



HAL
open science

L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison. Essai d'interprétation historique

Tristan Pouthier

► **To cite this version:**

Tristan Pouthier. L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison. Essai d'interprétation historique. L'injusticiabilité: émergence d'une notion? Etudes publiées en hommage au professeur Jacques Leroy, Biblioteka Jagiellonska, pp.97-127, 2018. hal-02175481

HAL Id: hal-02175481

<https://hal.science/hal-02175481v1>

Submitted on 5 Jul 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison : essai d'interprétation historique

Tristan Pouthier, Professeur à l'Université d'Orléans

« Le temps n'est plus », déclarait Patrick Frydman dans ses conclusions sur les arrêts d'assemblée *Hardouin* et *Marie* du 17 février 1995, « où ces deux institutions [la prison et l'armée], vivant repliées sur elles-mêmes, étaient communément perçues par la société comme largement soustraites au droit – et où la notion de mesure d'ordre intérieur pouvait ainsi trouver à s'appliquer, sans que personne n'en fût choqué, à des actes portant en réalité des atteintes substantielles aux libertés ou à la situation juridique des détenus »¹.

Ce temps-là n'est plus, en effet. Il semble si éloigné que l'on peine à croire que le juge administratif ait pu écarter jusqu'en 1995 l'examen de la quasi-totalité des décisions prises par l'administration au sein des prisons². Un tel refus ne semble pas, avec le recul, seulement pusillanime, mais inconcevable : si c'est

¹ *RFDA*, 1995, p. 353.

² Le bloc des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral ne commence à se fissurer que quelques années avant le renversement de principe opéré par l'arrêt *Marie*, le juge administratif acceptant au cas par cas d'examiner la légalité de certaines décisions : refus de respecter le secret des correspondances entre un détenu et son avocat (CE, 12 mars 1980, *Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines*, Leb. 141), refus de restituer des sommes bloquées sur le compte d'un détenu (CE, 3 novembre 1989, *Pitalugue*, Leb. T. 772), interdiction de recevoir certaines publications (CE, 10 octobre 1990, *Garde des Sceaux c/ Hyver*, Leb. T. 911), décisions relatives au nombre ou à l'espacement des repas des détenus (CE, 15 janvier 1992, *Cherbonnel*, Leb. 19).

le plus haut fait historique du juge administratif français d'avoir ouvert contre tout acte administratif un recours pour excès de pouvoir visant à assurer le respect de la légalité, selon la formule célèbre de l'arrêt *Dame Lamotte*, comment comprendre qu'il ait refusé de porter son contrôle juridictionnel au sein du lieu qui incarne jusqu'à la caricature le danger d'un tel excès ? Et d'apporter par là ce qui nous paraît être la garantie suprême contre l'arbitraire, celle du juge, à des individus « qui se trouvent dans un état de servitude légale »³ ?

On aimerait tout au moins trouver à cette réserve un semblant d'explication dans les décisions qui ont égrené la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur en prison. Mais rien. En décembre 1929, le sieur Brunaux se voit infliger une punition de quinze jours de cellule par le directeur de l'administration pénitentiaire du Havre, punition portée à soixante jours par le ministre de la justice. Saisi d'un recours en annulation contre ces sanctions disciplinaires, le Conseil d'État se contente de constater, dans un arrêt du 28 juillet 1932, que « les questions soulevées par le sieur Brunaux sont relatives à la régularité des mesures d'ordre intérieur prises à l'égard d'un détenu par l'administration pénitentiaire ; qu'elles ne sauraient dès lors être portées devant le Conseil d'État statuant au contentieux »⁴. Un demi-siècle plus tard, le commissaire du gouvernement Bruno Genevois propose à l'assemblée du contentieux de revenir sur cette jurisprudence à propos d'une décision de placement du sieur Caillol en « quartier de plus grande sécurité »⁵. Peine perdue : une telle décision, juge le Conseil d'État dans son arrêt du 27 janvier 1984, « constitue une mesure d'ordre intérieur non susceptible d'être déférée au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir ». Un tel laconisme semble conspirer à désigner la prison comme une forteresse impénétrable aux exigences de la légalité ordinaire qui sont censées protéger le moindre citoyen – et la contradiction avec la logique profonde du recours pour excès de pouvoir n'en est que plus manifeste et choquante⁶.

3 Instruction du 8 juin 1842 sur l'organisation des prétoires de justice disciplinaire dans les maisons centrales, signée du ministre de l'intérieur Tanneguy Duchâtel. V. *Code des prisons, ou Recueil complet des lois, ordonnances, arrêtés, règlements, circulaires et instructions ministérielles concernant le régime intérieur, économique et disciplinaire des maisons d'arrêt, maisons de justice, maisons de correction, maisons de force, et autres prisons préventives ou pour peines, placées sous l'autorité du ministre de l'intérieur*, Paris, Imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p. 381 s.

4 Leb. 816.

5 B. Genevois, conclusions sur CE Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, RDP, 1984, p. 483.

6 Patrick Frydman remarque dans ses conclusions précitées que la « faiblesse des justifications théoriques » de la jurisprudence des mesures d'ordre intérieur se trouve « mise en lumière par le caractère éminemment

Se tournera-t-on alors vers la doctrine ? Celle-ci ne se montre pas beaucoup plus diserte que le juge administratif, et cache à peine son embarras vis-à-vis d'une jurisprudence fondée sur « des motifs d'opportunité, beaucoup plus que [sur] les exigences de la logique pure »⁷. Deux justifications reviennent régulièrement pour expliquer l'invocation des mesures d'ordre intérieur dans les institutions fermées que sont la prison, l'école et l'armée. Premièrement, le juge veut se prémunir contre un afflux de requêtes visant tout une végétation de décisions de faible importance qui font la vie de ces institutions (comme d'ailleurs de toutes les administrations) : *de minimis non curat praetor*. Deuxièmement, ces institutions obéissent à des exigences disciplinaires particulièrement rigoureuses qui excluent l'intervention d'un juge. La jurisprudence des mesures d'ordre intérieur, écrivent en 1975 Jean-Marie Auby et Roland Drago dans leur *Traité de contentieux administratif*, « semble reposer sur une considération d'intérêt général, celle d'éviter ou de limiter le contentieux dans des services publics où le maintien de la discipline est particulièrement nécessaire. C'est à ce titre qu'elle exclut le recours, estimant que cet intérêt l'emporte sur celui de laisser subsister certains actes illégaux. »⁸ Ils se hâtent d'ajouter, remarquons-le, que, « dans le cas des décisions que le juge regarde comme suffisamment graves, le principe de légalité reprend son empire et le recours pour excès de pouvoir peut être exercé ». Sans donner cependant aucun exemple touchant à la prison, ce qui relativise singulièrement l'invocation de la « gravité » d'une mesure comme limite de son injusticiabilité. Le président Odent estime pour sa part, dans son cours de contentieux administratif, que la plupart des mesures d'ordre intérieur « représentent le vestige d'une vieille tradition qui, dans les services publics où la discipline doit être particulièrement ferme, conserve aux autorités responsables une marge de pouvoir dont elles peuvent user discrétionnairement, arbitrairement même, sans aucun contrôle juridictionnel »⁹.

elliptique de la motivation adoptée par les arrêts rendus en la matière, qui [...] se sont toujours bornés à affirmer en termes péremptoires que ces actes « constituaient des mesures d'ordre intérieur », sans expliciter aucunement les motifs conduisant à leur reconnaître cette qualification. »

7 R. Odent, *Contentieux administratif*, vol. 1, p. 784.

8 *Traité de contentieux administratif*, 2^e éd., LGDJ, 1975, vol. 2, p. 195-196. « L'irrecevabilité des recours, contraire aux principes de l'État de droit, n'a aucun fondement théorique et ne peut se réclamer d'aucun principe juridique. [...] Il s'agit d'éviter notamment que les détenus, pouvant facilement accéder à des conseils juridiques puissent, pour des raisons plus ou moins sérieuses, attaquer les mesures les concernant et compromettre la discipline nécessaire des établissements pénitentiaires. » (J.-M. Auby, « Le contentieux du service public pénitentiaire », *Revue du droit public et de la science politique*, 1987, p. 569).

9 R. Odent, *op. cit.*, *loc. cit.*

Conserver, donc, une sorte d'immunité juridictionnelle de principe au pouvoir disciplinaire là où celui-ci se doit d'être particulièrement ferme : telle serait, selon la doctrine, la justification ultime des mesures d'ordre intérieur dans le domaine carcéral. Mais *pourquoi* le pouvoir disciplinaire requerrait-il une telle immunité ? En quoi ses exigences propres et le contrôle juridictionnel de légalité seraient-ils mutuellement exclusifs ? Serait-ce parce qu'un directeur d'école ou un directeur de prison rendent leurs décisions disciplinaires sur la base d'une expérience très concrète et très spécifique propre à leur institution, ce qui expliquerait que le juge administratif soit « assez mal armé pour apprécier » de telles décisions, comme le suggérait en passant le président Odent ? Ou bien s'agirait-il d'une « volonté de préserver l'autorité de l'administration », selon une formule utilisée par David Bouju dans sa riche étude publiée en 2005 sur « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur »¹⁰ ? C'est que l'*autorité* de par sa nature même, on le sait, supporte beaucoup moins bien la contestation que le *pouvoir* : « sa caractéristique essentielle », écrivait Hannah Arendt, « est que ceux dont l'obéissance est requise la reconnaissent inconditionnellement »¹¹, ce qui s'accorde mal avec l'intervention d'un tiers extérieur à l'institution.

Ce sont là des explications possibles à la réserve du juge administratif face aux mesures d'ordre intérieur ; mais, à vrai dire, celui-ci ne nous les a jamais fournies, et la doctrine guère plus. Si, en outre, cette volonté de conserver au pouvoir disciplinaire une marge de pure autonomie est la justification la plus profonde de l'injusticiabilité des mesures d'ordre intérieur, force est de constater que cette justification est la moins à même de toutes de convaincre aujourd'hui. Ainsi, c'est le premier des arguments en faveur des mesures d'ordre intérieur qu'examine Patrick Frydman dans ses conclusions sur les arrêts *Hardouin* et *Marie*, et c'est celui qu'il écarte avec le plus de facilité, pour ne pas dire de hauteur : « Le premier [argument], tiré de ce que l'existence d'une voie de recours juridictionnelle à l'encontre des sanctions prononcées serait de nature à porter atteinte à l'autorité du commandement hiérarchique et à la discipline, ne nous arrêtera pas longtemps. Pareille affirmation procède en effet d'une conception à nos yeux erronée de ces dernières notions, lesquelles ne sauraient en aucun cas se confondre avec celle d'arbitraire. » De même, David Bouju dans son étude

¹⁰ *Revue du droit public et de la science politique*, 2005/3, p. 597 s.

¹¹ *Du mensonge à la violence*, Pocket, 1989, p. 145.

précitée : « Même si la discipline est un élément important de la régulation pénitentiaire, et même si hors du champ disciplinaire, les contraintes sécuritaires qui pèsent sur l'administration sont prégnantes, cela ne peut justifier une absence totale de contrôle juridictionnel. En effet, l'administration doit bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire et d'une marge d'appréciation importante. Mais ce pouvoir ne peut en aucun cas tendre vers l'arbitraire. » Ces formules sont frappantes, parce qu'elles ne font d'une certaine manière qu'énoncer une plate évidence. Mais dans cette platitude même, elles concentrent toute la force de l'époque du droit où nous vivons. L'administration ne peut *évidemment* prendre de décisions arbitraires ; cette exigence est *évidemment* particulièrement prégnante dans le sein d'institutions où les individus se trouvent dans un état d'assujettissement poussé à l'administration ; et il n'y a *évidemment* pas de meilleure garantie contre l'arbitraire administratif que le contrôle du juge. Tout ceci est d'une logique imparable, et nous nous trouvons ramenés à la question de départ. Comment expliquer que le juge administratif ait pu se satisfaire d'une contradiction aussi déchirante entre son office de juge de l'excès de pouvoir et sa réserve vis-à-vis de l'institution carcérale, dans la longue période qui s'étend depuis la naissance du recours pour excès de pouvoir sous le Second Empire, jusqu'au somme toute assez récent arrêt *Marie* (17 février 1995), en passant par l'arrêt *Sieur Brunaux* (28 juillet 1932) qui désignait les mesures disciplinaires prises dans le milieu carcéral comme des mesures d'ordre intérieur, et par l'arrêt *Dame Fargeaud d'Epied* du Tribunal des conflits (22 février 1960) qui confiait au juge administratif le contrôle des actes se rattachant au fonctionnement du service public pénitentiaire ?

Le juge administratif, encore une fois, ne nous a pas dit pourquoi il s'était tenu sur le seuil des prisons pendant des décennies. Il nous a dit en revanche pourquoi il y était entré. « La justice », déclarait en une formule fameuse la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, « ne saurait s'arrêter à la porte des prisons » ; et c'est sous le patronage de cette juridiction que Patrick Frydman a proposé à l'Assemblée du contentieux de changer entièrement sa perspective sur les mesures d'ordre intérieur. Pour dire les choses d'un mot, ce n'est pas le Conseil d'État en tant que traditionnel juge de la légalité qui a rompu avec sa longue réserve à l'égard des prisons – Bruno Genevois a échoué de manière révélatrice à le faire changer de position sur ce fondement dans l'affaire *Caillol* –, mais le Conseil d'État dans ses habits neufs de protecteur des droits et libertés fonda-

mentaux. Ici s'offre, pour le coup, la possibilité d'une interprétation historique de l'injusticiabilité en prison et du mouvement qui y a mis fin.

Il serait certainement risqué en effet de spéculer, dans le silence des arêts et des conclusions, sur les conceptions et motivations individuelles des générations de conseillers d'État qui ont perpétué la jurisprudence des mesures d'ordre intérieur, pour expliquer *a posteriori* leur laconisme qui nous paraît si dur. Si en revanche le juge administratif a tû, durant des décennies, les raisons de sa réserve, l'administration, elle, n'a jamais cessé de discourir sur les prisons depuis la Révolution – depuis que l'emprisonnement a été considéré, selon la formule de Pellegrino Rossi, comme « la peine par excellence dans les sociétés civilisées »¹², se substituant ainsi aux peines corporelles de l'Ancien régime. Il est donc possible, en se penchant sur les rapports, circulaires et textes réglementaires qui émaillent l'histoire post-révolutionnaire de la prison en France, de comprendre la signification de l'institution à l'écart de laquelle se tenait le juge – sa signification, c'est-à-dire son « idée directrice » pour reprendre la formule d'Hauriou¹³, ou encore sa raison morale.

Cette approche historique nous autorise à écarter dès à présent certains malentendus possibles. Ce serait une erreur particulièrement grossière, tout d'abord, de croire que la prison ait jamais été avant que le juge n'y pénètre un lieu abandonné à son sort, où l'administration aurait relégué dans l'oubli les indésirables de la société, comme dans les cachots sous-terrains de l'imagerie médiévale : elle a été, bien au contraire, un objet de préoccupation constante de la part de tous les régimes, à partir surtout de la Restauration. Dira-t-on cependant que la prison, si elle n'était pas un lieu d'oubli, était cependant un lieu *hors-le-droit*, abandonné à l'arbitraire de l'administration pénitentiaire ? Ce serait tout aussi inexact, et contradictoire d'ailleurs avec l'obsession qui a été celle du XIX^e siècle de trouver le meilleur des « systèmes pénitentiaires », ce qui supposait évidemment une réglementation rigoureuse. La dénonciation rémanente, depuis une vingtaine d'années, de l'absence d'un « véritable » droit pénitentiaire doit ainsi être comprise sur un plan qualitatif beaucoup plus que quantitatif : ce que l'on dénonce, ce n'est pas l'absence de règles en général, mais l'absence d'un système pensé et cohérent de règles protectrices des droits et libertés fondamentaux des détenus. C'est en ce sens, par exemple, que le rapport

12 P. Rossi, *Traité de droit pénal*, 3^e éd., vol. 2, Paris, Guillaumin et Cie, 1863, p. 306.

13 V. M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) » in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud, 1933, p. 98.

Canivet de décembre 2000 parle d'un « droit de la prison encore inachevé », ou de l'émergence progressive d'un « véritable droit de la prison », ou des « progrès du droit de la prison »¹⁴ : cet achèvement en cours, ce progrès, ne se conçoivent que vis-à-vis de l'horizon de la garantie des droits des détenus. Le « véritable droit de la prison », quoi qu'il en soit, ne vient pas combler un vide de règles juridiques ; il modifie ou complète un système de règles préexistant. Mais précisément : la prison, à défaut d'être un lieu simplement hors-le-droit, hors-la-légalité, n'était-elle pas du moins un milieu qui *niait le détenu comme sujet de droits et libertés fondamentaux* ? Cette fois-ci nous touchons au cœur du problème. Car il est une dernière fausse représentation qu'il convient selon nous d'écarter, selon laquelle la société libérale jusqu'aux années 1970 aurait réservé les droits de l'homme aux seuls membres de la société civile, tandis qu'en auraient été volontiers dépouillés tous ceux qui intégraient des institutions fermées : asiles psychiatriques, casernes, écoles, prisons. Nul ne pourrait nier que ces institutions aient été dures, parfois inhumaines selon nos conceptions actuelles ; ni que ceux qui s'y trouvaient renfermés y aient été traités en assujettis. On ne peut affirmer en revanche que le libéralisme (à défaut du juge) se soit jamais arrêté sur le seuil de ces institutions.

Il ne s'agit certes pas de minimiser la rupture qu'a représenté la pénétration de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans le milieu carcéral ; mais de comprendre pourquoi on a commencé de considérer que celle-ci était une exigence impérieuse. Il convient pour cela de replacer l'abandon de la jurisprudence traditionnelle sur les mesures d'ordre intérieur dans un cadre plus large. Le dernier quart du XX^e siècle a en effet vu l'avènement d'un nouvel âge du libéralisme où les droits de l'homme se sont redéployés dans un univers moral foncièrement opposé à celui de la société dite « bourgeoise » du XIX^e siècle. Nous sommes passés autrement dit d'un âge des droits individuels qui intégrait la possibilité d'un assujettissement local des individus au sein de certaines institutions fortement disciplinaires, *sans que cela soit contradictoire* avec leur nature fondamentale d'être de droits ; à un âge des droits individuels qui ne permet plus de tenir ensemble l'idée d'assujettissement et l'idée de droits inaliénables. Une telle articulation supposait en effet que soit reconnue la raison morale qui fondait ces institutions fermées dans la société bourgeoise ; or celles-ci ont

14 *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires : rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice*, remis en décembre 2000, La documentation française.

connu une brutale délégitimation, une perte de sens qui a rendu insupportable la situation d'assujettissement dans laquelle s'y trouvaient les individus. C'est le sens de l'interprétation historique que nous souhaiterions proposer ici dans le cas spécifique de la prison.

Un retour sur les origines de la prison moderne se révèle particulièrement éclairant dans cette perspective. En effet, la prison a été principalement pensée et organisée à l'époque de la monarchie constitutionnelle (1814-1848), et sous l'influence de théoriciens libéraux. Or le libéralisme d'alors – que l'on qualifie habituellement de « doctrinaire » – présente ceci de commun avec le nôtre qu'il est volontiers ratiocinant, inscrivant de manière explicite son œuvre législative dans une interprétation philosophique de sa situation historique : la Révolution était à ses yeux le temps de la liberté sans ordre ; la période napoléonienne était le temps de l'ordre sans la liberté ; le régime de la Charte sera le temps de la liberté organisée. Dans cette perspective, tout le travail d'organisation de la société issue de la Révolution est pensé comme une vaste concrétisation multiforme de l'idée du droit individuel. La prison, comme nous allons le voir, ne fait pas exception : l'ordre intérieur carcéral qui se constitue à l'époque, et qui est essentiellement celui qui a perduré jusqu'aux années 1970, se veut une déclinaison particulière de la théorie libérale. A notre sens, la rupture qui a déterminé la pénétration de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux en prison est moins un rejet de la *réalité concrète* de la prison issue du XIX^e siècle – dont nul ne songerait à nier la dureté – que de la conception morale qui la sous-tendait. Le juge administratif a certes pénétré dans le monde carcéral en tant que protecteur des droits et libertés fondamentaux ; mais il l'a fait dans un contexte plus général où l'action traditionnelle de l'administration dans les prisons se trouvait frappée d'illégitimité morale. Le juge administratif n'avait pas de rôle particulier à jouer dans l'économie morale traditionnelle de l'ordre intérieur carcéral tel qu'il s'est constitué dans la première moitié du XIX^e siècle, à l'époque de la monarchie constitutionnelle (I) ; il joue en revanche un rôle fondamental dans le cadre du passage du « détenu-sujet » au « détenu-citoyen », pour reprendre une formule célèbre de Jean Favard¹⁵ (II).

15 J. Favard, « Le détenu citoyen », *Justice et psychiatrie*, éd. M. Colin et P. Couvrat, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'École nationale de la magistrature, 1993, p. 123-130.

I. Retour sur la constitution de l'ordre intérieur carcéral à l'ère du « détenu-sujet »

Au sortir de la période révolutionnaire et impériale, les prisons françaises présentent un tableau désolant : lieux d'anarchie où les prisonniers sont entassés sans que soit respectées ni la séparation entre les prévenus et les condamnés, ni la séparation entre les différentes classes de condamnés ; lieux d'abus systématiques, où une surveillance administrative défectueuse livre les détenus aux mauvais traitements et aux prédatations des geôliers ; lieux enfin de misère matérielle, où sévit une mortalité effrayante¹⁶. En réaction à cette situation de fait déplorable s'établit, d'abord (un peu) sous la Restauration, puis (principalement) sous la monarchie de Juillet, le régime moderne des prisons en France. L'urgence est bien alors d'établir *un ordre* pour succéder à l'état factuel d'anarchie et de misère matérielle des lieux de détention à la fin de l'Empire. Mais cette exigence minimale n'explique pas à elle seule le phénomène – matériel, juridique et moral – massif qui se produit alors : la constitution de la prison en institution séparée et spécifique.

En effet, les rapports, circulaires, instructions et règlements qui se succèdent durant cette période organisent et laissent apparaître tout à la fois la formation progressive d'un ordre intérieur carcéral reposant sur une logique propre. Or cet ordre naissant relève fondamentalement de la compétence de l'administration : il recouvre à la fois « l'administration, le régime et la police intérieure des maisons », pour reprendre les termes d'un arrêté ministériel du 20 octobre 1810¹⁷. Cette distinction des matières est utile pour comprendre la constitution de l'ordre intérieur carcéral. Celui-ci se veut d'abord un *régime* cohérent, déterminé par une théorie de la prison. Une telle théorie constitue l'idée directrice ou la raison morale de l'institution carcérale : c'est elle qui va,

16 Deux sources permettent de se faire une idée à cet égard. D'une part, les rapports de la Société royale des prisons créée par une ordonnance royale du 9 avril 1819 – société qui, d'après ses statuts, « [concourt] avec l'administration publique à apporter dans les prisons du royaume toutes les améliorations que réclament la religion, la morale, la justice et l'humanité ». D'autre part, les comptes rendus trimestriels faits au ministre de la justice par les présidents de cours d'assises : ceux-ci sont en effet tenus, sur la base de l'article 611 du Code d'instruction criminelle, de visiter les personnes détenues dans les établissements de détention préventive, mais transforment à l'instigation du ministre cette compétence en un droit de visite générale des prisons (y compris donc les prisons pour peine). Ces deux sources sont étudiées respectivement dans deux articles des *Annales historiques de la révolution française*, n° 228, 1977 : C. Duprat, « Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes », p. 204-246 ; J.-J. Darmon, « Sous la Restauration des juges "sondent la plaie si vive des prisons" », p. 247-268.

17 Arrêté du 20 octobre 1810 sur les prisons départementales, art. 15.

fondamentalement, être dénoncée dans le dernier quart du XX^e siècle au profit de la promotion des droits fondamentaux des détenus. Mais l'ordre intérieur est également une *police* – et de ce point de vue, la formation de cet ordre à l'époque de la monarchie constitutionnelle s'analyse comme un phénomène de clôture de l'institution carcérale : aussi bien la surveillance des prisons que la discipline qui s'y exerce relèvent désormais de manière quasi-exclusive de l'administration. Nous nous focaliserons, dans le cadre de cette étude, sur la constitution de l'ordre intérieur comme régime.

Au fond de tout débat sur le bon régime carcéral se trouve la question de la finalité de la peine. Les principales figures de ce débat sous la Restauration et la Monarchie de Juillet s'affrontent donc sur le point de savoir ce que doit viser prioritairement la détention pour peine. Si l'on écarte les nuances entre les auteurs, on peut ramener à trois les fonctions de la peine sur lesquelles roulent la discussion : la *punition* du condamné ; la *répression* du crime par la crainte qu'inspire la peine (aussi bien au condamné qui l'a purgée qu'à la société qui en voit l'exemple) ; et ce que l'on appelle couramment au XIX^e siècle l'*amendement* moral du condamné. La première fonction touche à la question qui est sans doute la plus profonde de la philosophie pénale¹⁸, et se trouve moins directement impliquée dans les débats sur la prison que les deux autres. Les diverses conceptions de la prison qui s'affrontent se caractérisent ainsi par l'accent plus ou moins important qu'elles mettent, soit sur la dimension sociale et utilitaire de la répression du crime, soit sur la dimension morale de l'amendement du condamné.

Ainsi, tout l'effort d'organisation de l'institution carcérale qui se développe à partir de la Restauration est inséparable de l'interrogation sur la raison morale fondamentale qui doit être celle de cette institution. On peut distinguer de ce point de vue deux époques : d'abord la période dite « libérale » de la Restauration¹⁹, où s'impose une conception philanthropique de la prison axée sur l'amendement du détenu ; puis la monarchie de Juillet, où s'impose plutôt une conception répressive de la prison, et qui correspond à un important durcissement du régime carcéral²⁰. Pourtant, même dans cette seconde époque, la conception morale est loin d'être oubliée : Jacques-Guy Petit parle plutôt à ce

18 La justice pénale repose-t-elle, ou non, sur le principe d'après lequel il faut rendre le mal pour le mal ?

19 Principalement au cours de l'année 1819 qui, sur le sujet de la prison comme sur d'autres (par exemple la liberté de la presse), apparaît comme une *annus mirabilis* du libéralisme français, avant que l'assassinat du duc de Berry le 13 février 1820 ne donne le signal de la réaction.

20 C. Duprat, *op. cit.*, *in fine*.

sujet de « seconde philanthropie »²¹. Or il convient d'appréhender la question des droits individuels des détenus dans la perspective de ce but moral de la prison. La difficulté, de ce point de vue, est que l'idée du droit individuel s'inscrivait au XIX^e siècle en France dans un univers moral aujourd'hui disparu, et qui a peu à voir avec celui au sein duquel se déploient aujourd'hui les « droits fondamentaux ». Les travaux conduits en 1819 par la Société royale pour l'amélioration des prisons sont particulièrement éloquentes à cet égard (A), mais les mêmes questions continuent de se poser sous la monarchie de Juillet (B).

A. LA QUESTION DU RÉGIME INTÉRIEUR DANS LES TRAVAUX DE LA SOCIÉTÉ ROYALE DES PRISONS (1819)

Créée par une ordonnance de Louis XVIII du 9 avril 1819, la Société royale des prisons est chargée de conduire une enquête approfondie sur l'état des prisons du royaume et de faire des propositions de réforme. Ses travaux débouchent sur un rapport de synthèse fait le 25 décembre par Bigot de Préameneu²² au conseil général des prisons, créé auprès du ministre de l'intérieur en même temps que la Société. Le même jour est pris un arrêté sur la police des prisons départementales qui concrétise le projet de la « première » philanthropie. L'intérêt de ces divers textes dans la perspective de notre étude est que la *perspective globale* au sein de laquelle est envisagée la question du droit des détenus y est explicitée avec une parfaite clarté. Le ministre de l'intérieur et chef du gouvernement Elie Decazes écrit dans son rapport du 9 avril 1819 sur la création de la Société : « Pour que la loi ne soit pas trompée dans sa prévoyance, il faut que la peine produise réellement sur le coupable qui l'a subie l'effet qu'elle en attend. [...] Deux conséquences essentielles en découlent, et peuvent seules conduire au but que la loi se propose : la première, c'est qu'on ne doit infliger au détenu aucune peine qui dépasse celle que la loi a voulu lui faire subir en le privant de sa liber-

21 « L'amendement ou l'entreprise de réforme morale des prisonniers en France au XIX^e siècle », *Déviance et société*, 1982, vol. 6, n° 4, p. 331-351.

22 La Société est divisée en sept commissions qui font chacune un rapport sur l'objet qui leur est attribué : instruction religieuse et morale ; correction paternelle, et mesures de police judiciaire et administrative ; instructions aux commissions de surveillance des départements ; régime de santé ; instruction primaire ; travail des prisonniers ; impression de livres utiles. Tous ces rapports sont publiés avec celui de Bigot de Préameneu dans un recueil simplement intitulé *Société royale pour l'amélioration des prisons*, imprimé à l'imprimerie royale en 1820. Les citations qui suivent sont tirées dudit recueil.

té ; la seconde, c'est qu'il est du devoir comme de l'intérêt de la société d'exiger qu'aucun soin ne soit négligé pour opérer la réforme morale de celui qui doit rentrer un jour dans son sein. » Ainsi, deux dimensions se trouvent étroitement articulées dans le projet carcéral de la Société : d'une part, la question du *droit* des détenus (1) ; d'autre part, la question de la *réforme morale* des détenus (2).

1. *Le droit du détenu*

Le premier aspect du système pénitentiaire envisagé par la Société royale des prisons, relatif au *droit* du détenu, en constitue en quelque sorte le premier étage ou la base nécessaire. « La loi », continue Decazes, « doit suivre [Le coupable] dans la prison où elle l'a conduit. [...] Elle lui doit surtout une protection vigilante contre les vexations et les abus dont il pourrait être l'objet ; car le meilleur moyen de faire pénétrer dans son âme le sentiment de la justice de sa condamnation, c'est de la lui faire subir sous l'empire et, pour ainsi dire, en présence de la justice la plus exacte et la plus attentive. » Même discours chez le duc de la Rochefoucauld dans son rapport du 25 mai 1819. Selon celui-ci, le « but » ou le « principe » du système pénitentiaire que la Société appelle de ses vœux est « de réformer autant que possible, de tendre au moins à la réformation des habitudes vicieuses des prisonniers condamnés ». Or le tout premier des moyens aptes à produire un tel résultat est « la justice la plus exacte envers les détenus ; l'absence de tout arbitraire ; l'évidence pour eux que cette justice est inaltérablement observée. [...] Ainsi la justice, cet éternel devoir des administrateurs, ce droit éternel des administrés, en quelque état qu'ils soient, considérée seulement sous le rapport de l'amendement des détenus criminels, est un moyen essentiel et puissant. »

Apparaît ainsi une première différence essentielle entre la perspective de la Restauration sur les droits des détenus et notre perspective contemporaine. On parle aujourd'hui d'arbitraire pour dénoncer le fait que les mesures prises en prison aient échappé à tout contrôle juridictionnel au XX^e siècle : le juge apparaît ainsi comme la figure incontournable de la garantie contre l'arbitraire administratif. Pourtant, la dénonciation de l'arbitraire – ou, ce qui revient au même, l'invocation de la « justice » – est largement aussi présente en 1819 dans les rapports de la Société royale des prisons que dans les conclusions contemporaines de nos rapporteurs publics. Mais la justice apparaît alors d'abord comme une obligation *morale* pesant sur l'administration, obligation qui doit trouver sa concrétisation et sa garantie dans l'organisation *juridique* du régime intérieur

des prisons. Certes, les droits du détenu se réduisent dans la perspective de l'époque à un droit à être traité avec justice par l'administration – et, plus largement, à un droit à être traité par elle avec humanité. Cette réduction du droit individuel à un noyau dur ne correspond plus du tout à l'état contemporain du droit, qui se fonde sur un principe inverse : ce n'est plus aujourd'hui le droit de l'administration carcérale qui est le principe et le droit du détenu qui en est la limite, mais au contraire le droit du détenu qui est le principe et les exigences de la détention qui en sont la limite. Il n'en reste pas moins que la prison n'est nullement conçue en 1819 comme un lieu radicalement illibéral où le droit des détenus serait purement et simplement nié ou mis entre parenthèses.

2. La réforme morale du détenu

Le second aspect du système pénitentiaire de la Société, celui de la *réforme morale* des détenus, est celui qui est censé lui conférer sa pleine cohérence. Hygiène, nourriture saine, vêtements et coucher dignes, bonnes habitudes données par un travail régulier, instruction morale et primaire, exercice du culte constituent les diverses dimensions de l'ordre intérieur de la prison qui doivent permettre de « former des hommes nouveaux », selon une expression employée aussi bien par La Rochefoucauld que par Bigot de Préameneu. La prison dans la perspective des philanthropes ne se limite pas à un lieu où s'exerce une « justice exacte », mais constitue véritablement le lieu d'une réforme morale des individus. Tous les moyens sont tendus vers cette finalité et constituent la prison en institution spécifique dotée d'une logique propre : « Les résultats », écrivait déjà La Rochefoucauld en 1814, « ne peuvent s'obtenir que par une réunion bien réfléchie et immuablement observée de moyens tendant tous et sans déviation au même but, bien concordants entre eux »²³. Le comte Alexandre de Laborde, chargé de faire un rapport sur les prisons parisiennes, n'hésite pas pour sa part à envisager la prison idéale comme un petit État dirigé par un « homme d'État chargé de gouverner [un] nouveau peuple », comme une « grande *Ponéropolis* ou ville des méchants » qui aurait « son gouvernement, ses lois, son régime particulier »²⁴. En somme, la perspective de la réforme morale du détenu prime incontestablement, avec toute la contrainte qu'elle implique, sur celle de ses droits, qui sont ramenés comme nous l'avons vu à un noyau dur : c'est elle qui fait de

²³ Cité in C. Duprat, *op. cit.*, p. 221.

²⁴ *Ibid.*, p. 218.

la prison un système structuré et animé en fonction d'une idée directrice. C'est la raison pour laquelle l'ordre intérieur de la prison est appréhendé spontanément comme relevant de la *science de l'administrateur*. « L'étude des lois et des règlements », écrivait le ministre de l'intérieur Vaublanc dans une instruction aux préfets du 22 mars 1816 sur le régime intérieur des prisons départementales, « appliqués à l'objet qu'ils concernent et augmentés de tout ce que cette application peut suggérer d'utile, forme la science de l'administrateur, et nulle part ne peut s'exercer avec plus de succès que dans tout ce qui concerne les prisons »²⁵.

La Société royale des prisons et ses travaux appartiennent à la brève aurore libérale de l'année 1819, et ne semblent pas avoir exercé d'influence réelle sur l'administration des prisons après la chute du ministère Decazes et la réaction qui l'a suivie. Des efforts continuent certes d'être faits sous la Restauration pour améliorer la situation matérielle des lieux de détention, mais le moment de la théorisation philanthropique est passé ; et, lorsque s'ouvre une nouvelle période de réflexion globale sur la prison dans la suite de la Révolution de juillet 1830, le contexte intellectuel et social est tout autre qu'en 1819.

B. LA QUESTION DU RÉGIME INTÉRIEUR SOUS LA MONARCHIE DE JUILLET

En effet la crainte des « classes dangereuses » se répand, l'enthousiasme philanthropique suscite désormais l'exaspération et le sarcasme, et les libéraux doctrinaires qui, en 1819, faisaient partie de la Société royale des prisons – Guizot, de Broglie, Laborde – sont rendus prudents par l'expérience du pouvoir. La claire articulation entre l'exigence de justice et la finalité de réforme morale, qui faisait l'essentiel du système de la Société, s'obscurcit sous le régime de Juillet au profit d'une approche plus technocratique et répressive. Pourtant, c'est bien à partir des années 1830 et non sous la Restauration qu'a été établi un véritable régime intérieur carcéral, aussi dur fût-il ; et l'on peut se demander si le phénomène de clôture de la prison qui s'est alors produit ne se trouvait pas en germe dans le projet même des philanthropes de 1819. Ainsi, l'évolution technocratique de la prison qui se produit sous Juillet (1), si elle traduit incontestablement un durcissement répressif, s'inscrit cependant dans un ensemble de réflexions qui ont pu être qualifiées de « seconde philanthropie » (2).

²⁵ *Code des prisons...*, *op. cit.*, p. 66.

1. L'évolution technocratique

Ainsi tout d'abord de l'évolution technocratique. La prison, sous le régime de Juillet, « devient affaire de spécialistes »²⁶, d'expertise développée sur la base d'enquêtes de terrain. Le gouvernement envoie des hommes étudier de près les systèmes pénitentiaires étrangers – celui des États-Unis notamment, où sont envoyés Alexis de Tocqueville et Gustave de Beaumont en 1831²⁷, mais également ceux d'Europe (Angleterre, Ecosse, Hollande, Belgique, Suisse, Allemagne, Italie)²⁸. Une enquête est également lancée sur l'état des prisons départementales²⁹, ainsi que sur la possibilité d'introduire l'emprisonnement cellulaire en France³⁰. Sont nommés à l'inspection générale des prisons des spécialistes qui vont être des figures de premier plan du débat sur le système pénitentiaire. Ainsi de Charles Lucas, ardent défenseur de l'amendement moral des condamnés, nommé inspecteur général par Guizot dès 1830, qui publie *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis* (1835) ; ou de Louis-Mathurin Moreau-Christophe, pur partisan de la répression pour le coup, nommé en 1837, qui publie consécutivement *De l'état actuel des prisons en France, considéré dans ses rapports avec la théorie pénale du Code* (1837) et *De la réforme des prisons en France, basée sur la doctrine du système pénal et le principe de l'isolement individuel* (1838). Enfin, cette accumulation de connaissances empiriques et de réflexions de spécialistes nourrit les débats parlementaires sur un projet de loi pénitentiaire, déposé une première fois à la Chambre des députés en 1840, puis à nouveau en 1843 – pour ne jamais aboutir au bout du compte.

Cette effervescence est produite essentiellement par la question du bon « système pénitentiaire » à adopter, et se réduit rapidement à l'affrontement entre deux conceptions : soit l'emprisonnement cellulaire de jour comme de nuit, c'est-à-dire l'isolement complet du condamné par rapport aux autres déte-

26 *Ibid.*, p. 243.

27 V. G. de Beaumont et A. de Tocqueville, *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France, suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques, 3^e édition augmentée du rapport de M. de Tocqueville sur le projet de Réforme des prisons et du texte de la loi adoptée par la Chambre des députés*, Paris, Charles Gosselin, 1845.

28 V. L.-M. Moreau-Christophe, *Défense du projet de loi sur les prisons contre les attaques de ses adversaires*, Paris, Marc-Aurel, 1844, p. 16-17.

29 V. le rapport du ministre de l'intérieur A. de Gasparin, *Rapport au roi sur les prisons départementales*, Paris, Imprimerie royale, 1837.

30 V. la circulaire du 1^{er} août 1838 contenant diverses questions à soumettre aux conseils généraux sur l'introduction dans le régime des prisons du système de l'emprisonnement individuel.

nus – système dit « de Philadelphie »³¹ ; soit l'emprisonnement cellulaire la nuit et la vie en commun le jour, mais dans le silence total, afin d'éviter la corruption mutuelle des détenus, idée fixe de l'époque – système dit « d'Auburn ». L'ordre carcéral qui se met en place sous la monarchie de Juillet est ainsi conçu comme la mise en application d'une véritable science pénitentiaire, produit à la fois de l'étude des expériences étrangères, d'une connaissance empirique de l'état des prisons françaises, et de réflexions théoriques qui se veulent moins naïves que celles des philanthropes de 1819. « Vers 1840 se fige la redoutable institution contemporaine », écrit Catherine Duprat (en 1977). « Les hommes de métier ont pris la relève du volontariat bienfaisant, ils imposent de nouvelles pratiques carcérales (« techniques » serait trop dire), déconcertantes et inquiétantes. [...] Ainsi, par son obsession de la contagion, son zèle punitif, sa hantise du geste et de la parole, la prison des années quarante s'est totalement dénaturée. »³² Catherine Duprat voit là « l'abandon forcé de toute stratégie d'amendement et d'éducation à la vie sociale », c'est-à-dire une rupture pure et simple avec le projet philanthropique. Il est indéniable à tout le moins que la période de la monarchie de Juillet se caractérise, outre le phénomène technocratique, par le durcissement disciplinaire et répressif du régime intérieur des prisons.

2. *Durcissement disciplinaire et « seconde philanthropie »*

L'époque n'est clairement plus à l'enthousiasme philanthropique : un Rossi³³ ou un Moreau-Christophe³⁴ voient dans la répression le but principal de la prison, et dans l'amendement moral une simple éventualité heureuse. Pourtant, Jacques-Guy Petit, se penchant sur les dits et écrits des protagonistes du débat pénitentiaire de la monarchie de Juillet, y a trouvé plutôt l'avènement d'une « philanthropie bien entendue » (selon une expression de l'époque) ou « seconde philanthropie » : « Si la critique de la philanthropie apparaît comme un lieu

31 Les partisans du système de l'isolement, tels Tocqueville et Moreau-Christophe, prétendent cependant se distinguer du modèle pennsylvanien dans toute sa rigueur en n'isolant le prisonnier que de ses codétenus, et non pas de la compagnie des « honnêtes gens » – gardiens, ministres du culte, famille, etc. Ceci afin d'éviter la folie.

32 C. Duprat, *op. cit.*, p. 246.

33 V. *Traité de droit pénal, op. cit.*, p. 245 : « De tous les effets de la peine, l'amendement du coupable est peut-être l'effet le moins certain et le moins général. La conséquence n'est point que le législateur doive le négliger, mais qu'il doit lui laisser le rang qu'il occupe par la nature des choses. »

34 V. *De la réforme des prisons en France, basée sur la doctrine du système pénal et le principe de l'isolement individuel*, Paris, Huzard, p. 376 : « Redisons, – car c'est là tout le système –, la peine *doit* PUNIR, elle MORALISERA *si elle peut.* » (majuscules et italiques de l'auteur)

commun ce n'est généralement qu'un exercice ou un mot de passe politique. »³⁵ J.-G. Petit montre ainsi que la préférence de Tocqueville pour le système philadelphtien d'isolement des condamnés s'explique en partie par des considérations morales : la solitude est en effet censée livrer les prisonniers à la réflexion et au remords³⁶.

Par ailleurs, la monarchie de Juillet est également la période de gloire de Charles Lucas, promoteur par excellence de la prison comme lieu d'amendement des condamnés. La réflexion et l'œuvre de Lucas ont été décisives dans l'histoire de la prison en France, par les diverses expériences carcérales pour jeunes délinquants sur lesquelles elles ont débouché, et par l'influence qu'elles ont exercée sur le grand réformateur des lois pénales sous la III^e République, René Bérenger³⁷. La théorie de la prison de Lucas, tout entière tendue vers l'amendement moral du détenu, est celle qui se situe le plus clairement dans la continuité du philanthropisme de la Société royale des prisons. Or, de manière révélatrice, elle se révèle également *la plus contraignante* pour les détenus. Là où Moreau-Chrisophe se contente volontiers d'une théorie de la prison toute négative qui se limite à empêcher le progrès du mal social³⁸ ; Lucas quant à lui, libéral au sens du XIX^e siècle – c'est-à-dire fondant le droit individuel sur une rigoureuse morale du devoir –, conçoit la prison comme un lieu d'enveloppement complet et de rééducation morale du condamné. On trouve chez le libéral progressiste Lucas, et non chez le pessimiste Moreau-Chrisophe, les formules les plus inquiétantes au regard de la future expérience du totalitarisme en Europe, ainsi par exemple dans un exposé fait en 1844 à l'Académie des sciences morales et politiques : « C'est alors qu'apercevant dans l'emprisonnement à long terme ce pouvoir qu'on ne rencontrerait pas ailleurs, de créer autour de l'homme l'atmosphère où il doit vivre, de régler son temps de veille et de sommeil, sa nourriture et la durée de ses repas, les moments du travail et ceux du repos, les heures de la prière et celles de l'instruction élémentaire, morale et religieuse ; de disposer de tous ses moments, comme de toutes ses facultés, dans une longue succession de jours, de mois et d'années ; de posséder

35 J.-G. Petit, « L'amendement ou l'entreprise de réforme morale des prisonniers en France au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 334 *in fine*.

36 *Ibid.*, p. 337.

37 V. R. Bérenger, *Notice à l'Académie des sciences morales et politiques sur la vie et les travaux de M. Charles Lucas*, Firmin Didot, 1892 ; J.-L. Sanchez, « Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) », *Criminocorpus*, 2005.

38 V. *De la réforme des prisons en France...*, *op. cit.*, p. 368.

enfin dans le détenu l'homme tout entier, sa liberté, son activité, son intelligence et jusqu'à sa parole ; nous avons cru voir se dérouler à nos yeux l'horizon le plus vaste et le plus beau qui ait jamais été ouvert au développement de l'éducation et à l'efficacité de son empire ; c'est alors enfin que, séduit par la grandeur et la beauté de l'œuvre, nous avons entrepris de tracer le cadre, le programme et le système de l'éducation pénitentiaire. »³⁹ On croit entendre le comte de Laborde évoquant vingt-cinq ans plus tôt la grande Ponéropolis, avec ses lois et son chef d'État.

Le phénomène de fermeture de l'institution carcérale qui s'achève sous la monarchie de Juillet nous paraît de ce point de vue beaucoup plus en phase avec la perspective initiale des philanthropes que ne le suggère Catherine Laborde : la constitution d'un ordre *intérieur* carcéral est indissociable de la cohérence qui est censée régner entre chacune de ses parties, avec pour point de mire la finalité correctrice de l'institution. Cet objectif explique pareillement la concentration de l'autorité entre les mains du directeur d'établissement, qui se produit à la même époque. Le règlement du 5 octobre 1831 sur les employés de l'administration des maisons centrales de détention fixe de la façon suivante les attributions du directeur : « L'action du directeur, comme chef de l'établissement, s'étend à toutes les parties du service. Il est, en outre, spécialement chargé de la correspondance, de l'exécution des règlements de la maison et de la police générale. »⁴⁰ Il va de soi que ce directeur, chef d'État de la Ponéropolis, doit également être seul compétent pour rendre la justice disciplinaire. Son autorité exclusive est ainsi au cœur du système des prétoires, institué par un arrêté du 8 juin 1842 sur la justice disciplinaire dans les maisons centrales. Le ministre Duchâtel décrit dans l'instruction qui accompagne cet arrêté la « responsabilité morale » qui pèse sur le directeur-juge, chargé de « [distribuer] une justice exacte et irréprochable ». Or un tel sacerdoce exige par nature l'exercice d'un pouvoir exclusif : « L'intérêt d'une bonne police exige de la part du directeur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et sans partage, pour l'application des punitions autorisées par les règlements ; son autorité pourrait être compromise ou affaiblie, s'il était possible qu'elle fût absorbée par la volonté ou par l'opinion contraire de ses subordonnés. Un pouvoir unique

39 Ch. Lucas, *Exposé à l'Académie des sciences morales et politiques de l'état de la question pénitentiaire en Europe et aux États-Unis, suivi d'observations de MM. de Tocqueville, Ch. Lucas et Bérenger*, Paris, Panckoucke, 1844. Pour un exposé synthétique de la théorie de la prison de Charles Lucas, v. J.-G. Petit, *op. cit.*, p. 340 s.

40 *Code des prisons...*, *op. cit.*, p. 140.

doit présider à la direction de toutes les parties de l'administration, et la responsabilité se centraliser dans les mains d'un seul, sous peine d'en affaiblir tous les ressorts. »⁴¹

Les débats de la Restauration et de la monarchie de Juillet mettent ainsi en évidence le fait que le régime intérieur des prisons a été conçu dès l'origine en fonction d'une finalité morale, quelles qu'aient pu être par ailleurs la volonté répressive des gouvernants et la dureté du système pénitentiaire mis en place – règle du silence, interdiction du tabac et des jeux, isolement cellulaire, etc. Au demeurant, la « réforme Amor » lancée en 1945 révèle, un siècle après les débats de Juillet, la grande stabilité des conceptions morales relatives à la prison dans la société bourgeoise. Issue des travaux d'une Commission de réforme des institutions pénitentiaires françaises créée par un décret du 22 novembre 1944, cette réforme concrétise un renouveau vigoureux du souci des pouvoirs publics à l'égard de l'institution carcérale – de son état matériel et de sa finalité intrinsèque⁴². Or on constate que les « quatorze points » énoncés par la commission Amor ne formulent fondamentalement aucune idée nouvelle mais ne font que synthétiser et remettre en pleine lumière une théorie libérale ou progressiste de la prison qui était déjà celle du XIX^e siècle : ainsi de l'idée que « la peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné » (point 1) ; ou que « le traitement infligé au prisonnier, hors de toute promiscuité corruptive, doit être humain, exempt de vexations, et tendre principalement à son instruction générale et professionnelle et à son amélioration » (point 3) ; ou qu'un « régime progressif est appliqué dans chacun de ces établissements en vue d'adapter le traitement du prisonnier à son attitude et à son degré d'amendement. Ce régime va de l'encellulement à la semi-liberté » (point 8). Rien de bien nouveau depuis La Rochefoucauld et Charles Lucas. L'importance de la réforme Amor réside dans ses réalisations concrètes⁴³ beaucoup plus que dans l'originalité de ses principes, qui tiennent plutôt du *revival*. On le voit : le recentrement sur la perspective des *droits fondamentaux* des détenus, qui a déterminé la fin de la jurisprudence des mesures d'ordre intérieur

41 *Ibid.*, p. 382.

42 On notera un parallèle évident entre le réformisme philanthropique de 1819 et le réformisme progressiste de 1945 : ils se sont tous deux manifestés au sortir d'une période où les troubles politiques avaient jeté en prison des membres des classes sociales élevées.

43 Notamment la mise en place du régime progressif et la création du juge d'application des peines. V. H. Leteneur, « La politique pénitentiaire française, son évolution de 1945 à 1984 », *Études*, hors-série « Justice et prison. Entre la sécurité et le droit », 2012, p. 99-112.

en prison, ne date même pas du milieu du XX^e siècle. Il débute dans les années 1970, ouvrant l'ère du « détenu-citoyen ».

II. La transformation de l'ordre intérieur carcéral à l'ère du « détenu-citoyen »

L'arrêt *Marie* de 1995, qui a mis un terme à la jurisprudence traditionnelle des mesures d'ordre intérieur, s'inscrit dans le contexte d'un changement général du regard sur la prison. Ce changement a été déterminé par l'effondrement de la légitimité morale traditionnelle de l'institution carcérale (A). Dans le vide ainsi créé par la disparition de la finalité correctrice de la prison, les droits fondamentaux se sont engouffrés, portés par leur organe naturel : le juge (B).

A. L'EFFONDREMENT DE LA LÉGITIMITÉ MORALE TRADITIONNELLE DE LA PRISON

L'effondrement de la légitimité morale de l'institution carcérale est un aspect parmi d'autres du phénomène majeur des sociétés occidentales de l'après-guerre, que le philosophe Gilles Lipovetsky a appelé le « crépuscule du devoir ». L'éthique de la société bourgeoise du XIX^e siècle était globalement fondée sur l'idée de loi morale absolue, irréductible à toute finalité utilitaire : Kant en avait donné la formule allemande, Victor Cousin la formule française. Dans cette perspective, l'homme était un être de droits parce qu'il était à la racine un être de devoirs : le droit individuel était en son principe la liberté de faire ce qui était exigé par le devoir⁴⁴. Cette articulation fondait par avance l'atténuation de la logique des droits devant la logique des devoirs au sein des grandes institutions de la société bourgeoise – la famille, l'école, l'armée, la prison – et la contrainte, intolérable à nos yeux, que celles-ci imposaient à leurs membres. Les fondements mêmes de la société bourgeoise ont ainsi été ruinés dans les années 1960-1970 par la critique tous azimuts de l'éthique du devoir, ainsi décrite par Lipovetsky : « La diffusion, au cours des années 1960-1970, des idées

⁴⁴ Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre thèse de doctorat, *Droit naturel et droits individuels en France au XIX^e siècle*, Paris II, 2013.

marxistes, freudiennes, nietzschéennes et structuralistes, non seulement dans les cercles intellectuels et étudiants mais plus largement dans les media, a donné une exceptionnelle légitimité à la relégation de l'idéologie du devoir. Les problématiques de la révolution, du désir, de la vie libérée se sont substituées à la rhétorique de l'obligation ; la thématique de l'expression individuelle et de l'émancipation sexuelle a pris le pas sur celle de la vertu ; le référentiel psy a remplacé la phraséologie culpabilisatrice. [...] Tout une époque s'est employée à jeter aux orties le discours aliénant, mystifié-mystificateur de la morale, assimilée à la haine de la vie, à l'idéologie petite-bourgeoise, à l'anti-liberté. Au nom de l'impératif intellectuel du « soupçon » et de l'antihumanisme théorique, le discours moral s'est trouvé récusé... »⁴⁵

La grande transformation sociale de l'après-guerre a consisté alors dans le passage d'une société où tous les droits étaient fondés sur des devoirs à une société où tous les devoirs sont fondés sur des droits. Un tel renversement implique évidemment une crise majeure pour les institutions « fermées » dont la raison morale héritée du XIX^e siècle ne convainc soudainement plus personne. Ces institutions vidées de leur contenu moral ne se présentent plus au regard de l'observateur que comme de purs systèmes de contraintes, pareils à des squelettes de crustacés desséchés. Naît alors la catégorie de « *total institution* », forgée par le sociologue américain Erving Goffman dans les années 1960, et traduite en français par « institution totalitaire » ; ou celle « d'institution disciplinaire » chez Michel Foucault. Institutions oppressives et désenchantées, visant à dresser les individus pour les faire correspondre à un modèle moral arbitraire – forcément arbitraire, dès lors que plus personne ne croit en la *vérité* du type bourgeois de l'honnête homme et de sa morale du devoir. Dans cette perspective, la parution de *Surveiller et punir* en 1975 signe l'acte de décès de la prison du XIX^e siècle et impose le nouveau canon auquel se mesure toute approche théorique de la prison. La figure du détenu selon la philanthropie du XIX^e siècle, être corrompu que la prison vise à amender, cède la place à celle du détenu selon la sociologie critique de la fin du XX^e siècle, être originellement hors-normes que la prison vise, précisément, à normaliser.

Chez les juristes, on trouve un parfait exemple d'une telle approche désenchantée de l'institution carcérale dans l'étude de Danièle Lochak « Droit et

⁴⁵ G. Lipovetsky, *Le crépuscule du devoir. L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Paris, Gallimard, 1992, p. 65-66.

non-droit dans les institutions totalitaires », parue en 1981⁴⁶. L'auteur expose en un tableau glaçant la logique de « l'institution totalitaire ». Par un renversement dialectique, celle-ci devient l'envers ou le « sous-produit nécessaire de la vie sociale normale », où se trouvent confinés à des fins de normalisation « ceux qui ne peuvent ou ne veulent jouer le jeu de la société libérale ». Close sur elle-même et séparée de la vie sociale, l'institution totalitaire est régie par une réglementation proliférante et pathologique suscitée par la logique disciplinaire : à l'inverse du principe organisateur de la société civile selon lequel la liberté est le principe et la restriction de police l'exception, le principe organisateur de l'institution totalitaire est que tout moyen est bon pour opérer le dressage de l'individu selon un modèle de « normalité ». Ainsi s'expliquent l'enveloppement de tous les aspects de la vie quotidienne de l'individu par un réseau serré d'obligations aussi bien réglementaires qu'extra-réglementaires ; l'établissement d'une panoplie de sanctions méticuleusement graduées qui traduisent la situation d'assujettissement total du détenu ; l'organisation d'une justice disciplinaire propre à l'institution et soustraite aux garanties ordinaires de la justice pénale. Voilà « l'arbitraire » de l'institution totalitaire : non pas l'*absence de règles*, dont Montesquieu faisait classiquement la caractéristique du régime despotique, mais la *multiplication discrétionnaire* des règles permises par le primat absolu de la finalité disciplinaire. Il va de soi que, dans la nuit totalitaire si bien dépeinte par Danièle Lochak, toutes les institutions sont grises, et que la prison des sociétés libérales n'est plus qu'un échelon sur l'axe gradué qui conduit droit au camp de concentration⁴⁷.

La société issue de la révolution morale des années 1960 ne pouvait évidemment tolérer l'existence en son sein d'institutions « totalitaires ». Vidée de sa légitimité morale traditionnelle, la prison a été naturellement investie par un impératif moral nouveau : le respect des droits fondamentaux. La logique

46 D. Lochak, « Droit et non-droit dans l'institution totalitaire. Le droit à l'épreuve du totalitarisme » *L'institution*, CURAPP-PUF, 1981.

47 V. par ex. ce rapprochement ayant valeur de preuve : « On relève par exemple, sur un registre établi par la prison de Clairvaux à la fin du XIX^e siècle, qu'un détenu a été sanctionné au cours de son séjour pour les fautes suivantes : refus de travail, quitte sa veste avant l'heure, fume, mutinerie et bris de mobilier, bagarres, cris, réponse inconvenante, bavardage, refus de prendre des remèdes prescrits, pédérasie, insultes, réclamations non fondées faites sur un ton arrogant, frappe un gardien, déchire sa chemise, etc. [...] E. Goffman cite lui aussi des exemples de comportements qui, dans les camps de concentration nazis, étaient de nature à attirer sur soi le châtime des gardiens, tel que le fait de garder les mains dans les poches, de tousser, d'avoir une tâche, un bouton manquant, des chaussures mal cirées – ou trop bien, un salut oublié, etc. » (*ibid.*, p. 139, no 33).

paternaliste de la prison du XIX^e siècle s'est trouvée du même coup retournée comme un gant. Rappelons que l'institution carcérale traditionnelle, dans la vision d'un La Rochefoucauld ou d'un Charles Lucas, jouissait par principe de droits étendus lui permettant de remplir sa mission de « correction » du détenu, tandis que les droits de ce dernier se réduisaient à un noyau dur : le droit d'être traité avec justice et avec humanité. Il se produit à partir des années 1970 un renversement complet : désormais, les droits du détenu constituent le principe, et les limites irréductibles imposées par la détention, l'exception. Selon une formule prêtée au président Giscard d'Estaing au moment des mutineries de l'été 1974, et indéfiniment répétée depuis : « La prison, c'est la privation de la liberté d'aller et venir, et rien d'autre. » La substitution de la logique des droits fondamentaux à la logique de l'amendement moral du détenu, initiée au niveau européen, a justifié en France l'abandon de la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur en prison.

B. ORDRE INTÉRIEUR CARCÉRAL ET DROITS FONDAMENTAUX

L'influence européenne a emprunté la double voie des règles pénitentiaires définies par le Conseil de l'Europe, ayant simple valeur de recommandation, et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La conception du « détenu-citoyen » qui s'est ainsi imposée repose sur le primat des droits fondamentaux des détenus, à l'égard desquels les contraintes de la détention n'ont plus qu'une valeur purement négative et doivent en principe être rigoureusement proportionnées (1). Or cette conception paraît appeler par nature une protection juridictionnelle *concrète*, à l'image de celle apportée par la Cour européenne des droits de l'homme. S'explique ainsi l'épuisement inexorable des mesures d'ordre intérieur dans la jurisprudence du juge administratif. Les tentatives de ce dernier pour sauvegarder un résidu de mesures d'ordre intérieur, en s'en tenant à son rôle traditionnel de gardien de la légalité objective, sont en effet systématiquement fragilisées par la logique concrète des droits fondamentaux qui s'impose à lui (2).

1. L'influence européenne

Le texte international fondateur est la résolution du 30 août 1955 adoptée par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traite-

ment des délinquants, qui contient « l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus »⁴⁸. Remarquons que la résolution pose pour seul « principe fondamental » une exigence de non-discrimination : les règles qu'elle édicte « doivent être appliquées impartialement », c'est-à-dire n'établir aucune différence de traitement fondée sur des préjugés de race, de couleur, de sexe, de langue, d'opinion, etc. (point 6). Nulle référence aux droits de l'homme, ni même au principe du respect de la dignité de la personne. L'ensemble des règles énoncées dessine quant à lui le tableau d'une prison qui correspond pleinement au modèle traditionnel du progressisme carcéral⁴⁹. Cette résolution des Nations Unies a servi par la suite de base aux règles pour le traitement des détenus qui ont été adoptées puis amendées par le Conseil de l'Europe au fil de trois textes : une résolution contenant l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, adoptée par le Conseil des ministres le 19 janvier 1973⁵⁰ ; une recommandation sur les règles pénitentiaires européennes adoptée par le Comité des ministres le 12 février 1987⁵¹ ; et une recommandation sur les règles pénitentiaires européennes adoptée par le Conseil des ministres le 11 janvier 2006⁵². L'évolution qui se dessine au fil de ces trois textes illustre le changement de la logique fondamentale qui gouverne les « règles pénitentiaires ».

Ainsi, la résolution du Conseil de l'Europe de 1973 consiste pour l'essentiel en un décalque de la résolution des Nations Unies de 1955. Remarquons tout au plus que le Conseil de l'Europe ajoute, au niveau du « principe fondamental », la règle selon laquelle « la privation de liberté doit avoir lieu dans des conditions matérielles et morales qui assurent le respect de la dignité humaine » (point 5.3).

48 Résolution approuvée par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.

49 Notamment : la séparation des catégories de détenus ; l'isolement nocturne ; l'hygiène des lieux, la propreté des vêtements et de la literie, une alimentation de bonne qualité, de l'exercice physique ; la légalité *lato sensu* des infractions, punitions et procédures disciplinaires ; la prohibition, en tant que sanctions disciplinaires, de toute peine corporelle ou sanction cruelle, inhumaine ou dégradante, ainsi que de tout moyen de contrainte (menottes, chaînes, etc.) ; le droit du détenu de déposer des requêtes ou plaintes au directeur de l'établissement, à l'inspecteur des prisons, mais aussi « à l'administration pénitentiaire centrale, à l'autorité judiciaire ou à d'autres autorités compétentes » (point 36.3) ; l'obligation d'autoriser les détenus, « sous la surveillance nécessaire, à communiquer avec leur famille et ceux de leurs amis auxquels on peut faire confiance, à intervalles réguliers tant par correspondance qu'en recevant des visites » (point 37) ; l'obligation de tenir régulièrement les détenus au courant « des événements les plus importants » par divers moyens possibles (journaux quotidiens, périodiques, publications pénitentiaires spéciales, radio) autorisés ou contrôlés par l'administration (point 39).

50 Résolution (73)5.

51 Recommandation R(87)3.

52 Recommandation Rec(2006)2.

La recommandation de 1987 se situe encore dans la continuité du texte de 1973, mais des différences significatives commencent à se faire jour. Ainsi, dans le nouveau préambule, l'invocation du progrès et de la modernité se fait emphatique : les règles minima énoncées par la recommandation sont « essentielles pour assurer des conditions humaines de détention et un traitement positif dans le cadre d'un système moderne et progressif », et « il est beaucoup insisté, dans ces règles, sur la notion de dignité humaine, sur la volonté de l'administration pénitentiaire d'agir avec humanité et efficacité, sur l'importance du rôle joué par le personnel et la mise en oeuvre d'une gestion moderne ». Surtout, une nouvelle rubrique « Objectifs du traitement et des régimes » introduit et développe longuement une perspective *finaliste* sur la détention carcérale. Or le changement de perspective par rapport au progressisme « traditionnel » est manifeste. Ce changement ne réside pas tant dans la mobilisation de « tous les moyens curatifs, éducatifs, moraux, spirituels et tous les autres moyens appropriés » pour assurer la « réinsertion sociale » (point 66), que dans la volonté de minimiser la différence entre le monde carcéral et le monde extérieur. La recommandation prévoit ainsi que « tous les efforts doivent être entrepris pour s'assurer que les régimes des établissements soient établis et gérés de manière à [...] b) réduire au minimum les effets préjudiciables de la détention et les différences entre la vie carcérale et la vie en liberté afin que les détenus ne perdent pas le respect de soi ou le sens de leur responsabilité personnelle ; c) maintenir et renforcer les liens des détenus avec les membres de leur famille et le monde extérieur dans l'intérêt des uns et des autres » (point 65). La clôture sur elle-même de la prison est conçue comme un mal là où, dans la perspective philanthropique du XIX^e siècle, elle était regardée comme une condition nécessaire de l'efficacité du régime carcéral dans la perspective de l'amendement des détenus. Le régime carcéral doit désormais prévenir absolument les effets désocialisants de l'enfermement, dès lors que la désocialisation est largement conçue comme la cause même de la délinquance.

Les nouvelles règles pénitentiaires européennes de 2006 parachèvent quant à elles le renversement de perspective sur la prison. Dès la première phrase, le Comité des ministres affirme qu'il « [prend] en compte la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». Il annonce par là qu'il va prendre appui sur les deux principes cardinaux formulés par la Cour dans les années 2000 pour ce qui touche au traitement des détenus : premièrement, « même si un détenu par la

nature même de sa situation doit être soumis à diverses limitations de ses droits et libertés, chacune de ces limitations doit pour autant être justifiable en tant que nécessaire dans une société démocratique », et « c'est le devoir de l'État de démontrer qu'une telle nécessité existe réellement, c'est-à-dire de démontrer l'existence d'une nécessité sociale impérieuse » (*Ploski c. Pologne*, 12 novembre 2002, § 35) ; deuxièmement, « les détenus en général continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention » (Grande Chambre, *Hirst c. Royaume-Uni*, 6 octobre 2005, § 69). Ainsi, jouissance de principe de tous les droits garantis par la Convention, et proportionnalité (sous le contrôle du juge) de toute limitation de ces droits : le renversement fondamental est opéré.

La recommandation de 2006 en est une parfaite illustration. Le tout premier des « principes fondamentaux » des règles pénitentiaires européennes est désormais que « les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits de l'homme » – expression qui n'était jamais apparue jusqu'alors. Viennent ensuite les deux principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme : « les personnes privées de liberté conservent tous les droits qui ne leur ont pas été retirés selon la loi par la décision les condamnant à une peine d'emprisonnement ou les plaçant en détention provisoire » (point 2) ; « les restrictions imposées aux personnes privées de liberté doivent être réduites au strict nécessaire et doivent être proportionnelles aux objectifs légitimes pour lesquelles elles ont été imposées » (point 3). Relevons enfin l'érection au rang des « principes fondamentaux » de l'objectif de limitation des effets désocialisants de la détention et d'ouverture de la prison sur le monde extérieur : « la vie en prison est alignée autant que possible sur les aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison » (point 5), « chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté » (point 6), « la coopération avec les services sociaux externes et, autant que possible, la participation de la société civile à la vie pénitentiaire doivent être encouragées » (point 7)⁵³.

Le changement de paradigme qui s'est ainsi opéré au niveau du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de l'homme a exercé une in-

53 L'articulation des deux logiques nouvelles de garantie des droits fondamentaux et d'ouverture de la prison est particulièrement manifeste dans la rubrique « Contacts avec le monde extérieur », qui est revue de fond en comble et considérablement étoffée par rapport aux textes précédents.

fluence considérable en France : déjà, dans le rapport au Premier ministre qui accompagnait le décret du 12 septembre 1972 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale, le ministre de la justice René Pleven se référait aux règles minima pour le traitement des détenus définies par le Conseil de l'Europe. Cette influence européenne s'est conjuguée avec la modification globale du regard sur les prisons suscitée par la critique intellectuelle et politique, à laquelle le nom de Michel Foucault reste attaché, ainsi que par les mutineries de 1972 et 1974. Il en est résulté en France un basculement général du paradigme du détenu-sujet vers celui du détenu-citoyen, qui s'est étalé sur une trentaine d'années : entre le décret du 23 mai 1975, qui opère un allègement général des contraintes de la vie carcérale et introduit des objectifs de « réadaptation », « resocialisation » ou « réinsertion » ; et la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, qui consacre au niveau législatif le principe selon lequel « l'exercice [des droits du détenu] 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 » (art. 22).

2. *Le juge administratif, les droits fondamentaux et les mesures d'ordre intérieur*

Une institution carcérale vidée de sa légitimité morale traditionnelle ; un puissant mouvement en faveur de la garantie des droits fondamentaux des détenus, dont les accents ne sont guère moins pathétiques que ceux des philanthropes de 1819, et qui suscite une même activité réformatrice. L'abandon de la jurisprudence traditionnelle sur les mesures d'ordre intérieur en prison s'explique avant tout par ce contexte. Les conclusions des rapporteurs publics sont éloquentes. Patrick Frydman évoque en 1995 dans ses conclusions sur l'arrêt *Marie* « la notable évolution *sociologique* qu'ont connue le milieu pénitentiaire et l'armée dans les dernières décennies, et qui les a conduits tout à la fois à mieux reconnaître les droits de l'individu et à s'ouvrir à un contrôle extérieur », et condamne la « manifestation d'archaïsme » que constitue la jurisprudence traditionnelle sur les mesures d'ordre intérieur. En 2007, dans ses conclusions sur les arrêts d'assemblée *Planchenault* et *Boussouar*, Mattias Guyomar déclare pour sa part qu'il « serait regrettable et même incompréhensible que le choix de politique juridictionnelle » auquel il invite l'assemblée du contentieux « n'accompagne pas le mouvement général » en faveur de la garantie des droits des détenus, le

Conseil d'État devant même « [l'accélérer] en contribuant à rapprocher encore davantage le détenu d'un justiciable de droit commun » s'agissant de l'affectation et de l'emploi des détenus⁵⁴. Le plus étonnant, dans ce contexte, est que le juge administratif ait malgré tout depuis plus de vingt ans produit un effort constant pour *sauver* la catégorie de mesure d'ordre intérieur, en dépit du discredit évident qui la frappait. Tard venu dans le milieu carcéral, et porté par le mouvement en faveur des droits fondamentaux des détenus, le juge administratif a pourtant cherché à limiter le nouveau contentieux qui s'ouvrait à lui.

La jurisprudence qui en a résulté a quelque chose de déconcertant, en ce qu'elle se révèle tiraillée entre des exigences divergentes. Réticent, en premier lieu, à l'idée de consacrer une justiciabilité de principe des mesures prises par l'administration carcérale, le juge administratif a cherché à circonscrire le périmètre des mesures susceptibles de lui être déférées. Il a accepté à cette fin, comme à contre-temps, de jouer enfin le rôle de gardien de la légalité objective en prison. Devenaient ainsi susceptibles d'un contrôle en excès de pouvoir les mesures qui affectaient l'ordonnement juridique : celles qui étaient encadrées par une réglementation ; celles qui affectaient la situation juridique du détenu. C'étaient les critères sur la base desquels Bruno Genevois avait proposé à l'assemblée du contentieux en 1984 de renverser sa jurisprudence – et échoué⁵⁵. En second lieu, cependant, le juge administratif a voulu appliquer de façon sincère la logique profondément *subjective* et *concrète* des droits fondamentaux, de manière à ce que jamais l'approche *objective* et *abstraite* du contrôle de légalité traditionnel ne conduise à écarter de son contrôle une mesure qui affecterait gravement la vie réelle du détenu. La jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur en prison depuis l'arrêt *Marie* est le produit complexe de la tension incessante entre ces deux exigences. Un rapide survol nous permettra de mettre en évidence le balancement entre les critères de légalité objective, visant à sauvegarder la catégorie des mesures d'ordre intérieur, et les critères d'appréciation concrète, visant à protéger les droits fondamentaux des détenus.

Dans un premier temps, Patrick Frydman a convaincu en 1995 l'assemblée du contentieux de reconnaître la justiciabilité d'une mesure (la punition de cellule) devant le juge de l'excès de pouvoir « eu égard à sa nature et à la gravité de ses effets ». Le critère de la « nature », tel qu'explicité par Patrick Frydman

54 M. Guyomar, conclusions sur CE Ass., 14 décembre 2007, *M. Planchenault* (1^{ère} espèce) et *Garde des sceaux, ministre de la Justice c. M. Boussovar* (2^e espèce), *RFDA*, 2008, p. 87 s.

55 B. Genevois, *op. cit.*, p. 489.

dans ses conclusions, recouvrait les sanctions disciplinaires qui entraîneraient « une atteinte substantielle à la situation statutaire ou administrative de l'intéressé » ; le critère de la « gravité » recouvrait les mesures qui entraîneraient « une atteinte sensible à des libertés ou droits protégés – critère qui intégrerait d'ailleurs notamment l'éventuelle aggravation sensible des conditions de vie de la personne punie ». Ainsi, le critère abstrait de la « nature » et le critère concret de la « gravité » étaient utilisés comme des critères cumulatifs. Cependant, dès l'année suivante, le critère de la « gravité des effets » a montré qu'il pouvait faire l'objet d'une interprétation étroitement legaliste, ce qui réduisait singulièrement la portée de l'arrêt *Marie*. Ainsi, dans son arrêt *Fauqueux* du 28 février 1996⁵⁶, le Conseil d'État évaluait les conséquences d'une mise à l'isolement sur la seule base du code de procédure pénale – qui précisait que cette mesure ne soustrayait pas le détenu au « régime ordinaire de détention » – et concluait que la mise à l'isolement n'avait « pas pour effet d'aggraver les conditions de détention », sans s'intéresser aux effets *concrets* de la mise à l'isolement. La décision fut évidemment mal accueillie, et la solution abandonnée en 2003 : sur les conclusions de Mattias Guyomar, le Conseil d'État en revint à une appréciation plus concrète des effets de la mesure⁵⁷. Il jugea ainsi dans son arrêt *Remli* du 30 juillet 2003 que, indépendamment des termes du Code pénal, le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constituait, « eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». Qui plus est, le critère de la nature de la mesure n'était pas pris en compte, ce qui impliquait que le critère purement concret de « l'importance des effets sur les conditions de détention » suffisait, seul, à écarter la qualification de mesure d'ordre intérieur. Critère abstrait et critère concret se révélaient alternatifs et non cumulatifs.

Le danger devenait alors que la jurisprudence ne dérive en une suite illisible de solutions qui évalueraient concrètement, au cas par cas, « l'importance des effets » de telle ou telle mesure « sur les conditions de détention ». Les justiciables ne pourraient jamais anticiper si leur recours avait une quelconque chance d'être reçu. La catégorie de mesure d'ordre intérieur risquait surtout de perdre sa cohérence dès lors qu'un élément de légalité au fond – les effets concrets de la mesure *spécifiquement* attaquée sur la situation matérielle *spé-*

56 Leb. 52.

57 M. Guyomar, conclusions sur CE, 30 juillet 2003, *Remli*, Gazette du Palais, 13/11/2003, n° 317, p. 10.

cifique du requérant – pourrait être discrètement utilisé comme critère de recevabilité du recours. C'est pourquoi en 2007, par ses arrêts *Planchenault et Boussouar*, le Conseil d'État a de nouveau modifié son approche à l'invitation de Mattias Guyomar, passant d'une appréciation mesure par mesure à une distinction abstraite entre des *catégories* de mesures – constituant, ou pas, des mesures d'ordre intérieur. Les critères utilisés seraient tout simplement ceux dégagés par les arrêts *Marie* et *Remli* : telle *catégorie* de mesures serait susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir eu égard à sa nature (critère de légalité objective) et à l'importance de ses effets (importance appréciée alors de façon « abstraite », comme dans le contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel).

Pourtant, la logique intrinsèquement concrète des droits fondamentaux a révélé à ce moment toute sa puissance. Une catégorie de mesures bénéficiait en effet, selon la nouvelle construction jurisprudentielle, d'une présomption *irréfragable* de justiciabilité si elle remplissait le critère de la « nature » ou celui de « l'importance des effets ». Mais elle ne bénéficiait que d'une présomption *simple* dans le cas où, après application des critères, elle ne paraîtrait pas susceptible d'être déferée au juge. La présomption pourrait être levée si la mesure, dans le cas d'espèce, « mettait en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus ». Ainsi le risque d'utiliser un élément de légalité au fond comme critère de recevabilité, que l'on venait de chasser par la porte, rentrait par la fenêtre. « A quoi bon définir des catégories de mesures d'ordre intérieur si l'on doit admettre que certains actes doivent y échapper ? », s'interrogeait franchement Mattias Guyomar dans ses conclusions. « Mais si le système que nous nous efforçons d'échafauder reste imparfait au regard de l'objectif de prévisibilité qu'il cherche à atteindre, une telle réserve est la condition qu'il ne soit pas inique. »⁵⁸ Il ne reste plus alors, comme moyen de prévenir la contradiction qu'il y a à juger de la légalité au stade de la recevabilité, qu'à donner de la « mise en cause des droits et libertés fondamentaux des détenus » une définition abstraite qui ne préjugerait pas de la légalité d'une telle « mise en cause » – comme le fait par exemple Claire Landais qui définit abstraitement en 2009 la « mise en cause » comme « une atteinte excédant celle qu'implique nécessairement [la] condition [de détenu] »⁵⁹. Mais convenons qu'à ce stade la subtilité devient extrême. On voit que les droits fondamentaux attirent irrésistiblement à eux un

⁵⁸ Concl. cit. sur *Planchenault et Boussouar*.

⁵⁹ Dans ses conclusions sur CE, 9 avril 2008, *M. Rogier*, cité in M. Guyomar, « Le juge administratif, juge pénitentiaire », *Mélanges Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 474.

contrôle concret de la part du juge, et fragilisent par avance toute tentative de circonscrire par des critères de légalité objective un résidu de mesures d'ordre intérieur injusticiables. Comment pourrait-il en être autrement alors que le juge administratif, en tant que protecteur des droits fondamentaux, se trouve porteur de l'aspiration morale la plus puissante de notre temps ?