



La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

Pierrette Poncela

DANS **REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ 2010/1 N° 1**, PAGES 190 À 200
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-1733

DOI 10.3917/rsc.1001.0190

Date de mise en ligne : 01/04/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2010-1-page-190?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

CHRONIQUE DE L'EXÉCUTION DES PEINES

La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

Pierrette PONCELA

Professeure à l'Université Paris Ouest Nanterre, Directrice du Centre de Droit Pénal et de Criminologie

Après plus de deux ans de préparation, de négociations, d'arbitrages, de débats, la loi pénitentiaire (LP) est entrée en vigueur, immédiatement après sa publication, sous réserve de quelques décrets d'application dont certains concernent des parties importantes et emblématiques de cette loi ¹.

Il faut se réjouir de cette loi, comme il se doit avec modération. D'une part, parce qu'il s'agit d'un texte forcément général donc semant à la volée bonnes et mauvaises graines ; le temps des récoltes, si récoltes il y a, alimentera d'autres commentaires dans cette revue. D'autre part, parce que l'espace de cette chronique ne permet pas de s'arrêter sur toutes les dispositions, nombreuses et multiples, pour la connaissance desquelles nous renvoyons aux classiques commentaires législatifs ².

Nous nous attacherons à mettre en évidence les lignes de force et les points saillants, situés dans ce qui en conditionne la compréhension, à savoir l'histoire pénitentiaire et le contexte humain et matériel d'application du texte.

◆ UNE LOI PÉNITENTIAIRE DE CONSÉCRATION DES NORMES JURIDIQUES PÉNITENTIAIRES

La loi du 24 novembre 2009 s'inscrit dans le cours des choses et de l'histoire de ce qui fut désigné au XIX^e siècle la « réforme pénitentiaire ». Elle consacre les évolutions d'un droit qui s'est progressivement construit sous les actions conjuguées des divers acteurs et praticiens de l'exécution des peines. Elle tente aussi d'impulser de nouvelles pratiques en mettant à disposition des instruments juridiques dont on ignore encore comment ils seront utilisés, voire s'ils pourront l'être.

Des évolutions récentes ont conféré au droit pénitentiaire deux caractères nouveaux : il est désormais partagé et juridictionnalisé.

- (1) Not. les procédures simplifiées d'aménagement des peines en cours d'exécution (art. 723-19 C. pr. pén.) et les PSE fin de peine (art. 723-28 C. pr. pén.).
- (2) V. les intéressants commentaires du président et de membres du Comité d'orientation restreint sur la loi pénitentiaire dont les préconisations ont servi de point de départ pour la rédaction du projet de loi (*Orientations et préconisations*, Ministère de la Justice, nov. 2007, 71 p.) in *Gaz. Pal.*, 28 janvier 2010 (entretien avec J. O. Viout et les commentaires de G. Delorme, M. Janas, P. Lamothe, P. Poncela, J.-Ph. Vicentini).

L'assertion lapidaire, trop souvent entendue, « la prison est un univers de non-droit » manifeste surtout l'ignorance de ceux qui l'énoncent. En fait, dès l'origine le droit est présent dans les prisons, mais c'est un droit du règlement, opposable aux détenus pour asseoir ou manifester le pouvoir de l'administration sur eux. Aujourd'hui les détenus peuvent aussi opposer du droit, leurs droits, à l'administration. En cela, le droit pénitentiaire est un droit partagé.

Encore fallait-il que ces droits puissent être mis en œuvre et, en particulier, qu'un juge puisse intervenir quand cette mise en œuvre créait un différend. Aujourd'hui les contrôles exercés par le juge administratif et par le juge judiciaire se sont multipliés ; les détenus peuvent avoir recours à des juridictions pour trancher leurs différends avec l'AP ou avec d'autres juges³. En cela, le droit pénitentiaire est un droit juridictionnalisé.

Ces deux caractéristiques — droit partagé, droit juridictionnalisé — sont présentes et accentuées dans la loi pénitentiaire et alimenteront quelques-uns de nos commentaires.

Une autre caractéristique de l'évolution du droit pénitentiaire, et plus largement du droit de la peine, tient à la place de la privation de liberté dans l'éventail des mesures et des peines à disposition de l'autorité judiciaire. Secondaire, d'ultime recours, telle est la place que cette loi voudrait qu'il fût donné à la privation de liberté. Pour cela, alternatives et aménagements sont encouragés et augmentés en nombre.

Enfin, si peine privative de liberté il y a, son exécution doit non seulement, c'est un préalable, respecter la dignité de la personne détenue, mais aussi permettre, d'une part de maintenir des relations avec l'extérieur, et d'autre part d'acquérir des compétences, de se livrer à des activités, de consulter des personnels de santé par exemple, toutes choses dont l'accessibilité à l'extérieur est loin d'être la même pour tous, cela dit sans angélisme sur les situations concrètes en détention.

Pour illustrer ces lignes de force, nous commenterons donc quelques points saillants des réponses apportées par la loi pénitentiaire à trois interrogations : comment réduire la place de l'emprisonnement ? Comment rendre effectif le respect de la dignité et des droits des personnes détenues ? Comment améliorer le déroulement de l'exécution des peines pour ne pas entraver l'objectif de réinsertion tout en maintenant la sécurité des détenus et des personnels⁴.

Cependant, une funeste obsession du législateur vient ternir ces bonnes intentions : la récidive. Elle est suffisamment pernicieuse pour justifier des observations dans un dernier point.

◆ RÉDUIRE LE RECOURS À L'EMPRISONNEMENT AUX DIVERSES PHASES DE LA PROCÉDURE

L'obligation de réduction du recours à l'emprisonnement pèse, avec plus ou moins de force, sur les juridictions d'instruction et le JLD, sur les juridictions de jugement, sur les juges de l'application des peines (JAP), mais aussi sur les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) et sur le procureur de la République. Il est certain que la surpopulation que connaissent les maisons d'arrêt ces dernières années a pesé dans l'introduction de certaines

(3) La juridictionnalisation ne consiste pas à se demander si c'est une juridiction qui accorde telle mesure ou tel aménagement, mais si la personne détenue peut contester le choix de telle mesure ou de tel aménagement devant une juridiction, qu'elle soit judiciaire ou administrative.

(4) La LP ne concerne que le milieu fermé, même si beaucoup des dispositifs mis en place ont pour objectif de développer le milieu ouvert.

dispositions. Il est cependant simpliste d'affirmer qu'il s'agit là du seul motif lequel, par ailleurs, n'est certainement pas à blâmer en lui-même.

La réduction du recours à l'emprisonnement concerne différents moments d'une procédure pénale : d'une part la détention provisoire, et d'autre part le prononcé, la mise à exécution et enfin le déroulement de l'exécution d'une peine.

► Une nouvelle alternative à la détention provisoire

Les placements en détention provisoire ont progressivement diminué de façon significative depuis 1996, bien que leur durée moyenne se soit allongée ⁵. Au 1^{er} janvier 2009, les prévenus représentaient 25 % des personnes détenues, mais 58,5 % des entrées en prison en 2008 ⁶.

La loi pénitentiaire instaure l'assignation à résidence avec surveillance électronique, comme alternative à la détention provisoire (art. 142-5 s. C. pr. pén.). Elle abroge donc les dispositions qui permettaient déjà de recourir à cette mesure dans le cadre du contrôle judiciaire ⁷ dont l'utilisation était peu fréquente bien qu'en légère augmentation. Ce changement de qualification juridique emporte diverses conséquences dont, d'une part l'imputation de la durée de cette mesure sur celle d'une peine privative de liberté qui serait prononcée ultérieurement (art. 142-11 C. pr. pén.), et d'autre part elle ouvre un droit à réparation en cas d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement (art. 142-10 C. pr. pén.).

► Prononcer moins de peines d'emprisonnement ferme

La loi pénitentiaire poursuit un mouvement de fond en matière de politique des peines amorcé par la loi du 11 juillet 1975 qui créait les premières sanctions de « substitution » à l'emprisonnement. Ce mouvement est conforme à la politique du Conseil de l'Europe dont de nombreuses recommandations affirment, depuis le milieu des années 1960, que l'emprisonnement doit être une sanction de dernier recours ⁸.

Depuis quelques années la part de l'emprisonnement dans l'ensemble des sanctions pénales prononcées chaque année a beaucoup diminué. Les chiffres publiés ne permettent pas d'en avoir une vue exacte car ils ne concernent que les condamnations, excluant ainsi non seulement les compositions pénales pourtant inscrites au casier judiciaire mais aussi et *a fortiori* les différentes sanctions décidées par le procureur de la République dans le cadre des procédures alternatives aux poursuites.

Même en s'en tenant aux seules condamnations, pour l'année 2008, l'emprisonnement ferme, avec ou sans partie assortie du sursis, a concerné 21 % des délits, pour une durée moyenne de 7,2 mois ⁹.

(5) V. le rapport 2007 de la Commission de suivi de la détention provisoire, Doc. fr., 2008.

(6) Dont 46,5 % dans le cadre d'une comparution immédiate, *Les chiffres clé de la Justice*, Ministère de la Justice, 2009.

(7) L'utilisation de cette mesure dans le cadre du contrôle judiciaire, introduite par la loi du 9 septembre 2002, était demeurée très peu fréquente. Une légère augmentation avait pu être constatée ces deux dernières années.

(8) P. Poncela, R. Roth, *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe*, Doc. fr., 2006. La deuxième partie de l'ouvrage est une étude inédite des sanctions alternatives dans sept pays européens effectuée par des pénalistes confirmés des pays concernés.

(9) Bien entendu, pour les crimes (0,4 % des infractions ayant donné lieu à condamnations en 2008), la peine privative de liberté est la règle et représente 88 % des condamnations prononcées. O. Timbart, *Les condamnations prononcées en 2008 : infractions sanctionnées et peines prononcées*, Infostat justice 2009, n° 107.

La loi pénitentiaire entend poursuivre le mouvement de réduction des condamnations à une peine d'emprisonnement ferme en incitant au prononcé de peines alternatives et/ou de peines dites « aménagées ». Notons à cet égard que la catégorie « aménagements » inclut décidément trop de situations juridiques différentes ; elle échoue donc à les qualifier de façon satisfaisante ¹⁰.

Deux dispositions de principe figurent à l'article 132-24 du code pénal. La première encadre le prononcé d'une peine d'emprisonnement sans sursis lequel ne peut intervenir « qu'en dernier recours » et à une triple condition : « si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ». Pour autant que ces conditions seront considérées comme cumulatives, contrairement à la jurisprudence actuelle sur la motivation des peines d'emprisonnement (art. 132-19 al. 2 C. pén.) ¹¹. Les condamnés en état de récidive légale sont exclus du champ d'application de cette disposition, ratifiant le mécanisme infernal des peines planchers mis en place par la loi du 10 août 2007.

La seconde disposition crée une « obligation relative d'aménagement » en cas de prononcé d'une peine d'emprisonnement égale ou inférieure à 2 ans (un an en cas de récidive légale). Relative puisque le prononcé de la peine demeure soumis au principe de l'individualisation ; la personnalité ou la situation du condamné ainsi qu'une impossibilité matérielle sont des motifs permettant de ne pas avoir recours à un aménagement.

Cependant, les hypothèses d'exécution sous le régime de la semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'un placement sous surveillance électronique (PSE) ou encore d'octroi d'un fractionnement de l'exécution, sont plus nombreuses. En outre, ces mesures peuvent dorénavant concerner la partie ferme égale ou inférieure à 2 ans d'emprisonnement (un an en cas de récidive légale) de peines prononcées avec sursis partiel ; il peut aussi s'agir d'un sursis avec travail d'intérêt général (TIG) quand la partie ferme est égale ou inférieure à 6 mois d'emprisonnement.

Tous ces dits aménagements s'ajoutent, bien entendu, à toutes les autres possibilités permettant d'éviter un emprisonnement : sursis (simple ou avec mise à l'épreuve ou avec TIG), travail d'intérêt général ¹², jour-amende, sanction-réparation et toute la gamme des peines complémentaires ayant vocation à être prononcées comme peine principale.

► Aménager les peines d'emprisonnement avant leur mise à exécution

L'aménagement des peines par le JAP, et avant leur mise à exécution par le Parquet, est incontestablement la partie de la loi pénitentiaire la plus favorablement commentée, même si des réserves sont faites sur les moyens qui seront attribués pour une réelle mise en œuvre. Les mesures d'aménagement énumérées sont : la semi-liberté, le placement à l'extérieur, le PSE, le fractionnement ou la suspension de peines, la libération conditionnelle, le sursis-TIG.

(10) P. Poncela, Le déploiement des aménagements de peine, RPDP 2009. 95. Nous avons d'ailleurs été la première à employer cette expression, mais dans un sens plus restreint, dans la première édition de *Droit de la peine*, en 1995 (PUF, coll. Thémis, 2^e éd., 2001).

(11) V. G. Casadamont, P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004, p. 95-132.

(12) Notons, parmi d'autres, une disposition intéressante à cet égard : « Les actions conduites par l'État, les communes, les établissements publics de coopération intercommunale, les départements, les régions ainsi que les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public ne sont éligibles au fonds interministériel pour la prévention de la délinquance que s'ils proposent des travaux d'intérêt général destinés aux personnes condamnées » (art. 98 LP).

La procédure de l'article 723-15 du code de procédure pénale, organisée par la loi du 9 mars 2004 et faisant suite à celle de l'article D. 49-1 du code de procédure pénale, cède la place à une nouvelle procédure dite « simplifiée » concernant, comme auparavant, les condamnés libres.

La loi dispose désormais que « les personnes condamnées à... bénéficient de... ». Les peines concernées sont celles, prononcées ou restant à subir, inférieures ou égales à 2 ans d'emprisonnement (un an si le condamné est en état de récidive légale). Le condamné bénéficiaire peut cependant refuser l'aménagement ou contester l'aménagement choisi, directement lors de la procédure contradictoire de l'article 712-6 du code de procédure pénale puis en appel. En cas d'accord sur la mesure, donné par le procureur et par le condamné (mais aussi par son seul avocat), il sera passé outre le débat contradictoire.

Malgré le volontarisme du législateur, le texte n'est pas performatif et les motifs habituels de non-aménagement sont repris et peuvent être invoqués par le JAP (personnalité ou situation du condamné, impossibilité matérielle) ou par le ministère public (danger pour les personnes ou les biens, autre procédure en cours et, depuis la LP, risque avéré de fuite).

Des délais butoirs ont été introduits à chaque étape du processus décisionnel lequel ne saurait au total dépasser 4 mois à compter de la communication au JAP de la copie de la décision.

► Aménager les peines dès leur mise à exécution

L'article 707 du code de procédure pénale mérite d'être rappelé. Depuis la loi du 9 mars 2004 il précise quels sont les objectifs à respecter dans l'exécution des peines et pose le principe de leur aménagement pendant son déroulement. Cet aménagement résulte de la prise en compte de l'évolution de la personnalité et de la situation du condamné et obéit au double principe d'individualisation et de remise en liberté accompagnée d'un suivi.

À cet égard, l'article 1 LP, ajouté par les parlementaires, en dit moins avec plus d'emphase. Son inutilité n'a d'égal que l'acharnement dérisoire de quelques-uns à voir graver dans la loi un « sens de la peine »¹³. En revanche, l'article 2 LP précisant avec justesse les missions du service public pénitentiaire s'imposait. En continuité avec ces dispositions, la loi pénitentiaire reprend l'article 707 du code de procédure pénale dans sa rédaction de 2004 et y ajoute un paragraphe d'une importance certaine :

« En cas de délivrance d'un mandat de dépôt ou d'arrêt, les peines privatives de liberté peuvent être immédiatement aménagées, dans les conditions prévues par le présent code, sans attendre que la condamnation soit exécutoire conformément au présent article, sous réserve du droit d'appel suspensif du ministère public prévu par l'article 712-14 ».

Ainsi les personnes jugées en comparution immédiate pourront bénéficier de ces dispositions, ce qui suppose une adaptation des pratiques¹⁴. On peut cependant regretter la réserve formulée. En effet, si le ministère public doit former son appel dans les 24 heures, en revanche la chambre de l'application des peines dispose d'un délai de 2 mois pour statuer. À quand un référé application des peines?

(13) Sur ce point, V. G. Casadamont, P. Poncela, *op. cit.*, 2004.

(14) V. J.-P. Vicentini, Les aménagements de peine dans la loi pénitentiaire, *Gaz. Pal.* 28 janv. 2010.

Dans l'ensemble, la « nouvelle » procédure simplifiée a été accueillie avec satisfaction. En revanche, les aménagements intervenant alors que la peine est déjà en cours d'exécution ont suscité plus de critiques et de polémiques.

► Aménager les peines d'emprisonnement en cours d'exécution

Les critiques formulées à l'encontre des procédures mises en place ont pour la plupart comme point de départ le rééquilibrage opéré par la loi pénitentiaire entre les différentes autorités compétentes pour décider d'un aménagement de peine ou simplement en faire une proposition étayée. Il est reproché à ce rééquilibrage de donner trop de pouvoir au Parquet et à l'administration pénitentiaire, au détriment du JAP juge du siège. Mais les critiques portent aussi, bien que plus discrètement, sur la part trop grande donnée à des partenariats, principalement associatifs, pour la mise en œuvre des aménagements.

Les rivalités de pouvoir entre siège et Parquet, AP et magistrature, SPIP et secteur associatif, ne doivent pas occulter le souci d'effectivité et de célérité qui a dicté ce rééquilibrage, ainsi d'ailleurs qu'une meilleure prise en considération des compétences et du travail réalisé par les personnels pénitentiaires. Mais sans des moyens conséquents donnés au SPIP et au Parquet ou/et sans éventuellement l'appel à des partenariats extérieurs, la bonne intention risque de tourner au cauchemar pour les praticiens concernés.

La loi pénitentiaire essaie de redonner un nouveau souffle à la procédure mise en place par la loi du 9 mars 2004, la dite NPAP¹⁵ déjà fortement contestée et peu effective ou très inégalement effective en fonction des SPIP.

Sans reprendre l'intégralité des dispositions (art. 723-19 et 723-20 C. pr. pén.), notons que dans le cadre de cette procédure renouvelée les conditions d'éligibilité¹⁶ sont élargies pour bénéficier d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'une libération conditionnelle ou d'un PSE. Mais surtout, dorénavant AP et procureur de la République sont les maîtres d'œuvre : le SPIP propose et le Parquet dispose.

Le JAP n'est cependant pas absent ; il est informé, il peut homologuer ou non, ordonner une mesure différente de celle proposée, et aussi être une sorte de « juge d'appel » à la demande du condamné insatisfait, la procédure contradictoire de l'article 712-6 du code de procédure pénale retrouvant alors sa place ; cette place peut d'ailleurs aussi être redonnée par le JAP lui-même dès réception du rapport du SPIP l'informant.

Un délai impératif de trois semaines, à compter de la réception de la requête en homologation provenant du procureur, est donné au JAP pour répondre. À l'issue de ce délai, le procureur de la République peut ramener la mesure d'aménagement à exécution, qualifiée alors de « mesure d'administration judiciaire » non susceptible de recours. Mais pour atténuer le caractère abrupt de ces dispositions il faut préciser que l'accord du condamné doit être recueilli par le DSPIP.

On le voit, certains procureurs de la République vont devoir sensiblement modifier leurs pratiques, trop souvent restrictives concernant les aménagements des peines. Ils vont devoir aussi accepter de voir les condamnés plus systématiquement libérés avant le terme de leur peine, il est vrai seulement pour des courtes/moyennes peines d'emprisonnement.

(15) Nouvelle procédure d'aménagement des peines (anciens art. 723-20 à 723-28 C. pr. pén.)

(16) Peine d'emprisonnement égale ou inférieure à 2 ans, ou égale ou inférieure à 5 ans quand le reliquat est égal ou inférieur à 2 ans (avec l'inopportune réduction à un an pour les récidivistes).

► Le PSE fin de peine : une mesure sui generis ?

Expérimenté depuis 2008 par 17 SPIP, le PSE fin de peine est généralisé et concerne les quatre derniers mois de toute peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 5 ans. Son octroi n'est cependant pas automatique et nécessite, outre le consentement du condamné, une appréciation par le SPIP fondée notamment sur la personnalité du condamné et, telle une formule rituelle, le risque de récidive (art. 723-28 C. pr. pén.).

Les SPIP sont donc les maîtres d'œuvre de cette mesure, sous l'autorité du procureur de la République qui devient prescripteur des obligations de suivi. Le JAP n'interviendra que comme autorité de « recours » à l'initiative du condamné et en l'absence de décision de placement ; il statuera alors par jugement après débat contradictoire.

Il n'est guère besoin d'insister sur les moyens matériels et humains qui seront nécessaires. La nature juridique de la mesure prise par le SPIP n'est pas précisée.

Tous ces aménagements n'épuisent pas l'éventail des mesures relevant des JAP (libération conditionnelle, permissions de sortir, réductions de peine par exemple) et qui voient leur régime peu modifié. Nous ne pouvons ici reprendre tous les changements intervenus, au demeurant minimes.

Notons cependant que les condamnés détenus âgés de plus de 70 ans pourront demander une libération conditionnelle sans condition de délai tenant à la peine déjà exécutée. Alors que les critères d'octroi tiennent à la réinsertion, le texte ajoute bien inutilement une restriction tenant au risque de réitération, et bien imprudemment une restriction tenant au risque de « trouble grave à l'ordre public ».

◆ LES DROITS DES DÉTENUS ET LES MESURES D'EXÉCUTION

Un chapitre de la LP est consacré aux « droits et devoirs des personnes détenues » et s'ouvre sur une disposition de principe d'une évidente nécessité : « L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits » (art. 22 LP). Sont ensuite précisés les types de motifs pouvant venir limiter leur exercice et la prise en compte d'une individualisation de ces restrictions.

L'étendue des restrictions potentielles aux droits est heureusement tempérée par l'énoncé du droit d'accès au droit (art. 23 LP) et des dispositifs permettant sa mise en œuvre : information sur les droits dès l'admission dans une langue comprise par la personne détenue, consultations juridiques gratuites, permanences assurées par des délégués du médiateur de la République, libre communication avec un avocat, possibilité d'élire domicile auprès de l'établissement pénitentiaire pour faciliter les démarches administratives et, en particulier exercer les droits civiques et des droits aux prestations sociales.

Un certain nombre de grandes libertés fondamentales font l'objet d'énonciations de principe et de précisions touchant à leur exercice en détention. Qu'il nous suffise ici de les énoncer, et d'insister sur quelques aspects nouveaux ou sensibles.

Sont affirmés ou réaffirmés les libertés d'opinion, de conscience, de religion et d'exercice du culte (art. 26 LP), d'accès à l'information (art. 43 LP), ainsi que les droits à la qualité et à la continuité des soins (art. 46 LP), au secret médical et au secret de la consultation (art.

45 LP), à un « aidant » choisi par le détenu handicapé (art. 50 LP), au maintien des relations familiales : visites, unité de visite familiale ou parloir familial, correspondance, téléphone (art. 34 à 36 LP). Droits aussi, pour toute personne détenue, d'accès au téléphone (art. 39 LP), à l'image et à la voix (art. 41 LP), de contracter un PACS (art. 515-3 C. civ.), à l'aide en cas d'indigence (art. 31 LP).

À défaut de pouvoir commenter chacun de ces droits et libertés, nous insisterons sur quelques points sensibles.

► Travail en détention : droit à l'établissement d'un « acte d'engagement » professionnel

La LP remédie à l'absence souvent critiquée d'un contrat de travail en instaurant pour toute personne détenue participant à des activités professionnelles en détention, un droit à l'établissement d'un « acte d'engagement » par l'AP (art. 33 LP). Cet acte, signé par le chef d'établissement et la personne détenue doit énoncer les droits et obligations professionnels du détenu, les conditions de travail, la rémunération, les modalités d'application des dispositions relatives à l'insertion par l'activité économique. Par ailleurs un taux horaire minimum indexé sur le salaire minimum de croissance devra être fixé par décret.

► Un droit à la sécurité

Probablement sous les influences conjuguées de la Cour européenne des droits de l'homme et des juridictions administratives, la LP énonce un droit à la sécurité pour toute personne détenue. Il résulte de la disposition générale suivante : « l'AP doit assurer à chaque personne détenue une protection effective de son intégrité physique en tous lieux collectifs et individuels » (art. 44 LP).

La volonté de rendre ce droit effectif se manifeste par diverses obligations à la charge de l'AP : prévoir une surveillance et un régime de détention particuliers pour tout détenu victime d'un acte de violence caractérisé de la part d'un autre détenu ; informer immédiatement les proches sur les circonstances du suicide d'un détenu ; installer des caméras de surveillance dans les espaces collectifs (art. 58 LP). Enfin, une responsabilité sans faute de l'État est instituée pour tout décès d'un détenu causé par les violences d'un autre détenu. Alors que les juridictions administratives ont fini par soumettre l'AP à un régime de responsabilité pour faute simple, la LP crée un cas de responsabilité sans faute. Jusqu'à présent, seules certaines mesures d'application des peines (semi-liberté, placement à l'extérieur, permission de sortir, libération conditionnelle) permettaient, en cas de dommages causés à des tiers, d'engager la responsabilité pour risque de l'État.

► Obligation d'activité et parcours d'exécution de la peine

Toute personne condamnée est désormais tenue d'exercer au moins l'une des activités proposées par le chef d'établissement ou le directeur du SPIP, sous réserve toutefois que l'activité ait pour finalité la réinsertion et soit adaptée à l'âge, aux capacités, à la personnalité, au handicap de la personne condamnée (art. 27 LP). La nature de l'obligation d'activité est légalement fixée, générant ainsi un droit à l'instruction pour les personnes ne maîtrisant pas les enseignements fondamentaux et un droit à l'enseignement de la langue française pour celles qui ne la maîtrisent pas.

L'obligation d'activité est à rapprocher du « parcours d'exécution de la peine » (art. 717-1 C. pr. pén.) élaboré à l'issue d'une période d'observation pluridisciplinaire (les actuels « quartiers arrivants ») et après un bilan de personnalité. Les termes sont prudents : « concertation » et non « consentement » s'agissant du condamné. Il est regrettable qu'un droit à demander, chaque année, le réexamen du parcours d'exécution n'ait pas été expressément prévu.

► Le droit à l'encellulement individuel

Des débats passionnés ¹⁷ ont accompagné la reprise de ce droit, nommé « principe » dans la loi pénitentiaire. Le décret du 10 juin 2008 (art. 53-1 C. pr. pén.) avait déjà prévu le droit à l'encellulement individuel des prévenus, éventuellement moyennant transfert. La loi pénitentiaire en pose donc le principe.

Les personnes mises en examen, prévenus et accusés, en sont les premiers bénéficiaires (art. 716 C. pr. pén.). Les dérogations au principe sont limitativement énoncées : la demande de l'intéressé, sa personnalité pourvu que ce soit dans son intérêt, les nécessités d'organisation résultant de l'exercice d'un travail ou d'une formation professionnelle. Quand ces mêmes personnes sont placées en cellule collective, elles doivent être aptes à cohabiter et leur sécurité et leur dignité doivent être assurées ; les cellules doivent être adaptées au nombre de personnes hébergées.

Les condamnés incarcérés dans des établissements pour peine sont aussi concernés. La loi rappelle qu'ils sont soumis au principe de l'encellulement individuel de nuit (art. 717-2 C. pr. pén.) et précise que seules les dérogations de l'article 716 du code de procédure pénale sont applicables.

Cependant, l'ultime article de la loi pénitentiaire, après d'âpres discussions, autorise un moratoire de 5 ans pour le placement en cellule individuelle dans les maisons d'arrêt, motifs pris de la configuration des locaux ou du nombre de détenus. Pour en atténuer la rigueur, la possibilité pour les prévenus de demander un transfert, prévue par le décret du 10 juin 2008, est reprise.

► Le régime juridique des fouilles

Les fouilles relèvent de la décision du chef d'établissement, bornée par le respect de règles générales tenant aux motifs (présomption d'une infraction, sécurité des personnes, bon ordre de l'établissement), lesquels doivent strictement déterminer leur fréquence et leur nature (art. 57 LP). Des précisions supplémentaires eurent été bienvenues, même si elles figurent déjà dans des textes réglementaires.

Différents types de fouilles sont désormais explicitement distingués, allant de la moins à la plus intrusive : les fouilles par palpation ou par l'utilisation des moyens de détection électronique, puis les fouilles intégrales, et enfin les investigations corporelles internes. Ces dernières, réalisées par un médecin n'exerçant pas au sein de l'établissement, doivent répondre à un impératif strictement motivé.

(17) V. P. Poncela, La crise du logement pénitentiaire, cette Revue 2008. 972-983.

► Le régime disciplinaire

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 19 novembre 2009 (n° 2009-593 DC), a déclaré l'article 91 LP conforme à la Constitution, formulant une simple réserve d'interprétation. Après avoir rappelé le principe à valeur constitutionnelle que constitue le respect de la dignité de la personne, ainsi que les objectifs de l'exécution des peines (protection de la société, rétribution, amendement et préparation à la réinsertion du condamné), le Conseil constitutionnel considère que le régime disciplinaire ne relève pas de la loi sous réserve du respect de ces principes.

Il déclare conforme à la Constitution les dispositions instituant les deux sanctions les plus graves (art. 726 C. pr. pén.), pour lesquelles les changements introduits doivent être approuvés. En effet, les durées maxima du placement en cellule disciplinaire et du confinement sont réduites, passant de 45 à 20 jours, ou 30 jours en cas de violence physique contre les personnes. Pour les mineurs de plus de seize ans, le décret du 11 mai 2007 avait déjà réduit la durée maximum à 7, 5 ou 3 jours selon la gravité de la faute. La durée du placement à titre préventif reste limitée à 2 jours ouvrables.

Des droits et des garanties déjà existants sont légalisés et relevés par le Conseil constitutionnel comme contribuant à la constitutionnalité du régime disciplinaire : droit à un parloir hebdomadaire ¹⁸, compatibilité du placement avec l'état de santé, droit à l'assistance d'un avocat, droit de saisine du juge des référés.

Une nouveauté, qui n'est pas relevée comme étant une garantie supplémentaire, figure dans la loi pénitentiaire : la commission disciplinaire comportera dorénavant au moins un membre extérieur à l'AP ¹⁹.

► La mise à l'isolement

Le régime de la mise à l'isolement administratif, sensiblement réorganisé par le décret du 21 mars 2006, expressément écarté pour les mineurs par le décret du 9 mai 2007, fait dorénavant l'objet d'une disposition législative (art. 726-1 C. pr. pén.). La loi confirme plus qu'elle n'institue ou modifie, et elle le fait a minima. D'une part, elle rappelle que le placement à l'isolement « n'affecte pas l'exercice des droits » par renvoi au texte général de l'article 22 LP (voir *supra*). D'autre part, elle confirme la durée par renouvellements successifs, décidés par le chef d'établissement, tous les 3 mois jusqu'à un an, après débat contradictoire et possibilité d'être assisté d'un avocat. Encore une occasion manquée pour la fixation d'une durée maximum, la prolongation au-delà de 2 ans, dite « à titre exceptionnel » par l'article D. 283-1-7 du code de procédure pénale, étant encore insuffisamment contrôlée par les juridictions administratives ²⁰.

L'isolement judiciaire continue d'être possible pendant toute la durée du mandat de dépôt ; l'article 145-4-1 du code de procédure pénale précise dorénavant qu'un recours est possible devant le président de la chambre de l'instruction ²¹.

(18) Droit introduit par le décret du 10 juin 2008.

(19) Beaucoup d'erreurs et d'inexactitudes sont écrites ici ou là concernant le droit disciplinaire carcéral. En l'état de notre droit interne et du droit européen, il est globalement conforme aux exigences européennes, sauf à reconstruire le recours hiérarchique préalable obligatoire mais déjà atténué par le référé administratif de l'art. L. 521-2 CJA.

(20) V. nos obs. in cette Revue 2007. 360, et cette Revue 2008. 406.

(21) Levant ainsi l'ambiguïté soulevée par la décision du Conseil d'État du 31 octobre 2008 (n° 293785), AJDA 2008. 2092.

◆ LA RÉCIDIVE : FUNESTE OBSESSION DU LÉGISLATEUR

Une funeste obsession du législateur vient ternir les bonnes intentions précédemment commentées. La préoccupation n'est pas nouvelle et jette son ombre sur la législation pénale depuis bien longtemps²². Ces cinq dernières années, elle est devenue obsessionnelle. Elle a pris la forme d'une punition implacable et démesurée du récidiviste, empêchant la mise en œuvre de l'objectif de préparation à la réinsertion.

Certes, cet objectif n'est pas le seul, mais il ne saurait être tenu pour rien et devient, avec le temps, celui qui doit l'emporter sur les autres dans l'exécution d'une peine ; il se confond même avec les « exigences légitimes de la peine » pour reprendre une expression employée par la Cour européenne des droits de l'homme. Tirant les conclusions de cela, des juges européens se sont demandés si un emprisonnement qui mettrait en péril cet objectif « ne serait pas susceptible de constituer en lui-même un traitement inhumain et dégradant »²³

Or cet objectif de préparation à la réinsertion doit conduire à prendre en compte et à encourager les efforts, à sa mesure, manifestés, à son rythme, par la personne détenue, qu'elle soit ou ne soit pas récidiviste. Plus même, les personnes qualifiées de récidivistes doivent être davantage accompagnées et dans cet accompagnement la confiance et la reconnaissance ne sauraient être totalement écartées.

La préconisation 89 du COR, restée lettre morte, allait dans ce sens et posait le principe de l'uniformisation à la mi-peine de la période d'éligibilité à la libération conditionnelle, sans considération de l'état de récidive dans lequel pouvait se trouver le condamné au moment de la commission de l'infraction.

Comme nous l'annonçons en introduction, nous n'avons pas traité ici l'intégralité des dispositions contenues dans la LP²⁴. En particulier, nous n'avons pas commenté les dispositions relatives au service public pénitentiaire dont les aspects positifs sont importants²⁵. En outre beaucoup de modifications sont apportées à des dispositions existantes et se trouvent disséminées dans cette loi ; par exemple : la réduction à 20 jours du délai donné au procureur général pour faire appel (art. 505 C. pr. pén.) ou même la suppression de cet appel concernant les jugements de police (ancien art. 548 C. pr. pén.) ; l'introduction du juge unique dans les procédures de relèvement (art. 702-1 C. pr. pén.) et de contentieux de l'exécution des peines (art. 710 C. pr. pén.) ; la possibilité donnée aux JAP de décider le relèvement de certaines peines complémentaires et l'exclusion du B2 du casier judiciaire de condamnations faisant obstacle au projet d'aménagement des peines (art. 712-22 C. pr. pén.) ; l'extension du domaine de la visioconférence (art. 706-71 C. pr. pén.), etc.

Au-delà des lignes de force, venant les conforter ou les amoindrir, des ajustements, des glissements, des grains de sel.

(22) V. nos développements dans G. Casadamont, P. Poncela, *op. cit.*, 2004, p. 73 s. Et aussi : P. Poncela, La question de la récidive, cette Revue 2005. 613 ; Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité, in P. Mbanzoulou (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008, p. 93-112.

(23) Opinion partiellement dissidente commune aux juges Tulkens, Cabral-Barreto, Fura-Sandström et Spielmann, ss *Kafkaris c/ Chypre*, CEDH, Gde Ch., 12 févr. 2008.

(24) La LP comporte cent articles, dont certains modifiant ou introduisant jusqu'à vingt articles du C. pén ou du C. pr. pén.

(25) V. le commentaire de G. Delorme, Un nouveau service public pénitentiaire, *Gaz. Pal.*, 28 janv. 2010.