

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,
2 rue Montpensier
75001 Paris

Mémoire présenté pour les organisations suivantes :

Conseil national des barreaux (CNB)
Emmaüs France (EF)
Fédération nationale des associations d'accueil et de réinsertion sociale (FNARS)
Fédération nationale des unions des jeunes avocats (FNUJA)
Ligue des droits de l'homme (LDH)
Observatoire international des prisons (OIP)
Syndicat des avocats de France (SAF)
Syndicat de la magistrature (SM)
Union syndicale des magistrats (USM)

Mémoire rédigé par Dominique Rousseau

Affaire suivie par Hugues de Suremain

tél. 01 44 52 88 02 Courriel : hugues.desuremain@oip.org

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, nous avons l'honneur, suite à la saisine du Conseil par plus de soixante députés, d'attirer votre attention sur les nombreux vices d'inconstitutionnalité que comporte la loi pénitentiaire, afin que cette loi soit déclarée contraire à la Constitution.

A titre liminaire, nous souhaiterions rappeler que, dans votre décision du 20 janvier 1994, vous avez défini en termes précis le sens de l'exécution de la peine de privation de liberté : **« l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ; »** (Décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994). L'article 1^{er} de la loi qui vous est soumise fait directement écho à cette définition. Il énonce que *« le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions »*. Or, les articles qui suivent ne réalisent pas la conciliation annoncée. Trop vagues, trop imprécis, trop indéterminants, ils ne répondent pas aux exigences de l'article 34 de la Constitution qui réservent au législateur le soin d'encadrer le régime intérieur des établissements pénitentiaires, de définir le statut juridique du détenu et de fixer les conditions du prononcé des aménagements de peines. Une loi pénitentiaire, claire, précise et déterminante était pourtant nécessaire. Les différentes commissions qui se sont succédées il y a quelques années pour mener une réflexion sur la question carcérale ont toutes, dans leurs rapports, souligné les lacunes de l'état du droit en la matière et appelé à l'intervention du législateur pour donner un cadre légal satisfaisant les exigences d'un Etat de droit. Plus récemment, le Conseil d'Etat s'est inscrit dans cette voie en rappelant qu'il n'appartient qu'au *« [seul législateur] de restreindre la faculté pour un détenu de disposer librement de ses biens »* (CE, Sect., n° 303624, 10 décembre 2008, Georges B.). Selon les conclusions de son commissaire du gouvernement, Julien Boucher, en effet, *« il faut partir du principe qu'il en va de la libre disposition de leurs biens comme des autres droits et libertés fondamentaux des détenus : sauf si la loi en dispose autrement, ceux-ci en jouissent comme tout autre personne, dans la seule limite des contraintes inhérentes à leur détention »*. A l'occasion

d'une conférence de presse organisée par le Conseil d'Etat le 17 décembre 2008 sur l'évolution de la jurisprudence administrative concernant les droits des personnes détenues, opérée par une série de décisions récentes, son homologue Mattias Guyomar a déploré que *« tout ce qui relève de la vie en détention est réglementaire »* et exprimé le souhait que *« le rehaussement des normes pénitentiaires »* trouve sa place dans la loi pénitentiaire (*Pour le Conseil d'Etat, la loi doit garantir les droits des prisonniers*, Le Monde, 19 décembre 2008).

Or, nous constatons malheureusement que la loi qui a été adoptée laisse toujours l'administration pénitentiaire régir seule les conditions de la détention. Parce que le législateur est resté en deçà de sa compétence. Ce grief est, à lui seul et en l'espèce, fondamental dans la mesure où la demande d'une loi pénitentiaire avait précisément pour objet de mettre fin à un régime où l'administration pénitentiaire édictait elle-même le droit qui la régissait. A lui seul, il est un motif d'inconstitutionnalité manifeste de la loi. A ce motif, il faut cependant ajouter les atteintes aux droits, principes et libertés reconnus par le Conseil constitutionnel, atteintes qui sont la conséquence nécessaire du fait que le législateur soit resté en deçà de sa compétence.

Par souci de clarté, la critique constitutionnelle de la loi ne sera pas menée article par article mais en fonction des inconstitutionnalités « externes » (I) et « internes » (II) qu'elle recèle. Toutefois, en annexe, figure chacun des articles contestés au regard des principes constitutionnels pertinents.

I. Les inconstitutionnalités « externes » de la loi

D'un point de vue externe, la constitutionnalité de la loi déférée peut être critiquée sous deux angles, un premier d'ordre procédural, qui concerne la méconnaissance de l'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire par le maintien de la procédure d'urgence (A), et un second d'ordre matériel, qui porte sur l'incompétence négative du législateur (B).

A) La méconnaissance de l'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire

L'utilisation de la procédure d'urgence pour l'adoption de la loi déferée soulève incontestablement une difficulté constitutionnelle. Celle-ci tient à l'application dans le temps de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. En effet, la loi pénitentiaire a été adoptée selon une procédure législative combinant deux régimes différents, l'ancien qui résulte de l'application de la Constitution de 1958 avant le 1^{er} mars 2009, et le nouveau formé par les dispositions constitutionnelles modifiées par la révision et entrées en vigueur le 1^{er} mars. Le problème constitutionnel posé est venu de la déclaration d'urgence faite par le Gouvernement sur le projet de loi pénitentiaire du Gouvernement le 20 février 2009, soit avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. Lors des débats parlementaires débutés en mars selon la nouvelle règle de l'article 42, certains sénateurs socialistes se sont élevés contre cette situation juridique « paradoxale » consistant à faire cohabiter deux procédures relevant de deux régimes distincts, celle ancienne de la déclaration d'urgence, et celle nouvelle de la discussion à partir du texte de la commission et non plus du Gouvernement. Le maintien de la procédure d'urgence se heurte en effet à la logique juridique. Car comme l'a souligné Robert Badinter, « *la procédure d'urgence n'existe plus* » ; depuis le 1^{er} mars 2009, elle a été remplacée par la procédure accélérée avec comme nouveauté le droit pour les conférences de présidents de s'y opposer conjointement en vertu de l'article 45 révisé. Malgré l'inertie des conférences de présidents sur cet obstacle au principe de la navette parlementaire, suite à la réponse du premier ministre qui a justifié le maintien de la déclaration d'urgence par le fait qu'elle est intervenue avant le 1^{er} mars, il revient au Conseil de clarifier cette situation de « confusion indigne », pour reprendre les mots de Jean-Pierre Sueur, qui a parasité le débat de fond sur ce qui devait être une « grande loi », selon Robert Badinter. En ce sens, le maintien de cette procédure a porté atteinte à la clarté et à la sincérité du débat parlementaire, exigence que vous avez récemment rattachée à l'article 6 de la Déclaration de 1789 et à l'article 3 de la Constitution (Décisions 2009-581 et 2009-582 DC du 25 juin 2009). Or, l'ambiguïté qui a ainsi marqué l'examen de la loi qui vous est soumise révèle le climat général d'insécurité juridique dans lequel a été mise en œuvre la révision constitutionnelle, affectant dès l'origine les droits nouveaux du Parlement. Cette situation n'est pas acceptable dans un Etat de droit. En conséquence, nous vous demandons de bien vouloir déclarer cette loi contraire à la Constitution, en ce qu'elle a porté atteinte aux exigences de clarté et de sincérité du

débat parlementaire.

B) L'incompétence négative du législateur

La critique la plus grave qu'il convient d'adresser à la loi déférée porte sur l'incompétence négative dont elle est viciée dans son ensemble. En dépit des diverses recommandations qui lui ont été faites, le législateur n'a pas respecté l'objectif qui lui avait été assigné, visant à « adapter le cadre juridique des prisons à l'exigence juridique de respect de la hiérarchie des normes » (Rapport n° 1899 de Jean-Paul GARRAUD). La hiérarchie des normes commande en effet que les atteintes aux libertés individuelles induites par la privation de liberté ne soient plus déterminées par voie de règlements mais relèvent de la loi. En l'état du droit antérieur, la plupart des normes régissant les droits et obligations des personnes détenues étaient de nature réglementaire, alors même que l'article 34 de la Constitution donne compétence exclusive au législateur pour définir les règles relatives aux « *droits civiques* » et « *à l'exercice des libertés publiques* ».

Dans un énoncé de principe, vous avez affirmé qu'« *il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des **dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques** ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, **sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi** ;* » (Décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006).

A la lumière de ces exigences, la lecture de nombreuses dispositions de la loi déférée révèle que le législateur a manifestement méconnu l'étendue de sa compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution. En ce sens, deux séries de griefs peuvent être retenues contre la loi en cause.

1) D'une part, en renvoyant à plusieurs reprises au décret, la loi laisse dans le champ réglementaire des pans entiers du droit qui relèvent pourtant de la compétence exclusive du législateur en matière d'exercice des libertés publiques. De ce fait, l'exercice des droits fondamentaux des personnes détenues restent arrimées au pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative.

- Ainsi en est-il par exemple de l'article 91 qui prévoit que le régime disciplinaire des personnes détenues sera déterminé par décret en Conseil d'Etat. Par cet article, le législateur se contente d'indiquer au pouvoir réglementaire l'objet du décret à prendre, à savoir la détermination des fautes et des sanctions disciplinaires, de la composition de la commission disciplinaire et de la procédure disciplinaire applicable. En autorisant le pouvoir réglementaire à fixer lui-même le contenu de ces dispositions, la loi porte atteinte à la répartition des compétences qui résulte des articles 34 et 37 de la Constitution.

- Dans le même sens, l'article 86 de la loi, qui dispose que « *des règlements intérieurs types, prévus par décret en Conseil d'État, déterminent les dispositions prises pour le fonctionnement de chacune des catégories d'établissements pénitentiaires* », est également entaché d'incompétence négative. De même pour l'article 89 qui se limite à habilitier l'administration pénitentiaire à décider du régime de détention sans déterminer précisément les conditions de l'application de tel ou tel régime à un détenu. Sans doute, le législateur est-il intervenu mais il est resté en deçà de sa compétence laissant comme avant l'administration pénitentiaire libre de décider du régime de détention. Et ce, alors même que cet état du droit a été critiqué jusqu'au Conseil d'Etat dont le Commissaire du gouvernement Mattias Guyomar a estimé que, « *compte tenu de l'évolution du statut des détenus* », *il n'était pas exclu qu'il « soit entaché d'incompétence négative »* (CE, Sect. 31 octobre 2008, Section française de l'OIP). La nouvelle rédaction de cet article encourt le même reproche.

- Enfin, la loi renvoie également au décret pour fixer les conditions du recours à l'isolement (articles 92 et 93). L'article 92 se borne à fixer les conditions générales de ce recours à l'isolement, qui est décidé « *par l'autorité administrative* », « *par mesure de protection ou de sécurité* », à l'égard de « *toute personne détenue, sauf si elle est mineure* », « *soit à sa demande, soit d'office* » et ce « *pour une durée maximale de trois* », renouvelable « *pour la même durée qu'après un débat contradictoire* », et prolongeable « *au-delà d'un an qu'après avis de l'autorité judiciaire* ». Quant à l'article 93, il se contente de préciser que « *le juge d'instruction ou le juge*

des libertés et de la détention peut prescrire, par ordonnance motivée, que la personne placée en détention soit soumise à l'isolement aux fins d'être séparée des autres personnes détenues, si cette mesure est indispensable aux nécessités de l'information, pour une durée qui ne peut excéder celle du mandat de dépôt et qui peut être renouvelée à chaque prolongation de la détention. La décision du juge d'instruction peut faire l'objet d'un recours devant le président de la chambre de l'instruction ». Dans les deux cas, le législateur est resté en deçà de sa compétence en laissant à l'autorité administrative le soin de préciser le contenu de ces dispositions qui touchent aux libertés et droits et fondamentaux des détenus. Les dispositions énoncées s'analysent comme de simples habilitations données au pouvoir réglementaire pour déterminer effectivement les règles applicables aux personnes incarcérées.

2) D'autre part, même lorsqu'il ne renvoie pas au décret, le législateur est resté en deçà de sa compétence en adoptant des dispositions trop imprécises.

- Tel est le cas des dispositions qui définissent de manière large les restrictions apportées par l'administration aux droits reconnus aux détenus. Parmi de nombreuses dispositions, nous nous contenterons de citer quelques articles caractéristiques. Par exemple, l'article 22 qui fait figure de disposition générale dans la partie de la loi consacrée aux droits et devoirs des personnes détenues et sur lequel sont calqués de nombreuses dispositions de la loi déferée. Après avoir affirmé que « *l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* », le législateur précise que « *l'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres **restrictions** que celles **résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes*** ». Cette rédaction très générale ne respecte pas les exigences de votre jurisprudence constante qui impose au législateur d'assurer la **conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et les autres droits de valeur constitutionnelle** (Décision 93-325 DC du 13 août 1993). De même, cette rédaction ne prend pas en compte l'évolution récente de la jurisprudence administrative considérant que « *l'exercice de libertés fondamentales susceptibles de bénéficier de la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative dont bénéficient les personnes détenus est subordonné aux contraintes inhérentes à leur détention* » (CE, ord., 27 mai 2005, n° 280866, Section française de l'OIP,

Blandin et Bret). Cet élargissement du champ des restrictions apportées aux droits des détenus se double de l'incertitude qui entoure les notions employées. En effet, la notion de « *sécurité* » et du « *bon ordre* » est nécessairement soumise à des appréciations subjectives de la part du personnel de chaque établissement. Par ailleurs, la manière de concevoir la « *prévention de la récidive* » et la « *protection de l'intérêt des victimes* » est variable selon les conceptions que l'on retient de ces notions. A l'image de cet article 22, de nombreuses dispositions de la loi déferée (notamment les articles 26, 35, 39, 40, 43, 57 et 92) laisse une grande place à la subjectivité des acteurs pénitentiaires ce qui engendre un risque d'arbitraire lors de leur application. D'autant que, telles qu'elles sont libellées, les dispositions de l'article 22 de la loi opèrent un glissement vers une forme de « *privatisation* » des bornes de la liberté, en rupture avec le paradigme libéral traduit par les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789. Les restrictions qui peuvent aujourd'hui, légitimement et dans le respect de la Constitution, être apportées aux droits fondamentaux des personnes détenues dans l'intérêt des victimes sont celles résultant d'une décision de l'autorité judiciaire, prise au nom du peuple français. Demain, la prise en compte d'un intérêt particulier comme motif autorisant la puissance publique à limiter l'exercice d'un droit ou d'une liberté troublera grandement les modalités de mise en balance entre la protection des droits et la sauvegarde du bien commun.

- Le législateur laisse également une grande part au pouvoir discrétionnaire de l'administration pénitentiaire dans la compréhension des conditions dans lesquelles le régime de détention des condamnés peut être déterminé (article 89). Les notions de « *personnalité* », de « *dangereuse* » d'« *efforts en matière de réinsertion* » de la personne détenue sont manifestement trop vagues pour empêcher que l'administration pénitentiaire dispose d'un pouvoir arbitraire.

Pour ces raisons, tenant à la fois au défaut de précision de la loi et au renvoi opéré au décret, le législateur n'a pas respecté l'étendue de sa compétence relevant de l'article 34 de la Constitution qui lui impose de fixer « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » (Décision 86-217 DC, 18 septembre 1986 ; 2000-433 DC, 27 juillet 2000). En permettant à l'administration de faire son droit, il a établi une « *hiérarchie des normes* » totalement inversée en prison, qui fait du détenu une personne subordonnée et

dépendante de la seule volonté de l'administration pénitentiaire.

II. Motifs d'inconstitutionnalité interne

Au-delà du grief général d'incompétence négative dont souffre la loi déferée, nous estimons que certaines de ses dispositions portent atteinte à différents principes constitutionnels. Au préalable, nous souhaitons rappeler que la personne détenue, « *à l'exception de la liberté d'aller et venir, conserve tous les droits puisés dans sa qualité de citoyen* ». En ce sens, les conclusions rendues par Mattias Guyomar sur l'arrêt de section du Conseil d'Etat du 31 octobre 2008 (CE, Sect., n° 293785, 31 octobre 2008, Section de l'OIP), soulignent « *le passage d'un détenu sujet à un détenu citoyen* ». Cette conception du détenu est conforme à l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789, selon lequel « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». La loi qui vous est soumise ne s'inscrit pas dans cette démarche. Il ressort des dispositions qui suivent que le législateur n'a pas respecté les droits dont bénéficient les personnes détenues en vertu de principes à valeur constitutionnelle. Plus précisément, la loi qui vous est soumise porte atteinte à certains principes attachés à la protection de la liberté individuelle (A), à certains principes relevant du droit pénal et de la procédure pénale (B), à la liberté d'expression et de communication (C) aux principes du droit du travail (D), au principe d'égalité devant la loi (E) et, enfin et surtout, au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et de respect de l'intégrité physique (F).

A) L'atteinte aux principes attachés à la liberté individuelle

De manière constante, vous jugez qu'« *il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de*

l'autorité judiciaire » (Décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, décision 2004-492 DC du 2 mars 2004). Selon une jurisprudence récente, vous veillez à ce que les atteintes portées à l'exercice de ces droits soient « **adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi** ; » (Décision 2008-562 DC du 21 février 2008, décision 2009-580 du 10 juin 2009).

Or, méconnaissant les exigences posées par votre jurisprudence en la matière, la loi pénitentiaire qui vous est déférée a violé le droit au respect de la vie privée et familiale (1), le droit à la sûreté et la présomption d'innocence (2) ainsi que les droits processuels qui y sont attachés (3).

1) L'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale

Tout d'abord, il convient de rappeler que les personnes privées de liberté ont, comme tout être humain, le droit au respect de leur vie privée, qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789, et le droit de mener une vie familiale normale, protégé par l'alinéa 10 du Préambule de 1946. Ces droits doivent s'appliquer aux détenus, à la fois dans et en dehors du cadre de la prison. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme estime qu'« *on ne peut (...) exclure que la vie privée d'une personne puisse être affectée par des mesures prises en dehors de son domicile ou de ses locaux privés* » (Cour EDH, 25 septembre 2001, P.G. et J.H. c/ RU). Votre jurisprudence relative aux étrangers reconnaît concernant ces droits que « *des méconnaissances graves sont de nature pour les étrangers comme pour les nationaux à porter atteinte à leur liberté individuelle* » (DC, 22 avril 1997). En l'espèce, la loi qui vous est soumise porte atteinte à ces droits, en particulier au droit de visite, au secret des correspondances et aux droits processuels lesquels assurent l'effectivité de ces droits en permettant d'en sanctionner les éventuelles atteintes.

a) En premier lieu, l'article 35 de la loi contestée permet à l'autorité administrative de « *refuser de délivrer un permis de visite aux membres de la famille d'un condamné, [de] suspendre ou retirer ce permis que pour des motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions* ».

En raison de l'étendue de l'atteinte autorisée au droit à la vie privée et familiale et de

l'indétermination des objectifs poursuivis, le législateur réalise ainsi entre le droit au respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public une conciliation manifestement déséquilibrée. En ce sens, il faut préciser l'importance de l'exercice du droit de visite pour la personne détenue. La réinsertion de la personne condamnée passe en effet par l'entretien de relations avec l'extérieur, notamment avec sa famille mais également avec des personnes proches qui ne relèvent pas toujours du cercle familial traditionnel. Pierre Darbéda, magistrat et auteur de nombreux écrits en sciences criminelles, affirme que « *le développement des capacités des détenus à entretenir des relations avec leurs parents et amis contribue à la préparation de leur réinsertion* ». La Commission a très tôt affirmé qu'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 libération. 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* » (Commission EDH, 8 octobre 1982, Déc. X c/Royaume-Uni)

Par conséquent, la notion de famille inscrite dans la loi doit être appréciée largement par l'autorité administrative pour tenir compte de la réalité de la vie des détenus. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme estime que « *la notion de vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations de facto* » (CEDH 22 avril 1997, X, Y et Z c/ RU). Pour ces raisons, le Conseil constitutionnel devrait au minimum préciser par une réserve d'interprétation que la notion de famille peut englober d'autres relations que celles fondées sur le mariage. En revanche, la censure de cet article s'impose du fait du caractère trop général et imprécis des notions de « *bon ordre* », de « *sécurité* » et de « *prévention des infractions* » qui risque d'autoriser une atteinte au droit de visite pour n'importe quel motif. Sans préciser les motifs concrets qui peuvent justifier une décision de retrait ou de suspension du permis de visite d'un proche du détenu, le législateur n'a pas suffisamment encadré le champ de l'atteinte portée qui dépasse celui de l'ordre public. En se bornant à énoncer les objectifs poursuivis par la mesure restreignant le droit de visite sans prévoir d'autres garanties, l'article 35 porte une atteinte manifestement disproportionnée au droit à la liberté individuelle.

b) Dans le même sens, l'article 40 permet à l'administration pénitentiaire de contrôler et de retenir le courrier adressé aux détenus lorsque « *cette correspondance paraît compromettre gravement leur réinsertion ou le maintien du bon ordre et la sécurité* ».

Cet article porte atteinte au secret des correspondances que votre jurisprudence a explicitement rattaché à l'article 2 de la Déclaration de 1789 (Décision 2004-492 DC du 2 mars 2004). Il convient de reconnaître le droit de correspondance aux détenus. Cette reconnaissance s'impose eu égard à la nécessité de resocialiser la personne détenue « *afin de lui permettre de mener une vie responsable* », au sens de l'article 1^{er} de la loi. Elle s'impose également au regard de la jurisprudence européenne selon laquelle « *le simple contrôle de la correspondance des détenus par les autorités est constitutif d'une « ingérence », au sens de l'article 8, dans l'exercice du droit de ces derniers au respect de celle-ci* ».

Pour apprécier la restriction portée au droit à la vie privée, il convient de noter que la disposition critiquée élargit les possibilités de rétention par rapport au droit en vigueur qui les limite aux cas de « *menaces précises contre la sécurité des personnes ou celles des établissements* ». Par l'imprécision des termes de « *bon ordre* », de « *sécurité* » et de « *réinsertion* » employés pour justifier l'ingérence au secret des correspondances, le risque de décision arbitraire de l'administration pénitentiaire est d'autant plus grand qu'il n'y a aucune obligation de motiver la rétention. Dès lors, on ne peut que douter du caractère adapté, nécessaire et proportionné de l'atteinte portée à la vie privée au regard de l'objectif préventif du législateur. A titre d'exemple, dans l'affaire *Lavents c. Lettonie* du 28 septembre 2002, la Cour de Strasbourg juge qu'une mesure de *saisie et de dépouillement de la correspondance* est constitutive d'une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa correspondance. Elle relève que cette mesure fut ordonnée par un juge sur le fondement d'une disposition du code de procédure pénale qui autorise une telle mesure à l'encontre des personnes accusées de crime ou de délit grave ou particulièrement grave. Selon la Cour, cette disposition laisse aux juridictions une **trop grande latitude** en se bornant à identifier des catégories d'infractions, **sans indiquer la durée de la mesure ou les raisons pouvant la justifier**. La Cour note à cet égard que le contrôle de la correspondance du requérant ordonné en 1997 continue à s'appliquer à ce jour. De l'avis de la Cour, **la loi appliquée n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation dans ce domaine**. Elle estime dès lors que cette ingérence n'était pas prévue par la loi, et conclut à la violation de l'article 8 de la Convention.

c) Enfin, l'article 58 de la loi prévoit l'installation de caméras de surveillance « *dans les espaces collectifs présentant un risque d'atteinte à l'intégrité physique des personnes au sein des établissements pénitentiaires* ». Selon votre jurisprudence, « *la mise en œuvre de systèmes de vidéosurveillance doit être assortie de garanties de nature à sauvegarder l'exercice de ces libertés individuelles* » (Décision 94-352 DC du 18 janvier 1995). Vous avez précisé que le législateur, « ***compte tenu des risques que peut comporter pour la liberté individuelle l'installation de systèmes de vidéosurveillance, ne peut subordonner à la diligence de l'autorité administrative l'autorisation d'installer de tels systèmes sans priver alors de garanties légales des principes constitutionnels*** ». Si, dans votre décision 2004-492 du 2 mars 2004, ces garanties légales étaient réunies parce que l'utilisation des images enregistrées était limitée dans le temps, subordonnée à l'autorité judiciaire et accompagnée de garanties procédurales appropriées, rien dans la loi déferée ne limite l'atteinte portée à l'intimité de la personne. Aucune précision n'est apportée sur les lieux, les horaires et l'utilisation de ces enregistrements vidéo. De ce fait, l'atteinte portée à la vie privée par la loi qui vous est soumise est en l'espèce disproportionnée au regard de l'objectif de sécurité poursuivi.

2) L'atteinte au droit à la sûreté et au respect de la présomption d'innocence

Le droit à la sûreté, protégé à la fois par l'article 2 de la Déclaration de 1789 et par l'article 66 de la Constitution qui interdit toute détention arbitraire, et le respect de la présomption d'innocence, garanti par l'article 9 de la Déclaration de 1789, sont gravement mis en cause par la loi déferée dans son article 71 relatif à la détention provisoire (a) et dans son article 57 relatif aux fouilles (b).

a) L'article 71 ouvre, à titre exceptionnel, la possibilité de placer une personne mise en examen en détention provisoire. Cette disposition, qui intègre à l'article 137 du code de procédure pénale l'assignation à résidence avec surveillance électronique, porte une atteinte grave à la liberté individuelle et la présomption d'innocence.

Selon votre jurisprudence, si « *le principe de présomption d'innocence, proclamé par l'article 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à*

des mesures restrictives ou privatives de liberté, avant toute déclaration de culpabilité, une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un délit ou d'un crime ;(…) c'est toutefois à la condition que ces mesures soient prononcées selon une procédure respectueuse des droits de la défense et apparaissent nécessaires à la manifestation de la vérité, au maintien de ladite personne à la disposition de la justice, à sa protection, à la protection des tiers ou à la sauvegarde de l'ordre public ; » (Décision 2002-461 DC du 29 août 2002). En outre, « *la détention provisoire n'est possible que si la mesure est indispensable ou s'il est impossible d'en prendre une autre ; »* et « *les règles posées par les articles 137 à 137-4, 144 et 145 du code de procédure pénale doivent être respectées ; »* (Décision 2002-461 DC, préc.).

La loi déferée ne respecte aucune de ses exigences. En effet, la loi ne permet pas de limiter la durée de la détention provisoire alors même qu'elle affirme le principe de la présomption d'innocence selon lequel « *toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre* » (article 71). En permettant une restriction aussi grave à la présomption d'innocence et à la liberté d'aller et venir sans l'entourer d'aucune garantie, la loi française n'a pas assuré la conciliation nécessaire entre la sauvegarde de l'ordre public et les droits constitutionnels précités. A cet égard, il n'est pas anodin que la France ait déjà été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour une détention provisoire ayant excédée une « *durée raisonnable* » (Cour EDH, 9 nov. 1999, Debboub alias Hiseini Ali c. France). Pour cette raison, l'article 71 doit être déclaré contraire à la Constitution.

b) L'article 57 justifie le recours aux fouilles «*par la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement* ». En soumettant le recours aux fouilles à de simples présomptions, le législateur a porté à la liberté individuelle et à la présomption d'innocence une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Dans votre jurisprudence relative aux fouilles de véhicules, vous avez constaté l'existence d'une violation des principes attachés à la protection de cette liberté « *en raison de l'étendue des pouvoirs conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère trop général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer, en dehors de la mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels, sans qu'une infraction ait été commise et sans que les*

*contrôles soient subordonnés à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public » et « de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ces pouvoirs seraient susceptibles de donner lieu » (Décision 76-75 DC du 12 janvier 1977). Vous avez également précisé concernant ces fouilles que « l'autorisation d'y procéder doit être donnée par l'autorité judiciaire, gardienne de cette liberté en vertu de l'article 66 de la Constitution. En permettant ces opérations sans prévoir leur autorisation préalable par l'autorité judiciaire et en se bornant à indiquer que celle-ci est informée des instructions données par le préfet, le législateur a méconnu les dispositions de l'article 66 de la Constitution » (Décision 94-352 DC du 18 janvier 1995). Ces exigences posées dans le domaine des fouilles de véhicule s'imposent *a fortiori* dans le domaine des fouilles prévues à l'article 57. Or, compte tenu de la généralité des conditions posées par cet article pour le recours aux fouilles, et de l'appréciation subjective à laquelle elles renvoient, tant pour la présomption d'infraction que pour l'évaluation du risque que présente le détenu pour la sécurité et le maintien du bon ordre au sein de l'établissement, le législateur a manifestement méconnu les exigences constitutionnelles de votre jurisprudence en la matière.*

En outre, il est impossible d'ignorer en ce domaine la jurisprudence administrative récente qui précise les conditions dans lesquelles un tel régime de fouilles peut légalement s'appliquer. Dans une formulation de principe, le Conseil d'Etat a affirmé que *« si les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire peuvent légitimer l'application à un détenu d'un régime de fouilles corporelles intégrales répétées, c'est à la double condition, d'une part, que le recours à ces fouilles intégrales soit justifié, notamment, par l'existence de suspicions fondées sur le comportement du détenu, ses agissements antérieurs ou les circonstances de ses contacts avec des tiers et, d'autre part, qu'elles se déroulent dans des conditions et selon des modalités strictement et exclusivement adaptées à ces nécessités et ces contraintes ; qu'il appartient ainsi à l'administration de justifier de la nécessité de ces opérations de fouille et de la proportionnalité des modalités retenues »*. (CE, Sect., 10ème et 9ème ss-sect. réunies, n ° 315622, 14 novembre 2008 M. EL.S.). Ces principes posés par la haute juridiction administrative rejoignent les préoccupations de votre jurisprudence concernant la précision de la loi et la triple exigence d'adaptation, de nécessité et de proportionnalité des atteintes portées aux droits constitutionnels. Or, la loi qui vous est soumise ne répond pas à ces conditions. En effet, elle n'est pas assez précise, non seulement en ce qui concerne la justification du recours aux fouilles, fondée sur l'existence d'une présomption d'infraction ou d'un risque que

ferait courir le comportement du détenu, mais également dans la détermination de la mise en œuvre de ces fouilles, par des modalités qui ne respectent pas l'exigence de nécessité et de proportionnalité. Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 57 de la loi déferée ne semble pas pouvoir échapper à votre censure.

3) L'atteinte aux droits processuels

Au-delà des atteintes portées aux droits attachés à la liberté individuelle, la loi déferée méconnaît les droits processuels qui permettent aux détenus de sanctionner ces atteintes. En ce sens, certaines dispositions législatives de la loi déferée ne garantissent pas le droit au recours (a), l'obligation de motivation (b) et la protection de l'autorité judiciaire (c).

a) Le droit au recours, qui garantit le respect des droits et libertés de valeur constitutionnelle, bénéficie au détenu comme à toute personne qui réside sur le territoire de la République (Décision 93-325 DC, 13 août 1993). Or, dans la majorité de ses dispositions, la loi déferée ne prévoit pas de recours contre les décisions de l'administration pénitentiaire. Tel est le cas des mesures prises par l'administration dans la mise en œuvre de l'acte d'engagement (article 33), en matière de restriction du droit de visite (article 35), dans le cadre du contrôle des correspondances (article 40), pour interdire l'accès aux publications écrites ou audio-visuelles (article 43), pour s'opposer au choix d'un aidant (article 50) dans le recours aux fouilles (article 57) ou le placement en régime de détention spécifique (article 89). Par cette lacune, gravement préjudiciable aux détenus, la loi prive de garanties les droits constitutionnels dont ils bénéficient et auxquels l'administration peut porter atteinte.

Ce recul des garanties législatives de droits constitutionnels est d'autant plus grave que le juge administratif a récemment étendu son contrôle à certains actes de l'administration pénitentiaire affectant les droits des détenus, par trois décisions d'assemblée du 14 décembre 2007, concernant une décision soumettant un détenu à un transfèrement d'un établissement pour peines vers une maison d'arrêt (CE, Ass., n° 290730), concernant une décision par laquelle l'administration pénitentiaire avait privé un détenu de l'emploi qu'il exerçait au sein de l'établissement dans lequel il était incarcéré (CE, Ass., n° 290420), et concernant une décision

soumettant un détenu à des « rotations de sécurité » - changements d'affectation fréquents d'un établissement à un autre sur décision de l'administration pénitentiaire afin de prévenir toute tentative d'évasion – (CE, Ass., n° 30643), puis dans un arrêt du 14 novembre 2008 relatif à une demande de suspension du régime spécial de fouilles corporelles intégrales dans le cadre d'un référé-liberté (CE, 14 novembre 2008, préc.). Pour admettre la recevabilité d'un recours dirigé contre une décision de l'autorité pénitentiaire, le Conseil d'Etat apprécie la nature ainsi que l'importance des effets de cette décision sur la situation des détenus. L'application de ces critères par le juge conduit à une appréciation différenciée du droit au recours, et malgré les progrès que cette jurisprudence exprime, crée une insécurité juridique. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que le changement d'affectation d'un condamné d'un centre de détention vers une maison centrale faisait l'objet d'une présomption d'injusticiabilité, susceptible d'être levée destinataire de l'acte démontre que celui-ci met en jeu un droit fondamentale, lors même qu'une telle mesure a pour objet et pour effet de le soumettre à un régime de détention plus sévère (CE, 3 juin 2009, *Miloud B.*, n°310 100). Dès lors, Il revenait au législateur de reprendre la compétence qui est la sienne pour préciser les voies de recours à la disposition des détenus, à l'instar de ce qu'il a fait en matière de recours à l'isolement.

L'inscription aux articles 91 et 92 de la possibilité d'exercer un recours en référé respectivement contre une décision de placement en quartier disciplinaire ou en confinement et une décision de placement en isolement s'explique sans doute par la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg en 2007 (Cour EDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*), décision à la suite de laquelle le Conseil d'Etat a annulé les dispositions du décret de 2006 relatives aux mesures judiciaires de mise à l'isolement, du fait de l'absence de possibilité de recours contre celles-ci (CE, Sect., 31 octobre 2008, préc.) et a étendu son contrôle de l'excès de pouvoir aux mesures de placement en cellule d'isolement, prises à titre disciplinaire ou à titre préventif (CE, 1re et 6e ss-sect., 17 décembre 2008, n° 293786, Section française de l'OIP). Or, il faut rappeler que ce recours en référé est soumis à une condition d'urgence qui n'est pas présumée remplie par la loi déferée, contrairement à ce qui avait été admis par le Sénat. Pourtant, en raison de la situation particulièrement difficile vécue par une personne soumise à un tel régime, il aurait été nécessaire de présumer l'existence d'une urgence afin de statuer sur le maintien de cette décision et de faire cesser une atteinte aussi grave à la liberté individuelle le plus rapidement possible. En ce sens, votre jurisprudence protège le droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16

de la Déclaration de 1789 (Décision 2004-492 DC du 2 mars 2004) et implique d'instituer une présomption d'urgence dans le cas du contrôle de ces mesures d'isolement par référé.

b) Concernant d'autre part, l'obligation de motivation des décisions portant atteinte à la liberté individuelle, il faut également relever les lacunes de la loi déferée en la matière. Si les décisions qui restreignent le droit de visite doivent être justifiées au regard des objectifs précisés à l'article 35, il ne ressort pas de la lecture de cet article qu'elles doivent être motivées. Il en est de même de l'interception de courriers qui, en vertu de l'article 40, est simplement notifiée à la personne, du refus d'accès aux publications permis par l'article 43, ainsi que du placement en régime de détention spécifique en vertu de l'article 89 et du recours à l'isolement décidé à titre préventif selon les conditions prévues à l'article 92.

Selon doute, « ***les règles et principes de valeur constitutionnelle n'imposent pas par eux-mêmes aux autorités administratives de motiver leurs décisions dès lors qu'elles ne prononcent pas une sanction ayant le caractère d'une punition*** » (Décision 2004-497 DC du 1er juillet 2004). Mais en l'espèce, compte tenu de la gravité de ces mesures et des atteintes qu'elles portent à la liberté individuelle, il apparaît que l'absence de motivation conduit à priver de garanties les droits constitutionnels. En ce sens, une décision récente de la Cour européenne rendue contre la France précise que « *d'après la circulaire d'application du décret du 21 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'isolement des détenus, la décision de mise à l'isolement doit être motivée. L'isolement ne constitue pas une mesure disciplinaire et la seule référence à l'appartenance au grand banditisme, ou à un risque d'évasion, non étayé, est insuffisante.* » (Cour EDH, 9 juillet 2009, Khider c. France). La Cour de Strasbourg juge sur le terrain de l'article 3 de la CEDH, qui juge que « *les décisions de prolongation d'un isolement qui dure devraient être motivées de manière substantielle afin d'éviter tout risque d'arbitraire. 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. Il conviendrait 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 adoptées par le Comité des Ministres le 11 janvier 2006.* » (CEDH,

Gde Ch., *Ramirez Sanchez c/France*, 4 juillet 2006, §139 Ainsi, nous vous demandons de consacrer cette obligation de motivation contre toutes les décisions qui, bien qu'elles ne constituent pas des sanctions, sont susceptibles de porter atteinte à des libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle. Comme vous avez soumis les mesures de rétention de sûreté au respect des mêmes principes constitutionnels que ceux applicables aux peines sans pour autant qualifier les mesures de rétention de peine.

c) En vertu de l'article 66 de la Constitution, la liberté individuelle est placée sous la protection de l'autorité judiciaire. Or, la loi déferée porte atteinte à cette exigence constitutionnelle au moins dans deux domaines, le recours à l'isolement et les régimes différenciés.

En ce qui concerne le recours à l'isolement, l'article 92 ne prévoit l'intervention de l'autorité judiciaire qu'au-delà d'un an et sous la forme d'un simple avis.

Quant aux régimes différenciés, l'article 89 relatif aux conditions dans lesquelles les détenus sont placés dans les régimes de détention prévoit seulement que le projet initial établi par les services pénitentiaires et le détenu, ainsi que ces modifications éventuelles, sont « *portés à la connaissance du juge de l'application des peines* ». Cette formulation est manifestement insuffisante. Le Conseil d'Etat, en effet, a censuré la disposition réglementaire omettant de prévoir l'intervention de l'autorité judiciaire dans le cadre des décisions ayant pour objet et pour effet de changer le régime d'exécution des peines (CE, Sect. 1979, *CAP, GMP et SM*, JCP. II.19242, concl. Franck). « Portés à la connaissance » est une formule qui ne suffit pas à protéger la liberté individuelle en ce qu'elle laisse à l'administration le soin de déterminer le choix du régime et le passage de l'un à l'autre en dehors de tout contrôle de l'autorité judiciaire. Et ce d'autant plus que l'article 89 ne prévoit pas un droit de recours au profit du détenu. En l'espèce, la loi déferée prive donc de garanties légales l'exigence constitutionnelle selon laquelle l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle.

B) L'atteinte aux principes du droit pénal et de la procédure pénale

La loi déferée, dans ces dispositions qui touchent à l'exécution des peines privatives de liberté, contrevient à certains principes relevant du droit pénal et de la procédure pénale. Selon votre jurisprudence en la matière, « *il résulte des dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789 comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de la légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense. Ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* » (Décision 88-248 du 17 janvier 1989). A la lumière de ces exigences, il apparaît que les dispositions législatives contestées portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines (1), aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines (2), au principe d'individualisation des peines (3) et au principe du respect des droits de la défense (4).

1) L'atteinte au principe de légalité des délits et des peines

Le principe de légalité des délits et des peines, qui découle des articles 7 et 8 de la Déclaration de 1789, impose au législateur de déterminer dans des termes clairs et précis à la fois la nature des incriminations et des sanctions. Ces exigences s'appliquent, conformément à votre jurisprudence, au régime disciplinaire des personnes détenues. Or, en la matière, le législateur, dans l'article 91 de la loi déferée, renvoie au décret le soin de préciser le contenu des fautes disciplinaires et les différentes sanctions disciplinaires encourues, en se contentant de poser le principe selon lequel les fautes « *sont classées selon leur nature et leur gravité* » et les sanctions « *selon le degré de gravité des fautes commises* ». Il n'est pas besoin de s'étendre plus longuement sur cette disposition pour se convaincre qu'elle viole le principe de légalité en matière répressive, au double motif de son imprécision et du renvoi qu'elle opère au décret.

2) L'atteinte aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines

Le principe de nécessité et de proportionnalité des peines, protégé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, s'applique tant à l'exécution de la peine (a) qu'au régime disciplinaire des détenus (b). Or, dans ces deux domaines, la loi qui vous est soumise viole ces principes.

a) En ce qui concerne l'exécution de la peine, il convient de rappeler, comme vous l'avez jugé dans la décision précitée, que **« l'administration est tenue de respecter les principes de proportionnalité et de nécessité des peines dans la mise en œuvre de la répression »**. Ainsi, ces principes doivent s'appliquer aux différents régimes de détention évoqués à l'article 89 de la loi déferée. Or, aux termes de cet article, le régime de détention **« est déterminé en prenant en compte leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale »**. Cette rédaction laisse à l'administration une large marge d'appréciation pour définir, après la condamnation, les modalités selon lesquelles la personne détenue va exécuter la peine privative de liberté. Or, l'évaluation à laquelle est soumise cette détermination ne peut, en raison des notions floues sur lesquelles elle se fonde, satisfaire les principes de nécessité et de proportionnalité de la peine.

b) Le régime disciplinaire des détenus dont le cadre général est posé par l'article 91 de la loi, doit être soumis au respect des mêmes principes. Comme vous l'avez jugé, **« le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à assurer les droits et libertés constitutionnellement garantis. En particulier doivent être respectés les principes de la nécessité et de la légalité des peines, ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle »** (Décision 2000-433 DC du 27 juillet 2000 ; 2009-580 DC du 10 juin 2009).

Or, l'article 91 dispose que les différentes sanctions disciplinaires sont encourues « *selon le degré de gravité des fautes commises* », en précisant que « *le placement en cellule disciplinaire ou le confinement en cellule individuelle ordinaire ne peuvent excéder vingt jours, cette durée pouvant toutefois être portée à trente jours pour tout acte de violence physique contre les personnes* ». Cette disposition ne respecte pas les exigences qu'implique le respect du principe de nécessité et de proportionnalité des peines. D'une part, parce qu'elle ne précise pas les sanctions encourues en fonction des fautes potentielles. D'autre part, en ce qu'elle ne justifie pas la nécessité de l'encellulement disciplinaire ou du confinement en vue de sanctionner la commission d'une faute disciplinaire. Enfin et surtout, en raison de la durée maximale de placement qui est fixée. En dépit de la réduction à 30 jours de la durée maximale du placement en cellule de punition qu'il opère, le texte fait du régime disciplinaire pénitentiaire l'un des plus sévères d'Europe. Ainsi, les *maxima* de l'isolement punitif sont de 3 jours en Ecosse et en Irlande, 9 jours en Belgique, 14 jours en Angleterre, 15 jours aux Pays-Bas et 28 jours en Allemagne (en vertu de la loi pénitentiaire de 1976). En Espagne, la sanction la plus sévère correspond à notre sanction de confinement en cellule ordinaire, pour une durée de 14 jours maximum (régime général), ou au-delà et jusqu'à 40 jours maximum sur décision du juge de la vigilance pénitentiaire. De même, en Italie, le confinement en cellule pour une durée maximale de 15 jours constitue la sanction la plus sévère. C'est ce qui a conduit la Commission d'enquête du Sénat à affirmer que « *la durée maximale de placement dans le quartier disciplinaire, qui est aujourd'hui de 45 jours, [devait] être réduite à 20 jours* » (Prisons : une humiliation pour la République, p. 194). Si en 2003 le juge administratif a estimé que le placement pour « *une durée de mise en cellule disciplinaire de quarante-cinq jours* » ne méconnaissait pas le principe de nécessité des peines « *en tant qu'il prévoit une durée de mise en cellule disciplinaire de quarante-cinq jours pour des infractions particulièrement graves à la discipline des établissements* » (CE, Sect, 6^{ème} et 4^{ème} ss sect. réunies, 30 juillet 2003, n° 253973, Section française de l'OIP), il faut rappeler que la disposition qui vous est soumise ne précise pas le degré de gravité des fautes commises mais seulement que cette durée maximale est encourue pour tout acte de violence contre les personnes. Cette imprécision tend à caractériser la violation des principes de nécessité et de proportionnalité des peines.

3) L'atteinte au principe du respect des droits de la défense

Le principe du respect des droits de la défense, qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Décision 2006-535 DC du 30 mars 2006), s'applique, comme vous l'avez précédemment jugé (Décision 2004-492 DC, préc.) à l'exécution des peines, mais également à la procédure disciplinaire qui relève de la matière répressive (Décision 88-248, préc.). Or, la loi qui vous est soumise méconnaît le droit au juge (b) ainsi que le principe d'indépendance et d'impartialité du tribunal (b).

a) Le droit à un recours juridictionnel, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Décision 2004-492 DC, préc.), participe au respect des droits de la défense. Il est mis en cause par l'article 84 qui simplifie les procédures en matière d'aménagement de peines concernant les condamnés incarcérés. Selon la procédure prévue, la décision d'aménagement de la peine est préparée par le service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP). Or, « *en cas d'absence de projet sérieux d'insertion ou de réinsertion ou d'impossibilité matérielle de mettre en place une mesure d'aménagement* », il adresse au procureur, ainsi qu'au juge de l'application des peines, un « *rapport motivé expliquant les raisons pour lesquelles un aménagement de peine ne peut être proposé et en informe le condamné* ». Dans cette hypothèse, la loi ne prévoit pas la possibilité pour le condamné de contester la décision devant le juge de l'application des peines. Elle porte ainsi atteinte au droit au juge. Dans le cas contraire, le directeur du SPIP transmet la proposition au procureur. S'il estime la proposition justifiée, le juge d'application des peines est réduit à un rôle d'homologation. Cette disposition porte également atteinte au principe du respect des droits de la défense qui « ***implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties et, en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement, laquelle concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle*** » (Décision 95-360 DC du 2 février 1995). Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 84 porte atteinte au droit au juge, composante des droits de la défense.

b) Aux termes de l'article 91 de la loi déferée, la commission disciplinaire « *doit comprendre au moins un membre extérieur à l'administration pénitentiaire ;* ». En permettant que cette

commission soit quasi exclusivement composée par des membres appartenant à l'administration pénitentiaire, c'est-à-dire à la fois juge et partie, la loi porte atteinte au principe d'indépendance et d'impartialité du juge, qui doit s'appliquer à toute commission disciplinaire prononçant des sanctions. Or, la composition de la commission disciplinaire telle qu'elle est prévue à l'article 91 contrevient à l'exigence de séparation des autorités de poursuite et de jugement posée par votre jurisprudence précitée. Sans doute le Conseil d'Etat a jugé dans sa décision précédemment citée que « *les mesures disciplinaires prises à l'égard des détenus, même prises en commission de discipline, ne sont pas prononcées par un tribunal ;* », écartant ainsi le moyen tiré de la méconnaissance, par le décret contesté, des exigences de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, (CE 30 juillet 2003, n° 253973, préc.). Le Conseil d'Etat a considéré que si la répression disciplinaire des détenus relevait bien du volet pénal de l'article 6 de la Convention, l'absence de caractère collégial de la commission faisait obstacle à l'application de cette stipulation, selon les critères dégagés par la jurisprudence d'Assemblée Didier 3 déc 99. Or, cette jurisprudence n'est pas conforme à celle de la Cour de Strasbourg qui a jugé en la matière que « *l'article 6 est applicable à la procédure disciplinaire pénitentiaire quand elle a pour conséquence, de fait, l'allongement de la durée de la détention initialement prévue* » (CEDH 9 oct. 2003, Ezeh et Connors c. Royaume-Uni). La loi Perben II ayant institué un système de « crédit de peine » conduisant directement, en cas de sanction disciplinaire, à la perte des réductions automatiques de peines et donc à l'allongement de la détention, cette jurisprudence européenne s'applique à la procédure disciplinaire pénitentiaire française. Au demeurant, Mattias Guyomar a récemment affirmé que la solution retenue dans l'arrêt OIP du 30 juillet 2003 répond à des considérations de politique jurisprudentielle et de bonne administration (conclusions sous l'arrêt CE, 27 oct. 2006, *M. Parents et autres*, reproduites aux Petites affiches, LPA, 20 déc. 2006, p.4). Dès lors, la violation par l'article 91 de la loi déferée des droits de la défense ne fait aucun doute.

C) L'atteinte à la liberté d'expression et de communication

Vous avez rappelé, dans une décision récente, que « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté*

doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » (Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009). Or, en prévoyant qu'il est loisible à l'administration pénitentiaire d'« interdire l'accès des personnes détenues aux publications contenant des menaces graves contre la sécurité des personnes et des établissements ou des propos ou signes injurieux ou diffamatoires à l'encontre des agents et collaborateurs du service public pénitentiaire ainsi que des personnes détenues », la loi déferée a méconnu les exigences résultant de l'article 11 de la Déclaration de 1789.

a) En premier lieu, une telle entrave à la liberté d'expression et de communication ne peut passer pour nécessaire. Il convient de noter que les dispositions litigieuses étendent considérablement les pouvoirs de l'administration en la matière. La réglementation actuelle rend en effet possible la retenue des publications dans les seuls cas de « *menaces précises contre la sécurité* ». Elle prévoit également que la décision ne peut être prise que par le ministre de la justice, là où les dispositions nouvelles renvoient à l'autorité administrative, sans plus de précision. La notion de propos injurieux ou diffamatoires à l'encontre des agents de l'administration pénitentiaire retenue par la loi est particulièrement large. Elle confère dès lors à l'autorité administrative le pouvoir de priver les personnes détenues du droit à accéder à des informations faisant état de dysfonctionnements de ses services, telles que celles rendues publiques par les instances chargées par le législateur de leur contrôle, ou encore par les organisations de défense des droits de l'homme.

Dans un arrêt *Yankov c/Bulgarie* du 11 décembre 2003, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que « *La liberté d'expression constitue un des fondements essentiels à la société démocratique et une des conditions de base pour la progression de celle-ci et pour l'épanouissement de chaque individu. Le §2 de l'article 10 s'applique non seulement à « l'information » ou aux « idées » qui sont favorablement vues ou jugées inoffensives ou indifférentes, mais aussi à ceux qui offensent, choquent ou dérangent. Tels sont les demandes de pluralisme, tolérance et ouverture d'esprit sans quoi il n'y aurait pas de « société démocratique* ». Les juges européens ont fait valoir que « *dans une société démocratique, les individus ont droit de commenter et de critiquer l'administration de la justice et les agents du service. Les limites d'une critique acceptable concernant les fonctionnaires peuvent dans certaines circonstances*

s'étendre au-delà de celles concernant les personnes privées ».

Ensuite, l'atteinte à la liberté d'expression et de communication ainsi consacrée par la loi n'est pas entourée des garanties adéquates, eu égard à la nature de la liberté en cause. Là où la réglementation en vigueur prévoit que la retenue des publications relève du ministre de la Justice, la loi entreprise se borne à énoncer que ce pouvoir est entre les mains de l'autorité administrative, permettant ainsi à tout chef d'établissement de prendre pareille mesure. Il ne peut pourtant revenir qu'à un juge de prendre une mesure aussi radicale que l'interdiction de diffusion d'une publication.

D) L'atteinte aux principes du droit du travail

Même si l'appellation de « travail » n'est pas clairement consacrée dans la loi pénitentiaire, l'obligation d'activité (article 27) et l'acte d'engagement (article 33) prévus par la loi semble bien devoir relever des principes du droit du travail. Or, les dispositions législatives contestées soustraient le travail en prison aux exigences constitutionnelles en matière sociale.

1) L'obligation d'activité instituée par l'article 27 de la loi déferée pose un problème au regard de la liberté de ne pas travailler, qui découle de la liberté individuelle. Si le rapporteur de la commission des Lois au Sénat se défend d'avoir rétabli l'obligation de travail, il admet que *« la réinsertion du détenu passe par l'exercice pendant la détention d'une activité destinée à favoriser la socialisation de la personne qu'il s'agisse d'emploi, de formation professionnelle, de cours, d'alphabétisation, d'activités socio-culturelles ou sportives »*. Il peut donc s'agir de l'exécution d'un travail. Cette obligation a d'ailleurs été pensée comme contrepartie de l'aide en nature allouées aux détenus dont les ressources sont inférieures à un certain montant pour améliorer leurs conditions matérielles d'existence (article 31) qui a remplacé le projet d'instaurer le RMI ou le RSA au profit des détenus. Or, si l'article 29 prévoit la consultation des détenus, leur accord n'est pas requis puisqu'il s'agit d'une obligation et non d'une faculté d'exercer *« au moins l'une des activités qui lui est proposée par le chef d'établissement et le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation dès lors qu'elle a pour finalité la réinsertion de l'intéressé et est adaptée à son âge, à ses capacités, à son handicap et à sa personnalité »*. En ce

sens, ce dispositif est contraire à la convention n° 29 de l'OIT qui impose aux Etats l'ayant ratifiée de supprimer « *le travail forcé ou obligatoire* » (article 1) qui réserve seulement le cas du « travail ou service exigé d'un individu comme conséquence d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire » (article 2 § 2 c). En outre, le droit français subordonnant le bénéfice de réductions de peine à la réussite d'« *un examen scolaire, universitaire ou professionnel* » (article 721-1 du code de procédure pénale), le choix du détenu n'apparaît plus totalement libre. En pratique, le travail en prison peut donc être appréhendé comme un travail forcé au sens de l'Organisation Internationale du Travail, à savoir un travail « *exigé sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré* » (article 2 § 1). En conséquence, l'obligation d'activité porte atteinte tant au droit à la liberté individuelle qu'aux principes du droit du travail, tels qu'ils sont protégés tant par les conventions internationales qui engagent la France que par le Préambule de la Constitution 1946.

2) Prévu à l'article 33, l'acte d'engagement passé entre l'administration pénitentiaire et les personnes détenues pour leur participation aux activités professionnelles déroge, faute de contrat de travail, au droit commun du travail, sauf en ce qui concerne « *les dispositions relatives à l'insertion par l'activité économique prévues aux articles L. 5132-1 à L. 5132-17* », qui s'applique en vertu de ce même article. En résulte l'incompétence des juridictions sociales pour connaître des litiges opposant le détenu à son employeur, à l'instar de ce qui a été jugé par la Cour de cassation (Cass., Soc. 17 décembre 1996).

Or, de jurisprudence constante, vous considérez qu'« ***il appartient à la loi qui, en vertu de l'article 34 de la Constitution, fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et détermine les principes fondamentaux du droit au travail, de poser des règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre d'intéressés*** » (Décision 85-200 DC, 16 janvier 1986 ; 98-401 DC, 10 juin 1998). Le droit pour chacun d'obtenir un emploi qui découle de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 s'applique à tous les citoyens, y compris à ceux qui sont détenus. Or, comme l'a souligné le sénateur Loridant, « *un travail sans droit et sans contrat n'est pas un travail. Trop éloigné du régime du travail à l'extérieur, il ne peut préparer une future réinsertion* » (Prisons : le travail à la peine, Les rapports du Sénat, n° 330, 2001-2002). En ce sens, un spécialiste de droit social, Philippe

Auvergnon, affirme que « *tel qu'il est organisé aujourd'hui, le travail ne participe pas à l'objectif de réinsertion sociale et professionnelle qu'il est censé remplir* » (Dedans dehors, n° 55, OIP, mai-juin 2006). Par conséquent, l'acte d'engagement passé par le détenu avec l'administration doit prendre la forme d'un contrat de travail, ainsi que l'exige le droit de travail. Nous ne voyons pas de raisons objectives de soustraire totalement le travail en prison au droit commun en la matière. Ainsi, en permettant que se développe en prison un droit autonome du travail dépourvu de tout lien avec le droit commun du travail les articles 32 et 33 portent également atteinte au principe d'égalité devant la loi. Au regard de la finalité de la loi, ni la situation particulière de détenu ni évidemment l'intérêt général ne peuvent justifier que les règles du droit commun en matière de rémunération, de relation contractuelle, de santé, de durée, ... ne s'appliquent pas aux détenus qui travaillent. Pour ces raisons, l'article en cause ne peut éviter la censure.

E) L'atteinte au principe d'égalité devant la loi

La loi contestée contrevient au principe d'égalité devant la loi protégé par l'article 6 de la Déclaration de 1789. Selon votre jurisprudence constante, « ***le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*** » (Décision 87-232 DC du 7 janvier 1988 ; 2009-578 DC du 18 mars 2009).

Les atteintes portées au principe d'égalité par la loi déferée concernent principalement la vidéosurveillance (1), les aménagements de peine (2), les régimes différenciés (3) et l'obligation d'activité (4)..

1) En ce qui concerne la vidéosurveillance, l'article 58 qui prévoit l'installation de caméras au sein des établissements pénitentiaires, dispose que « *cette faculté constitue une obligation pour l'ensemble des établissements pénitentiaires dont l'ouverture est postérieure à l'entrée en vigueur de la présente loi* ». Or, l'établissement d'une telle distinction entre les établissements ayant ouvert avant et après l'entrée en vigueur de la loi crée une différence de traitement entre les

détenus qui ne se justifie ni par une différence de situation entre les détenus, en raison notamment des fréquents transferts d'un établissement à un autre, ni par des raisons d'intérêt général, puisque l'objectif poursuivi par cette mesure est la sécurité des détenus à laquelle chacun d'eux a droit. En ce sens, cette disposition est manifestement contraire à votre jurisprudence en matière de principe d'égalité, et doit donc être déclarée inconstitutionnelle.

2) En ce qui concerne les **aménagements de peine**, les articles 66, 81 et 84 distinguent les détenus primo-délinquants et les détenus récidivistes, tant dans la détermination des conditions d'obtention de ces aménagements que dans la procédure applicable. Or, sans discuter du point de savoir si le durcissement des conditions d'obtention des aménagements de peines pour les détenus récidivistes est le meilleur moyen contre la récidive, il suffit de constater que l'objectif de la loi déferée n'est pas de lutter contre la récidive (de nombreuses lois ont eu cet objet ces dernières années) mais de fixer un régime d'exécution de la peine privative de liberté qui *« concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue »*, selon les termes de l'article 1^{er} de la loi. La différence de traitement n'apparaît donc pas en rapport direct avec cet objectif de conciliation dont la réalisation est favorisée par les aménagements de peine dont doivent pouvoir bénéficier de la même manière primo-délinquants et récidivistes, sous peine de créer une discrimination injustifiée.

3) Pareil reproche doit être fait à l'article 89 qui permet une différenciation des **régimes de détention**. Sans doute avez-vous jugé, dans une décision de 1978, que *« la loi peut autoriser des régimes différents pour l'exécution d'une peine dès lors que tous les condamnés à une même peine remplissant les conditions requises peuvent accéder aux mêmes régimes. L'individualisation des peines, qui conduit à appliquer à certains condamnés des conditions de détention strictes et à d'autres un régime libéral, n'est pas contraire aux articles 6 et 7 de la Déclaration de 1789 »* (78-97 DC, 27 juillet 1978). Mais la question qui se pose concernant la loi déferée n'est pas celle de l'inconstitutionnalité abstraite du principe de ces régimes différenciés, mais celle des conditions concrètes dans lesquelles les personnes détenues peuvent être placées dans ces différents régimes de détention dont la détermination relève en l'espèce de la libre appréciation de l'autorité pénitentiaire. Or, selon votre jurisprudence précitée, le législateur doit

définir les conditions requises pour que tous les condamnés puissent accéder aux différents régimes, afin de garantir le respect du principe d'égalité devant la loi. Autrement dit, il faut que la loi dise clairement quand et comment s'effectue le passage un régime à l'autre. Or, en se fondant sur des notions aussi vagues que celles de « *personnalité* » ou de « *dangerosité* », la loi qui vous est soumise comporte un risque d'arbitraire non négligeable qui peut aboutir à une véritable « ségrégation », pour reprendre le mot employé par le contrôleur général des lieux privatifs de liberté, Jean-Marie Delarue. En effet, le choix du parcours d'exécution de la peine, élaboré par le chef d'établissement et le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation pour les condamnés, relève de la libre appréciation de l'administration. Il est seulement porté à la connaissance du juge de l'application des peines. Si le législateur a fixé la réinsertion comme une finalité de l'exécution de la peine, l'appréciation des conditions d'accès à ces régimes est laissée à l'appréciation de l'autorité pénitentiaire, ce qui contrevient gravement à l'objectif même que s'est assigné le législateur. Or, pour satisfaire l'objectif de réinsertion, il est important que les régimes de détention ne prennent pas seulement en compte l'intérieur de la prison mais aussi l'extérieur. En ce sens, Olivier Boudier, secrétaire général du Syndicat national de l'ensemble des personnels de l'administration pénitentiaire (SNEPAP) s'inquiète de l'idée que l'affectation des détenus soit restreinte au comportement en détention car, selon lui, « *cela signifie que l'adaptation des détenus au fonctionnement du système pénitentiaire compterait plus que leur capacité à vivre en société* » (Dedans, dehors, n° 63). La légalisation de ces pratiques de l'administration pénitentiaire, dont on connaît déjà les conséquences dévastatrices en prison, portent ainsi, sous couvert du principe d'individualisation des peines, à l'égalité devant la loi. Pour l'ensemble de ces raisons, l'article en cause doit être déclaré contraire à la Constitution.

4) De même, en posant une obligation d'activité pour les détenus sans poser une obligation de proposer une activité à l'encontre de l'administration pénitentiaire, l'article 33 établit une rupture dans l'égalité d'accès aux activités dans la mesure où dans certains établissements ou à l'intérieur d'un même établissement les condamnés seront astreint à une activité, dans d'autre pas faute d'activité proposées.

F) L'atteinte au principe de dignité de la personne humaine et au principe du respect de l'intégrité physique

La sauvegarde de la dignité de la personne humaine, que vous avez érigée au rang de principe constitutionnel en 1994, est gravement mise en cause par les dispositions de la loi déferée relatives aux fouilles corporelles (1), à l'encellulement (2) et à l'isolement (3) et le principe du respect de l'intégrité physique qui en découle nécessairement par le recours à la force physique et aux armes à feu dans les prisons (4).

1) L'article 57 prévoit les conditions dans lesquels les fouilles corporelles sont réalisées en établissant des distinctions en fonction de leur nature. Ces fouilles doivent « *être justifiées par la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement. Leur nature et leur fréquence sont strictement adaptées à ces nécessités et à la personnalité des personnes détenues* ». Alors que « *les fouilles intégrales ne sont possibles que si les fouilles par palpation ou l'utilisation des moyens de détection électronique sont insuffisantes* », « *les investigations corporelles internes sont prosrites, sauf impératif spécialement motivé* » et « *ne peuvent alors être réalisées que par un médecin n'exerçant pas au sein de l'établissement pénitentiaire et requis à cet effet par l'autorité judiciaire* ». Ces dispositions ne respectent pas les exigences dues au respect du principe de la dignité de la personne humaine. D'une part, le caractère largement imprécis des justifications du recours aux fouilles risque de permettre à l'administration d'y recourir sous n'importe quel prétexte. Or, le caractère injustifié de ce recours aux fouilles corporelles, même si elles sont effectuées selon des modalités « normales », peut, en raison de la souffrance morale ajoutée à l'atteinte portée à l'intégrité physique de l'individu, suffire à caractériser une atteinte à la dignité de la personne humaine. Cette atteinte est d'autant plus grave que la nature des fouilles porte atteinte à l'intégrité physique de la personne. Certains traitements infligés aux détenus dans le cadre de ces fouilles peuvent être qualifiés de « *traitements inhumains et dégradants* » au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. En ce sens, la Cour de Strasbourg a, dans un arrêt rendu en 2007 contre la France, qualifié les fouilles corporelles intégrales de traitement « *dégradant* » (Cour EDH, Frérot c.

France, préc.) et jugé très récemment que des conditions de détention pendant lesquelles une personne avait fait l'objet de fouilles corporelles intégrales régulières constituaient un « *traitement inhumain et dégradant* » (Cour EDH, 9 juillet 2009, Khider c. France). Veillant au respect des exigences européennes, le Conseil d'Etat a précisé qu'un régime de fouilles corporelles intégrales peut légalement s'appliquer qu'« **à la double condition, d'une part, que le recours à ces fouilles intégrales soit justifié, notamment, par l'existence de suspicions fondées sur le comportement du détenu, ses agissements antérieurs ou les circonstances de ses contacts avec des tiers et, d'autre part, qu'elles se déroulent dans des conditions et selon des modalités strictement et exclusivement adaptées à ces nécessités et ces contraintes ; qu'il appartient ainsi à l'administration de justifier de la nécessité de ces opérations de fouille et de la proportionnalité des modalités retenues** » (CE, 14 novembre 2008, préc.). Or, force est de constater que les dispositions de la loi déferée ne répondent pas à cette jurisprudence qui rejoint les exigences constitutionnelles, non seulement en raison du caractère trop général des justifications exigées de l'autorité pénitentiaire, mais également en ce qu'elles ne garantissent pas le respect du principe de proportionnalité des mesures prises au regard de l'objectif du maintien du bon ordre et de la sécurité de l'établissement. Par conséquent, elles encourent la censure au regard du principe de dignité de la personne humaine.

2) L'article 92 prévoit la possibilité pour toute personne détenue, sauf si elle est mineure, d'être placée en isolement par une décision de l'autorité administrative, « *par mesure de protection ou de sécurité soit à sa demande, soit d'office* », « *pour une durée maximale de trois mois* », cette mesure ne pouvant être « *renouvelée pour la même durée qu'après un débat contradictoire* », et prolongée « *au-delà d'un an qu'après avis de l'autorité judiciaire* ». Cette mesure « préventive », en ce qu'elle peut conduire l'administration à priver un individu de tout contact avec l'extérieur, et notamment de tout rapport humain, porte gravement atteinte à sa dignité. La gravité de cette atteinte s'accroît avec la durée. Or, le recours à l'isolement, comme la rétention de sûreté, « eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction » (Décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008), encourt la censure du Conseil. Parce qu'elle porte une atteinte grave à la dignité de la personne humaine.

En outre, l'application de cette disposition risque de porter atteinte à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour apprécier si pareille mesure peut tomber sous le coup de

l'article 3 de la Convention, le juge européen se réfère « *aux conditions de l'espèce, à la sévérité de la mesure, à sa durée, à l'objectif qu'elle poursuit et à ses effets sur la personne concernée* » (Cour EDH, 4 février 2003, Van der Ven c. Pays-Bas). Si la Cour de Strasbourg a jugé que « *le seul fait d'isoler un détenu, même pendant une très longue durée (en l'espèce, plus de 8 ans) ne permet pas d'aboutir à un constat de violation de l'article 3 de la Convention* » (CEDH, 4 juillet 2006, Ramirez Sanchez c. France), c'est en raison de l'appréciation concrète des conditions d'espèce (le requérant ayant bénéficié du droit de visite illimité de son épouse qui était également son conseil) , la Cour critiquant l'absence de limitation dans le temps de la mesure affirmant que si une circulaire du 8 décembre 1998 « *prévoit que la prolongation au-delà d'un an doit être exceptionnelle [...] il est à regretter qu'aucune durée maximale ne soit prévue pour le maintien à l'isolement.* » (CEDH, Ramirez Sanchez précité, §136 et 137).

Le Conseil d'Etat n'a admis la conformité avec les stipulations de l'article 3 de la CEDH du décret du 21 avril 2006 relatif à l'isolement des détenus qu'en tenant compte des garanties énoncées par le pouvoir réglementaire -limitation de principe à deux ans. Le législateur s'est abstenu de consacrer de telles garanties.

Or, la loi déferée, par sa généralité, crée les conditions pour que l'autorité administrative porte concrètement atteinte à l'article 3 de la convention. Pour ces raisons, l'article 92 ne garantit pas le respect de la dignité de la personne humaine, et doit être déclaré contraire à la Constitution.

3) L'article 100 fixe un moratoire qui permet de déroger « *au placement en cellule individuelle dans les maisons d'arrêt au motif tiré de ce que la distribution intérieure des locaux ou le nombre de personnes détenues présentes ne permet pas leur application* ». Pendant cinq ans, le principe de l'encellulement individuel reste donc l'exception. Cette disposition qui permet, pour des raisons de gestion des flux, de laisser perdurer des conditions de détention qui, en raison du surpeuplement, de la promiscuité et de l'insalubrité dans les prisons, sont incompatibles avec le respect du à la dignité humaine. Ainsi, le législateur ne répond pas à l'objectif de valeur constitutionnelle que vous lui avez fixé consistant à garantir « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* » (Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998), qu'impliquent les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi que le principe de sauvegarde

de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation. Cette exigence a été également posée par la Cour européenne lorsqu'elle a affirmé que « ***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*** » (Cour EDH, Gde Ch. *Kudla c/ Pologne*, 26 octobre 2000). Or, parce que la loi déférée ne permet pas de garantir des conditions de détention objectivement acceptables, la France s'expose à une condamnation de la part de la Cour de Strasbourg. En conséquence, censurer la loi sur le fondement de la Constitution permettrait à la France d'être sanctionnée sur la base du non respect d'un traité international. En outre, le législateur méconnaît les règles pénitentiaires européennes adoptées par le Conseil de l'Europe qui pose que « *chaque détenu doit en principe être logé pendant la nuit dans une cellule individuelle, sauf lorsqu'il est considéré comme préférable pour lui qu'il cohabite avec d'autres détenus* » (Règle 18.5), qu'« *une cellule doit être partagée uniquement si elle est adaptée à un usage collectif et doit être occupée par des détenus reconnus aptes à cohabiter* » (Règle 18.6.) et que, « *dans la mesure du possible, les détenus doivent pouvoir choisir avant d'être contraints de partager une cellule pendant la nuit* » (Règle 18.7). En méconnaissant les recommandations du Comité d'Organisation Restreint, installé par le ministère de la justice en 2007, qui préconisait la mise en œuvre de toutes mesures propres à rendre effective, dans le délai le plus rapproché possible et sans nouveau moratoire, l'application du principe de l'encellulement individuel, le législateur a ainsi méconnu les exigences conventionnelles et constitutionnelles protégeant la dignité de la personne humaine. Dès lors, il convient de censurer l'article 100 de la loi déférée.

4) Que les personnels de surveillance aient la possibilité de recourir à la force au sein de la prison peut se concevoir. Mais à la condition que l'usage de la force soit scrupuleusement encadré. Or, l'article 12 ne fait aucune distinction entre l'usage de la force simple et l'usage de la force par une arme à feu. La loi n'a donc pas proportionné l'usage de l'arme à feu aux situations les plus graves – tentative d'évasion par exemple – ouvrant ainsi une large possibilité de porter atteinte à l'intégrité physique des détenus.

Par ces motifs et tous ceux que nous sommes prêts à venir exposer devant vous, la loi pénitentiaire déférée à votre Conseil encourt la censure.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, à l'expression de notre haute considération.

ANNEXE

LISTE DES ARTICLES CONTESTES ET RENVOI AUX PRINCIPES CONSTITUTIONNELS PERTINENTS

Article 1^{er}

Objectifs de la loi : p. 2, 12, 29

Article 12

Principe de dignité de la personne humaine : p. 34

Article 22

Incompétence négative : p. 7-8

Article 26

Incompétence négative : p. 8

Article 27

Principes du droit du travail : p. 26

Article 33

Droit au recours : p. 16

Principes du droit du travail : p. 27-28

Principe d'égalité : p. 30

Article 35

Incompétence négative : p. 8

Droit au respect de la vie privée et familiale : p. 10-11

Droit au recours : p. 16

Obligation de motivation des décisions : p. 18

Article 39

Incompétence négative : p. 8

Article 40

Incompétence négative : p. 8

Droit au respect de la vie privée et familiale : p. 12

Droit au recours : p. 16

Obligation de motivation des décisions : p. 18

Article 43 :

Incompétence négative : p. 8

Droit au recours : p. 16

Obligation de motivation des décisions : p. 18
Liberté de communication : p. 24-25-26

Article 50

Droit au recours : p. 16

Article 57

Incompétence négative : p. 8
Droit à la sûreté et respect de la présomption d'innocence : p. 14-15
Droit au recours : p. 16
Principe de dignité de la personne humaine : p. 31

Article 66

Principe d'égalité : p. 29

Article 81

Principe d'égalité : p. 29

Article 84

Droits de la défense (droit au juge) : p. 23
Principe d'égalité : p. 29

Article 89

Incompétence négative : p. 6
Droit au recours : p. 16
Obligation de motivation des décisions : p. 18
Protection de l'autorité judiciaire : p. 18
Principe d'égalité : p. 29
Principes de nécessité et de proportionnalité des peines : p. 21-22

Article 91

Droits de la défense (principe d'impartialité) : p. 24
Principes de nécessité et de proportionnalité des peines : p. 21-22

Article 92

Incompétence négative : p. 6-8
Protection de l'autorité judiciaire : p. 19
Principe de dignité de la personne humaine : p. 32-33
Obligation de motivation des décisions : p. 18
Droit au recours : p. 17

Article 93

Incompétence négative : p. 6-7

Article 100

Principe de dignité de la personne humaine : p. 33-34