

Les chroniques du cirap

Centre Interdisciplinaire de Recherche
Appliquée au champ Pénitentiaire

La spécificité de l'administration pénitentiaire vue par le juge administratif

Christophe de Nantois, Docteur en droit public, Enseignant-chercheur Énap / Cirap

L'arrêt du Conseil d'Etat du 29 mars 2010 Section française de l'observatoire international des prisons (req. n° 319043) déclare légal le décret du 10 juin 2008¹ sur l'encellulement individuel en maison d'arrêt. La requête de l'observatoire international des prisons (OIP) est donc rejetée et cet arrêt nous permet de faire d'emblée le point sur le principe de l'encellulement individuel dans les maisons d'arrêt, objet de ladite requête.

Le principe de l'encellulement individuel concernant « les personnes mises en examen, prévenus et accusés soumis à la détention provisoire » a changé au gré de l'évolution de l'article 716 du Code de procédure pénale (CPP). Si ce principe est constamment présent dans le CPP depuis 1959, il faut cependant noter qu'il ne s'est jamais agi d'un principe absolu car des exceptions ont toujours été prévues. Ainsi, entre 1959 et 1993, ces détenus étaient « placés au régime de l'emprisonnement individuel de jour et de nuit. Il ne peut être dérogé à ce principe qu'en raison de la distribution intérieure des maisons d'arrêt ou de leur encombrement temporaire ou, si les intéressés ont demandé à travailler, en raison des nécessités d'organisation du travail »². En 1993, l'art. 716 du CPP fut modifié mais la dérogation prévue en raison de l'« encombrement temporaire » fut maintenue.

A partir de l'an 2000 l'exception fondée sur l'« encombrement temporaire » est supprimée : « Il ne peut être dérogé à ce principe qu'à leur demande ou si les intéressés sont autorisés à travailler, en raison des nécessités d'organisation du tra-

vail ». L'encellulement individuel est donc maintenu en tant que principe et des exceptions y sont toujours possibles. Mais, et c'est là que tout se complique, ce texte prévoit également que ces nouvelles dispositions n'entreront en vigueur que trois ans plus tard, c'est-à-dire le 15 juin 2003³. Or avec la loi du 12 juin 2003, soit trois jours avant l'échéance, ces exceptions sont remplacées par de nouvelles : il est possible de déroger à l'encellulement individuel « 1° Si les



intéressés en font la demande ; 2° Si leur personnalité justifie, dans leur intérêt, qu'ils ne soient pas laissés seuls ; 3° S'ils ont été autorisés à travailler, ou à suivre une formation professionnelle ou scolaire et que les nécessités d'organisation l'imposent ». Mais cet article prévoit également sa propre entrée en vigueur seulement cinq ans plus tard « si la distribution intérieure des maisons d'arrêt ou le nombre de détenus présents ne permet pas un tel emprisonnement individuel ».

Le décret attaqué par l'OIP s'insère donc dans ce contexte législatif très mouvant, reflet d'une difficulté de terrain importante. Ce décret met en œuvre cette ver-

sion de l'art. 716 CPP qui est entrée en vigueur le 12 juin 2008. La difficulté était réelle : comment mettre en œuvre ce principe de l'encellulement individuel dans les maisons d'arrêt (qui reste le principe même s'il admet des exceptions) dans un contexte de surpopulation carcérale? En octobre 2010 par exemple, la surpopulation carcérale dans les maisons d'arrêt est, en effet, en moyenne de 21 %⁴.

Pour répondre à cette exigence juridique, le décret prévoit qu'un détenu peut être transféré dans une autre maison d'arrêt pour bénéficier d'une cellule individuelle. Concrètement, le décret ne permettra sans doute pas d'améliorer notablement la situation dès lors le taux d'occupation des maisons d'arrêts est supérieur à 100 %, mais juridiquement le principe est sauf. C'est pour cette raison que le Conseil d'Etat valide le décret : il est juridiquement valable même si son influence sur la réalité ne pourra pas être déterminante.

Mais au-delà de ce thème important qui est abordé dans cet arrêt, il nous paraît essentiel d'attirer l'attention non pas seulement sur le fond, comme cela vient d'être fait, mais aussi et surtout sur la façon dont le Conseil d'Etat a rédigé son arrêt. Il utilise en effet ici deux expressions inhabituelles dans sa jurisprudence : « tout en tenant compte des contraintes résultant de la situation des établissements pénitentiaires » et « eu égard aux contraintes matérielles pesant sur l'administration pénitentiaire ». L'emploi de ces

¹ Décret n° 2008-546 du 10 juin 2008 relatif au régime de détention et modifiant le code de procédure pénale ; Article D 53-1 de ce code.

² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, art. 68.

³ Loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 (art. 41) renforçant la lutte contre la violence routière.

⁴ 20 % en métropole et 30 % outre-mer. Source : Pierre V. Tournier, Observatoire des Prisons et Autres Lieux d'Enfermement, Population sous écrou au 1er octobre 2010 et autres données, Paris I (Panthéon-Sorbonne), UMR CNRS 8058, octobre 2010, p. 23.

expressions permet au juge administratif de prendre en compte la réalité lors de l'examen d'une norme juridique. Mais cet emploi n'est pas dénué de conséquences puisqu'il consacre, de fait, une spécificité de l'administration pénitentiaire (I), renforcée par la comparaison avec d'autres administrations (II).

Une spécificité de l'administration pénitentiaire affirmée à plusieurs reprises

Si le Conseil d'État utilise régulièrement des expressions assez larges qui lui laissent ensuite une importante marge d'interprétation, l'expression la plus marquante employée dans cet arrêt mérite d'être examinée de plus près. Est en effet ici posé un problème essentiel concernant les relations entre le droit et la réalité qui est lourd de potentialités : « *le décret attaqué n'a pas, eu égard aux contraintes matérielles pesant sur l'administration pénitentiaire, méconnu la portée de la disposition législative dont il assure l'application* ». Autrement dit, si l'administration pénitentiaire n'était pas confrontée à une situation matérielle difficile, le décret aurait très probablement été illégal. Le Conseil d'État fait donc un raisonnement qui pourrait laisser les juristes dubitatifs : le droit doit, dans ce cas précis, s'effacer devant la réalité des faits et la loi peut, dans ce cas précis toujours, être contredite ou malmenée par le décret qui est censé l'appliquer.

Une recherche un peu plus précise sur les termes employés dans cet arrêt apporte plusieurs éléments : d'une part, cette formule est récente dans le vocabulaire du Conseil d'État, elle apparaît pour la première fois dans deux affaires du 8 décembre 2000⁵. De plus, l'emploi de cette formulation par le Conseil d'État est rare : neuf utilisations seulement en dix ans alors que le Conseil d'État a rendu 345 décisions qui concernent, directement ou indirectement, le champ pénitentiaire sur les dix dernières années⁶.

Par ailleurs, cette expression n'est pas figée puisque plusieurs formulations comparables ont d'ores et déjà été employées par le Conseil d'État : « *eu égard aux contraintes particulières afférentes au fonctionnement des établissements pénitentiaires* »⁷, « *eu égard aux contraintes inhérentes à la sécurité dans les établissements pénitentiaires* »⁸, « *compte tenu des contraintes pesant sur le service public pénitentiaire* »⁹, « *les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire peuvent légitimer* »¹⁰, ou enfin « *les contraintes propres du service public pénitentiaire* »¹¹. Dans tous ces cas, il est clair que l'emploi d'une locution de ce type cherche à instaurer des spécificités à l'administration pénitentiaire tirées de la réalité carcérale. Or cette utilisation est nécessairement faite pour expliquer que le juge administratif puisse s'affranchir, ou atténuer la rigueur, d'une règle de droit particulière qui devrait pourtant être appliquée au cas concerné.

Il n'est pas inhabituel pour le Conseil d'État d'utiliser une expression prétorienne sans que les termes soient clairement fixés¹²; en procédant ainsi le Conseil d'État indique que l'évolution entamée en 2000 n'est pas encore achevée. Mais ceci n'est pas sans incidence puisque l'on ignore toujours les conséquences actuelles et futures de cette expression.

Les domaines concernés par l'emploi de l'une de ces formules sont variés : les

fouilles¹³, les fouilles intégrales¹⁴, le refus de se soumettre à une fouille¹⁵, l'encellulement individuel¹⁶, le régime de détention¹⁷, l'interdiction faite aux détenus d'avoir un téléphone portable¹⁸ et enfin les astreintes (et la non application à l'administration pénitentiaire des règles générales relatives aux 35 heures)¹⁹. Il est indéniable que tous ces domaines font l'objet de spécificités propres à l'administration pénitentiaire (à l'exception du dernier) et il semble, au premier abord, parfaitement justifié que le juge consacre à ces occasions une spécificité de fait de l'administration pénitentiaire.

La spécificité de l'administration pénitentiaire renforcée par la comparaison avec d'autres administrations

Pourtant, l'administration pénitentiaire n'est pas la seule à voir la spécificité de son activité consacrée par le juge administratif et d'autres administrations peuvent à l'occasion être mises dans des situations où la réalité peut l'emporter sur le cadre légal en vigueur.

La Police nationale a ainsi pu bénéficier d'un régime aménagé par le juge dans le cas des personnels appartenant au RAID : « *eu égard aux contraintes particulières qui résultent de ces spécificités pour les agents du RAID et du niveau de technicité de ces derniers, l'administration a pu légalement organiser un régime d'indemnité spécifique pour les membres de ce service* »²⁰.

La Gendarmerie a pu légalement restreindre les libertés d'association et d'expression et le justifier par les contraintes de la discipline militaire : « *le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État ; qu'eu égard aux exigences qui découlent de la discipline militaire et des contraintes inhérentes à l'exercice de leur mission par les forces armées* »²¹.

⁵ CE 8 décembre 2000 Mousca (req. 176389) et CE 4/6 SSR 8 décembre 2000 Frérot (req. 162995, rec. p. 589).

⁶ Plus précisément entre le 8 décembre 2000 et le 1er octobre 2010.

⁷ CE 8 décembre 2000 Mousca op. cit. et CE 8 décembre 2000 Frérot op. cit., CE 5/7 SSR 12 mars 2003 Frérot (req. 237437, rec. p. 121).

⁸ CE 2 avril 2003 Germain X. (req. 255597).

⁹ CE 9 juillet 2008 Boussouar (req. 306666, rec. p. 262).

¹⁰ CE 14 novembre 2008 El Shennawy (req. 315622, rec. p. 417) ainsi que dans CE ord. réf. 20 mai 2010 Gutknecht (req. 339259).

¹¹ CE 21 octobre 2009 Garde des sceaux c/ Stéphane A. (req. 313579).

¹² Pour ce qui concerne les Principes Généraux du Droit par exemple, l'apparition du concept remonte à 1944 (CE Sect. 5 mai 1944 Dame veuve Tromprier-Gravier), l'apparition de l'expression se fera en

1945 (CE Ass. 26 octobre 1945 Aramu) mais la valeur à leur donner n'arrivera qu'en 1951 (CE Sect. 9 mars 1951 Société des concerts du conservatoire).

¹³ CE ord. réf. 20 mai 2010 Gutknecht op. cit. et CE 14 novembre 2008 El Shennawy op. cit.

¹⁴ CE 8 décembre 2000 Mousca et CE 8 décembre 2000 Frérot.

¹⁵ CE 12 mars 2003 Frérot op. cit.

¹⁶ CE 29 mars 2010 Section française de l'OIP (req. n° 319043)

¹⁷ CE 9 juillet 2008 Boussouar op. cit.

¹⁸ CE 2 avril 2003 Germain X. (req. 255597).

¹⁹ CE 21 octobre 2009 Garde des sceaux c/ Stéphane A. (req. 313579).

²⁰ CE 29 juin 2009 Sébastien A. (req. 307897).

²¹ CE 26 février 2010 Jean-Hugues A. (req. 322176).

²² CE 6 avril 2001 Syndicat national de l'enseignement technique Action autonome (req. 225594).

²³ CE 26 novembre 2009 Syndicat Sud de la RATP (req. 333263).

L'Éducation nationale est, elle, également, concernée dans le cadre de l'enseignement adapté (pour les enfants souffrant d'un handicap) « les conditions particulières d'exercice des professeurs affectés à l'enseignement adapté, qui impliquent, pour la mise en œuvre de la

Emploi du terme «contrainte» par le Conseil d'État pour justifier une exception normative ²⁴

	Décisions du CE depuis l'an 2000	Décisions identifiées	Pourcentage
Administration pénitentiaire	345	9	2.61 %
Affaires étrangères	4.796	0	0.00 %
Armée	1.628	0	0.00 %
Economie	5.683	0	0.00 %
Education nationale	1.710	1	0.06 %
Finances	111	0	0.00 %
Gendarmerie	313	1	0.32 %
Police nationale	10.360	1	0.01 %
Santé	2.265	0	0.00 %

réduction de leurs obligations de service, des adaptations propres aux contraintes pédagogiques et logistiques de ce type d'enseignement »²².

L'aménagement du droit de grève dans les entreprises de transport a aussi pu faire prendre quelques distances avec le droit normalement applicable « eu égard aux contraintes particulières qui s'imposent aux entreprises de transport public, notamment à la RATP, pour assurer en cas de grève l'exécution des niveaux de service prévus »²³.

Mais ce qui frappe le plus, c'est la rareté de ces cas si on la rapporte à ceux de l'administration pénitentiaire. Si la présente recherche ne prétend pas à l'exhaustivité, il faut néanmoins souligner quelques premiers chiffres :

Au vu de ces statistiques, le chiffre de 2,61 % applicable à l'administration pénitentiaire, chiffre qui paraissait anodin et, pour tout dire, un peu anecdotique prend davantage de valeur. D'autre part, ce tableau révèle *a posteriori* la grande diversité des thèmes concernant l'administration pénitentiaire pour lesquels le Conseil d'État a constaté qu'une contrainte effective de la réalité pouvait avoir une influence déterminante. L'administration pénitentiaire est, en effet, la seule administration à avoir plusieurs décisions la concernant, et non une seule, et ce sur sept thèmes différents.

Dans cet arrêt du 29 mars 2010, le Conseil d'État emploie une expression extraordinaire de sa jurisprudence et reconnaît, par là-même, une influence prépondérante à la réalité sur le droit. Or cette utilisation s'avère relever bien plus souvent du champ pénitentiaire que de celui des autres administrations, ce qui consacre

de facto une spécificité de l'administration pénitentiaire. En l'espèce, le juge permet la modification d'une règle de droit au profit de la réalité mais peut-on généraliser ce constat ? Jusqu'à quel point la difficile réalité à laquelle est confrontée l'administration pénitentiaire peut-elle permettre une adaptation du droit ? Le juge administratif, évidemment, se garde bien de répondre à une telle question mais celle-ci ne cesse pourtant de planer. Nous restons alors très désireux de connaître les conséquences d'une telle spécificité.

Quoi qu'il en soit, le *corpus* des arguments de ce type reste à ce jour insuffisamment étoffé pour que des conclusions solides puissent être tirées. Il n'en reste pas moins que toute évolution sur ce point devra être suivie attentivement puisque les conséquences pour l'administration pénitentiaire pourraient être essentielles.

Epilogue : La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a différé l'application du principe de l'encellulement individuel dans les maisons d'arrêt puisqu'il est prévu que « Dans la limite de cinq ans à compter de la publication de la présente loi, il peut être dérogé au placement en cellule individuelle dans les maisons d'arrêt au motif tiré de ce que la distribution intérieure des locaux ou le nombre de personnes détenues présentes ne permet pas son application. Cependant, la personne condamnée ou, sous réserve de l'accord du magistrat chargé de l'information, la personne prévenue peut demander son transfert dans la maison d'arrêt la plus proche permettant un placement en cellule individuelle »²⁵. Cette nouvelle rédaction de la loi est directement issue du décret commenté.

²⁴ Source : Légifrance, recherche portant sur la période 1er janvier 2000 - 1er octobre 2010.

²⁵ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, art. 100 (dernier article de la loi).

La justice restaurative

Que devient la médiation pénale en France avec la loi du 9 juillet 2010 ?

D'après l'enquête réalisée par le ministère de la justice sur le sentiment de satisfaction des victimes sur la réponse judiciaire (Infostat Justice n°98, décembre 2007), la médiation pénale est la procédure qui donne le plus satisfaction, avec 55% de victimes déclarant que justice leur a été rendue, devant le jugement (50% de victimes « satisfaites ») et les autres alternatives (45%). Considérée au début comme une pratique marginale de quelques tribunaux en quête de nouvelles réponses à la petite délinquance urbaine, la médiation pénale est devenue un mode plus flexible de résolution de certains contentieux. Consacrée législativement par la loi du 4 janvier 1993, les lois successives des 23 juin 1999 et 9 mars 2004 l'ont réaffirmée comme une véritable réponse pénale graduée, intégrant les impératifs de gestion des flux. Le cadre d'engagement de la médiation s'est construit autour du pouvoir d'opportunité de poursuites du procureur de la République en l'assortissant d'un nécessaire accord des parties, acteurs principaux de la résolution de leur contentieux.

La loi du 9 juillet 2010 relative « aux violences faites spécifiquement aux femmes au sein des couples et aux conséquences de ces dernières sur les enfants » modifie le 5° de l'article 41-1 du CPP en remplaçant très curieusement les mots « avec l'accord des parties » par les mots « à la demande ou avec l'accord de la victime ». Or l'originalité de la médiation pénale, qui en fait une modalité de justice restaurative, tient essentiellement à l'égalité place accordée à la victime et à l'au-

teur des faits dans sa mise en œuvre. L'accord préalable conditionne à la fois l'adhésion des parties et leur implication dans le processus restauratif du lien social. C'est ce principe fondamental que la loi du 9 juillet 2010 remet en cause au risque d'instaurer une médiation pénale directive, sous contrainte à l'égard de l'auteur des faits.

Mais cette loi ne révèle-t-elle pas finalement la vraie nature de la médiation pénale en France perçue par certains comme un ajout punitif plus qu'une évolution affirmée vers la justice restaurative ? Le législateur a-t-il sacrifié l'esprit de la médiation pénale sur l'autel des intérêts corporatifs ou associatifs ? Ne risque-t-il pas alors de renvoyer la médiation pénale dans l'ordre de la justice rétributive ? S'agit-il d'une simple modification incidente ou d'un changement profond dans la conception de la médiation pénale en France ?

Alors que la loi du 9 juillet 2010 vise principalement des violences conjugales, le 5° de l'article 41-1 CPP qui en est issu concerne tout le champ de la médiation pénale, quel que soit le type d'infractions commises. Il ne faudrait donc pas s'y méprendre et en déduire une bien faible influence sur la pratique de la médiation hors cas de violences conjugales. En focalisant l'engagement de la médiation pénale sur l'accord ou la demande de la victime, le législateur a ignoré que l'évolution du conflit en médiation nécessite une participation conjointe des protagonistes et que le consentement sincère valide non seulement le processus, mais en garantit aussi l'efficacité. Cette loi met très subtilement en scène

le présupposé selon lequel la médiation pénale est un désavantage procédural pour la victime, privée de procès pénal, que l'accord préalable ou sa demande viendrait compenser. À l'inverse, l'accord préalable de l'auteur des faits, qui tirerait avantage de la situation, n'est plus nécessaire. Un tel présupposé met logiquement l'accent sur la réparation de la victime, mais au-delà de ce qui est nécessaire.

En occultant ainsi l'accord préalable d'une des parties, le législateur opère une torsion des principes de la médiation. S'il est normal d'accorder à la victime une place de choix dans le dispositif pénal, permettant un traitement respectueux de ses droits fondamentaux, il ne faudrait pas cependant dévoyer les dispositifs convoqués à cet effet, car le déséquilibre ainsi créé pourrait contredire l'objectif d'apaisement social escompté. La loi du 9 juillet 2010 place la victime sur un piédestal incompatible avec la dimension horizontale de la médiation, fût-elle pénale. Elle induit chez les médiateurs une vraie dissonance cognitive dans la mesure où il paraît difficilement envisageable de mener une médiation sans accord préalable des deux parties. Le médiateur qui s'en passerait serait certainement en accord avec la loi, mais placé en porte-à-faux avec l'éthique et la pratique de la médiation. Dans cette nouvelle configuration, la pratique gagnera sans aucun doute sur la loi, ce qui au demeurant est vraisemblable dans la sphère pénale.

Paul Mbanzoulou,
Responsable du CIRAP



Publications

○ **Christophe de Nantois**, *Le député : une étude comparative*, France, Royaume-Uni, Allemagne, prix de thèse de l'Assemblée nationale, éditions LGDJ, 645 p., octobre 2010, préface de Guy Carcassonne

○ **Sylvie Châle-Courtine**, « L'initiative LOTU » *Une démarche partenariale au service des personnes placées sous main de justice ? Dossier thématique* : Énap, octobre 2010

○ **Olivier Razac**, « Das elektronische Armband : ein neues Strafmodell ? » (« Le bracelet électronique mobile : Un nouveau modèle de la peine ? »), dans *Virtualität und Kontrolle : quer durch -Schriftenreihe der Hochschule für bildende Künste Hamburg* (coll.), Textem Verlag, Hamburg, 2010

○ **Cécile Rambourg**, *Administration pénitentiaire et handicap : le défi de l'altérité. L'expérience de la formation aux métiers pénitentiaires des travailleurs handicapés*, Rapport de recherche, Énap, mai 2010

○ **Olivier Razac**, *Le placement sous surveillance électronique mobile : un nouveau modèle pénal ?*,

Rapport de recherche, CIRAP/Énap, novembre 2010

○ **Robert Cario, Paul Mbanzoulou** (dir.), *La justice restaurative. Une utopie qui marche ?*, L'Harmattan, Collection Controverses, 2010.

○ **Paul Mbanzoulou**, « La dangerosité », In M. Herzog-Evans (ed.), *Transnational criminology manual*, Wolf Legal Publishers, 2010

○ **Christophe de Nantois**, « Les circonscriptions non disputées : étude comparative sur les enjeux en circonscription des élections législatives », *Pouvoirs* n° 135 - La prison -, p. 181-194, novembre 2010



Agenda

○ **INFO**
Conférence sur « Gabriel Tarde et son œuvre » par le professeur Roberta Bisi de l'université de Bologne **30 septembre 2010**

○ L'Énap organise du **1^{er} au 3 décembre 2010** un colloque sur « **L'architecture carcérale. Des mots et des murs** »

○ Conférence sur « Regards croisés sur le métier de magistrat au Congo-Brazzaville », ENM, **7 octobre 2010** (P. Mbanzoulou)

○ Participation au jury de la bourse Zoomeroff sur les projets de réinsertion sociale des détenus, **26 novembre 2010** (P. Mbanzoulou)

○ Conférence sur « La gestion des situations conflictuelles : quelles temporalités ? », Villeneuve/Lot, **7 décembre 2010** (P. Mbanzoulou)

○ Conférence sur « Justice restaurative et justice coutumière : quels liens ? », ENM, **21 décembre 2010** (P. Mbanzoulou)

Les chroniques du

cirap

Centre Interdisciplinaire de Recherche
Appliquée au champ Pénitentiaire

Directeur de publication : *Philippe ASTRUC* - Rédaction : *Cirap*
Maquette : *Énap - DRD - Unité ED/O.Baix* - Photos : *Christophe Goussard, Énap*
Contact : *isabelle.wadel@justice.fr*
Impression : IGS - ISSN : en cours - Dépôt légal : à parution
Pour vous abonner à la version électronique : www.énap.justice.fr