006-VII, § 119 ; *Popov v. Russie*, n° 26853/04, CEDH 2006-VII, § 208 ; *Kadiķis c. Lettonie* (n° 2), n° 62393/00, CEDH 2006-V, § 56.

³⁶⁰¹ R ERGEC, « Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles », in *Etude sur l'article 15 de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 263.

Quant au respect de la vie privée, après la justification de l'immixtion majeure que constitue la détention en soi, les garanties assurées ne concernent que des aspects secondaires. Ainsi, le respect de la vie familiale est réduit au maintien des rapports familiaux uniquement par la correspondance et les visites familiales (les sorties des détenus ne sont pas garanties), de surcroît, non intimes. Mais les restrictions dans le respect de la vie privée, dues à l'absence d'intimité des visites privées, vont jusqu'à priver le détenu du droit de fonder une famille par la procréation à cause d'absence de garantie des rapports sexuels.

A propos du droit au respect de la correspondance, la Cour avait affirmé, dans l'arrêt *Klass et autres*, que le contrôle de la correspondance privée étant « caractéristique de l'Etat policier », il fait encourir « le risque de saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre³⁶⁰² ». On en déduit donc que, dans une société démocratique, le respect du secret relève de la substance de ce droit. Or, s'agissant de la vie des personnes détenues, à l'exception du droit grec, le respect du secret constitue une exception hormis la correspondance échangée avec les instances européennes et certaines autorités nationales et internationales.

Enfin, en ce qui concerne le respect du consentement médical et du secret médical assuré aux détenus, il nous laisse, lui aussi, perplexes concernant la substance de ce droit dans une société démocratique.

Dans son ensemble, le fonctionnement de la prison sous l'angle des droits de l'homme a montré qu'elle constitue inévitablement plus qu'une privation de liberté physique; elle constitue un système d'organisation de vie restrictif des libertés et des droits fondamentaux d'une ampleur compromettante pour la société démocratique.

Eu égard à cette ampleur, on ne peut pas affirmer que le respect des droits de l'homme dans la prison se limite à un simple écart par rapport à l'extérieur justifié par les particularités de son ordre. Les derniers exemples des restrictions citées atteignent la substance même des droits de l'homme. Affirmer le contraire, à savoir que, malgré leur ampleur, il s'agit seulement des restrictions, de surcroît propres à la société démocratique, ce n'est pas seulement mettre en cause les principes pénaux (de légalité et de personnalisation des peines) ; c'est aussi mettre en danger la conception des droits de l'homme dans une société démocratique et l'identité même d'une telle société. A moins de reconsidérer le sens du terme « substance des droits de l'homme ». Auquel cas, on donnerait raison aux critiques faites à propos de la

³⁶⁰². *Klass et autres*, 6 sept. 1978, Série A, n° 28, § 49.

judiciarisation des droits de l'homme, à savoir que ceux-ci ne sont devenus des normes juridiques que lorsqu'ils sont réduits à des « squelettes³⁶⁰³ ».

Même si l'on peut reconnaître une spécificité à l'ordre de la prison, les différences entre son ordre et celui à l'extérieur devraient s'estomper, rappelons-le, devant une exigence commune à toute société démocratique : le respect de la substance des droits de l'homme quel que soit le contexte.

Or l'ampleur de l'écart constaté implique l'inversement même des fondements de l'ordre démocratique. Certes, « pas plus qu'aucun ordre étatique, la démocratie ne saurait se passer de la contrainte »³⁶⁰⁴. Mais, dans l'ordre démocratique, « la contrainte répond à une fin bien définie qui n'est autre que l'épanouissement des libertés »³⁶⁰⁵. La garantie d'un tel ordre de liberté repose essentiellement sur la discontinuité entre l'espace de vie privée et de vie publique, nécessaires pour assurer l'intimité et l'autonomie, entendue comme non soumission à l'autorisation préalable des initiatives privées³⁶⁰⁶. Mais elle repose aussi sur le respect du pluralisme et de l'ouverture, nécessaires pour garantir un équilibre dynamique et évolutif propre à la société démocratique.

Le respect de ces garanties exige que l'interprétation des droits de l'homme se base sur le principe d'abstention de l'Etat. Son intervention n'est sollicitée que pour mieux assurer l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Toute immixtion visant à les restreindre ne peut être considérée que comme une exception au principe de l'abstention, et doit être limitée au minimum nécessaire pour le respect de l'intérêt général. C'est la garantie d'un tel ordre que vise le mécanisme de protection des droits de l'homme consacré par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Or, dans la prison, nous observons l'inverse. Le raisonnement part du principe d'une immixtion totale de l'Etat dans le domaine de la vie privée et de l'autonomie. Si bien que le raisonnement sur les droits de l'homme corrélatifs vise à établir la nécessité de l'abstention de l'Etat afin de préserver quelques aspects minimaux de la vie privée de la personne détenue.

³⁶⁰³ VIRALY M., *La Pensée juridique*, LGDJ, 1960.

³⁶⁰⁴ IR. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve (...)*, préc., p. 32.

³⁶⁰⁵ *Ibid.*

³⁶⁰⁶ « Le régime des autorisations préalables dans le domaine des libertés collectives irait de toute façon à l'encontre de l'idée qui préside actuellement le constitutionnalisme des démocraties pluralistes, à savoir le libre développement de la personnalité dans un contexte d'intérêts collectifs diversifiés et autonomes ; elle affecterait la substance même de la liberté protégée et équivaudrait pratiquement à son anéantissement », G. VLACHOS, « La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », *RIDC*, 1972, n°2, p. 339.

En effet, ni la soumission de tout acte des détenus à l'autorisation préalable des autorités pénitentiaires, ni la considération de tout l'espace de la prison et de toute la vie des détenus comme publics ne sont mis en cause. En observant le raisonnement des instances européennes, nous constatons que l'exercice des droits de l'homme dans la prison s'arrête devant les nécessités d'une surveillance des détenus constante et totale : la surveillance de l'espace de la prison (des cours de promenade jusqu'aux cellules), des rapports des détenus avec l'extérieur (correspondance, expression, visites) et même de leur corps (fouilles corporelles).

Ces considérations liées à l'affirmation par la Cour que l'ordre de la prison est *disciplinaire* (« La Cour n'ignore pas que, dans le contexte carcéral, des raisons pratiques et de politique militent pour un régime disciplinaire spécial³⁶⁰⁷ ») et *uniforme* (les exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement justifient « d'ordinaire, on doit le reconnaître, d'imposer aux détenus un régime uniforme évitant toute apparence d'arbitraire ou de discrimination³⁶⁰⁸ ») promeuvent un ordre uniforme, fermé et figé contraire donc à celui de la société démocratique qui se veut pluraliste, diversifiée, ouverte, dynamique et évolutive.

Cependant, après l'affirmation que la privation de liberté ne doit consister que dans l'obligation de vivre dans la prison, et qu'aucune contrainte, à part celles qui sont nécessaires à l'organisation de la vie collective, ne doit venir s'ajouter, celle-ci est la seule institution parmi celles qui présentent des aspects similaires (comme l'armée, l'hôpital, l'école ou l'usine) qui ne soit pas assortie de buts spéciaux (comme le but thérapeutique dans les hôpitaux psychiatriques, l'apprentissage dans les écoles et l'armée, la productivité dans l'usine) pouvant justifier d'emblée des écarts dans le respect des droits de l'homme par rapport à l'extérieur. Certes, à la différence de ces institutions, il existe pour la prison la crainte de l'évasion, à cause de l'absence d'adhésion volontaire à son ordre et de l'absence de récompense par le renvoi d'une image positive ou par un intérêt personnel (comme c'est le cas dans l'armée, l'école, l'hôpital ou l'usine) qui pourraient contrebalancer les effets de contrainte de ces institutions. Toutefois, comme l'a souligné le Comité européen pour les problèmes criminels, la crainte de l'évasion peut être contrecarrée par la sécurité des murs. Dès lors, à l'intérieur, peut, et doit, être assurée une certaine liberté³⁶⁰⁹.

³⁶⁰⁷ CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc., § 69

³⁶⁰⁸ CEDH, *Boyle et Rice c. R.U.*, préc., §§ 74-75.

³⁶⁰⁹ « Il convient de mentionner que dans les institutions où des exigences d'une plus grande sécurité s'imposent, des normes de sécurité raisonnables vers l'extérieur permettent généralement d'accorder plus de liberté à l'intérieur de l'établissement », souligne le Comité pour les problèmes criminels dans son rapport *Traitement des détenus de longue durée*, Conseil de l'Europe, 1973, p. 14.

Certes, note encore ce Comité, les améliorations par le droit sont limitées³⁶¹⁰. Et divers auteurs ont souligné les limites de la Convention dans la protection effective des intérêts des détenus. Seules de grandes violations tombent dans le champ de protection des droits de l'homme³⁶¹¹, laissant dehors toutes les atteintes légères³⁶¹².

Mais nous estimons que les juges européens, en justifiant systématiquement les restrictions des droits de l'homme dans la prison dans une ampleur atteignant leur substance même, n'épuisent pas toute la protection que la Convention pourrait assurer.

Pour faire changer significativement la prison, il faut parvenir à faire entrer la liberté dans son enceinte. Il faut, comme le souligne Monique Seyler, que « la vie en prison laisse de la place à une vie quotidienne conforme aux leçons intégratives de notre maître à tous, en la matière, la société »³⁶¹³. Or, pour cela, il faut que la prison fonctionne de manière vraiment démocratique. En 1975 le Comité européen pour les problèmes criminels constatait, dans son rapport intitulé « *La communauté pénitentiaire* », que la prison constitue « un bastion de l'autoritarisme dans une société où les processus et structures démocratiques sont en développement rapide », recommandait de faire des efforts pour sa démocratisation. Mais ceux-ci se sont avérés difficiles³⁶¹⁴. Dans un rapport datant de 1986 sur *Les régimes des institutions pénitentiaires*, ce Comité a renouvelé la recommandation de poursuivre les efforts vers une véritable démocratisation du fonctionnement des prisons³⁶¹⁵.

Or le raisonnement des instances européennes reste en-deçà d'une telle exigence dès lors qu'il justifie un ordre de non-liberté et, par conséquent, non-démocratique dans la prison. Quelles peuvent être les causes profondes qui continuent à justifier un tel ordre depuis l'affirmation de la limitation de la peine privative de liberté dans la seule privation de la liberté physique, et du respect effectif des droits de l'homme dans la prison ?

Les véritables buts de la peine dépassent le but punitif et donc les seuls besoins de la justice. Nous avons observé que, parmi les buts les plus fréquemment invoqués pour justifier les restrictions, figurent le maintien de la discipline et du bon ordre, mais aussi la prévention des infractions et des

³⁶¹⁰ CDPC, *Les régimes des institutions pénitentiaires*, préc., p. 10.

³⁶¹¹ R. ROTH, « La judiciarisation de l'exécution des peines », in *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Helbing et Lichtenhahn, Faculté de Genève, 1991, pp. 301-322. Voir R. RYSSDAL, Allocution prononcée au cours de la conférence organisée par la Faculté de droit de l'Université de Potsdam, 3-5 juin 1992, portant sur la protection des droits de l'homme en Europe, *Conseil de l'Europe, Doc. Cour(92)* 173, p. 11.

³⁶¹² R. ROTH, « La judiciarisation de l'exécution des peines », préc., pp. 301-322.

³⁶¹³ M. SEYLER, *La banalisation pénitentiaire*, préc., p.139.

³⁶¹⁴ « La démocratie est-elle possible en prison ? », *RDPC* (1992), 3.

³⁶¹⁵ CDPC, *Les régimes des institutions pénitentiaires*, Conseil de l'Europe, 1986, p. 10.

atteintes aux droits d'autrui. Or ces deux derniers correspondent également à des buts politiques : la neutralisation du détenu dans le sens de sa mise hors d'état de nuire à la société. Et la jurisprudence européenne laisse apparaître que la prévention de l'infraction et des atteintes aux droits d'autrui revêtent dans la prison un sens spécial, à savoir un sens de prévention, si possible, de la commission de toute infraction. Aussi, si le but punitif de la peine privative de liberté ne justifie pas d'autres restrictions des droits de l'homme, à part la privation de la liberté physique, il n'en est pas de même des autres buts visés, et notamment de celui de la neutralisation de la personne. Ce dernier contribue à contrecarrer sérieusement la limitation du contenu légal de la peine en question. La neutralisation du détenu justifie l'élimination de toute marge de liberté pouvant permettre la commission d'une infraction et va à l'encontre du respect de la liberté au sens large. Car il faut avoir présent à l'esprit que liberté peut signifier répression mais non prévention : « On est libre d'accomplir les comportements prohibés, seulement on n'est pas libre à les accomplir sans en subir les conséquences³⁶¹⁶. »

Aussi l'affirmation par Foucault que la peine de prison est tournée vers l'avenir par la conformité future des comportements recherchée, se confirme également à la lumière du raisonnement relatif au respect des droits de l'homme dans la prison. Car on peut affirmer que le but de la peine n'est pas seulement punitif, visant à sanctionner un acte commis, mais également préventif, visant à empêcher, si possible, la commission de nouvelles infractions durant, au moins, l'exécution de la peine.

Or la réalisation de cet objectif exige l'élimination de toute liberté ne pouvant être obtenue que par une organisation de la société contraire à la nature de l'homme. Beccaria se demandait déjà « à quoi serions-nous réduits si tout ce qui peut amener à commettre un délit était interdit. Il faudrait priver l'homme de l'usage de ses sens »³⁶¹⁷. Et selon Mireille Delmas-Marty, « s'il était possible de supprimer tout crime, et si tout crime était supprimé, c'est que la société elle-même serait devenue machine d'ordre... Et ne serait certainement plus une société d'hommes »³⁶¹⁸.

En effet elle ressemblerait plus à l'organisation d'un système entropique, au sens du second principe de la thermodynamique, à savoir d'un système fermé de dégradation croissante d'énergie libre jusqu'au moment où l'état d'équilibre devient statique, car plus rien ne se produit. Or un tel principe ne s'applique qu'à des systèmes fermés n'échangeant pas d'énergie avec le milieu extérieur et composé d'éléments inanimés, ayant une quantité d'énergie initiale donnée. Mais tout système composé d'éléments vivants ne peut pas être en état d'équilibre statique, et surtout pas l'homme. Même ses cellules, « bien

³⁶¹⁶ J.-M. DENQUIN, « Sur les conflits de libertés », in *Service public et libertés, Mélanges offerts à R.-E. CHARLIER*, Paris, éd. Université de l'enseignement moderne, 1981, p. 547.

³⁶¹⁷ Cité par M. Van de KERCHOVE, « Culpabilité et dangerosité », préc., p. 300.

³⁶¹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, préc., 232.

que leurs composantes chimiques puissent avoir l'apparence d'une concentration stationnaire, sont dans un état d'équilibre dynamique»³⁶¹⁹. Concernant la société humaine, une telle organisation est inconcevable. Les hommes sont des êtres animés, complexes et porteurs d'un potentiel de comportement dont tout ne peut et ne doit pas être prévisible, afin de préserver la vie qui rime avec création et évolution. A moins de créer artificiellement une organisation de « vie humaine ». Mais cela nécessite d'éliminer le temps³⁶²⁰, ce qui ne peut être obtenu que par la création d'un système fermé – « Pour pouvoir obtenir un système d'équilibre, il faut le protéger des flux qui constituent la nature, il faut le mettre en boîte... ce qui est artificiel réclame un espace fermé³⁶²¹ »-, et par la réduction du «divers et du changeant à l'identique et au permanent». Mais il ne s'agirait plus d'une société humaine : « L'innovation et la création des êtres sont opposés à la prévisibilité et au contrôle des comportements³⁶²². » Car « prévoir signifie vouloir que le devenir (le temps, l'histoire) s'adapte à l'ordre prévu : mais cet ordre doit être immuable afin que la menace du devenir ne redevienne pas une possibilité réelle »³⁶²³. Mais cela signifie également d'aller tout simplement contre la vie, car « la vie cherche à gagner sur la mort, dans tous les sens du mot... la vie gagne contre l'entropie croissante »³⁶²⁴.

En langage socio-politique, ce qui s'approche du système entropique, c'est le système totalitaire décrit en ces termes : « Le totalitarisme résulte d'une volonté de maîtriser totalement le temps : le temps est le lieu de surgissement de l'altérité radicale... le temps est création. Car le totalitarisme repose sur l'idée qu'il existe un lieu central du pouvoir, lieu de la raison d'où il est possible d'accéder au sens global, donc à la maîtrise et au contrôle total de la société. Dès lors, il n'y a pas de place pour aucun imprévu... le sens est définitivement figé³⁶²⁵ ».

Or, force est de constater que l'organisation de la prison non seulement présente ces traits du totalitarisme mais est un désordre pour l'ordre de la nature. En effet, toute l'organisation de la prison est guidée par l'objectif de prévenir l'imprévisible par le contrôle total des comportements des détenus et de leurs rapports avec l'extérieur. Transparence et régularité rythment la « vie » dans la prison visant à assurer un ordre uniforme et statique au nom de l'élimination de tout danger. Tout est potentiellement dangereux dans la prison : les objets, les échanges, les déplacements et même le corps des détenus. Et tout est minutieusement réglementé pour pouvoir être contrôlé. Tout homme et objet ont leur place. Tout mouvement, acte, échange et possession d'objet est soumis à l'autorisation préalable. Chaque

³⁶¹⁹ Al. -L. LEHNINGER, *Bioénergétique*, Paris, Ediscience, 1969.

³⁶²⁰ PRIGOGINE ET STRENGERS, *La nouvelle alliance*, Paris, Gallimard, 1986, p. 365.

³⁶²¹ *Ibid.*, p. 199.

³⁶²² *Ibid.*, p. 360.

³⁶²³ Em. SEVERINO, *La loi et le hasard*, Paris, Rivages, 1979, p. 24.

³⁶²⁴ G. GANGUILEM, *Le normal et le Pathologique*, Paris, PUF, 1972, pp. 173, 183.

³⁶²⁵ J.-P. DUPUY, *Ordres et désordres* (enquête sur un nouveau paradigme), Paris, Seuil, 1982, p. 83.

déplacement doit se dérouler comme programmé d'avance : personne ne doit se déplacer sans autorisation préalable, et tout déplacement doit avoir lieu par l'emprunt des passages autorisés, pour aller à des endroits autorisés et accomplir des choses autorisées; le tout se déroulant sous surveillance continue. Même durant le sommeil, les détenus sont soumis à la surveillance. Tous doivent se plier à cette régularité et uniformité, comme si chaque détenu devait fonctionner comme un élément biologique simple, d'énergie calculable et de comportement prévisible. Toute tentative de déroger à cet ordre est réprimé immédiatement.

Cette organisation est doublée par le contrôle des rapports avec l'extérieur. Là aussi, et malgré une certaine ouverture de la prison vers l'extérieur (en France, celle-ci est amorcée depuis 1975³⁶²⁶, et renforcée sous l'influence des associations comme celle, des années 80', « Culture/prison », fondée en 1982 par Gerard Soulier, militant pour le « décloisonnement de la prison³⁶²⁷ »), il est illusoire de dire que la prison ne fonctionne pas, encore aujourd'hui, comme un système fermé. Toute entrée et sortie d'information sont calculées d'avance puisque toute communication a lieu sous autorisation et contrôle de contenu (correspondance, expression, visites). Personne ne peut entrer ou sortir sans autorisation délivrée pour une date et une heure précise, sans être fouillé et sans rester sous contrôle constant.

En fait, aucun échange avec l'extérieur n'est porteur d'une véritable information. Andrew Scooter, qui a décrit les institutions en termes de théorie de l'information, estime que « plus un comportement est prédictible, moins il est porteur d'information ». « Dans une structure institutionnelle... l'expérience du passé est intégrée aux règles de l'institution de façon à guider les prévisions pour le futur. Les institutions encodent les probabilités, mieux, elles servent à contrôler les facteurs d'incertitude, avec en outre le fait que les comportements ont tendance à se conformer aux prévisions institutionnelles: si l'on atteint le degré de coordination, le désordre et la confusion n'ont plus de place³⁶²⁸. »

Or les instances européennes ont rarement mis en cause la « pansurveillance » de la vie dans la prison et des échanges avec l'extérieur. En ce qui concerne ces derniers, elles n'ont dérogé au principe de surveillance qu'à propos du secret de la correspondance échangée entre elles-mêmes et les détenus, en soulignant qu'il présenterait un « risque négligeable » pour la sécurité de la prison³⁶²⁹. Et le mouvement

³⁶²⁶ P. COUV RAT, « La politique pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », *RSC*, 1985, p. 238.

³⁶²⁷ Voir à ce propos les publications de Gerard SOULIER : « Le décloisonnement de la prison », in *Psychologie et science administrative*, Paris, PUF, 1985, pp. 93-101; « Le ciel est par-dessus le toit si bleu, si calme ! », *Chimères*, n° 4, 1987-1988, pp. 58-75.

³⁶²⁸ Cité par Mary DOUGLAS, *Ainsi pensent les institutions*, USH_R, 1989, p. 43.

³⁶²⁹ « Le risque de voir fabriquer des faux papiers à l'en-tête de la Commission, afin d'introduire en prison des objets ou messages prohibés, est si négligeable qu'il faut l'écarter », CEDH, *Campbell et Fell c. R.U.*, préc.

en général des droits de l'homme n'est pas encore traduit, ainsi qu'il a été mis en évidence par les études effectuées aux Etats-Unis, par un changement significatif de la structure de la prison³⁶³⁰.

Dès lors, même depuis l'application des droits de l'homme dans la prison, de manière indiscutable, privation de liberté ne signifie pas seulement privation de liberté du mouvement physique, mais de toute liberté permettant à l'homme de vivre naturellement. La privation de la liberté physique continue à être doublée d'un « ordre de vie de non-liberté ». En fait, l'élément constitutif fondamental de la notion de peine privative de liberté est bien celui de la mise d'une personne sous surveillance permanente et totale visant à l'empêcher de récidiver et même de provoquer un quelconque désordre au moins durant sa peine.

Ce qu'on peut alors déduire de l'application des droits de l'homme dans la prison, est la mutation du concept de privation de liberté de son identification avec la prison et, en général, de mise à l'écart de la société, à celle de mise sous surveillance totale et continue d'une personne. Celle-ci peut alors se réaliser en dehors de la prison, si les moyens techniques de surveillance le permettent. Cela est amorcé par l'application du bracelet électronique³⁶³¹.

Mais une autre mutation dangereuse pour nos sociétés démocratiques peut également être en train de se produire. Celle de concevoir la société démocratique comme une société surveillée. Car, affirmer que l'interprétation des droits de l'homme dans leur application en prison est conforme aux exigences, même minimales, de la société démocratique engendre le risque de voir dans la prison le lieu de création d'une légitimité qui, puisqu'elle a lieu dans un espace d'une société démocratique, pourrait être justifiée en d'autres circonstances et en d'autres lieux. Dès lors, en affirmant que la prison est incluse dans la société environnante, réalise-t-on l'extension de l'ordre démocratique vers la prison, ou l'inverse, à savoir l'extension de l'ordre de celle-ci vers la société environnante ?

Gary T. Marx, défend la thèse que la prison sert de lieu d'expérimentation des moyens de contrôle pour une société de sécurité maximale, à savoir la discontinuité entre le privé et le public qui tend à s'estomper³⁶³². Et, si l'on tient compte de l'extension des moyens de surveillance vers les lieux publics et semi-publics, même dans la société démocratique, qui prolifère depuis quelques années, cette thèse ne peut qu'être validée.

³⁶³⁰ H. MIKA an J. THOMAS, *The dialectics of prisoners*, préc., p. 64.

³⁶³¹ P. TOURNIER, *Un bracelet à demi-teinte, Dedans-dehors*, 1977, n°1, p. 18; Th. PAPTAEODOROU, « Le placement sous surveillance électronique des délinquants en droit comparé », in *La surpopulation pénitentiaire en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

³⁶³² G.-T. MARX, « La société de sécurité maximale », *Déviance et Société*, 1988, vol. 12, n° 2, p. 149.

Dès lors, ne serait-il pas préférable d'admettre que la prison est le lieu désignant les frontières intérieures de la société démocratique, et qu'une démocratie, pas plus que n'importe quel système socio-politique, n'assure sa survie qu'en excluant ceux qui n'adhèrent pas à ses règles et valeurs ? Auquel cas, il faudrait reconnaître qu'en réalité ce qui est cherché par les discours sur l'intégration de la prison dans la société démocratique, n'est pas l'inclusion de l'exclu dans la société, mais « l'intégration... du rapport même de l'exclusion dans l'idéologie légitimante de l'Etat social », comme le soutient Alessandro Baratta³⁶³³.

En tout état de cause, compte tenu des entorses aux droits de l'homme et au fonctionnement de la société démocratique qu'engendre la prison, on ne peut pas s'empêcher de s'interroger sur les raisons de sa survie. Alors qu'elle est l'objet de nombreuses critiques peu après son institution en peine.

Premièrement, car elle porte indubitablement atteinte à la dignité par la seule soumission de l'homme dans un rapport de contrainte entraînant la perte de son autonomie. Rappelons que c'est pour cette raison que dans les démocraties anciennes la privation de liberté en tant que peine était inconcevable à l'égard des citoyens³⁶³⁴. A Rome, la seule peine qui se rapproche de la peine de prison, l'*ergastule*, n'était prévue que pour des esclaves³⁶³⁵.

Deuxièmement, car dès le XIX^e siècle des criminalistes se sont interrogés sur la légitimité de l'Etat de priver l'homme de sa liberté physique en se fondant sur la distinction entre les droits relatifs aux biens naturels et les droits relatifs aux biens acquis par l'organisation des hommes en société : « L'hypothèse est qu'il existe pour l'homme des droits (naturels) dont l'exercice est indépendant de l'état social... » et qui ne peuvent pas offrir de matière à une peine légale³⁶³⁶. Cette interrogation n'a pas cessé d'être posée. Ainsi, Michel Villey soutient que « dans le langage des classiques, le droit a son champ d'action spécifique. L'office du droit est de partager entre les hommes les biens extérieurs qui sont des

³⁶³³ En analysant le discours sur l'échec de la réinsertion de la prison dans la société capitaliste, il a relevé que cet échec est dû à la contradiction interne de sa propre idéologie, A. BARATTA, « Remarques sur la fonction idéologique du pénitencier dans la reproduction de l'inégalité sociale », *Déviance et société*, 1981, vol., 5 n° 2, p. 119.

³⁶³⁴ « La peine, qui est pourtant mentionnée comme possible, est sans application connue », Louis GERNET, « Le droit pénal de la Grèce ancienne », in *Du châtimeut dans la cité : supplices corporelles et peine de mort dans le monde antique*, Ecole française de Rome, 1984, p. 29. Roger GRAND souligne que l'*ergastulum* était pratiqué dans l'Antiquité à Rome seulement contre les esclaves : « La détention pénale de l'homme libre est interdite par le droit de la République, comme par celui de l'Empire "carcer enim habere debet". Cette opinion défavorable de la prison afflictive découlait certainement de la conception romaine de la liberté du citoyen, répugnant à l'idée de voir un homme libre subir un châtimeut à peine admissible, même pour les esclaves », R. GRAND, « La prison et la notion d'emprisonnement dans l'ancien droit », *Revue historique de droit français et étranger*, 1940-1941, p. 61.

³⁶³⁵ *Ibid.* p. 61.

³⁶³⁶ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 1888-1894, pp. 5-6.

choses matérielles ou des avantages incorporels susceptibles d'être distingués selon le droit romain. Il ne s'agit pas de la liberté ni de la dignité infinies de la personne humaine, qui ne sont pas objets de partage ».

Enfin, la prison a également, dès le milieu du siècle dernier, été critiquée pour être un état contre la nature de l'homme. Ainsi, Emile Desprez la dénonçait en ces termes : « Qu'on perfectionne autant que possible l'ordre et la discipline, on arrivera toujours au même résultat, parce que le vice radical et irrémédiable de l'emprisonnement est d'être en contradiction complète avec les conditions essentielles de la nature humaine³⁶³⁷ ». Pour cette raison, il préconisait son abolition³⁶³⁸.

Tocqueville, pourtant défenseur de la prison, admettait, lui aussi, que la prison est un état contre nature. Mais il le justifiait comme étant l'essence même de la peine : « Il est bon de s'entendre d'abord sur un premier point. Il est bien certain que l'emprisonnement est un état contre nature qui, en se prolongeant, ne peut guère manquer d'apporter certain trouble dans les fonctions de l'esprit et du corps. Cela est inhérent à la peine et en fait partie³⁶³⁹ ».

Mais la justification de cet inconvénient de la prison serait compensée par les effets positifs sur le détenu. La prison viserait non seulement à punir, mais également à traiter le détenu : l'amender, le rééduquer, le guérir, le resocialiser, le réintégrer.

Toutefois, avec l'acceptation de l'échec de ces buts positifs, la prison reste avec ses multiples effets négatifs : lieu criminogène ; lieu de détérioration la vie globale du détenu et de sa famille, mais aussi de stigmatisation et de fabrication des exclus à vie ; état contraire à la nature et à la dignité de l'homme ; enfin lieu posant de sérieux défis au respect effectif des droits de l'homme et, par conséquent, lieu critique de l'identité de la société démocratique.

Il ne reste alors à la prison comme justification que celle de servir le maintien de l'ordre, de manière préventive, par sa fonction symbolique, et de manière répressive, par l'exclusion et la neutralisation des personnes perturbatrices de son ordre. Claude Faugeron souligne que c'est peut-être là sa vérité de toujours, mais qui a été masquée par le centrage des discours sur la prison en tant que peine visant à lui donner un visage social par le but de la resocialisation des détenus. A ce propos, l'auteur cite

³⁶³⁷ Extrait publié in *Face à la justice*, vol. XIII, n° 1, 1990, p. 3.

³⁶³⁸ « Il n'y a donc plus rien à espérer de l'emprisonnement comme régime pénitentiaire; toutes les combinaisons dont il forme la base ont été essayées et condamnées par l'expérience. C'est un système sans issue... L'emprisonnement n'est qu'un cercle vicieux qu'il ne faut plus songer à perfectionner; il a donné tous ses résultats, et il n'y a plus qu'à le briser définitivement », *Ibid.*, p. 10.

³⁶³⁹ M. PERROT, M., *TOCQUEVILLE, Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*, préc., p. 142.

Foucault qui affirmait que « l'enfermement exclut de fait, mais il se donne comme justification la nécessité de corriger, d'améliorer, de conduire à résipiscence, de faire revenir à des bons sentiments »³⁶⁴⁰. Et Claude Faugeron met en évidence ce rôle des discours en soulignant qu'ils sont focalisés sur la prison en tant que peine, alors qu'ils ne concernent qu'une partie réduite de sa population, au mieux sa moitié. L'autre est constituée des prévenus et des personnes détenues pour d'autres motifs³⁶⁴¹.

En effet, on ne peut voir dans ces discours qu'une recherche de la légitimation de la prison par la création et l'entretien d'un large consensus autour de son existence. D'ailleurs, la perte de la spécificité pénale de la prison que nous avons signalée par sa réduction en simple moyen de privation de liberté quel que soit le motif, et l'uniformisation du contenu de la privation de liberté renforcent cette hypothèse. Priver de la liberté et seulement de la liberté physique, est la seule ingérence dans l'exercice des droits de l'homme dont la légitimité est d'emblée reconnue à la prison. Aussi, les différences des statuts légaux des détenus disparaissent, en tout cas, s'affaiblissent. Toute ingérence dans l'exercice de leur part des autres droits de l'homme obéit au même raisonnement.

La légitimité de la prison serait alors réduite à la simple évidence de sa nécessité par l'incapacité d'imaginer une société sans prison ? Mais, si tel est le cas, il ne serait peut-être pas inutile de se rappeler les propos de Marc Ancel qui, après avoir milité pour faire de la prison une « institution utile », a fini par s'interroger sur la légitimité de son existence en la qualifiant d'institution périmée, et pour cela abusive, en rejetant sa justification du seul fait qu'elle existe : « La défense sociale demande, écrivait-il, à la fois la révision des valeurs et un effort de dépassement. Révision des valeurs d'abord, car elle suppose un examen critique de toutes les institutions existantes, sans que celles-ci puissent être justifiées par le seul fait qu'elles existent. Il n'y a rien de plus respectable, disait déjà Voltaire, qu'un ancien abus. Il n'y a rien de plus respecté pour en être, qu'une institution dont on ne se demande plus si elle n'a pas perdu sa raison d'être. Or un système de droit périmé, et plus encore un système anachronique d'application des peines, constituent en fait une oppression de l'individu, ou tout au moins une méconnaissance de son droit fondamental à se réaliser et à s'épanouir dans son milieu social³⁶⁴². »

On pourrait s'attendre à ce que la conception moderne des droits de l'homme ait pu permettre de porter une interrogation plus radicale sur la légitimité de la prison : « Est-il besoin, de rappeler, écrivait encore M. Ancel, que c'est par un semblable effort de révision critique des institutions existantes et de dépassement des traditions nationales que s'est affirmé, à la fin du XVIIIe siècle, le mouvement de

³⁶⁴⁰ M. FOUCAULT, *Histoire des systèmes de pensée, Cours polycopiées*, Collège de France, p. 336.

³⁶⁴¹ Claude FAUGERON et Jean-Michel Le BOULAIRE, « Prisons, peines de prison et ordre public », *Revue Française de Sociologie*, vol. XXXIII, n° 1, 1992, pp. 3- 35.

³⁶⁴² M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, préc., p. 9.

reconnaissance et de protection des droits de l'homme... N'est-ce pas la meilleure remise en discussion des institutions existantes, au nom des droits essentiels des citoyens menacés par un système oppresseur et désuet ? »

De plus, il ne serait pas inutile de se rappeler également les propos de Beccaria, principal inspirateur de la réforme du système des peines de l'Ancien Régime, effectuée en France juste après la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Beccaria, parlant de l'évidence de légitimité d'une autre peine, de la peine de mort, disait : « L'histoire des hommes est un immense océan d'erreurs, où l'on voit surnager çà et là quelques vérités mal connues. Que l'on ne s'oppose donc point l'exemple de la plupart des nations, qui, dans presque tous les temps, ont décerné la peine de mort contre certains crimes; car ces exemples n'ont aucune force contre la vérité qu'il est toujours temps de reconnaître. Approuverait-on les sacrifices humains, parce qu'ils ont été généralement en usage chez tous les peuples naissants. Mais si je trouve quelques peuples qui se soient abstenus, même pendant un court espace de temps, de l'emploi de la peine de mort, je puis m'en prévaloir avec raison; car c'est le sort de grandes vérités de ne briller qu'avec la durée de l'éclair, au milieu de longues nuits de ténèbres qui enveloppent le genre humain³⁶⁴³. »

La crainte est que l'argument de l'évolution de la civilisation ne sert pas actuellement d'argument contre la prison. Car la société, y compris la société démocratique, semble évoluer vers une société sécuritaire où dormir tranquillement est plus important que vivre dignement en homme libre. Pour paraphraser Camus qui écrit dans *La peste* : « Le sommeil des hommes est plus sacré que la vie des pestiférés. On ne doit pas empêcher les braves gens de dormir³⁶⁴⁴. » L'impératif de l'ordre de nos sociétés semble ne pas être celui de garantir la liberté. Celle-ci est en perte de vitesse, remplacée par l'obsession de la prévention de l'insécurité avec l'objectif de la ramener au degré zéro. Ce qui justifie une société surveillée afin de banaliser l'imprévisible, l'accidentel, le hasard, bref les éléments indispensables pour maintenir la société créative et vivante.

Il va donc falloir attendre que les nouvelles technologies trouvent des moyens d'efficacité équivalente à celle de la prison puisque telle semble être la condition constante dans la suppression d'une peine. Sauf que ces moyens, tels qu'ils se dessinent, laissent entrevoir que la prison ne perdra son rôle d'efficacité qu'aux dépens de la métamorphose de toute la société en une grande prison : une société de surveillance continue pour anticiper la commission de toute infraction et même de tout désordre.

³⁶⁴³ BECCARIA, *Des délits et des peines*, préc., 97.

³⁶⁴⁴ CAMUS, *La peste*, Paris, Folio, 1947, p. 226.

Mais cette perspective dans l'évolution de nos sociétés démocratiques mérite de poser de nouveau cette question fondamentale : l'acceptation d'un certain risque ne serait-il pas le prix à payer si l'on veut sauvegarder une parcelle de liberté ? « Un Etat respectueux des droits de l'homme coûte cher, écrivait Georges Vedel. Il coûte cher non seulement en argent mais aussi en périls réels, courus par les individus et par la société³⁶⁴⁵. »

Dès lors, si la société veut rester libre, le but ne peut pas être celui du risque zéro du désordre. Des auteurs, soucieux de la sauvegarde de la liberté mettent en cause un tel objectif. Pour Rusen Ergec, juge à la Cour européenne, l'élimination du « désordre », ne peut pas être un objectif absolu si l'on veut préserver un ordre de liberté. Car « la survie de l'Etat de droit, valeur suprême de la société démocratique, est à ce prix. C'est pourquoi les démocraties peuvent être amenées à tolérer un certain désordre. Celui-ci, loin d'être un signe de faiblesse, témoigne de leur attachement à la liberté »³⁶⁴⁶. Selon Georges Burdeau : « Si les libertés doivent être conçues en fonction de l'ordre, l'ordre à son tour ne doit être compris qu'à travers les libertés dont il assure l'exercice. Il en résulte qu'on ne saurait apprécier une mesure de police en ne tenant compte que de son utilité pour l'ordre; il faut considérer aussi l'étendue de la gêne qu'elle cause à la liberté visée... En ce sens, le souci de la liberté est une composante de l'ordre. On peut donc dire, sans paradoxe, que la conception de l'ordre dépend moins du résultat auquel il tend que de l'idée que l'on se fait des libertés³⁶⁴⁷. » Elle dépend également, pourrions-nous ajouter, de l'idée qu'on se fait de la dignité. Car, comme le souligne de son côté Georges Vlachos, la réglementation des droits de l'homme « se présente comme un art particulièrement délicat ou subtil, destiné à assurer le libre jeu des antagonismes collectifs (le jeu des équilibres mouvants et dynamiques) au sein desquels se joue en définitive le sort de la dignité humaine »³⁶⁴⁸.

Vouloir la sécurité à tout prix peut être aussi un objectif dangereux pour une société que l'insécurité, et l'ordre imposé sans limites aussi dangereux que le désordre.

Dès lors, la prison telle qu'elle fonctionne actuellement n'a pas sa place dans une société démocratique. Elle ne le pourra que si elle se transforme radicalement. Si, d'un lieu fermé et d'un ordre d'organisation de la vie privatif de liberté, elle devient un lieu de vie. Son fonctionnement devrait être proche de celui d'un foyer en ajoutant seulement le contrôle des allées et venues, conformément au projet de l'exécution de la peine qui sera établi pour chaque détenu entrant en prison. Quant au temps

³⁶⁴⁵ « Modernisation de l'Etat et droits de l'homme: l'enjeu de la sécurité », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, IHESI, 1990.

³⁶⁴⁶ R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, préc. p. 33.

³⁶⁴⁷ G. BURDEAU, *Libertés publiques*, préc., p. 33.

³⁶⁴⁸ G. VLACHOS, *La structure des droits de l'homme et...*, préc., p. 341.

passé dehors, il devrait s'étendre au-delà des horaires de travail. La personne devrait disposer quotidiennement du temps pour pouvoir s'occuper de sa santé, de sa famille, de sa scolarité, de sa formation, de la recherche d'un emploi, ou encore faire du sport. Bref, elle devrait disposer de temps pour pouvoir accomplir tout ce qui compose la vie quotidienne d'une personne. La prison ne devrait pas avoir à gérer les aspects de la vie quotidienne de la personne qui sont déterminants dans la relation de l'individu avec l'Etat et avec les tiers et, par conséquent, déterminants de l'identité d'une société. Dans son fonctionnement actuel, la prison défie le principe de légalité des peines et en même temps constitue un lieu de mise à l'épreuve de l'ordre de la société démocratique. Celui-ci étant un ordre de liberté, implique l'acceptation d'un risque. Le risque est inhérent à toute société ouverte et donc démocratique.

L'actuel projet de la loi pénitentiaire ne va pas radicalement changer le visage de la prison ni le sens juridique de la peine privative de liberté. D'après les informations qui ont pu être rendues publiques³⁶⁴⁹, cette loi, bien qu'elle reconnaisse certains droits et recours aux personnes détenues, continue à s'inscrire dans l'esprit d'amélioration matérielle et juridique de la condition du détenu. Elle n'est donc pas en mesure de changer la prison de manière structurelle et radicale pour la rendre compatible avec la société démocratique. Ce n'est pas non plus l'orientation actuelle de la politique pénale française qui nous permettra de voir se dessiner un ordre faisant place à un certain risque, pourtant inhérent à la liberté. La loi sur la rétention de sûreté, votée le 25 février 2008³⁶⁵⁰ et validée, à l'exception de son application rétroactive, par le Conseil constitutionnel³⁶⁵¹, en permettant la privation de liberté illimitée à des fins sécuritaires et non punitives, des personnes considérées comme dangereuses à l'issue de l'exécution de leur peine, s'inscrit dans une conception de l'ordre opposée : un ordre sans risque physique au détriment d'une société libre.

Il faudra peut-être attendre l'évolution technologique pour voir un jour la fin de la prison. Celle-ci pourra alors être remplacée par des moyens assurant le même degré de contrôle physique de la personne dans la communauté, comme le bracelet mobile³⁶⁵² ou les puces sous-cutanées. C'est ainsi que

³⁶⁴⁹ OIP, *De la loi pénitentiaire à la loi de... l'administration pénitentiaire*, n°65 avril 2008, pp. 3-5.

³⁶⁵⁰ *Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*. Elle prévoit la possibilité pour des personnes condamnées pour certains types de crimes graves à des peines supérieures à 15 ans de réclusion criminelle à demeurer privées de liberté au terme de l'exécution de leur peine. Cette possibilité est fondée sur le critère de dangerosité. L'évaluation de celle-ci est effectuée par une commission pluridisciplinaire. La décision est prise par la juridiction régionale de la rétention de sûreté (spécialement créée pour cette mesure) pour une durée d'un an renouvelable (sur avis favorable de la commission pluridisciplinaire) pour la même durée sans limite dans le temps (art. 706-53-13 à 706-53-21 du CPP).

³⁶⁵¹ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 publiée au Journal officiel de ce jour.

³⁶⁵² Introduit en France par la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, dans le cadre de trois mesures : de la *surveillance judiciaire* (nouveau régime juridique institué par cette même loi qui s'applique pendant la durée correspondant aux crédits de réduction de peine ou aux réductions de peines supplémentaires obtenues par le condamné) ; d'un *suivi socio-judiciaire, à titre de mesure de sûreté* ; et de

le veut cette loi historique d'abolition des peines les plus graves pour chaque époque, à l'instar de la peine d'emprisonnement venue remplacer la peine de mort et les tortures : on est prêt à abolir une peine si l'on en invente une autre de même efficacité mais perçue comme plus humaine et plus conforme à l'évolution des idéaux d'une société. Mais une telle évolution serait-elle réellement plus respectueuse de la liberté et de la démocratie ?

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
LE SENS JURIDIQUE
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE...
Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

libération conditionnelle pour les personnes condamnées pour un crime ou délit pour lequel la mesure de suivi socio-judiciaire est reconnue.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- ALEXIADIS S., *Pénitentiaire* (Sophronistiki), Athènes, Sakkoulas, 4^e éd., 2001
- AMBROSELLI C., *L'Ethique médicale*, Paris, PUF, 1988
- ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1981
- APPERT B., *Voyage en Grèce*, Athènes, Imprimerie royale, 1856
- ARENDT H., *La nature du totalitarisme*, Paris, Payot, 1990
- ARON R., *Essai sur les libertés*, Paris, Calman-Levy, 1965
- AUBRY G., *La jurisprudence criminelle du châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI*, Paris, LGDJ, 1971
- BADINTER R., *La prison républicaine*, Paris, Fayard, 1992
- BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1979
- BENABENT A., *Droit civil, La famille*, Litec, 10^{ème} éd.
- BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, 2 vols, Londres, B. Dufau, 1811
- BIANCHI F., *Cours de réglementation pénitentiaire*, vol. 2, 1990
- BOULOC B. *Droit pénal général*, Dalloz, 20^e éd., 2007
- BOULOC, B., *Pénologie*, Paris, Dalloz, Précis, 3^e éd., 2005
- BOUZAT P., PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1970
- BRODSKY S.L., *Families and friends of men in prison. The uncertain relationship*, Toronte-London, Lexington Books, 1975
- BUCKLAND W.W., *The Roman law of Slavery, The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1^e éd., 1970
- BURDEAU G., *Les libertés publiques*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1972
- BURDEAU G., *Traité des sciences politiques*, t. VI, vol. 1, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1971
- CAMUS, *La peste*, Paris, Folio, 1947
- CARBONIER J., *Droit civil, Famille*, Paris, PUF, 1993
- CARBONIER J., *Droit civil, Les personnes*, Paris, PUF, 2^e éd., 1992
- CARBONNIER J., *Éléments de droit*, Paris, LGDJ, 1988
- CASILE-HUGUES G., *La grève de la faim en milieu carcéral*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994
- CASTEL, R., Préface du livre de Erving Goffman, *Asiles*, Paris, ed. Minit, 1968
- CASTORIADIS C., *L'Institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, 2e éd., 1986
- CHARRIER, J.-L., *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 2003-2004
- CHARVIN R., SUEUR J.J., *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 1997
- CHARVIN, R., SUEUR, J.J., *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 5e éd., 2007
- CHEVALLIER J., *L'Etat de droit*, 2^e éd., Montchrestien, 1994
- COLLIARD C.-A., *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2005
- COUTURIER G., *Droit du travail, t.1: les relations individuelles au travail*, Paris, PUF, 1990
- CREVIER B; « Le Pari de soigner la médecine pénitentiaire », *Economie et Humanisme*, n° 329, juin 1994
- CROZIER B., *A theory of Conflict*, N.Y, éd. Scribner, 1975

- CUSSON, M., *Pouquoi punir ?*, Paris, Dalloz, 1987
- DAGTOGLOU P.-D., *Droit de procédure administrative*, Athènes, Sakoullas, 1994,
- DECAUX. Emm., IMPERT P.-H., PETTITI L.-E., *La Convention européenne des droits de l'homme* (dir.), Paris, Economica, 1995
- DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'Etat*, Paris, PUF, 1989
- DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE C., LAMBERT-ABDELGAWAD E., (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, Sté Législation Comparée, 2003
- KOURAKIS N., *Répression pénale*, Athènes, Sakkoulas, 4^e éd., 2005
- DELMAS-MARTY M., *Le Flou du droit*, Paris, PUF, 1986
- DELMAS-MARTY M., *Les chemins de la répression*, PUF, 1980
- DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994
- DEPUYST Ch., *Les concepts criminologiques de la culpabilité*, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, t. XXIV, 1976
- DERRIDA J., *Force de loi*, Paris, éd. Galilée, 1994
- DESPORTES F., LE GUNEHÉC F., *Le Nouveau Droit pénal*, t. 1, Droit pénal général, Paris, Economica, 1994
- DOSTOÏEVSKI, *Souvenirs de la maison des morts*
- DOUGLAS Mary, *Ainsi pensent les institutions*, USHAK, 1989.
- DUPUY J.-P., *Ordres et désordres* (enquête sur un nouveau paradigme), Seuil, 1982
- ECO U., *Sémiotique et philosophie du langage*, Paris, PUF, 1988
- ERGEC R., *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Etude sur l'article 15 de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1987
- ESCHYLE, *Prométhée enchaîné*, Les Belles Lettres, 1963, pp. 165, 170.
- FERRY L., PISIER-KOUCHNER. « Le totalitarisme » in *Traité de science politique*, PUF, 1985, v. 2
- FINLEY, M.I., *L'esclavage antique et l'idéologie moderne*, 1990
- FOUCAULT M. *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975
- FOUCAULT M., *Histoire des systèmes de pensée*, Cours photocopiés (1971-1972)
- FRIEDMAN, S., ESSELSTYN, T.C., « The adjustment of children on jail inmates », in *Federal Probation*, 1965
- GANGUILLET G., *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1972
- GARDICIS, *Criminologie*, t. 1, Athènes, 1954
- GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 1888-1894
- GODECHOT J., *Les Constitutions de la France depuis 1789*, GF-Flammarion, 1979.
- GOFFMAN E., *Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux*, Paris, éd. Minit, 1968
- GOUNELLE M., *Introduction au droit public français*, Paris, Montchrestien, 1989
- HAURIOU A., GICQUEL J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1980
- HERZOG-EVANS M., *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz, 2007-2008
- HERZOG-EVANS, M., *La gestion du comportement du détenu, (L'apparence légaliste du droit pénitentiaire)*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques juridiques, 1998
- ISRAEL, J.J., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1998
- JEANDIDIER, W., *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2^e éd., 1991
- KENSEY A., *Prison et récidive*, Paris, Armand Collin, 2007
- KONSTANTINIDIS K.-E., *Droit pénal et dignité humaine*, Athènes, Sakkoulas, 1987.
- KONTAXIS A., *Code pénal grec*, Athènes, Sakkoulas, 1987
- KOUKIADIS, I., *Eléments du droit de travail*, Thessalonique, Sakkoulas, 1997

- KOURAKIS N., *Répression pénale*, 4^e éd., Athènes, Sakkoulas, 2005
- KOURAKIS N., SPINELLI K., *Législation Pénitentiaire*, Athènes, Athènes, Nomiki Vivliothiki, 1990
- LAUBADERE A., *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., L.G.D.J., 1963
- LAZAUD, F., *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, t.1, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006
- LEHNINGER AL.-L., *Bioénergétique*, Ediscience, Paris, 1969
- LESAGE DE LA HAYE Jacques, *La Guillotine du sexe*, Paris, Editions du monde libertaire, 2^e éd., 1992
- LEVINAS E., *Totalité et infini*, 1990, Paris, Le livre de poche, 1990
- LYON-CAEN G., *Le droit du travail : Le salaire*, t.2, 2^eème Paris, Dalloz, 1981
- LYON-CAEN G., PELISSIER J., *Droit du travail*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 1988
- M. HERZOG-EVANS, *L'intimité du détenu et de ses proches, en droit comparé*, Paris, L'harmattan, 2000
- MANESSIS A., *Droits constitutionnels*, Athènes, Sakkoulas, 1982
- MANITAKIS A., *Le Sujet des droits constitutionnels*, Athènes, Sakkoulas, 1981
- MARCHETTI A.-M., *Pauvretés en prison*, Paris, éd. Erès, 1997
- MARCHETTI A.-M., *Perpétués: Le temps infini des longues peines*, Paris, Plon Terre Humaine, 2001
- MARTIN J., WEBSTER D., *The social consequences of conviction*, London, 1970
- MELLOR Alec, *La Torture : son histoire, son abolition, sa récupération au XX^e siècle*, Paris, 1949
- MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel*, t.1, 2^e éd., Paris, Cujas, 1984
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979
- MORAND-DEVILLER J., *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2005
- MORRIS N., HAWKINGS G., *Letter to the president on crime control*, University of Chicago press, 1977
- MORRIS P., *Prisoners and their families*, London, 1965
- MOSES I. FINLEY, *L'esclavage antique et l'idéologie moderne*, 1990
- NIETZSCHE, *Aurora* (1880), Ed. Gallimard, 1974, Livre III
- OIKONOMOU A., *Trois hommes*, T.1, Athènes, 1950
- PANOUSSIS Y., *Code pénitentiaire grec du 1967*, Athènes, Sakkoulas, 1981
- PECHILLON E., *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Thèse, Université de Rennes, 1998, publiée chez L.G.D.J., 1999
- PEDRON P., *La prison et les droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 1995.
- PERROT M., *TOCQUEVILLE, Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*,
- PETIT J., *Ces peines obscures, La prison pénale en France 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990
- PETIT, S. *La responsabilité pénale des agents*, Berger-Levrault, Coll. Gestion publique, Paris, 1997
- PINATEL J., *La société criminogène*, Paris, éd. Calman-Lévy, 1971
- PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1970
- PLATON, *Oeuvres Complètes*, t. IV, Paris, Gallimard, 1984
- PLATON, *Oeuvres complètes*, t.1, *Apologie de Socrate*, Paris, Les Belles Lettres, 1920
- PONCELA P., *Droit de la peine*, Paris, PUF, 1995
- PONCELA P., *Droit de la peine*, Paris, PUF, Thémis, 2^e éd., 2001
- PONCELA P., ROTH R., *La fabrication du droit des sanctions au Conseil de l'Europe*, La documentation française, 2006
- PRADEL J., *Droit comparé pénal*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2002
- PRELOT M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, DALLOZ, 6^{ème} éd., 1972

- PRIGOGINE ET STRENGERS, *La nouvelle alliance*, Paris, Gallimard, 1986
- RAYMOND, G., *Droit civil*, Paris, Litec, 2^e éd., 1993
- RENUCCI, J. F., *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007
- RICORDEAU G., *Les détenus et leurs proches. Solidarité et sentiments à l'ombre des murs*, Editions Autrement, Collection Mutations, 2008.
- RIVERO, J., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, PUF, Thémis, 9^e éd., 2003
- ROBERT J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrétien, 1993
- ROBERT J., *Les violations de la liberté individuelle commises par les agents publics et le problème des responsabilités*, Paris, L.G.D.J., 1955
- ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, Paris, PUF, 6^e éd., 2005
- ROBERT J., DUFFAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 7^e éd., 1999
- ROTH R., *Pratiques pénitentiaires et théorie sociale: l'exemple de la prison de Genève (1825-1862)*, Paris, Droz, 1981
- ROUAST A., DURAND P., *Précis du droit du travail*, Paris, Dalloz, 1957
- RUSCHE G., KIRCHEIMER O., *Peine et structure sociale*, éd. du CERF, 1994
- SALEILLES R., *L'individualisation de la peine*, 2e éd., Paris, F. Alcan, 1909
- SCHNELLER D.P., *The prisoners' family : A study of the effects of imprisonment on the families of prisoners*, San Francisco, 1978
- SEVERINO Em., *La loi et le hasard*, Paris, Rivages, 1979
- SOULIER G., *L'Europe*, Paris, A.Collin, 1994
- STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, 2000
- STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., *Droit pénal général*, 18^e éd., Dalloz, 2003
- STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., *Droit pénal général*, 21^e éd., Dalloz, Paris, 2007
- SUTHERLAD E., CRESSEY E., *Principes de criminologie*, Paris, Cujas, 1966
- SYR J.-H., *Punir et réhabiliter*, Paris, éd. Economica, 1990
- TOURNIER, P., *Loi pénitentiaire, Contexte et enjeux*, Paris, L'Harmattan, 2007
- TSATSOS D., *Droit constitutionnel*, t. 3, *Droits fondamentaux*, Athènes, Sakkoulas, 1988
- TULKENS F., VAN DE KERCKHOVE *Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, éd. Story Scientia, 1991
- VALERY P., *Regards sur le monde actuel, Fluctuations sur la liberté*, Paris, Plon 1938
- VELU J., ERGEC F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990
- VERNANT, J.-F., *Mythe et pensée chez les grecs. II. Le travail et la pensée technique*, Paris, Maspero, 1974
- VIRALY M., *La Pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960
- WACHSMANN, P., (dir.). « La liberté d'expression », in *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 4e éd., 1997
- WEBER M., *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1964
- WEILL A., TERRE, F., *Droit civil*, Paris, Dalloz, 1983
- WELZER-LANG D., MATHIEU L., FAURE M., *Sexualités et violences en prison*, Ed. Aléas, 1996

OUVRAGES ANCIENS

- BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale, panoptique t. III*, X=MDCCCII
- BRISSOT DE WARVILLE J.-B., (avocat général), *Théorie des lois criminelles*, 2^e éd., Paris 1836, t. II

- COTTU M., *Réflexions sur l'état actuel du jury, de la liberté individuelle et des prisons*, 1818
- DE LA ROCHEFOUCAULT-LIANCOURT, *Examen de la théorie et de la pratique du système pénitentiaire*, Paris, 1840
- DE LA ROCHEFOUCAULT-LIANCOURT, *Examen de la théorie et de la pratique du système pénitentiaire*, 1840
- DESMAZE Ch., *Les Pénalités anciennes*, Paris, 1866
- DUCHATEL T., Instruction et arrêté sur le nouveau régime disciplinaire des maisons centrales, 10 mai 1839, in *Code des prisons*
- FILANGIERI, *Oeuvres de Gaetano Filangieri*, traduits de l'italien, Paris J.P. Aillaud, 1840, 3 vol. t. 3
- FOURNIER, *Congrès pénitentiaire international de Paris*, 1895
- JOUSSE, *Traité de justice criminelle de France*, t. 1, 2, M DCCC LXXI, Paris
- LUCAS, Ch., *Du système pénitentiaire*, t. 1, Paris, 1828-1830
- MICHAUX, Alph., *Réflexions d'un citoyen sur les prisons*, Paris, 1819
- MORE Th., *L'île de l'utopie ou la meilleure des Républiques*, (1516), Paris, Flammarion, 1987
- MOREAU-CHRISTOPHE, *Code des prisons de 1670 à 1845*, Paris, Imprimerie de Paul Dupont, 1845
- POLLIN R., *La Politique morale chez John Locke*, Paris, PUF, 1960
- ROUSSEAU, J.I., *Du contrat social*, livre I, ch. IV, 2^e éd., Garnier Flammarion, 1762
- TOCQUEVILLE, (Alexis de), *Oeuvres complètes, Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*, (présentées par Michelle Perrot), Paris - Calimard, 1985
- VOUGLANS (Muyart de), *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Dédiées au Roi, Paris, M DCCC LXXX

THESES

- GADOT A., *La prison comme sanction pénale*, Université Paris I, Panthéon –Assas, 2005
- GUYON Laurence, *La notion juridique de torture*, Université Paris I, Panthéon -Sorbonne, 1994
- JACQ Christian, *Vers un droit commun de la sanction. L'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, Université Paris XI, 1989
- MASSIAS Florence, *Restrictions nécessaires dans une société démocratique et politique criminelle : le contrôle des deux Conventions européennes*, Université Paris XI, 1991
- MATHEU Gilles, *Les droits de personnes incarcérées, qui dresse un panorama des législations pénitentiaires de tous les pays membres de l'Union européenne*, Université Aix-marseille, 1993
- MOUSSA Ahmed, *Les droits de l'homme détenu*, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2002
- PAPATHEODOROU Théodore, *De l'individualisation des sanctions pénales et ses contraintes*, Université de Poitiers, 1992
- PECHILLON, Eric, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Université de Rennes, 1998, publiée chez L.G.D.J., 1999
- POUGET Philippe, *L'inculpé détenu en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bordeaux I, 1987
- RUBI-CAVAGNA Eliette, *Le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu*, Université Montpellier I, 1995
- VASSAL Myriam, *Le statut des personnes incarcérées*, Université Aix-marseille, 1995

Mémoires

DEHEURLES-MONTMAYER L., *Le suicide en milieu carcéral*, IEP Grenoble, 2004
 KERGARIOU (de) E., *Le détenu et ses relations avec l'extérieur*, DEA, 1996

CONTRIBUTIONS A DES OUVRAGES

- BECHLIVANOU G., « Les ruses de la raison d'Etat : la Grèce », in *Raisonnement la raison d'Etat*, (DELMAS-MARTY M., dir.), Paris, PUF, 1989
- BECHLIVANOU G., « Symbole et verbe au sein du droit. A propos des lieux fermés et de la notion de privation de liberté dans la jurisprudence européenne », in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mélanges offerts à J. VELU, Bruxelles, Bruylant, 1992
- BOULOC B., « Les droits culturels du détenu », in *La condition juridique du détenu*
- CERE J.-P., JAPIASSU C.-E., (dir.), *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, Paris, Dalloz, 2007
- CLIQUENNOIS G., « L'isolement dans les prisons en France : un instrument de gestion actuarielle des risques ? », ZINGONI-FERNANDEZ M. et GIOVANNINI N. (dir.), *La détention en isolement dans les prisons européennes*, éd., Bruylant, 2005
- COLITTI M., « 41bis : le régime de détention spécial en Italie », ZINGONI-FERNANDEZ M. et GIOVANNINI N. (dir.), *La détention en isolement dans les prisons européennes*
- DANTI-JUAN M., « La notion de dignité humaine en droit pénal », in *Questions contemporaines de science criminelle*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, éd. Cujas, 1996-16
- DANTI-JUAN M., « Les droits sociaux du détenu », in *La Condition juridique du détenu*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIII, éd. Cujas, 1993
- DE LA ROCHEFOUCAULT, Archives, Fecé 16, 1819
- DELMAS-MARTY M., « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit pénal de fond », in *Droit pénal, droit européen*, Mélanges offerts à G. Levasseur, Paris, Litec, 1992
- DENQUIN J.-M., « Sur les conflits de liberté », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts à R.-E. CHARLIER, Paris, éd. Université de l'enseignement moderne, 1981
- DEPUYST Ch., (dir.), *Les concepts criminologiques de la culpabilité*, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, t. XXIV, 1976
- DUFFAR J., « Le régime constitutionnel des cultes », Rapport de synthèse, In *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union européenne*, Actes du colloque, Université Paris XI, 18-19 nov. 1994, Litec, 1995
- DUPRAT C., « Punir et guérir », in *L'impossible prison*, (dir. M. PERROT), Paris, Seuil, 1980
- ELCHARDUS J. M., *Actes de la 20e Conférence de Recherches Criminologiques*, Conseil de l'Europe, novembre 1993
- FAVOREU L., « Propos d'un néo-constitutionnaliste », (J.-L. SEURIN, dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984
- FOX L., « Le système pénitentiaire de la Grande Bretagne d'après le criminal justice act de 1948 », in *Les grands systèmes pénitentiaires actuels*, Paris, Sirey, 1950

- GAMPELL L., « Panorama des initiatives innovantes en Grande-Bretagne », *Actes de la 4^{ème} rencontre nationale de Maisons d'accueil de familles et amis de détenus*, Paris, 18-19 mai 2001, édité par FRAMAFAD
- GAU-CABEE C., « *Arbitrum judicis*, Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », *A propos de la sanction*, Presses de l'Université des sciences sociale de Toulouse, 2007
- GERNET L., « Le droit pénal de la Grèce ancienne », in *Du châtement dans la cité : supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Ecole française de Rome, 1984
- GIRARD Ch., HENNETTE-VAUCHEZ St. (dir.), *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF, 2005
- GIUDICELLI A., « L'indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées », *La surpopulation carcérale*, (Dir. Ph. Mary et Th. Papatheodorou), Bruylant, 1999
- GIUDICELLI-DELAGE G., MASSE M. « Rapport introductif », in *La Condition juridique du détenu*, Colloque de l'Institut de Sciences criminelles de Poitiers les 28 et 29 avril 1992, Ed. Cujas, 1994
- GRAVIER B., DEVAUD C., « Délinquance sexuelle. Etats des lieux », *Nervure*, T. VIII, n°7, 1995
- GUILLAUME, G., « Article 2 », in *La Convention européenne des droits de l'homme* (dir. Em. DECAUX, P.H. IMPERT, L.-E. PETTITI, Ecomonica, 1995
- JACQ Ch., TEITGEN, F., « Affaires de presse », in *Raisonner la raison d'Etat*, M. DELMAS-MARTY (dir.), PUF, 1989
- KOULOOURIS, N., « Aspects juridiques du travail obligatoire dans les prisons helléniques - Une première approche interdisciplinaire », in *La notion de travail obligatoire au sens de la CEDH et l'anticonstitutionnalité du travail des détenus selon la Constitution hellénique*, éd. A.N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1994
- KOURAKIS N., Ph., MILIONI, (dir.), « Enquête dans les prisons grecques », *Poinika*, n° 44, Athènes, éd. Sakkoulas, 1995
- LALLEMAND, P., « Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience publique », in *Punir mon beau-père : pour une raison pénale*, Université de Bruxelles, 1984
- LERNELL L., « L'Essence de la liberté », in *Mélanges Jean GREVIN*, Faculté de Droit de Genève, 1969
- LERNELL L., « Réflexions sur l'Essence de la peine privative de liberté. De certains aspects psychologiques et philosophiques de la peine de prison », in *Mélanges GREVIN Jean*, Faculté de Droit de Genève, 1969
- LOSCHAK D., « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », in *Le droit et l'institution totalitaire*, Paris, PUF, 1981
- M. PERROT (dir.) *L'impossible prison*, Paris, Seuil, 1980
- MANITAKIS An., « Les droits constitutionnels des détenus et leur protection judiciaire », in *Mélanges en hommage de G. PAPAHAZZI*, Athènes, Sakkoulas, 1989
- MARY Ph., PAPAHEODOROU Th. (dir.), *La surpopulation carcérale*, éd., Bruylant, 1999
- MOREAU J., « La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires », in *Mélanges en l'honneur du doyen P. Bouzat*, Pedone, 1980
- OST, F., « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Raisonner la raison d'Etat*, DELMAS-MARTY (dir.), Paris, PUF, 1989

- PANOUSSIS Y., LYXOURIOTIS Y., KOUTSOMPINAS S., KOULOURIS N., *La notion de travail obligatoire au sens de la CEDH et l'anticonstitutionnalité du travail des détenus selon la Constitution hellénique*, éd. A.N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1994
- PAPATHEODOROU Th., « Le placement sous surveillance électronique des délinquants en droit comparé », in *La surpopulation pénitentiaire en Europe*, MARY Ph., PAPATHEODOROU Th. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999
- PAPATHEODOROU Th., « Le système pénitentiaire grec », *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, J.-P. CERÉ, C. -E., JAPIASSU, (dir.), Paris, Dalloz, 2007
- PAPATHEODOROU Th., « Le système pénitentiaire grec », in *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, J.-P. CERÉ, C. -E., JAPIASSU, (dir.), Paris, Dalloz, 2007.
- PERROT M., « Révolution et prisons », in *L'impossible prison*, Paris, Seuil, 1980
- PONCELA P., « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, CARTUYVELS Y., DUMONT H., OST F., VAN DE KERCHOVE M., VAN DER OGHENBROECK S. (dir.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007.
- RICHARDSON G., *Prisoners and the Law : beyond Rights*, in *Individual Rights and the law in Britain*, The Law society, Clarendon press, 1994
- RICOEUR P., *Le mythe de la peine*, Actes du colloque tenu à Rome le 7-12 janvier 1967, Ed. Montaigne, Rome
- RINGELHEIM F., « Qu'appelle-t-on punir ? », entretien de M. Foucault, in *Punir mon beau souci ?*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1984
- ROTH R., « La judiciarisation de l'exécution des peines », in *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Hebing et Lichtenhahn, Faculté de Genève, 1991
- ROTHMAN E., « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », in *Recueil d'études en hommage à M. Ancel, Aspects nouveaux de la pensée juridique*, t. II, Paris, Pedone, 1975
- SELLIN Th., « Esclavage et peines dans la Rome antique », *Recueil d'études en hommage à M. Ancel, Aspects nouveaux de la pensée juridique*, t. II, Paris, Pedone, 1975
- SOULIER G., « Lutte contre le terrorisme », in *Raisonner la raison d'Etat*, Paris, PUF, 1989
- SPINELLI K., « Le problème du surpeuplement et de dépeuplement des prisons grecques », in *Détenus et droits de l'homme*, Athènes, Fondation Marangopoulos, 1996
- TAPPAN P., « The legal rights of prisoners », in *The annuals of the American Academy*, mai 1954
- TARDU M., « Les Nations unies contre la Torture : vers l'option zéro », in *Annales de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme*, Athènes, 1986
- TSITSOURA A. (dir.), *Les objectifs de la sanction pénale*, Bruxelles, Bruylant, 1989
- TULKENS F., « Droits de l'homme et prison, jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *L'institution du droit pénitentiaire, enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, SCHUTTER (O. De) et KAMINSKI D., (Dir.), Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002.
- VAN DER KERCHOVE, « Culpabilité et dangerosité », in *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, (dir. Ch. Debuyst), Masson, 1981
- VARGAS (F. de), « Présentation de la Convention européenne pour la prévention de la torture », *Annales de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme*, Athènes, 1991

- VELLA M., « Intervention du médecin auprès des personnes en garde à vue », in *Congrès national de UCSA*, Rapport, Lyon, juin 2005
- VERIN, J., « La recherche conduirait-elle à abandonner la politique criminelle de réinsertion sociale ? », in *La criminologie ; bilan et perspectives, Mélanges offerts à Jean PINATEL*, Paris, Pedone, 1980
- VERVAELE, J., « Les grandes théories de la peine aux XVIII^e et XIX^e siècles », in « La peine », *Recueil de la société Jean BODIN pour l'Histoire comparative des institutions*, Bruxelles, De Boeck Université, 1989
- WILLIAMS, J.-E.-H., « Le changement de concept de la prison », in *La criminologie ; bilan et perspectives, Mélanges offerts à Jean PINATEL*, Paris, Pedone, 1980
- ZINGONI-FERNANDEZ M., GIOVANNINI N., (dir.), *La détention en isolement dans les prisons européennes*, éd. Bruylant, 2004

ARTICLES

- ALEXIADIS Stergios, Le nouveau code pénitentiaire, in *Poinika* n°27, Sakkoulas, Athènes, 1998
- ALVAREZ J., « Chronique de l'exécution des peines : Les unités familiales », *RSC*, 2006-3.
- ANAGNOSTAKIS A., « Théorie générale du droit pénitentiaire », in *Nomikon Vima*, 1977, t. 25
- ARNAOUTOGLOU P., « La Loi contraire à une convention internationale, est-elle anti-constitutionnelle ? », in *Syntagma*, 1982
- AYMARD A., Idée de travail en Grèce, in *Journal de Psychologie*, 1948
- BADINTER R., « Le Droit au respect de la vie privée », *JCP.I.2134-2136*, 1968
- BAKAS Ch., « Examen comparatif des institutions fondamentales du projet des règles fondamentales pour le traitement des détenus », *Poinika chronika*, n° 27
- BARATTA G., « Remarques sur la fonction idéologique du pénitencier dans la reproduction de l'inégalité sociale », *Déviance et Société*, 1981, vol., 5 n° 2
- BRAKOUMASOY P., *Procédure disciplinaire selon le Code pénitentiaire*, (Droit en vigueur et propositions), in *Nomikon Vima*, n° MST
- CERE J. P., « Prospectives sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines », *RSC*, 1999
- CLAVIER, Les droits religieux des détenus, *RPDP*, 1984, n°1
- COUVRAT P., « Les Recours contre les décisions du JAP », *RSC*, 1985
- COUVRAT, P., « La politique pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », *RSC*, 1985
- CREVIER B., « Le Pari de soigner la médecine pénitentiaire », *Economie et Humanisme*, n° 329, juin 1994
- DARBEDA P., « Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines », *RSC*, 1987-3
- DARBEDA P., « Les Prisons face au Sida : vers des normes européennes », *RSC*, 1994
- DE CONINCK, « La famille du détenu : de la suspicion à l'idéalisation », *Déviance et Société*, 1982, vol. 6, n° 1
- DE La BRETECHE Alain, LARROPMET Christian, « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale », *Rev. Fr. Dr. Adm.* 0 (0) mai-juin 1984
- DELMAS-MARTY M. « L'analyse systémale et la politique criminelle », *APC*, n° 8

- DELMAS-MARTY M., « Le Crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductibilité humaine », *RSC*, 1994-3
- DUPREEL J., « Les droits des détenus », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1957-58, n° 1
- ERGEC R, VELU J., « La notion du délai raisonnable dans les articles 5 et 6 de la CEDH », *Rev. Tr. DH*, n° spécial janv. 1991
- ESPINOZA P., « L'infection par le VIH en milieu carcéral », *Santé publique*, n° 142 du 17 juin 1991
- EWALD F., « Le droit du travail : une légalité sans droit ? », *Droit Social*, n°11, nov.1985
- EWALD F., « Le droit du droit », *APC*, n° 31
- FAUGERON C., LE BOULAIRE J.-M.I , « Prisons, peines de prison et ordre public », *Revue Française de Sociologie*, vol. XXXIII, n° 1, 1992
- FAVARD J., « Le détenu citoyen », *Revue pénitentiaire*, n°3, 1989
- FEBVRE L., « Travail : évolution d'un mot et d'une idée », in *Journal de psychologie*, 1948
- FEEST, "Institutional Resistance against prisoners'rights", In *The Howard journal of criminal justice*, vol. 32, n° 2, Mai 1993
- FERRY L., REBAULT A.I., « Penser les droits de l'homme », *Esprit*, n° 3, 1983
- GIUDICELLI-DELAGE, G., MASSE M., « Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail », *Droit social*, n° 4 avril 1997
- GRANIER C., « Un réformateur en 1814 » (article sur Laroche foucault), in *Bulletin de la société générale des prisons*, 1898
- HERZOG-EVANS M., et CERE J.-P., « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *D* 1999, n°44
- JACOB F., *Cahiers de la Commission médicale* n° 4, AI/SF, juil. 1985, p
- JACQ Ch., PETTITI L., « Les sanctions au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *APC*, n° 7
- JACQUIN P., « La prison, un haut-lieu de contaminations », *Justice*, n°150, nov. 1996
- KARAGIANNIS S., « Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers. Vers une évolution de la jurisprudence européenne », *Rev. trim. ddh.*, 1999
- KOERING-JOULIN R., « Des implications répressives du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RSC* 1986, n°4
- KOURAKIS, N., MILIONI Ph., (dir.), « Enquête dans les prisons grecques », *Poinika*, n° 44, Athènes, éd. Sakkoulas, 1995
- LANDREVILLE P., LEMONDE L., « Le droit de vote des personnes incarcérées au Canada », *RSC*, (2), avr.-juin, 1994
- LANDREVILLE P., LEMONDE L., *Le droit de vote des personnes incarcérées au Canada*, R.S.C. (2), avr.-juin, 1994
- LANREVILLE P., « Les détenus et les droits de l'homme », *Criminologie*, 1976, vol. IX
- LE PROUX DE LA RIVIERE C., « Détection du Sida : secret médical et prisons », *RSC*, 1991-1993
- LEBRETON M., « Le droit, le médecin et la mort », *D*.1994, Chr. 352
- LEFORT Cl., « Les droits de l'homme en question », *R.I.E.J.*, 1984.13
- LEGENDRE C., MAURION A., « Milieu carcéral et espace thérapeutique : revue de la littérature, état des lieux, perspectives », *L'Evolution psychiatrique*, t. 58, janv.-mars 1993
- LORVELLEC S., « Travail et peine », *RPDP*, n° 3, 1997
- LOSCHAK D., « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », in *R.I.E.J.*, 1984; n° 13
- MAHOUACHI, M., « Le contrôle juridictionnel des mesures d'isolement administratif en milieu pénitentier », *Petites Affiches*, 12 juin 2003

- MARX G.-T., « La société de sécurité maximale », in *Déviance et Société*, 1988, vol. 12, n° 2
- MATHIEU A., Evolution psychologique de la notion de traitement et de la notion de sanction chez le détenu, *REC*, 1975
- MAYER D., « Le principe du respect par l'Etat du droit à la vie de ses citoyens doit-il être inconditionnel ? », n° 1, 1986, 1
- MEDA, D., « La fin de la valeur "travail" ? », in *Esprit*, août-sept. 1995
- MENU S., « Sens de la peine et droits de l'homme », Colloque à Poitiers, 2001, *RPDP*, n° 3, 2001
- MEULDERS-KLEIN M.-T., « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, 1993, n°4
- MAILLE Michel, « Le droit par l'image », *Droit & Société*, n°16, 1990
- MIKA and THOMAS, "The dialectics of prisoner litigation : reformist idealism or social praxis ?" in *Social Justice*, vol. 15, n° 1, 1988
- MODERNE F., « La responsabilité des services pénitentiaires à raison des dommages subis par les détenus », *R.P.D.P.*, 1979
- MONÉGER F., « L'exercice conjoint de l'autorité parentale : aperçu d'une réforme », in *RDSS*, 1987
- NORMANDEAU A., « La démocratie est-elle possible en prison ? », *RDPC*, 1992, 3
- PEDAMON M., « La Fouille corporelle », *RSC*, 1961-1.
- PERRIN, « La Sexualité en prison », *Revue pénitentiaire*, n°1, 1985
- PETIT J.-G., « L'amendement ou l'entreprise de la réforme morale des prisonniers en France au XIXe siècle », *Déviance et Société*, 1982
- PHANDER H., « Le problème d'unification des peines privative de liberté », *Recueil de doctrine en matière pénale et pénitentiaire*, vol. 15, n°2-3
- PINATEL J., « Chronique de criminologie, postulats et limites du traitement des délinquants en institution », *RSC*, 1977
- PLAWSKI S., « Les droits de l'homme dans le procès et l'exécution des peines », *Revue pénitentiaire*, 1978
- P. PONCELA, « Chronique de l'exécution des peines : Choix de jurisprudence », *RSC*, 2007-2
- PONCELA P., « La responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard des usagers détenus », *Chronique de l'exécution des peines*, *RSC*, Janv.-mars 2000
- PONCELA P., « Le droit pénal: au nom de la loi ou malgré la loi », *Arch. Phil. Dr.*, t. 25, 1980, Sirey
- PONTELLI H. et WELSH W., "Incarceration as a deviant form of social control : jail overcrowding in California", In *Crime and delinquency*, janvier 1994, vol. 40, n° 1
- PORRET Ph., « Le recours aux procréations médicalement assistées pour les détenus : une aberration ? », *Esprit*, 1991, n° 9
- PORTEAU-BITKER A., « L'emprisonnement au moyen âge », *Revue historique du droit français et étranger*, 1968, t.2
- RENAUT, M.-H., « Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales (Le condamné reste citoyen à part entière) », *RSC*, (2), avr.-juin, 1998
- SACOTTE J., « Le Contrôle juridictionnel de l'exécution des peines en droit positif comparé », *APC* n°8
- SALAS D., « Etat et droit pénal », in *Droits*, 1992.15, PUF
- SERIAUX Al., « Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus », *RPDP*, 1979
- SEYLER M., « La banalisation pénitentiaire ou le voeu d'une réforme impossible », *Déviance et société*, 1980, vol 4, n°2
- SEYLER M., « L'illégitime : histoire de la cantine pénitentiaire », *RPDP*, 1983

- SEYLER M., « La consommation dans les établissements pénitentiaires », in *Déviance et Société*, 1985, n°41
- M. SEYLER, *L'isolement en prison*, CESDIP, Etudes et données pénales, n° 60, 1990
- SOULIER G., « Le ciel est par-dessus le toit si bleu, si calme ! », in *Revue chimères*, n° 4, 1987-1988
- SOULIER G., « Le décloisonnement de la prison », in *Psychologie et science administrative*, Paris, PUF
- SPINNELLI K., « Cadres institutionnels, Limites et axes idéologiques du Code des règles fondamentales pour le traitement des détenus », *Synchrona Themata*, vol. 41-42, Juin 1990
- STERN, Brigitte, « Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation, dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Droit et pratique du commerce international*, 1991, n° 3, vol. 17, 1991,
- SUDRE F., « La Notion des peines et traitements inhumains ou dégradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », *R.G.D.I.P.* t. 88, 1994
- SUDRE F., « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. DH*, 1995
- SUEUR C., « Sida, prison, revue de la littérature, état des lieux, perspectives », *L'Evolution psychiatrique*, t.58, janv.-mars 1993
- SWINNEN E., « La Sexualité en prison », in *Bulletin de l'Administration pénitentiaire*, 1981 (pp. 259-282), 1982
- TOURNIER P., « Un bracelet à demi-tente », *Dehors-Dehors*, 1977, n° 1
- TULKENS F., « Des peines sans droit », In *Journal des tribunaux*, 22 octobre 1988
- UNESCO, « Prisoners are People : When the Punishment too becomes a Crime », *The Unesco Courier*, n° 10, 1954
- VAN NULAND Jan, « Les Enfants de détenus », *RDFC*, 1969-197
- VARINI E., « Vieillesse de la population carcérale : quel accompagnement pour les détenus ? », in *Décideurs en gérontologie*, n° 52.
- VEDEL G., « Modernisation de l'Etat et droits de l'homme, l'enjeu de la sécurité », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, IRESI.
- VEGLERIS Ph., « La Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution », *Le Syntagma*, 1970
- VEGLERIS Ph., « Quelques aspects de la liberté de religion en Grèce », *Rev. trim. DH*, 1995
- VEGLERIS Ph., « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1968
- VLACHOS G., « La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste », *RIDC*, 1972, n°2
- VOGELWEITH A., « La loi contre la santé », *Justice*, n° 150
- VOIRIN, P., « Les effets civils de la confiscation générale des biens », *JCP*, 1946.I.504.
- VORRES D., « Du meilleur système pénitentiaire pour la Grèce », *Parnassos*, 1883, t.Z
- YOTOPOULOU-MARANGOPOLOU, A., « Les droits de l'homme dans les Constitutions de la Révolution hellénique », *NOV*, (1980), t.1

TRAVAUX OU PUBLICATIONS COLLECTIFS

- « Addictions en milieu carcéral », OFDT, Rapport, décembre 2004

- « Droits de l'homme et contrainte de la personne », XI^e Congrès de l'Académie Internationale de Médecine légale et de Médecine sociale, Lyon, 27-30 août 1979, in *Acta medicinae legalis et socialis*, Volume XXX, 1980-1, Paris, éd. Masson
- « Enfermement et sécurité pénale, Essai de philosophe pénale et de criminologie », V.6, Dalloz, 2007, (préface, J.-H. ROBERT, S. TZITZIS, G. BERNARD)
- « La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *RSC*, 1987-4
- « La Perception des Droits de l'Homme dans la Société Contemporaine », *Rapport de recherche*, Etude réalisée par les : Centre d'Etudes de la Vie Politique Française, Centre de Recherches de Politique Criminelle et Section de Science Criminelle, Paris, 1991
- « La sanction », Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, Paris, éd. L'Harmattan, 2007
- « Le Délai Raisonnable en droit grec » (au sens des articles 5-3^o et 6-1^o de la Convention européenne des droits de l'homme), *Rev. trim. DH*, Bruxelles, éd. Némésis, 1991
- « Médecins tortionnaires, médecins résistants », Commission médicale de la section française d'Amnesty international, Paris, La Découverte, 1990
- « Pôle Suspension de peine », (Collectif associatif créé pour la promotion de la suspension de peine pour raisons médicales introduite par la loi du 4 mars 2002)
- « Drogues et Prison », *Actes de journée d'études*, 22 avril 1994
- "The Breaking of Bodies and Minds: torture, psychiatric abuse, and the health profession", American Association for the Advancement of Science, Etats Unis, Freeman and Co., 1985
- « Guide pratique des empêchements à la réintégration des anciens prisonniers », BAN PUBLIC, 6 janvier 2007, www.prison.eu.org
- « Chronique du Laboratoire de Criminologie et de psychiatrie légale », Faculté de droit, Université de Thrace, Sakkoulas, 1991
- « Familles de détenus, familles condamnées », *Actes de la 4^{ème} rencontre nationale de Maisons d'accueil de familles et amis de détenus*, Paris, 18-19 mai 2001, édité par FRAMAFAD
- « Modernisation de l'Etat et droits de l'homme: l'enjeu de la sécurité », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1990
- « Méthodes modernes de traitement pénitentiaire », Rapport, Fondation internationale pénale et pénitentiaire, 1955

MELANGES ET RECUEILS

- *Mélanges en l'honneur du doyen P. Bouzat*, Pedone, 1980
- *Mélanges Jean GREVIN*, Faculté de Droit de Genève, 1969
- *Mélanges en hommage à G. PAPAHAZI*, Athènes, Sakkoulas, 1989
- *Mélanges offerts à R.-E. CHARLIER*, Paris, éd. Université de l'enseignement moderne, 1981
- *La criminologie ; bilan et perspectives, Mélanges offerts à Jean PINATEL*, Paris, Pedone, 1980
- *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992
- *Recueil d'études en hommage à M. Ancel*, Aspects nouveaux de la pensée juridique, t. II, Paris, Pedone, 1975
- *Recueil de la société Jean BODIN pour l'Histoire comparative des institutions*, vol. LVII, "La peine", Bruxelles, DE BOECK Université, 1989

SOURCES INSTITUTIONNELLES

NATIONALES

GRECE

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport* du 21 avril 2008

FRANCE

CCNE (Académie de Médecine)

La santé et la médecine en prison, Avis n° 94 (2006)

CNCDH (Commission nationale consultative des droits de l'homme)

Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues, Rapport d'Etude, Janvier, 2006

Etude sur les droits de l'homme dans la prison, Rapport d'étude, 2004

Réflexions sur le sens de la peine, Rapport d'étude, 2002

CES (Conseil économique et social)

Travail et prison, Rapport du 9.12.1987

Les conditions de la réinsertion socioprofessionnelle des détenus en France, Rapport, Paris, 7 octobre 2005

731/SG, *Travail et prison*, Rapport, Paris, 9 décembre 1987

SENAT

Le maintien des liens familiaux en prison, Étude de législation comparée n° 163 - mai 2006

Prison : le travail à la peine, Rapport d'information n° 330 de Paul Loridant, Commission des finances, 9 juin 2002

Projet de loi de finances pour 2003 : Justice-Administration pénitentiaire

La libération conditionnelle, Étude de législation comparée n° 152, Service des études juridiques, novembre 2005

La Libération des détenus âgés, Etude du Service des affaires européennes, novembre 2001

Prisons : une humiliation pour la République, Rapport n° 449, 1999-2000

Prison : le travail à la peine, Rapport d'information n° 330, de Paul Loridant à la Commission des finances, 9 juin 2002

ASSEMBLEE NATIONALE

La France face à ses prisons, Rapport, t.I, n° 2521, 2000

CCNE (Comité Consultatif National d'Ethique)

La santé et la médecine en prison, Avis n° 94 (2006)

IGAS/IGS (Inspection générale des services judiciaires)

L'organisation des soins aux détenus, Rapport d'évaluation, juin 2001.

OFDT (Observatoire français des drogues et des toxicomanies)

Addictions en milieu carcéral, Rapport, décembre 2004

MINISTERE DE LA JUSTICE FRANÇAIS

AUVERGNON (D'), GUILLEMAIN C., « travail pénitentiaire en question. Une approche juridique et comparatif », Rapport d'étude, Septembre 2005

BOURGOIN N., *Etude multifactorielle portant sur cent quarante suicides dans les prisons françaises (1989-1991)*, Ministère de la Justice, Direction de l'administration pénitentiaire, In Travaux et Documents, n° 42, nov. 1991

CANIVET G., « Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires : rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice », 2000

Cours de réglementation pénitentiaire, ENAP, Ministère de la Justice, vol. 2, 1990

PRADIER P., *La Gestion de la santé dans les établissements du programme 13000*, Rapport, Ministère de la justice, sept. 1999.

TERRA J.-L., *Prévention du suicide des personnes détenues, Evaluation des actions mises en place et propositions pour développer un programme complet de prévention*, Rapport de mission à la demande du ministre de la Justice et du ministre de la Santé, décembre 2003
 « Raport du groupe de réflexion sur les UVF » 1985

CENTRES DE RECHERCHES

CREDOC, *Cahier de Recherches* n° 147, novembre 2000

INSEE, *Le handicap est plus fréquent en prison qu'à l'extérieur*, INSEE Première, n°854, juin 2002

AUTRES SOURCES

BAN PUBLIC, « De l'Enfermement au Bannissement...Les empêchements à la réintégration », publié sur le site de l'association », www.prison.eu.org

BAN PUBLIC, « Guide pratique des empêchements à la réintégration des anciens prisonniers », 6 janvier 2007, www.prison.eu.org

CHAMP PENAL/FIELD, « La politique des droits en prison », G. CHANTRAINE et D. KAMINSKI, : <http://champpenal.revues.org>

EUDES M., « La révision des règles pénitentiaires européennes, les limites d'un droit commun des conditions de détention », *Droits Fondamentaux*, n° 6, 2006, in www.droits-fondamentaux.org.

FIDH, *Les Prisonniers palestiniens en Israël : conditions inhumaines des détenus politiques*, Rapport n° 365, juillet 2003

GENEPI, « Le droit d'association des détenus », *ARAPEJ*, n° 63, 1992

OIP, *De la loi pénitentiaire à la loi de... l'administration pénitentiaire*, n°65 avril 2008

OIP, *Les conditions de détention en France*, Rapport 2005. OIP/La découverte, 2005

Syndicats professionnels, *Répertoire de droit social*, Fascicule 12-10, 2, 1993

TOURNIER Pierre, ACP - ARPEJ - LE CHAMP PENAL, *Lettre d'information sur les questions pénales et criminologiques*, <http://www.levues.ens.fr>

HCSP, *Santé en milieu carcéral*, rapport sur l'amélioration de la prise en charge sanitaire des détenus, éd. Ecole nationale de la Santé publique, janv. 1993

INTERNATIONALES

NATIONS-UNIES

- *Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*, adoptée par l'ONU le 10 décembre 1984

- *Convention internationale relative aux Droits de l'Enfant*, 20 novembre 1989

- *Déclaration sur la protection des personnes contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants* (1975)

- *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948)

- *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing)*, 29 novembre 1985)

- *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus* (1957)

- *Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (18 décembre 2002)

- *Feuille d'information*, n° 20, mai-oct. 1986.

- *Rapport du groupe de travail sur la détention*, E/CN. 4/Sub. 2/1988/28, 29 août 1988

- *Doc. A/Conf./56/9, Aspects sanitaires des mauvais traitements sur les prisonniers*, Nations Unies, 1975

- *Doc. A/10403, point 74*, Nations Unies, 1975

AMM (Association médicale mondiale)

- *Principes éthiques applicables aux recherches médicales sur des sujets humains* (1964)

- *Déclaration de l'Association médicale mondiale adoptée*, Tokyo, (1975)
- *Déclaration de l'Association médicale mondiale sur les grévistes de la faim* (adoptée par la 43^e Assemblée médicale mondiale à Malte (novembre 1991)

Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme

Résolution 37/194 du 18 décembre 1982 sur les Principes d'éthique médicale

Groupe de travail sur la détention, E/CN. 4/Sub. 2/1988/28, 29 août 1988

OMS (Organisation mondiale de la santé)

« Aspects sanitaires des mauvais traitements intuitivement infligés aux prisonniers et détenus », 5^e Congrès des Nations-Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, A/CONF.56/9

OIT

Convention (N 105) concernant l'abolition du travail forcé (25 juin 1957)

Recommandations de l'OIT concernant le travail des détenus en France au regard de la

Convention de l'OIT (n°29) sur le travail forcé, 2006

UNESCO

RODLEY N.-S., Unesco, *The Treatment of prisoners under international law*, 1987

“Prisoners are People : When the Punishment too becomes a Crime”, *The Unesco Courier*, n° 10, 1954

PARLEMENT EUROPEEN

MAMPAEY L., RENAUD J.-Ph., « Technologies dans les prisons », *Rapport final*, Document de travail pour le STOA Panel, Parlement européen ; juillet 2000

CONSEIL DE L'EUROPE

Textes de base

Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, (6 mai 2005)

Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (1997)

Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (26 novembre 1987)

Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950)

Protocoles additionnels à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

CommDH (Commissaire aux droits de l'Homme)

CommDH(2006)2, *Le respect effectif des droits de l'homme en France*, Rapport de visite du 5 au 21 septembre 2005, Alvaro Gil-Koblès, Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe 15 février 2006.

CommDH(2006)13, *Rapport de suivi sur la République Hellénique*, (2002-2005), Strasbourg, 29 mars 2006.

CPT (Comité européen pour la prévention de la torture)

CPT/Inf/E (2002) 1, *Les normes du CPT*, Rev. 2006

Rapports généraux d'activités

CPT/Inf (2001) 16, *11e rapport général d'activités du CPT*, du 1er janvier au 31 décembre 2000

CPT/Inf (2000)13, *10e rapport général d'activités du CPT*, du 1^{er} janvier au 31 décembre 1999

CPT/Inf (97) 10, *7e rapport général d'activités du CPT*, du 1^{er} janvier au 31 décembre 1996

CPT/Inf (92) 3, *2e rapport général d'activités du CPT*, du 1er janvier au 31 décembre 1991

Rapports de visite

Grèce

- CPT/Inf (2008) 3, *Rapport de visite*, Grèce, du 20 au 27 février 2007
 CPT/Inf (2006) 41, *Rapport de visite*, Grèce, du 27 août au 9 septembre 2005
 CPT/Inf (2002) 31, *Rapport de visite*, Grèce, du 23 septembre au 5 octobre 2001
 CPT/Inf (2001) 18, *Rapport de visite*, Grèce, 26 octobre au 2 novembre 1999
 CPT/Inf (2001) 17, *Rapport de visite*, Grèce, du 4 novembre 1996 au 6 juin 1996
 CPT/Inf (94) 20, *Rapport de visite*, Grèce, du 14 au 26 Mars 1993

France

- CPT/Inf (2007) 44, *Rapport de visite*, France, du 27 septembre au 9 octobre 2006
 CPT/Inf (2005) 21, *Rapport de visite*, France-Département de la Réunion, du 13 au 20 décembre 2004
 CPT/Inf(2004) 6, *Rapport de visite*, France, du 11 au 17 juin 2003
 CPT/Inf (2001) 10, *Rapport de visite*, France, du 14 au 26 mai 2000
 CPT/Inf(98) 7, *Rapport de visite*, France, du 6 au 18 octobre 1996
 CPT/Inf(96) 2 ; *Rapport de visite*, France, du 20 au 22 juillet 1994
 CPT/Inf (93) 2, *Rapport de visite*, France, du 27 octobre au 8 novembre 1991

Autres pays

- CPT/Inf (2001) 20, *Rapport de visite*, Ex-République yougoslave de Macédoine, du 17 au 27 mai, 1998
 CPT/Inf(97)12, *Rapport de visite*, Italie, du 22 octobre au 6 novembre 1995
 CPT/Inf (91) 12, *Rapport de visite*, Danemark, du 2 au 8 décembre 1990.

COMITE DES MINISTRES

Recommandations

- R* (2006) 2, *Règles pénitentiaires européennes*, 2006
R (87)3, *Règles pénitentiaires européennes*, 1987
R(73)5, *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, 1973
R (2003) 23, *La gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée*, 19 octobre 2003
R (90) 22, *Le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale*, 30 septembre 1999
R (90)3, *La recherche scientifique sur l'être humain*, 1990
R (98) 7, *Aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*, 8 avril 1998
R (93) 6, *Les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle des maladies transmissibles et notamment du Sida, et les problèmes connexes de santé en prison*, 18 octobre 1993
R(89)12, *Education en prison*, Comité des Ministres, 13 octobre 1989
R (90) 3, *La recherche médicale sur l'être humain*, 6 février 1990
R (82) 17, *La détention et au traitement des détenus dangereux*, 24 septembre 1982

Résolutions

- Résolution* (76)2, *Le traitement des détenus en détention de longue durée*, 1976.
Résolution (75)25, *Le travail des détenus*
Résolution (62)2, *La Charte des droits électoraux, civils et sociaux du détenu*

Travaux préparatoires

- Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. III, 2 fév.-10 mars 1950

Exposé des motifs de la Recommandation Rec(2003) du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée.

Projet de Rapport général sur le traitement des détenus en détention de longue durée, Rapport, 18 août 1975, CDPC, Conseil de l'Europe

SPACE

SPACE I (Statistique pénale annuelle du Conseil de l'Europe), 2005

Autres documents

- *Actes de la 20e Conférence de Recherches Criminologiques*, novembre 1993, Conseil de l'Europe, novembre 1993
- *Doc.Cour(92) 173*, Allocution prononcée par R. Ryssdal, au cours de la conférence organisée par la Faculté de droit de l'Université de Potsdam, 3-5 juin 1992, portant sur la protection des droits de l'homme en Europe
- *Doc.Cour (95) 253*, Allocution prononcée par R. Ryssdal, à la Réunion avec le présidents des Cours constitutionnelles et suprêmes
- CDPC, *Les régimes des institutions pénitentiaires*, Conseil de l'Europe, 1986
- HUNAULT, M., *Charte pénitentiaire européenne (2004)*, assembly.coe.int/Documents/
- REYNAUD R., *Les droits de l'homme dans les prisons*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995
- *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. III, 2 fév.-10 mars 1950
- TRECHSEL S., Rapport sur les Droits de l'homme des personnes privées de liberté, in *7ème colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, 30 mai-juin 1990
- TULKENS F., « *Les effets de la détention sur le plan familial et social* », Rapport présenté à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en vue de la préparation d'une Recommandation visant à limiter ces effets, Conseil de l'Europe, (Doc. 7816) 15 mai 1997.

ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE

Recommandation n°1257 (1995) relative aux conditions de détention dans les Etats membres du Conseil de l'Europe

Recommandation n° 1469 (2000) concernant les Mères et bébés en prison, 30 juin 2000

Recommandation 1523 (2001) adoptée le 26 juin 2001, sur l'Esclavage domestique

Recommandation 1663 (2004) adoptée le 22 juin 2004 sur l'Esclavage domestique: servitude, personnes au pair et «épouses achetées par correspondance»

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)

Arrêts et Décisions citées

- A. B. c. Pays-Bas*, n° 37328/97, CEDH 2002-I
- A. c. R.U.*, n°25599/94, 23 sept. 1998, Recueil 1998-VI
- A.A. et autres c. Turquie*, n° 30015/96, CEDH, 2004-VII
- A.D.T. c. R.U.*, n° 35765/97, CEDH 2000-VII
- Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. R.U.*, 28 mai 1985, Série A n° 94
- Aerts c. Belgique* du 30 juillet 1998, Recueil 1998-V
- Agga c. Grèce (n°4)*, n° 33331/02, CEDH 2006-VII
- Agga c. Grèce*, n° 50776/99, 52912/99, CEDH 2002-XII
- Ahmed c. Autriche*, n° 25964/94, 17 déc. 1996, Recueil 1996-VI
- Ahmut c. Pays-Bas*, n° 21702/93, 28 nov. 1996, Recueil 1996-VI
- Akdeniz et autres c.Turquie*, n° 23954/94, CEDH 2001-V

Aksoy c. Turquie, n° 21987/93, 18 déc. 1996, Recueil 1996-VI
Albanese c. Italie, n° 77924/01, CEDH 2006-III
Albert et Le Compte, n°s 7299/75, 7496/76, 10 février 1983, Série A, n° 58
Aliiev c. Ukraine, n° 41220/98, CEDH IV
Alikhadzhiyeva c. Russie, n° 68007/01, CEDH 2007-VII
Alikhadzhiyeva c. Russie, n°68007/01, CEDH, 2007-VII
Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal, n°s 29813/96 et 30229/96, CEDH 2000-I
Alonso et Jimenez c. Espagne (déc.), n° 51188/99, 25.5.2000
Altay c. Turquie, n° 22279/93, CEDH, 2001-V
Amann c. Suisse [GC], n° 27798/95, CEDH 2000-II
Amihalachioaie c. Moldova, n° 60115/00, CEDH 2004-IV
Amuur c. France, n° 9776/92, 25 juin 1996, Recueil 1996-III
Andronikou et Constantinou c. Chypre, n°25052/94 9 oct. 1997, Recueil 1997-VI
Angelova c. Bulgarie, 38361/97, §109, CEDH 2002-VI
Antonakopoulos, Vorstsela et Antonakopoulou c. Grèce, n°37098/97, CEDH 1999-XII
Ashingdane c. R.U., 28 mai 1985, Série A n° 93
Assenov et autres c. Bulgarie, n° 24760/94 , 28 oct. 1998, Recueil 1998-VIII
Association Ekin c. France, n° 39288/98, CEDH 2001-VII
Ataman c. Turquie, n° 46252/99, CEDH, 2006-IV
Avşar c. Turquie, n° 25657/94, CEDH, 2001-VII
Aydın c. Turquie, n°23178/94, 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI
Azinas c. Chypre, n° 56679/00, CEDH 2002-VI
Aziz c. Chypre, n°69949/01 CEDH, 2004-VI
B. c. France, 25 mars 1992, Série A n°232-C
Balyemez c. Turquie, n°32495/03, CEDH 2005-XII
Bastone c. Italie, n° 59638/00, CEDH 2005-I
Bati et autres c. Turquie, n°s 33097/95 et 57834/00, CEDH 2004-IX
Bekos et Koutropoulos c. Grèce, n°15250/02, CEDH 2005-XII
Benjamin et Wilson c.R.U., n°28212/95, CEDH 2002-IX
Benkessiouer c. France, n°25106/95, 24 juillet 1993, Recueil 1998-V
Berktaş c. Turquie, n° 22493/93, CEDH 2001-V
Berrehab c. Pays, Bas, n° 10730/84, 21 juin 1988, Série A n° 138
Biyani c. Turquie, n°55363/00, CEDH 2005-V
Bizzotto c. Grèce du 15 nov. 1996, Recueil 1996-V
Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège, n° 21980/93, CEDH 1999-V
Boicenco c. Moldova, n° 41088/05, CEDH 2006-VII
Bollan c. R.U., n° 42117/98, CEDH 2000-VI
Bone c. France, n° 62869/01, CEDH, 2005-III
Boso c. Italie, (d.c.), n° 50490/99, CEDH, 2002-IX
Botta c. Italie, n°21439/93, 24 février 1998, Recueil 1998-I
Bouamar c. Belgique, n° 9106/80, 29 fév. 1988, Série A n° 129
Bowman c. R.U., n° 24839/94, 19 févr. 1998, Recueil 1998-I
Boyle et Rice c.R.U., n° 9659/82; 9658/82, 27 avril 1988, Série A, n°131
Bozano c. Italie, n°9990/8218 déc. 1986, Série A n° 111
Brogan et autres c. R.U., n°s 11209/84 ; 11234/84 ; 11266/84, 29 nov.1988, Série A 145-B
Bubbins c. R.U., n° 50196/99, CEDH 2005-III
Buck c. Allemagne, n° 41604/98, CEDH 2005-I
Buckley c. R. U., 25 sept. 1996, Recueil 1996-IV
Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, Série A n° 280-B
Bursus c. Roumanie, n° 42066/98, CEDH 2004-X
C. c. Belgique, 21794/93, 7 août 1996, Recueil 1996-III, § 25.
Cafer Kurt c. Turquie, n°56365/00, CEDH 2007-VII
Caille c. France, n°3455/02, CEDH 2004-X
Çakici c. Turquie [GC], n° 23657/94, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV
Caloc c. France, n°33951/96, CEDH 2000-VII

Calogero Diana c. Italie, n° 15211/89, 15 nov.1996, Recueil 1996-V
Calvelli et Ciglio c. Italie [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I
Calvez c. France, n°25554/94, 29 juill. 1998, Recueil 1998-V
Camenzind c. Suisse, 16 déc. 1997, Recueil 1997-VIII
Campbell c. R.U., 25 mars 1992, Série A n° 233
Campbell et Fell c. R.U., n°s 7819/77, 7878/77, 28 juin 1984, Série A, n° 80.
Campbell et Fell c. R.U., n°s 7819/77, 7878/77, 28 juin 1984, Série A, n° 80
Castells c. Espagne, n° 11798/85, 23 avril 1992, Série A n° 236
Ceku c. Allemagne (déc.), n°41559/06), CEDH 2007-III.
Celniku c. Grèce, n°21449/04, CEDH, 2007-V
Chahal c. R.U., n°22414/93, 15 nov. 1996, Recueil 1996-V
Chassagnou et autres c. France, n°s 25088/94, 28331/95, 28443/95, CEDH 1999-IV
Cheydaïev c. Russie, n°65859/01, CEDH 2006-XII
Chitayev c. Russie, n°59334/00, CEDH 2007-I
Chorherr c. Autriche, n°13308/87 25 août 1993, Série A, n°266-B
Chypre c. Turquie [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV
Ciorap c. Moldova, n°12066/02, CEDH 2007-VI
Colombani et autres c. France, n°51279/99, CEDH 2002-VI
Comingersoli S.A. c. Portugal, n°35382/97, CEDH, 2000
Copland c. R.U., n° 62617/00, CEDH 2007-IV
Corsacovc c. Moldavie, n°18944/02, CEDH 2006 IV
Costello- Roberts c. R.U., 25 mars 1993, Série A n°247-c
Cotlet c. Roumanie, n°38565/97, CEDH 2003-VI
Couillard Maugery c. France, n° 64796/01, CEDH 2004-VII
Covezzi et Morselli c. Italie, n° 52763/99, CEDH 2003-V
Craxi c. Italie, n°25337/94, CEDH 2003-VII
Crémieux c. France, 25 février 1993, Série A n° 256-B
Cruz Varas et autres c. Suède, n° 1576/89, 20 mars 1991, Série A n° 201
D 1628/62 (X/RFA), 12.12.1963, R 12
D 4149/69 (X/RFA), 13.7.1970, R 36
D 31368/96 (D. T. /Pologne), 21.5.1997
D. c. R. U., n° 30240/96, 2 mai 1997, Recueil 1997-III
D.G. c. Irlande, n° 39774/98, CEDH 2002-III
Dacosta Silva c. Espagne, n° 69906/01, CEDH, 2006-XI
Dankevitch c. Ukraine, n° 40679/98, CEDH 2003-IV
De Haes et Cijssels c. Belgique, n° 19983/92, 24 févr. 1997, Recueil 1997-I
De Moor c. Belgique, n° 16907/90, 23 juin 1994, Série A n° 292-A
De Santa c. Italie, n° 25574/94, 2 sept.1997, Recueil 1997-V
De Wilde, Ooms et Versyp, c. Belgique, 18 juin 1971, Série A
Delbec c. France, n° 43125/98, 18 juin 2002
Delcourt c. France, 17 janv. 1970, Série A n°11
Demir et Bayakara c. Turquie, n° 34503/97, CEDH 2006 XI
Demirtepe c. France, n° 34821/97, 21 déc. 1999, CEDH 1999-XII
Deumeland c. Allemagne, n° 9384/81, 29 mai 1986, Série A n° 100
Deweer c. Belgique, n° 6903/75, 27 févr.1980, Série A n° 35
Di Giovanni c. Italie, n° 39920/98, CEDH 2001-VII
Dikme c. Turquie, n° 20869/92, CEDH 2000-VIII
Dickson et Dickson c. R.U., n° 44362/04, CEDH 2004-IV
Dikson et Dickson c. R.U., [GC], CEDH, 2007-XII
Doerga c. Pays Bas, n° 0210/99, CEDH 2004-IV
Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas, n° 14448/88 27, oct. 1993, Série A n°274
Domenichini c. Italie, n° 15943/90, 15 nov. 1996, Recueil 1996-V
Döring c. Allemagne (déc.), n° 37595/97, 9 nov. 1999
Dougoz c. Grèce, n° 40907/98, CEDH 2001-II
Duclos c. France, 20940/92, 17 déc. 1996, Recueil 1996-VI

Dudgeon c. R.U., n° 7525/76, 22 octobre 1981, Série A n° 45
Dupuis et autres c. France, n°1914/02, CEDH 2007-VI
E c. Norvège (Eriksen n°1), 29 août 1990, Série A n° 181
E.L., R.L. et J.O.-L., c. Suisse, 29 août 1997, Recueil 1997-V
Edwards c. R.U., n° 46477/99, CEDH 2002-III
Ekinci et Akalın c. Turquie, n° 77097/01, CEDH 2007-III
Engel et autres c. Pays-Bas, n°s 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71, 8 juin 1976, Série A n° 22
Erdem c. Allemagne, n° 38321/97, CEDH 2001-VII
Erdoğan Yagiz c. Turquie, n°27473/02, CEDH 2007-III
Erdogdu c. Turquie, n°25723/94, CEDH 2000-VI
Ergi c. R.U., n° 23818/94, 28 juill. 1998, Recueil 1998-IV
Eriksen c. Norvège (n°2), 27 mai 1997, Recueil 1997-III
Eriksson c. Suède, n°11373/85, 2 juin 1989, Série A n° 156
Ernst et autres c. Belgique, n°33400/96, CEDH 2003-VII
Ertak c. Turquie, n° 20764/92, CEDH, 2000-V
Esen c. Turquie, n° 29484/95, CEDH 2003-VII
Estrikh c. Lettonie, n°73819/01, CEDH 2007-I
Ezeh et Connors c. R.U., n° 39665/98 et 40086/98, CEDH 2002-VII
Fahriye Çaliskan c. Turquie, n° 40516/98, CEDH, 2007-X
Falakaoglu et Saygili c. Turquie, n° 22147/02 et 24972/03, 2007-I
Farbuths c. Lettonie, n°4672/02, CEDH, 2004-XII
Fatma Kaçar c. Turquie, n° 35838/97, CEDH 2005-V I
Faulkner C. R.U., n° 37471/97, CEDH 2002-VI
Fazıl Ahmet Tamer et autres c. Turquie, n°19023/02, CEDH 2007-VII
Fédération des syndicats de travailleurs offshore et autres c. Norvège (déc.), n° 33190/97, CEDH 2002-VI
Fedotov c. Russie, n° 5140/02, CEDH, 2005-X
Feldbrugge c. Pays-Bas, n° 8562/79, 29 mai 1986, Série A n°99
Ferihumer c. Autriche, n°30547/03, CEDH 2007-II
Filip c. Roumanie, n° 41124/02, CEDH, 2006-XI
Findlay c. R.U., 25 février 1997, Recueil 1997-I
Finucane c. R.U., n° 29173/95, CEDH, 2003-VII
Focias c. Roumanie, n° 2577/02, CEDH 2005-II
Fogarty c. R.U. [GC], n° 37112/97, CEDH 2001-XI
Folgero et autres c. Norvège, n° 15472/02, CEDH 2007-VI
Foucher c. France, n°22207/93, 18 mars 1997, Recueil 1997-II
Fox, Campbell et Hartley c. R.U., n°s 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30 août 1990, Série A, n° 182
Francesco Lombardo c. Italie, n° 11519/85, 26 nov. 1992, Série A n° 249-B
Frérot c. France, n°70204/01, CEDH-2007-VI
Fressoz et Roine c. France, n° 29183/95, CEDH 1999-I
Fretté c. France, n° 36515/97, CEDH 2002-I
Fuentes Bobo c. Espagne, n°39293/98, CEDH 2000-II
Funke c. France, 25 février 1993, Série A n° 256-A
G.S. c. Autriche, n°26297/95, CEDH 1999-I
Gallico c. Italie, n° 53723/00, CEDH 2005-VI
Gautrin et autres c. France, n°s 21257/93 à 21260/93, 20 mai 1998, Recueil 1998-III
Gaygusuz c. Autriche, n° 17371/90, 16 sept. 1996, Recueil 1996-IV
Gelfmann c. France, n°25875/03, CEDH 2004-XII
Georgiadis c. Grèce, n° 41209/98, CEDH 2000-II
Georgiev c. Bulgarie, n° 47823/99, CEDH 2005-XII
Giniewski c. France, n°64016/00, CEDH 2006-I
Gitonas et autres c. Grèce, n°s 18747/91, 19376/92, 19379/92, 1^{er} juillet 1997, Recueil 1997-IV
Giulia Manzoni c. Italie, 1^{er} juillet 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III
Glaser c. R.U., n° 32346/96, CEDH 200-IX
Glass c. R.U., n° 61827/00, CEDH 2004-II

Gnahore c. France, n° 40031/98, CEDH 2000-IX
Golder c. R.U., n° 4451/70, 21 fév. 1975, Série A n° 18.
Gömi et autres c. Turquie, n° 35962/97, CEDH, 2006-XII
Gorodnitchev c. Russie, n° 52058/99), CEDH 2007-V
Gradinger c. Autriche, 23 oct. 1995, Série A n°328-C
Grauzinis c. Lituanie, n° 37975/97, CEDH, 2000-X
Grava c. Italie, n°43522/98, CEDH, 2003-VII
Grigoriades c. Grèce, n° 24348/94, 25 novembre 1997, Recueil 1997-VII
Groppera radio AG et autres c. Suisse, n° 10890/84, 28 mars 1990, Série A, n°173
Güleç c. Turquie, 27 juillet 1998, Recueil 1998-IV
Guzzardi c. Italie, n° 7367/76, 6 nov. 1980, Série A n° 39
H.L. c. R.U., n°45508/99, CEDH, 2004-X
H.L.R. c. France, n° 24573/94, 29 avril 1997, Recueil 1997-III
H.M. c. Turquie, n° 34494/97, CEDH 2006-VIII.
H.Y. et HÜ.Y c. Turquie, n° 40262/98, CEDH, 2005-X
Halford c. R.U., n° 20605/92, 25 juin 1997, Recueil 1997-III
Halimi c. France (déc.), n°50614/99, CEDH 2001-III
Halit Çelebi c. Turquie, n°54182/00, CEDH, 2006-V
Handyside c. R.U., n° 5493/72, 7 déc. 1976, Série A n°24
Hatton et autres c. R.U., [GC], n° 36022/97, CEDH 2003-VIII
Henaf c. France, n° 65436/01, CEDH, 2003-XI
Herczegfalvy c. Autriche, 24 sept. 1992, Série A n° 24.
Hertel c. Suisse, n° 25181/94, 25 août 1998, Recueil 1998-VI
Higgins et autres c. France, n°20124/92, 19 fév. 1998, Recueil 1998-I
Hirst c. R.U., n° 40787/9, 24 juillet 2001
Hirst c. R.U., (n° 2), [GC], 74025/01, CEDH 2004-III
Hope c. Allemagne, n°28422/95, CEDH 2002-XII
Huber c. France, n° 26637/95, 19 février 1998, Recueil 1998-I
Hugh Jordan c. R.U., n° 24746/94, CEDH, 2001-V
Huohvanainen c. Finlande, n° 57389/00, CEDH 2007-III
Hurtado c. Suisse, 28 janv. 1994, Série A n° 280-7
Hutchison c. R. U., n° 50272/99, CEDH 2003-II
Huwig c. France, n° 11105/84 24 avril 1990, Série A, n° 176-B
İ. A. c. Turquie, n° 42571/98, CEDH 2005-IX,
I. T. c. Roumanie (déc.), n°40155/02, CEDH 2005-XI
Iatridis c. Grèce [GC], n° 51107/96, CEDH 1999-II
Ignaccio-Zenide c. Roumanie, n° 31679/96, CEDH 2000-I
Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie [GC], n° 48787/99, CEDH-2004-VIII
İlhan c. Turquie [GC], n° 22277/93, CEDH, 2000-VII
Imakayeva c. Russie, n°7615/02, CEDH 2006-XI
Incal c. Turquie, n° 22678/93, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV
Indelicato c. Italie, n° 31143/96, CEDH 2001-X
Iorgov c. Bulgarie, n° 40653/98, CEDH 2004-VII
Ipek c. Turquie, n° 25760/94, 17 févr. 2004, CEDH 2004-II ;
Irfan Bilgin c. Turquie, n° 25659/94, CEDH 2001-VII
Irlande du Nord c. R.U., 18 janvier 1978, Série A n° 25
Ivanova c. Bulgarie, n° 52435/99, 2007-IV
Iwanczuk c. Pologne, n° 25196/94, CEDH 2001-XI
Jabari c. Turquie, n°40035/98, CEDH 2000-VI
Jacobowski c. Allemagne, n° 15088/89, 23 juin 1994, Série A n° 291-A
Jalloh c. Allemagne, n° 54810/00, CEDH 2006-VII
Jamil c. France, n° 15917/89, 8 juin 1995, A317-B
Jersild c. Danemark, n° 15890/89 23 sept. 1994, Série A n°298
Johannische Kirche et Peters (déc.), n° 41754/98, 10.7.2001
Johansen c. Norvège, n°17383/90, 7 août 1996, Recueil 1996-III

Johnson c. R.U., 24 oct. 1997, Recueil 1997-VII
Johnston et autres c. Irlande du Nord, 18 déc. 1986, Série A n°112
K et T c. Finlande, n° 25702/94, CEDH 2001-VII
K. A. c. Finlande, n°27751/95, CEDH 2003-I
Kadiķis c. Lettonie (n° 2), n° 62393/00, CEDH 2006-V
Kafkaris c. Chypre, n° 21906/04, CEDH 2006-IV (recevable)
Kafkaris c. Chypre, [GC], n° 21906/04, CEDH, 2008-II
Kalaç c. Turquie, n° 20704/92, 1er juil. 1997, Recueil 1997-IV
Kalachnikov c. Russie, n° 47095/99, CEDH, 2002-VII
Kanlibas c. Turquie, n°2444/96, CEDH, 2005-XII
Kantjyrev c. Russie, n° 37213/02, CEDH 2007-VI
Karadžić c. Croatie, n° 35030/04, CEDH 2005-XII
Karagiannopoulos c. Grèce, n° 27850/03, CEDH 2007-VI
Karalevičius c. Lituanie, n°53254/99, CEDH 2005-IV
Karlheinz Schmidt c. Allemagne, n° n°13580/88, 18 juillet 1994, Série A n° A291-B
Kaya Mahmut c. Turquie, n° 22535/93, CEDH, 2000-III
Kaya Mehmet c. Turquie, n° 22729/93, 19 févr. 1998, Recueil 1998-I
Keegan c. Irlande, n° 16969/90, 26 mai 1994, Série A n° 290
Keenan c. R.U., n° 27229/95, CEDH 2001-III
Kehayov c. Bulgarie, n° 41035/98, CEDH 2005-I
Kelly et autres c. R.U., n° 30054/96, CEDH 2001-V
Kerojärvi c. Finlande, n° 17506/90, 19 juillet 1995, Série A n°322
Khachiev et Akaiëva c. Russie, n°s 57942/00 et 57945/00, CEDH, 2005-IV
Khassiyev et Akayeva c. Russie, n° 57942 et n° 57945/00, CEDH 2007-II
Khokhlich c. Ukraine, n°41707/98, CEDH, 2003-IV
Kjartan Asmundsson c. Islande, n° 60665/00, CEDH 2004-X
Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, nos 5095/71, 5920/72, 5926/72, 7 déc.1976, Série A, n° 23
Klamecki c. Pologne (n° 2), n° 31583/96, CEDH 2005-IV
Klass et autres c. Allemagne, n° 5029/71, 6 sept. 1978, Série A n°28
Kleuver c. Norvège (déc.), n° 45837/99, CEDH 2002-IV
Kobenter et Standard Verlags GmbH c. Autriche, n°60899/00, CEDH 2006-XI
Kokkinakis c. Grèce, n° 14307/88, 25 mai 1993, Série A n° 260-A
Kolanis c. R.U., n° 517/02, CEDH 2005-VI
König c. Allemagne, n° 6232/73, 28 juin 1978, Série A, n° 27
Kontrová c. Slovaquie, n°7110/04, CEDH, 2007-V
Köse et 23 autres c. Turquie, n° 26625/02, CEDH 2006-I
Koua Poirrez c. France n° 40692/98, CEDH 2003-IX
Kraska c. Suisse, n° 13942/88, 19 avril 1993, Série A, n° 254-B
Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 3), n° 39069/97, CEDH 2003-XII
Kruslin c. France, n° 11801/85, 24 avril 1990, Série A n° 176-A
Kucera c. Slovaquie, n° 48666/99, CEDH 2007-VII.
Kudla c. Pologne [GC], n°20210/96, CEDH 2000-X
Kurnaz et autres c. Turquie, n° 36672/97, CEDH, 2007-VII
Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III
Kurtulmus c. Turquie (déc.), n° 65500/01, CEDH 2006-I
Kutzner c. Allemagne, n° 46544/99, CEDH 2002-II
Kuznetsov c. Ukraine, n°39042/97, CEDH 2003-IV
Kyrtatos c. Grèce, n° 41666/98, CEDH 2003-V
L. L. c. France, n° 7508/02, CEDH 2006-X
L.C.B. c. R.U., 9 juin 1998, Recueil 1998-III
Labita c. Italie [GC], n°26772/95, CEDH, 2000-IV
Laidin c. France, n° 43191/98, CEDH 2002-XI
Lambert c. France, n° 23618/94, 4 août 1998, Recueil 1998-V
Lanz c. Autriche, n°24430/94, CEDH 2002-I

Larissis et autres c. Grèce, n^{os} 23372/94, 26377/94, 26378/94, 24 févr. 1998, Recueil 1998-I
Laskey, Jaggard et Brown c. R. U., 2 octobre 1991, Recueil 1997-I
Lavents c. Lettonie, n^o 58442/00, CEDH 2002-XI
Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, n^{os} 6878/75, 7238/75, 23 juin 1981, Série A n^o43
Leander c. Suède, n^o 9248/81, 26 mars 1987, Série A n^o116
Leander c. Suède, n^o 9248/81, 26 mars 1987, Série A n^o116
Lebbink c. Pays-Bas, n^o 45582/99, CEDH 2004-VI
Léger c. France, n^o 19324/02, CEDH 2006-IV
Lehideux et Isorni c. France, n^o 24662/94, 23 sept. 1998, Recueil 1998-VII
Leray et autres c. France (déc.), n^o44617/98, CEDH 2001-I
Lesnik c. Slovaquie, n^o 35640/97, CEDH 2003-III
Lind c. Russie, n^o 25664/05, CEDH 2007XII.
Lingens c. Autriche, n^o9815/828 juillet 1986, Série A
Lopez Gomes da Silva c. Portugal, n^o 37698/97, CEDH 2000-IX
Lykourazos c. Grèce, n^o 33554/03, CEDH 2006-VI
M. c. Turquie, n^o 34494/97, CEDH 2006-VIII
M. C. c. Bulgarie, n^o39272/98, CEDH 2003-XII
Macovei et autres c. Roumanie, n^o 5048/02, CEDH 2007-VI
Magomadov et Magomadov c. Russie, n^o68004/01, CEDH 2007-VII
Makaratzis c. Grèce [GC] n^o 50385/99, §56, CEDH 2004-XII
Malone c. R.U., n^o 8691/79, 2 août 1984, Série A n^o 82
Manoussakis et autres c. Grèce, n^o 18748/91, 26 sept. 96, 1996-IV
Mantovanelli c. France, n^o 21497/9318 mars 1997, Recueil 1997-II
Marckx c. Belgique, n^o 6833/74, 13 juin 1979, Série A n^o 31
Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, n^o 10572/83, 20 novembre 1989, Série A n^o 165
Martin c. R.U., (déc.), n^o 63608/00, CEDH 2003-III
Martinez Sala et autres c. Espagne, n^o 58438/00, CEDH 2004-XI
Martins Casimiro et Cerveira Pereira/Luxembourg (déc.), n^o 44888/98, 27.4.99
Massa c. Italie, n^o 14399/88 24 août 1993, Série A n^o 265-B
Mastromateo c. Italie, n^o57703/97, CEDH 2002-X
Matencio c. France, n^o50749/00, CEDH 2004-I
Mathew c. Pays-Bas, n^o 24919/03, CEDH 2005-IX
Mathieu c. France, n^o 68673/01, CEDH 2005-X
Mathieu-Mohin et 7 août 1996 Clerfayt c. Belgique, n^o 9267/81, 2 mars 1987, Série A n^o113
Mattews c. R.U., n^o24833/90, CEDH 1999-II
Mayzit c. Russie, n^o63373/00, CEDH 2005-I
McCann et autres c. P.U., 27 sept. 1995, Série A n^o324
McGallum c. R.U., 30 août 1990, Série A, n^o183
McGlinchey et autres c. R.U., n^o 50390/99 CEDH, 2003-IV
McKerr c. R.U., n^o 28883/95, CEDH, 2001-III
McShane c. R.U., n^o 43290/98, CEDH 2002-V
Medina c Espagne (déc.), n^o 2485/02, CEDH 2003-II
Mehemi c. France, n^o53479/99, CEDH 2003-IV
Melnik c. Ukraine, n^o72286/01, CEDH 2006-III
Mennitto c. Italie [GC], n^o 33804/96, GC, CEDH 2000-X
Messina (n^o 3), c. Italie n^o 33993/96, CEDH 2002-X
Messina c. Italie (n^o 2), n^o 25498/94, CEDH 2000-X
Mialhe c. France, 25 février 1993, Série A n^o 256-C
Mikadze c. Russie, n^o 52697/99, CEDH 2007-VI
Mikulic c. Croatie, n^o53176/99, CEDH 2002-II
Moreno Gómez c. Espagne, (déc.), n^o 4143/02, CEDH-VI
Morsink c. Pays-Bas, n^o48865/99, CEDH 2004-V
Mortier c France, n^o 2195/98, CEDH 2001-VII
Mouisel c. France, n^o 67263/01, CEDH 2002-XI

Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n° 10737/84, Série A, n°133
Murphy c. Irlande, n°44179/98, CEDH, 2003-VII
Musa et autres c. Bulgarie, n° 61259/00, CEDH 2007-I
Musial c. Pologne [GC], n° 24557/94, § 43, CEDH 1999-II
Musumeci c. Italie, n°33695/96, CEDH 2005-I
N. N. et T. A. c. Belgique (déc.), n°65097/0, CEDH 2006-II
Nachova et autres c. Bulgarie [GC], n° 43577/98 et 43579/98, CEDH 2005-VII
Naoumenko c. Ukraine, n° 42023/98, CEDH 2004-II
Natoli c. Italie, n° 26161/95, CEDH 2001-I
Nazarenko c. Ukraine, n° 39483/98, CEDH 2003-IV
Neigel c. France, n° 18725/91, 17 mars 1997, Recueil 1997-II
Neshev c. Bulgarie, n° 40897/98, CEDH 2004-I
Neumeister c. Autriche, n° 1936/63, 27 juin 1968, Série A n°6
Nevmerzhitsky c. Ukraine, n° 54825/00, 2005-IV
News Verlags GmbH & CoKG c. Autriche, n° 31457/96, CEDH 2000-I
Nideröst-Huber c. Suisse, n° 18990/91, Recueil 1997-I
Niebdala c. Pologne, n° 27915/95, CEDH 2000-VII
Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, Série A n° 251-B
Nikula c. Finlande, n°31611/99, CEDH 2001-VII
Nitecki c. Pologne (déc.), n° 65653/01, CEDHn 2002-III
Nuray Sen c. Turquie, n° 25354/94, CEDH 2004-III
Nuutinen c. Finlande, n° 32842/96, CEDH 2000-VII
Nylund c. Finlande (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI
Obermeier c. Autriche, n° 11761/85, 28 juin 1990, Série A n° 179
Oberschlick (n°2) c. Autriche, n° 20834/92, 1 juill. 1997, Recueil 1997-IV
Observer et Guardian c. R.U., n°13585/88, 26 nov. 1991, Série A n° 216
Öcalan c. Turquie [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-V
Odièvre c. France [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III
Ognyanova et Choban c. Bulgarie, n°46317/99, CEDH, 2006-II
Oğur c. Turquie [GC], n° 21594/93, Recueil 1999-III
Oldham c. R.U., n° 36273/97, CEDH, 2000-IX
Olsson c. Suède, n° 10465/83, 24 mai 1988, Série A, n°130
Öneryıldız c. Turquie [GC], n° 48929/99, CEDH 2004-XI
Örak c. Turquie, n° 31889/96, CEDH, 2002-II
Osman c. R.U., 23 oct. 1998, Recueil 1998-VIII
Ostrovar c. Moldavie, n° 55207/03, CEDH 2005-IX
Otto-Prümmer-Institut c. Autriche, n°13470/87, 20 sept. 1994, A295-A
Özgür Gundem c. Turquie, n° 23144/93, CEDH 2000-III
Özkan Ahmet et autres c. Turquie, n° 21639/9, CEDH, 2004-IV
Öztürk c. Turquie, n° 24914/94, CEDH 2002-X
P., C. et S. c. R.U., n°56547/00, CEDH 2002-VII
Pantea c. Roumanie, n° 33343/95, CEDH 2003-VI
Panteleyencko c. Ukraine, n° 11901/02, CEDH 2006-VI
Pasa et Erkan Epol c. Turquie, n°51358/99, CEDH 2006-XII
Paturel c. France, n° 54968/00, CEDH 2005-XII
Paul et Audrey Edwards c. R.U., n° 46477/99, CEDH 2002-III
Peers c. Grèce, n° 28524/95, CEDH 2001-IV
Pélissier et Sassi c. France, n°25444/94, 25 mars 1999, Recueil 1999-II
Pellegrin c. France ([GC] n° 28541/95, CEDH 1999-VIII
Pentiacova et autres c. Moldova (déc.), n° 14462/03, CEDH 2005-I
Pereira Henriques c. Luxembourg, n° 60255/00, CEDH 2006-V
Perna c. Italie, n° 48898/99, CEDH 2001-VII
Perry c. R.U., n° 63737/00, CEDH 2003-VII
Petra c. Roumanie, n° 27273/95 23 sept. 1998, Recueil 1998-VII
Pichon et Sajoys/France (déc.), n° 49853/99, 4.10.2001

Piersack c. Belgique, * 1 oct. 1982, Série A n° 53
Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie, n° 78028/01;78030/01, CEDH 2003 XI
Ploski c. Pologne, n°26761/95, CEDH 2002-XI
Podkolzina c. Lettonie, n° 46726/99, CEDH 2002-IV
Poltoratski c. Ukraine, n° 38812/97, CEDH 2003-IV
Popescu c. Roumanie (n°2), n°71525/01, CEDH 2007-IV
Popov c. Russie, n° 26853/04, CEDH 2006-VII
Prado Bucallo c. Espagne, n°58496/00, CEDH 2003-II
Prageret Oberschlick c. Autriche, n° 15974/90, 26 avril 1995, Série A n°313
Pramov c. Bulgarie, n°42986/98, CEDH 2004-IX
Pretto c. Italie, * 8 déc. 1983, Série A n°71
Pretty c. R.U., n° 2346/02, CEDH, 2002-IV
Price c. R.U., n° 33394/96, CEDH 2001-VII
Quinn c. France, n° 18580/91, 22 mars 1995, Série A n° 311
 R 15473/89 (H.M. Klaas/RFA) 21.5.1992, D.R.,*
R. L. et M. J.D. c. France, n° 44568/98, CEDH 2004-V
Raimondo c. Italie, n°12954/87, 22 février 1994, Série A n° 281
Ramirez Sanchez c. France [GC], n° 59450/00, CEDH 2006-VII
Ramirez Sanchez c. France, n° 59450/00, CEDH 2005-I
Raninen c. Finlande, n° 20972/92, 16 déc. 1997, Recueil 1997-VIII
Reggiani Martinelli c. Italie, (déc.), n°22682/02, CEDH 2005-VI
Rehbock c. Slovénie, n° 29462/95, CEDH, 2000-XII
Ribitsch c. Autriche, n° 18896/91, 4 déc. 1995, Série A n° 336
Rinzivillo c. Italie, n° 31543/96, CEDH 2000-XI
Rivas c. France, n° 59584/00, CEDH 2004-IV
Rivière c. France, n° 33834/03, CEDH 2006-VII
Rohde c. Danemark, n° 69332/01, CEDH 2005-VII
Rotaru c. Roumanie, [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V
Rozanski c. Pologne, n° 55339/00, CEDH 2000-V
Ruiz-Mateos c. Espagne, 23 juin 1993, Série A n° 262
Rushiti c. Autriche, (n° 28289/95, CEDH 2002-III
S. c. Suisse, n° 12629/87, 13965/88, 28 nov. 1991, Série A n° 220
S. et Marper c. R.U., (déc.), n° 30562/04 et n° 30566/04, CEDH 2007-I
Sabou et Pircalau c. Roumanie, n° 46572/99, CEDH 2004-IX
Saday c. Turquie, n° 32458/96, CEDH 2006-III
Saggio c. Italie, n° 41879/98, CEDH 2001-X
Sahin c. Allemagne (GC), n° 30943/96, CEDH 2003-VII
Sahin c. Allemagne, n° 30943/96, CEDH 2001-X
Sahin et autres c. Turquie, n° 53147/99, CEDH 2005-II
Saidi c. France, 20 sept. 1993, Série A, n°261-C
Sakkopoulos c. Grèce, n° 61828/00, CEDH 2004-I
Salesi c. Italie, n°13023/87, 26 février 1993, Série A, n° 257-E
Salman c. Turquie [GC], n° 21986/93, CEDH, 2000-VII
Sanchez-Reisse c. Suisse, 21 octobre 1986, Série A n° 107
Sander c. R.U., n°34129/96, CEDH, 2000-V
Saoud C. France, n° 9375/02, CEDH, 2007-X
Sawoniuk c. Royaume-Uni (déc.), n° 63716/00, CEDH 2001-VI
Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse, n°41773/98, CEDH, 2006-II
Schönenberger et Durmaz c. Suisse, n° 11368/85, 20 juin 1998, Série A n° 137
Schöpfer c. Suisse, n° 25405/94, 20 mai 1998, Recueil 1998-III
Schuler-Zraggen, n°14518/89, 24 juin 1993, Série A, n°263
Scozzari et Giunta c. Italie [GC], n° 39221/98 et 41963/98, CEDH 2000-VII
Selim Sadak et autres c. Turquie, n° 25144/94, 26149/95, CEDH 2002-XI
Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, CEDH, 1999-V
Sen c. Pays-Bas, n° 31465/96, CEDH 2001-XII

Shaal c. Luxembourg, n° 51773/9, CEDH 2003-II
Sheffield et Horsham c. R.U., 30 juillet 1998, Recueil 1998-V
Siliadin c. France, n° 73316/01, CEDH 2005-VII
Silva Rocha c. Portugal, n° 18165/91, 15 nov. 1996, Recueil 1996-V
Silver et autres c. R.U., n°s 5947/72, 6205/73, 7052/75, 25 mars 1983, Série A n°61
Şimşek et autres c. Turquie, nos 35072/97 et 37194/97, CEDH 2005-VII
Skalka c. Pologne, n° 43425/98, CEDH 2003-V
Slimane-Kaïd c. France, n°29507/95, CEDH, 2000-I
Slimani c. France, n°57671/00, CEDH, 2004-VII
Smirnov c. Russie, n°71362/01, CEDH 2007-VI
Société Colas Est et autres c. France, n° 37971/97, CEDH 2002-III
Soering c. R.U., n° 14038/88, 7 juillet 1989, Série A n°161
Soner et autres c. Turquie, n° 40986/98, CEDH-IV
Sotiropoulou c. Grèce (déc.), n° 40225/02, CEDH 2007-I
Stafford c.R.U., n° 46295/99, CEDH 2002-IV
Steel et autres c. R.U., n°24838/94, 23 sept. 1998, Recueil 1998-VII
Storck c.Allemagne, n°61603/00, CEDH, 2005-VI
Stubbings et autres c. R.U., n° 22083/93, 22095/93, 22 oct. 1996, Recueil 1996-IV
Sunday Times c. R.U., n° 6538/74, 27 oct. 1979, Série A n° 30
Sürek c. Turquie, (n°1), n° 26682/95 CEDH 199-VII
Sürek et Özdemir c. Turquie, n°s 23927/94, 24277/94, CEDH 1999-VII
Sutter c.Suisse, n° 8209/78, 22 févr. 1984, Série A n° 4
Svyato-Mykhailivska Parafiya c. Ukraine, n° 77700/01, CEDH 2007-VI
Syndicat national de la police belge c. Belgique, n° 4464/70, 27 octobre 1975, Série A n° 19
Syndicat suédois de conducteurs des locomotives c. Suède, 6 février 1976, n° 5614/72 Série A, n°20
T. c. R.U., [GC], n° 24724/94, 16 déc. 1999, Recueil 1999-IX
Tahsin Acar c. Turquie [GC] n° 26307/95, CEDH 2004-IV
Tais c. France, n°39922/03, CEDH, 2006-VI
Tammer c. Estonie, n° 41205/98, CEDH 2001-III
Taniş et autres c. Turquie, n° 65899/01, CEDH, 2005-VIII
Tanli c. Turquie, n° 26129/95, CEDH 2001-IV
Tarariyeva c. Russie, n° 353/03,§88, CEDH 2006-XII
Taşkin et autres c. Turquie, n° 46117/99, CEDH 2004-XI
Tekdag c.Turquie, n° 27699/95, CEDH 20004-I
Tekin c. Turquie, n° 22496/93, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV
Tekin Yıldız c. Turquie, n° 22913/04, CEDH 2005-XI
Tepe c. Turquie, n° 27244/95, CEDH, 2003-V
Terazzi c.Italie, (déc.), n°27265/95, 17 oct. 2002
Testa c. Croatie, n° 20877/04, CEDH 2007-VII
Thlimmenos c. Grèce [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV
Thoma c. Luxembourg, n° 38432/97, CEDH 2001-III
Thynne, Wilson et Gunnell c. R.U., 25 oct. 1990, Série A, n°190
Timurtaş c.Turquie, n° 23530/94, CEDH, 2000-VI
Tolstoy Miloslavsky c. R. U., 13 juillet 1995, Série A n° 316-B
Tomasi c. France, n° 12850/87, 27 août 1992, Série A n° 241-A
Tremblay c. France, n°37194/02, CEDH, 2007-II
Trepachkine c. Russie, n° 36898/03, CEDH 2007-VII
Troubnikov c. Russie, n° 49790/99, CEDH, 2005-VII
Türkmen c. Turquie, n° 43124/98, CEDH 2006-XII,
Twalib c. Grèce, n° 24294/94, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV
Tyrer c. R.U., 25 avril 1978, Série A n° 26
Tysiac c. Pologne, n°5410/03), CEDH 2007-III
Unison c.R.U. (déc.), n° 53574/99, CEDH 2002-I
V. c. R.U., [GC], n° 24888/94, CEDH 1999-IX
Valašinas c. Lituanie, n° 44558/98, CEDH 2001-VIII

Valenzuela Contreras c. Espagne, n° 27671/95 30 juillet 1998, Recueil 1998-V
Valsamis c. Grèce, n° 21787/93, 18 déc. 1996, Recueil 1996-VI
Van der Graaf c. Pays-Bas, (déc.), n° 8704/03, CEDH, 2004-VI
Van der Leer c. Pays-Bas, n° 11509/85, 21 fév. 1990, Série A, n° 170
Van der Musselle c. Belgique, n° 8919/80, 23 nov. 1983, Série A n°70
Van der Velden c. Pays-Bas (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XII
Van der Ven c. Pays-Bas, n°50901/99 CEDH 2003-II
Van Droogenbroeck c. Belgique, n° 7906/77, 24 juin 1982, Série A n° 50
Van Marle et autres c. Pays-Bas, n° 8543/79, 26 juin 1986, Série A n° 101
Van Oosterwijck c. Belgique, n° 7654/76, 16 nov. 1980, Série A n° 40
Varbanov c. Bulgarie, n° 31365/96, CEDH 2000-X
Velikova c. Bulgarie, n° 41488/98, CEDH 2000-VI
Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche, n° 15153/89, 19 déc. 1994, Série A n°302
Vermeulen c. Belgique, n° 19075/91, 20 févr. 1996, Recueil 1996-I
Vetter c. France, n° 59842/00, CEDH 2005-V
VGT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse, n° 24699/94, CEDH 2001-VI
Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie, n°57829/00, CEDH 2004-V
Vilvarajah et autres c. R.U., n°s 13163/87, 13164/87, 13165/87, 30 oct. 1991, Série A n° 215
Vogt c. Allemagne, n° 17851/91, 26 sept. 1995, Série A n° 323
Von Hannover c. Allemagne, n° 59320/00, CEDH 2002-VII
W.R. c. Autriche, n° 26602/95, CEDH 1999-XII
Wagner et J.M.W.VL. c. Luxembourg, n° 76240/01, CEDH 2007-VI
Wainwright c. R.U., n°12350/04, CEDH 2006-IX
Wassink c. Pays-Bas, 27 sept. 1990, Série A n° 185-A
Weber c. Suisse, n° 11034/84, 22 mai 1992, Série A n° 177
Weeks c. R.U., 2 mars 1987, Série A, n° 114
Welch c. R.U., 9 fevr. 1995, Série A n° 307-A
Wieser c. Autriche, n°2293/03, CEDH 2007-IX
Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, n°s 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 juin 1971, Série A n° 12
Wilde, Ooms et Versyp, préc. V° Wilde Com. et Versyp, Série B, plaidoiries.
Willis c. R.U., n° 36042/97, CEDH 2002-VI
Wingrove c. R.U., n° 17419/90, 25 nov. 1995, Recueil 1996-V,
Winterwerp c. Pays-Bas, n° 6301/73, 24 oct. 1979, Série A, n°33
Worm c. Autriche, n° 22714/93, 29 août 1997, Recueil 1997-V
Wretlund c. Suède, (déc.), n° 46210/99, CEDH 2004-III,
Wynne c. R.U., n° 15484/39 18 juillet 1994, Série A294-A
X c. R.U., n° 7215/75, 5 nov. 1981, Série A n° 46
X, Y et Z c. R.U. [GC], n° 21830/93, 22 avril 1997, Recueil 1997-II
X. et Y. c. Pays-Bas, n° 8978/80, 26 mars 1985, Série A n° 91
Y. F. c. Turquie, n° 24209/94, CEDH 2003-VII
Yankov c. Bulgarie, n° 39084/97, CEDH 2003-XI
Yaşa c. Turquie, 2 sept. 1998, Recueil 1998-VI
Young, James et Webster c. R.U., n° 7601/76, 7806/77, 13 août 1981, Série A, n°44
Younger c. R.U., n° 57420/00 (déc.), CEDH, 2003-I
Yüksel Erdoğan et autres c. Turquie, n°57049/00, CEDH, 2007-II
Z. et autres c. RU [GC], 29392/95, CEDH 2001-V
Zana c. Turquie, n° 18954/91, 25 nov. 1997, Recueil 1997-VII
Zarb Adami c. Malte, n°17209/02, CEDH 2006-VI
Zawadka c. Pologne, n°48542/99, CEDH 2005-VI
Ždanoka c. Lettonie [GC], n° 58278/00, CEDH 2006-III
Zelilof c. Grèce, n°17060/03, CEDH, 2007-V

SITES ELECTRONIQUES CITES

http://cmiskp.echr.coe.int	Site de la Cour européenne des droits de l'homme
http://cpt.coe.int	Site du Comité européen pour la prévention de la torture
www.un.org/french/	Site de l'ONU
http://www.ilo.org/	Site de l'OIT
www.cicr.org	Croix-Rouge
http://www.synigoros.gr/	Défenseur du citoyen (Grèce)
www.ministryofjustice.gr	Ministère de la justice ((Grèce)
http://champpenal.revues.org	Champ Pénal/ Penal field
www.syndicat-magistrature.org	Syndicat de la magistrature
www.collectif2001.org/	Sanctionner dans le respect des droits de l'homme
www.Senat.fr	Sénat français
http://www.legifrance.gouv.fr/	Service public de la diffusion du droit (France)
www.presse.justice.gouv.fr	<i>Site du Ministère de la justice française</i>
www.conseil-etat.fr	Site du Conseil d'Etat (français)
www.amnesty.fr/	Amnesty international
www.prison.eu.org	Site de l'association Ban Public
http://www.nchr.gr/	Commission nationale consultative des droits de l'homme

GEORGIA BECHLIVANOU MOREAU
 LE SENS JURIDIQUE
 DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ
 Université Paris I - Panthéon Sorbonne 2008

SOMMAIRE

ABREVIATIONS

INTRODUCTION GENERALE	1
<i>Le nouveau cadre pour la question du sens de la peine privative de liberté</i>	4
<i>L'état actuel de la définition de la peine privative de liberté</i>	9
<i>L'exemple français du rôle historique de la prison dans la détermination du sens de la privation de liberté</i>	12
<i>L'exemple français du rôle des fonctions de la peine dans le sens de la peine</i>	15
<i>La période de la résistance de la peine et de la prison aux droits de l'homme</i>	17
<i>La mutation de la peine en notion juridique</i>	20
<i>« Une peine privative du droit à la liberté » au sein de la jurisprudence européenne</i>	23
<i>Éléments de droit comparé</i>	31
<i>Délimitation de l'objet de l'étude</i>	35
PREMIERE PARTIE. UNE PEINE DE DIMENSION PHYSIQUE DEPASSANT LA PRIVATION DE LA LIBERTE D'ALLER ET VENIR	40
INTRODUCTION	41
<u>Titre I. LE SENS DETERMINE AU REGARD DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA LIBERTE ET L'INTEGRITE PHYSIQUE SOUMIS A DES DEROGATIONS</u>	43
INTRODUCTION	
CHAPITRE 1 LE SENS DETERMINE PAR L'EXERCICE DU DROIT A LA LIBERTE	45
SECTION 1. LE CONTROLE EUROPEEN DE LA « LEGALITE DE LA DETENTION ULTERIEURE »	47
§ 1. La reconnaissance du droit au contrôle de la légalité de la détention après condamnation	48
<i>A. Un droit fondé sur la notion européenne d'« état privatif de liberté »</i>	48
1. La définition européenne de l'état privatif de liberté	49
a. Une approche matérielle	49
b. Une approche évolutive	50
c. Un champ d'applicabilité de l'état privatif de liberté dépassant les lieux « classiques » d'enfermement	50

2. Le rôle de la notion d'état privatif de liberté dans le cadre d'une détention après condamnation	51
<i>B. Un droit fondé sur un sens européen de "légalité de la détention"</i>	52
1. Un sens européen autonome	54
2. Un sens européen évolutif	56
§ 2. Un champ limité d'applicabilité du contrôle de la légalité de la détention	58
<i>A. Applicabilité du contrôle de la légalité temporelle limitée aux détentions évolutives</i>	58
1. Application déterminée par la nature évolutive de la détention concernée	58
a. Applicabilité reconnue dans l'exécution des mesures de sûreté	59
b. Applicabilité reconnue dans l'exécution des peines de type particulier en droit britannique	60
c. Vers la reconnaissance de l'applicabilité à tout type de détention	65
2. Application déterminée par la nature de la décision concernée	67
a. Contrôle de légalité requis du maintien en détention et de la reincarcération dans le cadre des peines évolutives	68
b. Contrôle non expressément requis dans les mesures modulant indirectement la durée de la détention	72
c. Contrôle européen de certaines mesures d'aménagement de peine par l'applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention	73
<i>B. Application quasi-exclue dans le contrôle de la légalité matérielle de la détention</i>	76
1. L'approche non-matérielle de la légalité de la détention	76
a. Approche matérielle partielle de la légalité de la détention à but éducatif ou thérapeutique	78
b. Absence totale d'une approche matérielle de la légalité de la détention pénale	80
2. Les interrogations	82
a. Au regard de la légalité de la détention au sens de l'article 5 de la Convention	82
b. Au regard du principe de légalité des peines au sens de l'article 7 de la Convention	85
§ 3 Les garanties procédurales du contrôle de la légalité de la détention	86
<i>A. L'« accès effectif » devant un « tribunal »</i>	87
1. L'accès « effectif »	88
a. Accès suffisamment certain	88
b. Accès à des intervalles raisonnables	88
c. Accès rapide	89
d. Accès ouvrant un contrôle de l'ensemble des points de légalité au sens européen	89
2. Le « tribunal »	89

a. Les critères d'indépendance et d'impartialité	90
b. Critère d'étendue de compétence	91
c. Critère de pouvoir décisionnel	93
<i>B. Les garanties fondamentales du procès équitable</i>	94
1. Droit à être informé des raisons de la privation de liberté	94
2. Droit à la célérité du recours	95
3. Droit à une participation adéquate à la procédure	96
a. Respect du contradictoire	97
b. Respect de l'égalité des armes	98
 SECTION 2. LE CONTROLE NATIONAL INDIRECT DE LA LEGALITE TEMPORELLE DE LA DETENTION	99
 § 1. Un contrôle résultant de la juridictionnalisation de certaines mesures d'aménagement des peines	99
 <i>A. L'état de juridictionnalisation au sein du droit grec</i>	100
1. Les mesures susceptibles de déterminer la légalité de la détention	101
a. La libération conditionnelle	101
b. Le calcul bénéfique du temps de détention	102
c. La semi-liberté	103
d. Les transferts	103
2. Les garanties procédurales	104
a. La libération conditionnelle	104
b. Le calcul bénéfique	105
c. Les transferts	105
d. La semi-liberté	106
<i>B. L'état de juridictionnalisation au sein du droit français</i>	106
1. Les mesures susceptibles de déterminer la légalité de la détention	107
a. Les réductions de peine	107
b. La libération conditionnelle	108
c. Le placement sous surveillance électronique	109
d. La semi-liberté et le placement à l'extérieur	110
e. Les transferts	112
2. Les garanties procédurales	113
 § 2. Un contrôle par ricochet résultant de l'application du procès équitable dans la justice disciplinaire pénitentiaire	119
 <i>A. La reconnaissance européenne de l'application du procès équitable</i>	119
<i>B. L'état d'application du procès équitable au sein des droits nationaux</i>	123
1. L'impact de la sanction de mise en cellule sur la durée de la détention	123

a. Au sein du droit grec	123
Les poursuites devant le prétoire	
Les recours	
b. Au sein du droit français	123
Les poursuites devant le prétoire	
Les recours	
2. La procédure appliquée dans le cadre de la sanction de mise en cellule	124
a. Au sein du droit grec	125
b. Au sein du droit français	127
CHAPITRE 2. LE SENS DETERMINE PAR L'EXERCICE DU DROIT A LA VIE	137
<i>Définition de la « vie » et détermination du champ d'application du droit à la vie</i>	139
SECTION 1. LA GARANTIE DU DROIT A LA VIE AU REGARD DES OBLIGATIONS NEGATIVES	142
§ 1. Application générale	143
<i>A. Le champ d'autorisation du recours à la force</i>	145
<i>B. La « nécessité absolue » de la force utilisée</i>	147
1. Le critère de danger pour l'intégrité ou la vie	148
2. Le critère de proportionnalité rigoureuse entre le danger et l'usage de la force	149
a. Les sous-critères communs à tout usage de force de la part des forces de l'ordre	149
b. Les sous-critères supplémentaires dans le cadre des opérations planifiées	152
§ 2. Application à l'égard des détenus	155
<i>A. Amoindrissement de la protection en raison du statut pénal</i>	155
1. Les exigences européennes	156
2. L'application nationale	157
<i>B. Amoindrissement de la protection en raison du statut pénitentiaire</i>	158
1. Les exigences européennes	158
2. L'application nationale	160
a. Au sein du droit français	160
b. Au sein du droit grec	162

SECTION 2. LA GARANTIE DU DROIT A LA VIE AU REGARD DES OBLIGATIONS POSITIVES	164
§ 1. La garantie européenne	165
	1
<i>A. Application générale</i>	165
1. Les obligations préventives	165
a. Les obligations contre des risques communs	165
b. Les obligations contre des risques personnels	167
2. Les obligations procédurales	170
a. Obligation de mener une enquête effective	170
b. Les obligations supplémentaires lors de l'exercice des recours	177
<i>B. Application à l'égard des détenus</i>	178
1. Les obligations préventives	179
a. La protection contre des défaillances en matière de soins	181
b. La prévention du suicide	183
c. La protection contre des comportements des codétenus	186
2. Les obligations procédurales	188
§ 2. La garantie nationale	189
<i>A. Le régime de responsabilité de l'Etat</i>	190
1. Droit français	191
2. Droit grec	192
<i>B. Le champ d'application du régime de responsabilité de l'Etat</i>	193
1. Les défaillances en matière d'organisation matérielle	193
2. Les défaillances en matière de soins médicaux	194
3. Les défaillances en matière de violences des codétenus	196
4. Les défaillances en matière de prévention du suicide	198
<i>C. L'obligation de mener une enquête</i>	200
<u>TITRE II. LE SENS DÉTERMINÉ PAR L'INTERDICTION ABSOLUE DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS</u>	205
PARAGRAPHE INTRODUCTIF. SENS ET PROTECTION JURIDIQUE DE LA DIGNITE	207
<i>A. Observations liminaires sur la définition de la dignité et sur sa valeur absolue</i>	207
<i>B. La définition européenne</i>	213

1. La définition établie par la Cour	213
2. La définition de la dignité au sein des droits nationaux	223
a. En droit grec	223
b. En droit français	224
<i>C. Le mécanisme européen de protection renforcée</i>	226
1. Le mécanisme répressif renforcé par la Cour	226
a. Les obligations préventives au titre de l'article 3	227
b. Les obligations procédurales	229
2. La protection complémentaire préventive assurée par le CPT	235
<i>D. Les principes sur l'application du respect de la dignité dans les prisons</i>	237
CHAPITRE 1. APPLICATION DES INTERDITS DANS LA GARANTIE DE L'INTEGRITE PHYSIQUE DES DETENUS	241
SECTION 1. LES GARANTIES CONTRE TOUS TYPES DE VIOLENCES	241
§ 1. La protection contre les violences physiques	242
<i>A. La protection européenne</i>	242
1. Les obligations négatives	242
2. Les obligations positives	247
<i>B. La protection nationale</i>	250
1. Les obligations négatives	251
2. Les obligations positives	252
a. Les obligations préventives	252
b. Les obligations répressives	252
§ 2. La protection contre certains moyens coercitifs	253
<i>A. La protection européenne</i>	254
1. Les garanties générales	254
2. Les garanties concernant certains moyens coercitifs	255
a. L'isolement	255
b. Les menottes	256
c. Les fouilles corporelles	259
d. Les transfèvements	263
<i>B. La protection nationale</i>	263
1. Les garanties générales	263
2. Les garanties supplémentaires concernant certains moyens coercitifs	265
a. Les garanties lors de l'usage des menottes et des entraves	265
b. Les garanties lors du recours aux fouilles corporelles	266
c. Les garanties entourant les transfèvements	267

SECTION 2. LES GARANTIES CONTRE LES CONDITIONS MATERIELLES DEGRADANTES	269
§ 1. Les exigences européennes	271
<i>A. Garantir la salubrité et l'intimité</i>	273
<i>B. Garantir un minimum d'espace vital contre la surpopulation carcérale</i>	276
<i>C. Les critères déterminant la gravité des conditions matérielles et de la surpopulation</i>	279
§ 2. Les garanties au sein des droits nationaux	280
<i>A. La réglementation</i>	280
<i>B. La réalité</i>	282
SECTION 3. LES GARANTIES CONTRE LES REGIMES DE SECURITE RENFORCEE	287
§ 1. Des régimes à risque mais non prohibés au sein du Conseil de l'Europe	288
<i>A. L'isolement : un régime susceptible de constituer un traitement inhumain ou dégradant</i>	288
1. L'absence de définition de l'isolement	289
2. Les critères d'appréciation de la gravité de l'isolement	291
<i>B. Les garanties lors du recours à l'isolement</i>	300
1. Les garanties de fond	300
2. Les garanties de forme	302
§ 2. L'application des régimes à risque dans les droits nationaux	304
<i>A. L'application des régimes de sécurité renforcée</i>	304
1. Le régime de D.P.S. en France	304
2. Le régime d'isolement	305
<i>B. Les garanties lors de leur application</i>	306
1. Les garanties de fond	307
2. Les garanties de forme	309
SECTION 4. LES QUESTIONS DE LA CAPACITE A SUBIR UNE DETENTION	314
§ 1. Les questions fondées sur les états physiques	316

<i>A. Handicap physique et de dépendance physique en général</i>	317
<i>B. Femmes enceintes ou accompagnées de nourrissons</i>	323
§ 2. Les questions fondées sur l'âge	327
<i>A. Grand âge</i>	327
<i>B. Minorité</i>	332
§ 3. Les questions fondées sur la longueur des peines	336
<i>A. L'absence de limites claires au sein de la jurisprudence européenne</i>	337
<i>B. Des limites garanties au sein des droits nationaux et recommandées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe</i>	340
CHAPITRE 2. APPLICATION DES INTERDITS DANS LA GARANTIE DE LA SANTE DES DETENUS	346
SECTION 1. LES OBLIGATIONS POSITIVES VISANT A GARANTIR DES SOINS ADEQUATS	348
§ 1. Les garanties européennes requises par les « soins médicaux adéquats »	349
<i>A. Le tronc commun des garanties</i>	351
1. Le principe d'équivalence des soins	351
2. Les garanties précises	352
<i>B. Les garanties supplémentaires concernant certains types de maladies</i>	358
1. Les troubles mentaux	358
2. Les maladies transmissibles	360
§ 2. Les garanties assurées au sein des droits nationaux	361
<i>A. Les garanties en droit français</i>	362
1. Les soins en général	363
2. Des soins ou des mesures spécifiques	368
a. Maladies mentales	368
b. Maladies transmissibles	370
c. Conduites addictives	371
<i>B. Les garanties en droit grec</i>	373
1. Les soins en général	374
2. Les mesures spéciales	376
a. Le traitement des séropositifs au VIH	376
b. La toxicomanie	377

SECTION 2. L'OBLIGATION DES ETATS DE S'ASSURER DE LA COMPATIBILITE DE L'ETAT DE SANTE AVEC LA DETENTION	378
§ 1. Une garantie en devenir au sein du droit européen	378
<i>A. Garantie potentielle en cas de maladies physiques graves</i>	381
<i>B. Garantie potentielle en cas de maladie mentale et autres problèmes de santé</i>	385
1. L'état de garantie en cas de maladies mentales	385
2. L'état de garantie aux détenus souffrant du VIH ou de toxicomanie	387
§ 2. Une garantie largement reconnue au sein des droits nationaux	388
<i>A. Le champ de reconnaissance en droit grec</i>	388
1. Etats de santé incompatibles avec une détention ordinaire	388
a. Malades mentaux : détention dans des lieux hospitaliers	388
b. Toxicomanes : détention dans des lieux de désintoxication	389
2. Etats de santé incompatibles avec tout type de détention	390
a. La libération conditionnelle des détenus malades du VIH	390
b. La suspension de la peine en cas de gravité exceptionnelle	390
<i>B. Le champ de reconnaissance en droit français</i>	391
1. La suspension de la peine	391
2. L'exécution de la peine en milieu psychiatrique	394
3. Absence de mesures spéciales concernant les personnes souffrant du VIH ou de toxicomanie	397
SECTION 3. L'OBLIGATION DES ETATS DE RESPECTER LE SECRET ET LE CONSENTEMENT MEDICAL	398
§ 1. Les obligations dictées par le respect de la vie privée	399
<i>A. L'obligation de respecter le secret médical</i>	399
1. La garantie européenne	399
2. La garantie nationale	401
<i>B. L'obligation de respecter le consentement libre et éclairé</i>	403
1. La définition européenne du consentement libre et éclairé	404
2. L'application aux détenus du consentement libre et éclairé	405
a. En droit français	406
b. En droit grec	408
§ 2. Les obligations complémentaires dictées par l'interdiction des traitements inhumains, dégradants ou de la torture	408

<i>A. Le renforcement des garanties concernant certaines dérogations au respect du consentement</i>	409
1. Les dérogations à certaines fins thérapeutiques	409
a. Les traitements forcés des malades mentaux	410
b. L'alimentation forcée des grévistes de la faim	411
2. Les dérogations à des fins répressives	415
<i>B. La vigilance particulière concernant les risques d'un consentement biaisé</i>	417
1. Les expérimentations médicales	417
2. Les traitements médicaux des délinquants sexuels	421
 CONCLUSION PARTIE 1	 426
 DEUXIEME PARTIE. UNE PEINE A DIMENSION MULTIPLE RESTRICTIVE DE LA LIBERTE AU SENS LARGE	 430
 INTRODUCTION	 431
 <u>TITRE I. LE SENS DETERMINE PAR L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA SPHERE DE VIE PRIVEE</u>	
 INTRODUCTION	434
 CHAPITRE 1. LE SENS DETERMINE PAR LE RESPECT DE LA VIE PRIVEE EN GENERAL	436
 PARAGRAPHE INTRODUCTIF : SENS ET PROTECTION DE LA VIE PRIVEE	437
<i>A. Définition et garanties de la vie privée</i>	437
1. Les garanties exigées par les droits nationaux	437
a. Droit français	437
b. Droit grec	439
2. Les garanties exigées par la Convention	441
<i>B. Les défis de la prison</i>	444
1. L'équilibre inversé dans le rapport abstention/intervention de l'Etat dans la vie privée	444
2. L'hétéronomie des détenus opposée au respect de l'autonomie	445
3. La surveillance des détenus opposée au respect de l'intimité	447
 SECTION 1. LA PRISON RESTRICTIVE DE LA VIE PRIVEE INDIVIDUELLE	 448
 § 1. Le détenu privé de lieu privé	 449

<i>A. Le cadre d'interrogation du droit des détenus au respect du domicile</i>	450
1. Champ d'application et garanties du droit au respect du domicile	450
2. La question de l'applicabilité du droit au respect du domicile en prison	452
<i>B. Transparence de la cellule</i>	454
1. Les modalités des fouilles et des perquisitions de la cellule	455
a. Non-exigence d'une autorisation judiciaire	456
b. Non-exigence d'assentiment et de présence des détenus	458
2. La surveillance et la dépossession des clés de la cellule	458
<i>C. Usage non-libre de la cellule</i>	459
1. Absence d'un droit à rester seul dans la cellule	459
2. Dépersonnalisation de l'espace et du temps de vie en cellule	460
§ 2. Le détenu quasiment privé de l'intimité et de la libre disposition de son corps	461
<i>A. Le corps transparent</i>	461
1. Le corps surveillé	461
2. Le corps fouillé	463
<i>B. Le corps défiguré</i>	466
1. Le choix vestimentaire	467
2. Le paraître du visage	468
SECTION 2. LA PRISON RESTRICTIVE DE LA VIE PRIVEE INTERINDIVIDUELLE	471
§ 1. Les restrictions au respect des rapports de distance	472
<i>A. Faiblesse de la garantie européenne dans le respect de la correspondance écrite</i>	476
1. La légalité des restrictions équivalente à l'extérieur	477
a. La notion de prévisibilité	477
b. L'application de la prévisibilité légale	479
2. La nécessité démocratique sensiblement plus large qu'à l'extérieur	481
a. Justifications de violation du secret	481
b. Justification de la censure	485
c. Justification de la limitation du cercle des correspondants	484
<i>B. Progrès et retards de la protection nationale par rapport à la protection européenne</i>	494
1. Au regard de la correspondance écrite	494
a. Protection renforcée en droit grec	494
b. Protection faible en droit français	496
2. Au regard de la communication téléphonique	499
a. Les progrès en droit grec	499

b. Les progrès en droit français	499
§ 2. Les restrictions au respect des rapports de proximité	502
<i>A. Les restrictions des moyens</i>	503
1. Le droit à des contacts avec la communauté carcérale	503
2. Le droit à des contacts avec des personnes extérieures	504
a. Les visites	504
b. Les sorties	507
<i>B. Les restrictions qualitatives</i>	508
1. Privation de contacts intimes	508
a. Intimité non garantie en prison	509
b. Intimité non garantie lors des sorties	509
2. Privation de relations sexuelles	509
3. Interrogations et critiques	511
CHAPITRE 2. LE SENS DETERMINÉ PAR LE RESPECT DE LA VIE FAMILIALE	520
SECTION 1. LES RESTRICTIONS DANS LA CREATION D'UNE VIE FAMILIALE	526
§ 1. Garantie limitée du droit à se marier	526
<i>A. Reconnaissance aux détenus du droit à se marier</i>	527
1. La reconnaissance européenne	527
a. Responsabilité du détenu écartée dans le respect du droit à se marier	528
b. Responsabilité retenue de l'administration pénitentiaire dans le respect du droit à se marier	529
2. La reconnaissance nationale	530
<i>B. Application limitée</i>	531
§ 2. Privation du droit de fonder une famille	532
<i>A. La prison privative de la vie en couple</i>	532
1. Impossibilité de fonder une famille par le mariage	533
2. Impossibilité de fonder une famille par le concubinage	533
<i>B. La prison privative du droit de procréer</i>	534
1. La réticence de la jurisprudence européenne de reconnaître aux détenus le droit d'avoir un enfant	535
2. La reconnaissance timide aux détenus du droit d'avoir un enfant au sein des droits nationaux	539

SECTION 2. LES RESTRICTIONS AU MAINTIEN DE LA VIE FAMILIALE	541
§ 1. Les restrictions du droit à une "vie familiale normale"	543
<i>A. Les visites familiales : un droit du détenu et de sa famille</i>	544
1. La protection européenne	544
2. La protection nationale	547
<i>B. Les sorties familiales : un droit des détenus en devenir</i>	549
1. La protection nationale	549
a. Les sorties familiales exceptionnelles	550
b. Les sorties familiales ordinaires ou régulières	550
2. La protection européenne	552
<i>C. Le rapprochement familial</i>	555
1. Choix de la prison	555
a. Choix de la prison dans un pays donné	555
b. Choix du pays de la détention	558
2. Les transferts	559
§2. Les conséquences sur la famille nucléaire	560
<i>A. Le détenu : un divorcé potentiel</i>	561
1. A cause de la condamnation	561
2. A cause de la détention	562
a. Le divorce pour défaut de communauté de vie	562
b. Le divorce pour défaut de liens effectifs	562
<i>B. Le détenu : un parent désavoué</i>	564
1. Amour du parent/intérêt de l'enfant : un équilibre brisé	566
2. L'autorité parentale retirée ou diminuée	571
a. Le retrait total de l'autorité parentale	571
b. La diminution de l'autorité parentale	572
TITRE 2. LE SENS DETERMINE AU REGARD DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA VIE ECONOMIQUE	578
INTRODUCTION	578
CHAPITRE 1. L'ETENDUE DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS AU TRAVAIL	580
SECTION 1. LA SOUMISSION DU DETENU A UNE RELATION DE	581

TRAVAIL PARTICULIERE

§ 1. Les particularités au regard de l'interdiction du « travail forcé ou obligatoire »	582
<i>A. La garantie au sein de la jurisprudence européenne</i>	582
1. L'application générale de l'« interdiction du travail forcé ou obligatoire »	582
a. Affirmation du caractère absolu de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire	583
b. Rétrécissement du champ d'application de l'interdiction du travail forcé ou obligatoire	586
2. L'interprétation de la notion de « travail normalement requis des détenus »	590
a. Le travail des détenus exclusif de la notion de « travail forcé ou obligatoire »	590
b. Le travail requis des détenus apprécié au regard des critères dégagés par la Cour	592
<i>B. La garantie assurée par les droits nationaux</i>	594
1. Garantie générale	594
2. Garantie assurée aux détenus	595
§ 2. Les particularités au regard de la garantie de la liberté de travail et du droit au travail	597
<i>A. La garantie générale</i>	598
1. La garantie nationale	598
a. L'accès au travail	598
b. Les garanties contre la perte de l'emploi	600
2. La garantie européenne	600
a. L'applicabilité de la Convention par le biais de la notion de biens et des droits civils	600
b. Les droits protégés par l'application de la Convention	603
<i>B. Le statut particulier de détenu « travailleur »</i>	606
1. Particularités au regard du droit au travail et de la liberté de travail	606
a. Les atteintes à l'accès au travail	606
b. Les atteintes au maintien de l'emploi	615
2. Particularités au regard des droits des travailleurs	618
a. La privation du détenu de la garantie d'une rémunération équitable	618
b. La reconnaissance aux détenus des droits sociaux	620
§ 3. L'exercice de la liberté syndicale	622
<i>A. La garantie générale</i>	622
1. La garantie nationale	623
2. La garantie européenne	624
a. La protection de la liberté syndicale dans sa dimension individuelle	624

b. La protection de la liberté syndicale dans sa dimension collective	626
<i>B. Le bannissement de la liberté syndicale de l'enceinte des prisons</i>	627
1. Au sein des droits nationaux	627
2. Au sein de la jurisprudence européenne	628
SECTION 2. LES RAISONS SOUS-JACENTES AUX PARTICULARITES DU STATUT DU DETENU AU TRAVAIL	631
§ 1. Empêcher le travail de fonctionner comme moyen d'autonomie	635
<i>A. Empêcher l'autonomie procurée par le libre échange du travail</i>	636
1. Autonomie exprimée par la signature du contrat de travail	636
2. Autonomie assurée par la libre gestion de la rémunération	639
<i>B. Empêcher l'autonomie assurée par le statut de salarié</i>	640
1. Les incompatibilités entre le statut de détenu et le statut de travailleur	640
a. Les incompatibilités des statuts de « détenu » et de « salarié »	640
b. Les incompatibilités des statuts de « détenu » et de « salarié syndiqué »	642
2. Les incompatibilités structurelles entre le droit du travail et le droit pénitentiaire	643
a. Le caractère dialectique et évolutif du droit du travail	643
b. Le caractère unilatéral et figé du droit pénitentiaire	644
§ 2. Maintenir le travail au rôle d'outil au service de la peine et de la prison	644
<i>A. La vie en détention remplacée par le travail accompli à l'extérieur</i>	646
1. Le « travail d'intérêt général » en tant que peine substitutive à la peine privative de liberté	647
2. Le travail à l'extérieur en tant que modalité d'exécution de la peine privative de liberté	647
<i>B. La durée de la peine privative de liberté abrégée par la durée du travail</i>	648
1. L'évaluation discrétionnaire du travail en temps de peine en droit français	648
2. Le travail tarifé en jours de peine en droit grec	649
CHAPITRE 2. L'ETENDUE DE L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA GESTION DES BIENS	653
SECTION 1 DES RESTRICTIONS PRIVATIVES D'AUTONOMIE FINANCIERE	657
§ 1. Les restrictions entraînées par le statut pénal	657
<i>A. Les restrictions au sein des droits nationaux</i>	657
1. La fin de l'incapacité à gérer ses biens résultant de plein droit d'une condamnation pénale	658

2. La survivance d'autres conséquences de nature patrimoniale	660
a. La survivance des sanctions complémentaires de nature patrimoniale	660
b. La survivance d'autres conséquences sur la vie professionnelle	661
<i>B. De la conformité des restrictions nationales à la Convention</i>	662
1. Au regard du droit au respect des biens	662
2. Au regard du droit au procès équitable	663
§ 2. Les restrictions entraînées par le statut pénitentiaire	663
<i>A. La garantie européenne insatisfaisante</i>	664
1. Garantie inefficace par l'application du droit au respect des biens	664
a. La gestion des biens à l'intérieur de la prison	664
b. La gestion des biens à l'extérieur de la prison	665
2. Garantie indirecte par l'application du droit au procès équitable	666
<i>B. De la conformité des restrictions nationales avec la Convention</i>	667
SECTION 2. DES RESTRICTIONS REDUISANT LE DETENU A UN ETAT DE PAUVRETE EGALE	670
§ 1. Les restrictions du pouvoir de posséder et de jouir de ses biens	670
<i>A. Les restrictions au pouvoir de posséder des biens</i>	670
1. Limitation des biens autorisés	670
2. Limitation des sommes d'argent autorisées	672
<i>B. Privation de la liberté d'exploiter ses biens</i>	673
1. Privation des échanges avec l'extérieur	673
2. Limitation des échanges dans la prison	674
§ 2. Les restrictions du pouvoir de consommer	674
<i>A. Un accès aux produits de consommation sévèrement limité</i>	676
1. Le critère d'austérité	676
2. Le critère de dangerosité	678
<i>B. Un accès aux produits de consommation non garanti</i>	678
1. L'obligation à une consommation raisonnable	679
2. La privation de la consommation à titre de sanction	679

<u>TITRE III. LE SENS DETERMINE PAR L'EXERCICE DES DROITS RELATIFS A LA SPHERE DE LA VIE INTELLECTUELLE ET CITOYENNE</u>	682
INTRODUCTION	682
CHAPITRE 1. L'EXERCICE DES DROITS A SE FORMER, S'INFORMER ET CROIRE	683
SECTION 1. LE DROIT A L'EDUCATION	683
§ 1. L'application au sein de la jurisprudence européenne	685
<i>A. L'application générale</i>	686
<i>B. L'application en prison</i>	688
§ 2. L'application au sein des droits nationaux	689
<i>A. Accès à l'enseignement général</i>	690
<i>B. Accès à des activités sportives</i>	692
SECTION 2. LA LIBERTE D'INFORMATION	694
§ 1. L'application au sein de la jurisprudence européenne	695
§ 2. L'application au sein des droits nationaux	699
<i>A. L'accès des détenus à l'information écrite</i>	699
1. Accès à l'information extérieure à la prison	699
2. Accès à l'information intérieure à la prison	700
<i>B. L'accès à l'information par les moyens audiovisuels</i>	701
SECTION 3. LA LIBERTE RELIGIEUSE	703
§ 1. L'application au sein de la jurisprudence européenne	704
<i>A. L'application générale</i>	705
<i>B. L'application en prison</i>	709
1. La pratique de la religion	709
2. Absence d'influence de la liberté d'expression et d'information dans le respect de la liberté religieuse	711
§ 2. L'application au sein des droits nationaux	712

<i>A. L'application assurée par la considération de la religion comme un moyen d'éducation</i>	714
1. L'application au sein du droit grec	714
2. L'application au sein du droit français	715
<i>B. L'application assurée par la force de la religion en tant qu'institution</i>	715
1. Le secret des contacts	711
2. La liberté des visites	716
CHAPITRE 2. L'EXERCICE DES DROITS D'EXPRESSION	718
SECTION 1. L'EXPRESSION GENERALE	718
§ 1. L'application au sein de la jurisprudence européenne	720
<i>A. L'application générale</i>	720
1. Définition large de la liberté d'expression	720
a. La définition au regard du contenu d'expression	721
b. La définition au regard des moyens d'expression	721
2. Nécessité démocratique stricte	725
a. L'intérêt du débat	727
b. Type du média	733
c. Le contexte	734
d. Style utilisé et nature des propos	735
e. Type d'ingérence	736
f. Obligations positives	737
<i>B. L'application critique dans la prison</i>	738
§ 2. L'application nationale	742
<i>A. Le cadre de la protection générale</i>	742
<i>B. L'application en prison</i>	744
1. L'expression écrite sous régime dérogatoire au droit commun	744
a. L'expression individuelle : entre silence et réglementation dérogatoire au droit commun	745
b. L'expression collective : entre absence et haute surveillance	746
2. L'expression artistique encouragée	747
SECTION 2. L'EXPRESSION POLITIQUE EN PARTICULIER	750
§ 1. La garantie européenne	751
<i>A. La consécration des droits individuels de vote et d'éligibilité</i>	751

<i>B. Le champ large de la légitimité des limitations à l'égard des détenus</i>	756
§ 2. La garantie nationale	760
<i>A. Une privation limitée des droits politiques en raison de la condamnation pénale</i>	760
1. Au sein du droit français	761
2. Au sein du droit grec	762
<i>B. Des moyens prévus pour l'exercice du droit de vote des détenus</i>	763
1. Au sein du droit français	763
2. Au sein du droit grec	764
CONCLUSION PARTIE 2	767
CONCLUSION GENERALE	770
BIBLIOGRAPHIE	I
1. Ouvrages	
2. Ouvrages anciens	
3. Contributions à des ouvrages	
4. Articles	
5. Travaux ou publications collectifs	
6. Mélanges	
7. Sources Institutionnelles	
Nationales	
Internationales	
Conseil de l'Europe	
CEDH- Arrêts et Décisions	
8. Sites WEB	XXIX

Résumé

Depuis les années 1970, nous assistons à un accroissement considérable de la force juridique des droits de l'homme. Cela a entraîné de nombreuses mutations des concepts juridiques. Le droit pénal est notamment marqué par l'évolution du concept de la peine. D'un concept criminologique, la peine devient un concept juridique, régi par le Droit. Les droits de l'homme ont amené dans le champ pénal la question des limites du pouvoir punitif au nom du respect de la liberté de l'individu. Ainsi la « peine privative de liberté » fait son apparition à la place de la peine de « prison » accompagnée de la précision que cette peine doit être entendue dans le sens de la limitation à la privation de la liberté physique. Or nous estimons d'une part, que ce terme n'est pas suffisamment précis juridiquement. D'autre part, si la prison n'est censée servir que de moyen d'exécution de cette peine, dans la réalité le fonctionnement de cette institution continue à déterminer le sens de la privation de liberté. La question qui se pose est de savoir si les droits de l'homme peuvent parvenir à encadrer et limiter les effets de la prison à la seule privation de la liberté physique. Cette question est d'autant plus cruciale si l'on l'envisage du point de vue du principe de légalité des peines qui exige que les peines soient claires et précises. C'est à ces interrogations que la présente étude propose de répondre. Si la peine privative de liberté doit se limiter à la seule privation de la liberté physique, alors l'exercice des autres droits ne devrait pas subir de limitations plus significatives qu'à l'extérieur. Pourtant la Cour européenne justifie elle-même des limitations dans l'exercice des droits de l'homme de la part des personnes détenues « plus amples » par rapport aux personnes libres. Certaines limitations sont telles qu'elles interfèrent avec les principes d'une société démocratique. Aussi, en dehors du champ pénal, en filigrane de l'étude de l'application des droits de l'homme dans la prison, c'est l'identité de la société démocratique qui se pose. Celle-ci est mise à l'épreuve dans et par la prison.

Abstract

THE LEGAL MEANING OF THE SENTENCE OF DEPRIVATION OF LIBERTY UNDER THE APPLICATION OF HUMAN RIGHTS IN PRISON

A comparative study of the jurisprudence of the European Court of Human Rights,
French right and Greek right

Since the 1970's, we have been witnessing a considerable increase in the legal force of human rights. This has led to many changes in legal concepts. The criminal law is especially marked by the evolution of the concept of punishment. The sentence has moved from a criminological to a legal concept, governed by the law. The human rights have brought in the criminal field the question of limits of the punitive power on behalf of respect for individual freedom. Thus the "deprivation of liberty" makes its appearance in place of the penalty of "prison", with the precision that the sentence must be understood in the sense of limitation to the deprivation of physical liberty. But we believe on the one hand that this term is not sufficiently accurate legally. On the other hand, if the prison is supposed to serve as means of carrying out the penalty, in reality the functioning of this institution continues to determine the meaning of deprivation of liberty. The question that arises is whether human rights can limit the effects of prison only to the deprivation of physical liberty. This issue is even more crucial if we consider the point of view of the principle of legality of sentences which requires that sentences are clear and precise. It is these questions that this study proposes to answer. If the deprivation of liberty must be limited solely to the deprivation of physical liberty, then the exercise of other rights should not suffer more significant limitations than outside the prison. Yet, in terms of the exercise of human rights, the court itself justifies the application of more important limitations to persons detained than to free people. Some limitations are such that they interfere with the principles of a democratic society. So, outside the criminal field, the identity of democratic society arises underneath the studying of human rights' application in prison.