



**HAL**  
open science

# Privatisation des prisons et habilitation constitutionnelle des personnes publiques

Marie Gren

► **To cite this version:**

Marie Gren. Privatisation des prisons et habilitation constitutionnelle des personnes publiques. JUI-  
RISdoctoria, 2011, Le pouvoir en Europe, 5, pp.153-178. hal-02409122

**HAL Id: hal-02409122**

**<https://hal.science/hal-02409122v1>**

Submitted on 25 Nov 2022

**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.

# ***Privatisation des prisons et habilitation constitutionnelle des personnes publiques***

*L'apport du juge constitutionnel israélien*

---

MARIE GREN<sup>1</sup>

*Doctorante contractuelle à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne*

« L'annulation d'une loi, adoptée par les représentants du peuple, n'est jamais une mince affaire. Il y a toujours présomption de constitutionnalité.

Pourtant, il est des cas où le juge n'aura pas le choix. Il lui faudra annuler une loi qui porte atteinte [aux] droits [fondamentaux]. Dans ces hypothèses, le juge [...] fait respecter la démocratie au sens le plus noble du terme, telle qu'elle s'est exprimée par la majorité constituante »<sup>2</sup>

A. BARAK

Aharon Barak, juge à la Cour suprême israélienne de 1978 à 2006, est à l'origine de la « révolution constitutionnelle »<sup>3</sup> israélienne qui aboutit à l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois en l'absence de constitution écrite.

---

<sup>1</sup> Je tiens à remercier Yishai Mishor qui a grandement facilité l'accès aux sources nécessaires à cet article.

<sup>2</sup> A. BARAK, « La révolution constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 72, 1995, p. 35.

<sup>3</sup> Pour un parallèle avec la possible révolution constitutionnelle au Royaume-Uni, voir : H. W. R. WADE, « Sovereignty - revolution or evolution ? », *Law Quarterly Review* 1996, p. 568.

Dans un arrêt *United Mizryachi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*<sup>4</sup>, la Cour, présidée par A. Barak et suivant sa décision<sup>5</sup>, déclara en effet que l'adoption par le Parlement de deux lois fondamentales, portant, d'une part, sur la dignité et la liberté de l'individu et, d'autre part, sur la liberté professionnelle, avait fait entrer Israël dans une ère constitutionnelle nouvelle. Il était ainsi dorénavant admis que certains principes fondamentaux avaient une valeur normative supérieure à la loi ordinaire, et que leur respect serait assuré par un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois<sup>6</sup>. Cette première audace jurisprudentielle<sup>7</sup> qui fut implicitement approuvée par la Knesset<sup>8</sup>, le Parlement israélien agissant aussi bien en matière législative ordinaire qu'en matière constitutionnelle<sup>9</sup>, et largement acceptée par la doctrine<sup>10</sup>, fut suivie

<sup>4</sup> CA, 6821/93, *United Mizryachi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, 49 (4) PD 221.

<sup>5</sup> Cet arrêt est surtout retenu et étudié par les constitutionnalistes et les comparatistes pour l'opinion du juge Barak qui a été considérée comme structurant la décision elle-même.

<sup>6</sup> Ce qui a valu au raisonnement du juge Barak d'être comparé aussi bien à celui du juge Marshall dans la décision *Marbury v. Madison* de 1803 qu'à celui de Kelsen en ce qu'il pose la suprématie de la Constitution sur la loi ordinaire. Voir : M. TROPER, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in É. ZOLLER (dir), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, pp. 215-228.

<sup>7</sup> Or, il n'est pas clair d'où la Cour tire ce pouvoir de décider ainsi du sens des lois fondamentales en cause. S'il existe bien un fondement textuel à l'autorité de la Cour suprême à trancher des litiges, rien n'est dit dans ce texte de sa compétence de juge constitutionnel et encore moins de sa capacité à doter Israël d'une constitution. Voir pourtant : S. NAVOT, *The constitutional law of Israel*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law International, 2007, p. 58 : « L'article 20 de la loi fondamentale portant sur l'autorité judiciaire [...] a permis à la Cour suprême de créer de règles constitutionnelles ».

<sup>8</sup> A. JUSSIAUME, « La Cour suprême et la Constitution en Israël : Entre activisme et prudence judiciaire », accessible en ligne : <http://www.juspoliticum.com/La-Cour-supreme-et-la-Constitution.html>.

<sup>9</sup> Le pouvoir de la Knesset d'édicter une constitution est l'un des nombreux paradoxes du droit constitutionnel israélien. En effet, en raison de la guerre déclarée immédiatement après l'indépendance, l'Assemblée constituante ne fut élue que le 25 janvier 1949. Celle-ci, renommée « première Knesset », décida le 13 juin 1950 dans une décision connue comme « la résolution Hararie » de différer, à une période de stabilité ultérieure, la rédaction du texte constitutionnel qui devait être constitué par des Lois fondamentales distinctes sous formes de chapitres qui pourraient le moment venu constituer la Constitution de l'État. Il s'agissait donc d'une Constitution différée, élaborée de manière graduelle, mais il n'y avait par ailleurs aucune indication quant à la date, la substance, la limitation sur le contenu et la procédure. Or cette « résolution après délibération de la Knesset, [...] n'est ni une loi, ni une ordonnance, ni un règlement. Elle ne correspond pas à une catégorie juridique, et on ignore sa position précise dans la hiérarchie des normes. Sa force qu'elle soit législative ou autre n'est pas définie par le texte, ni par la pratique qui a suivi » (R. AMIT, *Les paradoxes constitutionnels, le cas de la constitution israélienne*, Paris, Éditions Connaissances et Savoirs, 2007, p. 83). La possibilité pour l'assemblée dite « constituante » de transmettre son pouvoir d'édicter une constitution n'étant pas claire, la reconnaissance de cette compétence aux Knessets successives pose donc problème. En 1995, le juge Barak a considéré que « De son pouvoir constituant, la Knesset octroie une Constitution à Israël », la Knesset était donc à la fois un organe ayant des compétences en matière législative et constitutionnelle qui pouvait dès lors s'autolimiter. Cette position est aujourd'hui très largement adoptée par la doctrine, qui considère qu'Israël est ainsi

d'une utilisation parcimonieuse<sup>11</sup> de cette compétence nouvelle. Dès lors, le récent arrêt *Human Rights Sector v. Minister of Finance*<sup>12</sup>, invalidant une loi portant contrat de construction, gestion et contrôle d'une prison par des entreprises privées, en tant qu'il confirme l'usage de la censure constitutionnelle<sup>13</sup> dans un domaine particulièrement controversé, mérite une attention particulière.

La privatisation des prisons, qu'il s'agisse d'un transfert partiel<sup>14</sup> ou total<sup>15</sup> de la maîtrise des lieux de confinement d'individus y étant judiciairement assignés, est en effet un sujet sensible de l'actualité aussi bien américaine<sup>16</sup> qu'européenne<sup>17</sup>, et

---

aujourd'hui doté d'une constitution formelle. Voir une analyse de ce processus de rigidification de la norme constitutionnelle : D. BARAK-EREZ, « From an Unwritten to a Written Constitution : The Israeli Challenge In American Perspective », 26 Colum., *Human Rights Law Review*, 1995, 309. On admettra ici simplement que, dans la mesure où la Knesset israélienne était fondée sur le modèle du Parlement britannique, le principe constitutionnel de la souveraineté parlementaire permettait à la première Knesset de transmettre son pouvoir législateur et constituant aux Knessets successives. Le vrai problème eu égard à cette doctrine est donc celui de l'éventuelle autolimitation du souverain intervenue en 1992, et, si révolution il y a eu, c'est en effet sur ce point qu'elle porte. Le parallèle avec le Royaume-Uni est d'autant plus frappant que la question d'une constitution formelle se pose aujourd'hui avec force dans la doctrine. Voir notamment : J. BEATSON, « Reforming an unwritten constitution », *Law Quarterly Review*, 126 (Jan), 2010, pp. 48-71 ; N. W. BARBER, « Against a written constitution », *Public Law* 2008, Spr., pp. 11-18. Sur l'idée d'un pouvoir constituant qui « opère en amont de la constitution et donc avant que le droit positif n'existe (ou, plus exactement, que le droit positif de l'ordre juridique constitué par cette constitution n'existe) » (J.-Ph. DEROSIER, Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne étude comparée : Allemagne, France, Italie, Thèse, p. 19, version non publiée). Voir : O. PFERSMANN, « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale, théorie, pratique, limites », in Association française des constitutionnalistes, *La révision de la Constitution. Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992*, Aix-en-Provence, PUAM, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1993, p. 14 ; ainsi que O. BEAUD, « Maastricht et la théorie constitutionnelle (1<sup>ère</sup> partie). La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *LPA*, n° 39, 31 mars 1993, p. 15.

<sup>10</sup> Néanmoins pour une approche critique voir : R. GABIZON, « The constitutional revolution : description of reality or a self fulfilling prophecy ? », *Mishpatim* 1997, vol. 28.

<sup>11</sup> Notamment : HCJ, 1715/97, *Lishkat Menahalei Haskaot in Israel v. Minister of Treasury*, 51 (4) PD 364 (1997) ; HCJ, 6055/95, *Tzemach v. Minister of Defence*, 53 (5) PD 241 (1999) ; HCJ, 1030/99, *MK Oron v. Chairman of Knesset*, 56 (3) PD 640 (2002) ; HCJ, 1661/05, *Hamoeza Haezurit Hof Aza v. Israeli Knesset*, 59 (2) PD 481 (2005) ; HCJ, 8276/05, *Adalah-The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Defence*, (2006).

<sup>12</sup> HCJ, 2605/05, 19 novembre 2009, *Human Rights Sector v Minister of Finance*.

<sup>13</sup> La Cour reconnaît que la censure d'une loi issue du processus démocratique est ardue, mais elle réitère son rôle de garant des droits.

<sup>14</sup> En général il s'agit alors du transfert de la construction, de la conception, du financement, et de la sous-traitance de services non correctionnels comme c'est le cas en France depuis 1987.

<sup>15</sup> L'exploitation intégrale des prisons existe notamment aux États-Unis, en Australie, au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande, au Canada et en Afrique du Sud.

<sup>16</sup> MM. Ciavarella et Cohahan, deux anciens magistrats de Pennsylvanie ont reconnu avoir touché plus de 2,6 millions de dollars de la part d'entreprises privées gérant des établissements pénitentiaires pour

provoque des critiques multiples. Les auteurs de doctrine tendent ainsi à démontrer le manque d'efficacité économique<sup>18</sup> de ce transfert de compétences autant que son absence de base juridique – conventionnelle<sup>19</sup> ou constitutionnelle<sup>20</sup>. La décision de la Cour suprême israélienne, sous la présidence de Madame le juge Dorit Beinisch, vient par conséquent apporter des éléments nouveaux à ce débat, en déclarant en substance que la délégation de la mission de privation de liberté à des personnes privées, animées de motifs purement lucratifs, est une violation des principes constitutionnels de dignité humaine et de liberté – ici sans doute la liberté d'aller et venir<sup>21</sup> – protégés par les articles 2<sup>22</sup> et 5<sup>23</sup> de la Loi Fondamentale s'y rapportant. La Cour affirme l'inconstitutionnalité du transfert de compétences en établissant un lien entre les notions de privation de liberté, de dignité humaine et d'État, sans pour

---

envoyer en détention des délinquants mineurs qui ne méritaient pas une telle peine. Le juge A. Richard Caputo a jugé qu'ils bénéficiaient de l'immunité juridictionnelle liée à leurs fonctions. Voir notamment : J. CONNAN, « USA : des juges ripoux au service de prisons privées », *Le Figaro* (lefigaro.fr), 17 février 2009.

<sup>17</sup> Le partenariat public-privé est appliqué dans un nombre croissant d'États européens malgré les oppositions suscitées, comme c'est le cas en Grande-Bretagne, pays le plus avancé dans le processus de privatisation, ou en France où l'inauguration en janvier 2009 de la prison de Roanne a fait scandale du fait des malfaçons dans la construction issue d'un partenariat public-privé. Voir : R. VERKAIK, « Private prisons' performing worse than state-run jails », *The Independent* (independent.co.uk), 29 juin 2009 ; AFP, « La nouvelle prison modèle de Roanne ne serait pas en mesure d'accueillir des détenus », *Le Monde* (lemonde.fr), 19 janvier 2009.

<sup>18</sup> Voir par exemple D. WECHT, « Breaking the Code of Deference : Judicial Review of Private Prisons », *The Yale Law Journal*, vol. 96, n° 4, mars 1987, p. 82. L'auteur considère que la logique expansionniste du marché et la maximisation des profits risqueraient « d'influencer la demande » en encourageant des politiques pénales répressives, favorables à l'usage de l'incarcération.

<sup>19</sup> I. P. ROBBINS, « Privatisation of Corrections : a violation of U.S. domestic law, international human rights, and good sense », in K. DE FEYTER et F. GOMEZ (dir.), *Privatisation and Human Rights in the age of Globalisation*, Intersentia, 2005.

<sup>20</sup> Voir : C. P. GILLETTE, P. B. STEPHAN, « Constitutional Limitations on Privatization », *American Journal of Comparative Law*, Supp. 1998, 481 ; X. DELGRANGE et L. DETROUX, « Les limites constitutionnelles à la privatisation », in B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Chartre, 2005, p. 37.

<sup>21</sup> La loi fondamentale portant sur la dignité humaine et la liberté ne se limite sans doute pas à cette liberté puisque l'article 1 de la loi fondamentale dispose que « L'objet de cette loi fondamentale est de protéger la dignité humaine et la liberté, en vue d'établir dans une loi fondamentale les valeurs de l'État d'Israël comme État juif et démocratique ». Cette disposition semble donc être la source de toutes les libertés, l'article 5 et les articles 6 et 7 (mentionnant la liberté d'entrée et de sortie du territoire) n'étant que des exemples concrets et non une liste exhaustive.

<sup>22</sup> Cet article dispose « Il ne saurait y avoir d'atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou à la dignité de toute personne ».

<sup>23</sup> Cet article dispose « Il ne saurait y avoir de privation ou de restriction de la liberté d'une personne par emprisonnement, arrestation, extradition ou autrement ».

autant donner de définition *a posteriori* de ces concepts. Ceci est d'autant plus problématique que le droit national emprunte une « terminologie chargée de connotations extra-juridiques, à l'aide de laquelle il est lui-même formulé »<sup>24</sup> ; ce phénomène combiné à la difficulté inhérente à la traduction rend nécessaire la clarification des postulats linguistiques adoptés dans ce commentaire, en précisant préalablement le ou les sens retenus pour certaines des expressions clés utilisées par la Cour suprême.

En premier lieu l'expression « privation de liberté » peut être considérée comme désignant la limitation juridiquement organisée et judiciairement autorisée de certains droits fondamentaux, ces derniers étant des normes de permission de rang constitutionnel permettant à l'individu de saisir une autorité juridictionnelle de leur violation<sup>25</sup>. Cette notion doit être distinguée de celle de « dignité humaine », bien que le lien entre dignité humaine et droits fondamentaux soit un élément théorique important. Considérant uniquement la définition de cet ensemble de mots, on adoptera la proposition négative issue de l'article 2 de la loi fondamentale israélienne. Cette disposition distingue en effet cette notion de celles d'atteinte à la vie et d'atteinte à l'intégrité physique, revêtant ainsi la dignité d'une dimension immatérielle.

On ne peut en revanche se fonder sur une disposition particulière pour déterminer le sens du mot « État » que l'on peut assimiler au système juridique<sup>26</sup>. On considérera donc que cette notion désigne en réalité l'ensemble des personnes de

---

<sup>24</sup> O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n° 2, 2001, p. 287.

<sup>25</sup> Cette définition est inspirée des travaux du Professeur O. Pfersmann : selon ce dernier en effet on peut considérer qu'un système *a* comprend des droits fondamentaux « si et seulement s'il existe des rapports normatifs satisfaisant aux quatre conditions suivantes : 1) il existe des permissions [...] au bénéfice de toutes les personnes (relevant du système) en règle générale, et au bénéfice des classes les plus générales de personnes à titre exceptionnel (les « bénéficiaires ») ; 2) les normes législatives et les normes infra-législatives, ainsi que les actes de même contenu qui ne sont pas encore des normes valides, abolissant ces permissions ou les limitant dans une mesure allant au-delà d'un certain minimum déterminé par la compréhension habituelle du concept du comportement en question, sont considérées comme fautives ; 3) il existe un organe juridictionnel de contrôle habilité à annuler des normes fautives au sens de la condition 2) ou d'empêcher que des actes ayant une telle signification puissent devenir des normes du système ; 4) il existe des organes habilités à saisir l'organe juridictionnel de contrôle en cas de violation (les « titulaires ») », voir : O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU (dir.), *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Précis Dalloz, 2009, p. 90.

<sup>26</sup> Selon Kelsen, l'État est le système juridique, dès lors ce mot est quelque peu vidé de son sens, c'est pourquoi une définition plus précise est proposée : « Dès lors que l'on reconnaît que l'État est un ordre juridique, tout État est un État de droit, et ce terme d'État de droit représente un pléonasme » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann de la 2<sup>ème</sup> édition, Vienne, 1960, Paris, LGDJ, Bruylant, 1999, p. 304).

droit public, et est donc définie comme regroupant les entités juridiques soumises à des exigences normatives déterminant leurs compétences et limitant leur liberté de choix. On précisera que ces entités juridiques sont mentionnées par des normes de rang constitutionnel qui forment l'ensemble « Constitution », cette dernière étant entendue « comme l'ensemble des normes de production de normes générales et abstraites »<sup>27</sup>. En ce sens, il semblerait que la dignité humaine et la liberté puissent être considérées comme des normes constitutionnelles depuis la décision *Bank Mizrachi* puisqu'elles fixent les conditions déterminant la conformité des normes inférieures<sup>28</sup>. En effet une loi contraire aux exigences posées par la clause limitative de la loi fondamentale<sup>29</sup> sera « annulable »<sup>30</sup> par la Cour suprême, auto-proclamée juge constitutionnel. On admettra que c'est à ce titre que ces normes sont analysées par la Cour suprême israélienne – dans son rôle de juridiction constitutionnelle<sup>31</sup> – dans la décision exposée ici, ce qui n'est donc pas en soi une innovation par rapport à l'interprétation révolutionnaire de 1995. L'élément novateur est donc principalement la réutilisation audacieuse de la jurisprudence *Bank Mizrachi*, puisque

<sup>27</sup> Voir O. PFERSMANN, « La notion moderne de Constitution », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 69. Cette définition, tirée des travaux de Kelsen, correspond à la définition normativiste de la Constitution. Voir notamment : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*

<sup>28</sup> La non-conformité d'une norme inférieure à la norme supérieure signifie qu'« une élimination ou limitation excessive de la permission constitutionnelle (ou conventionnelle) par une norme législative ou infra-législative (ou un acte quelconque imputable à l'État) est constitutive d'un défaut de cette norme (ou de cet acte) et, partant, de la possibilité de sa destruction juridictionnelle (ou de l'interdiction de sa production, si l'acte n'est pas encore une norme valide, ou enfin de l'imposition d'une obligation internationale de réparation) ». Cette approche est liée au « paradoxe de la concrétisation » qui explique que « s'il n'existait qu'une hiérarchie selon l'ordre de la production, les normes inférieures pourraient par conséquent comporter toutes sortes de défauts, elles ne s'en appliqueraient pas moins aux actions qu'elles concernent, rendant inefficaces toutes les prescriptions contenues dans les normes supérieures non relatives à la validité ». Voir : O. PFERSMANN, « Hiérarchie des normes », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 781.

<sup>29</sup> Article 8 : « Toute atteinte aux droits définis dans la présente loi fondamentale ne pourra dériver que d'une loi qui est conforme aux valeurs de l'État d'Israël, qui intervient dans un but approprié et dans une mesure qui est nécessaire ».

<sup>30</sup> En effet « si l'on veut donner à l'expression « loi inconstitutionnelle », dont use couramment la doctrine traditionnelle, un sens juridique acceptable, il ne faut pas la prendre à la lettre. Il faut l'entendre comme signifiant que, selon la Constitution, la loi en question peut être abrogée (ou annulée) [...] en vertu [d'] une procédure particulière prévue par la Constitution » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 267). Le cas israélien pose néanmoins problème au vu de la définition de Kelsen puisque la procédure d'annulation est ici fixée non par le pouvoir constituant – qui n'avait pas prévu de « procédure particulière » mais par le juge. La Constitution a en effet été modifiée – de façon non-conforme – par la Cour suprême, ce qui justifie d'ailleurs sans doute la qualification de révolution constitutionnelle attribuée à cette décision de 1995.

<sup>31</sup> La Cour suprême israélienne fonctionne en effet comme son homologue américaine, puisqu'elle traite indistinctement de tout le contentieux.

les auteurs de cette interprétation judiciaire considèrent, après une analyse de droit comparé relativement approfondie<sup>32</sup>, qu'il n'existe aucun précédent juridictionnel sur la question de la constitutionnalité de la privatisation des prisons malgré le nombre croissant de pays qui y recourent ou l'envisagent. Cette assertion semble alors suggérer que la relation mise à jour par la Cour entre privation de liberté et monopole étatique, pourrait – ou devrait – avoir une portée dépassant largement l'analyse en droit national. Cette position n'est cependant fondée que si l'on adopte une réflexion de nature philosophique. Il est en effet envisageable de démontrer que l'impératif catégorique de Kant<sup>33</sup> est, en tout temps et tout lieu, contraire à la création de structures tirant leurs profits de la privation de liberté des individus, ou que les contrats sociaux à l'origine des constitutions démocratiques impliquent un monopole étatique de l'emprisonnement. Cet argumentaire ne peut servir à démontrer, dans une perspective normativiste<sup>34</sup>, l'inconstitutionnalité universelle de la privatisation des prisons du fait même de la diversité des normes constitutionnelles nationales. En revanche, il est parfaitement concevable de considérer que les postulats sous-tendant le raisonnement de la Cour suprême méritent d'être exposés car ces hypothèses sont en effet révélatrices de la problématique de l'habilitation constitutionnelle à emprisonner les individus et à limiter ainsi leurs droits, question à laquelle tout système juridique prévoyant un service pénitentiaire se voit confronté.

Il convient donc d'examiner, dans un premier temps, l'analyse *in concreto* de la décision passablement byzantine de la Cour suprême israélienne, pour mettre à jour, dans un second temps, les prémisses théoriques fondant son raisonnement, ce qui pourrait permettre *in fine* son évaluation par la doctrine étrangère.

---

<sup>32</sup> HCJ, 2605/05, *Human Rights Sector v Minister of Finance*, pp. 52-53.

<sup>33</sup> Selon Kant, « celui qui viole les droits de l'homme est résolu à ne se servir de leur personne que comme d'un moyen, sans prendre garde que, en leur qualité d'êtres raisonnables, il faut toujours les considérer comme des fins » : E. KANT, *Critique de la Raison pratique précédée des fondements de la métaphysique des mœurs*, traduit de l'allemand par J. Barni, Paris, Librairie philosophique de Ladrance, 1848, p. 72.

<sup>34</sup> Le normativisme a été initialement élaboré par Kelsen, notamment dans ses ouvrages *Théorie pure du droit* et *Théorie générale du droit et de l'État*. On peut définir le normativisme comme étant la « théorie qui considère le droit comme une catégorie spécifique de système normatif et qui s'intéresse uniquement à des normes possédant, quant à leur formulation, un support empirique en général linguistique, identifiable dans un comportement humain susceptible d'avoir pour signification le fait qu'un autre comportement humain soit obligatoire, permis ou interdit » : O. PFERSMANN, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'« État de droit » », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit, Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 54.



## I – UNE AFFIRMATION AMBIGUË DU MONOPOLE ÉTATIQUE DE PRIVATION DE LIBERTÉ

La loi attaquée<sup>35</sup> – et déjà appliquée puisque la construction de la prison était terminée lors du procès<sup>36</sup> – avait pour objet le transfert à une entreprise privée de la construction et de la direction d'un établissement pénitentiaire<sup>37</sup>, moyennant une rémunération en fonction du total des places disponibles<sup>38</sup>. Le directeur de cette prison privée, à l'instar de ceux des établissements gérés par le service public pénitentiaire, aurait été en mesure d'ordonner des mesures telles que les fouilles corporelles, l'emploi de la force physique, ou la mise à l'isolement pour un maximum de 48 heures consécutives. De même les gardes de la prison privée auraient eu les mêmes prérogatives d'usage de la force et du port d'armes que les gardiens d'établissements gérés par des personnes publiques.

Les requérants – un prisonnier et une organisation non gouvernementale – saisirent la Cour de la question de constitutionnalité de ce transfert, au regard d'une part de la loi fondamentale portant sur la dignité humaine et la liberté et d'autre part de la loi fondamentale portant sur le gouvernement. Ils invoquèrent en outre l'irrespect des dispositions du droit pénitentiaire garantissant un niveau de vie décent aux prisonniers ainsi qu'une procédure spécifique avant la prise de sanctions par le directeur de la prison.

Les représentants du gouvernement insistèrent, au contraire, sur le fait que la privatisation n'aboutirait pas à un retrait de l'État car des critères de contrôle très stricts seraient appliqués pour vérifier la conformité de la gestion et de la direction de la prison aux exigences constitutionnelles. En outre, le transfert de ces compétences particulières ne pouvait être considéré comme ayant un impact sur la structure fondamentale du régime démocratique, le gouvernement pouvant exercer son autorité selon des modalités diverses. L'entreprise privée en charge de la future prison ajouta que la privatisation ne porterait en aucune façon atteinte à la liberté ou à la dignité humaine des prisonniers, mais qu'au contraire elle améliorerait leur situation en raison des exigences très élevées posées par le gouvernement. Or, la décision de la Cour suprême semble avoir été rendue *infra petita* car le grief

---

<sup>35</sup>Loi portant amendement de l'Ordonnance pénitentiaire, 2004, n° 28.

<sup>36</sup> La Cour dut donc faire injonction afin d'éviter que la prison soit mise en service. Voir : <http://www.jpost.com/Israel/Article.aspx?id=160940>.

<sup>37</sup> Ce qui incluait aussi bien la garde des prisonniers que leur réinsertion sociale ou encore la mise à disposition de soins médicaux.

<sup>38</sup> Ce qui diffère du cas américain, où les personnes privées gérant et dirigeant la prison sont rémunérées en fonction du nombre de prisonniers, ce qui provoque de nombreuses critiques. Les auteurs soulignent en effet la pression officieuse du secteur privé sur la politique pénale américaine à l'origine de la surpopulation carcérale américaine.

d'inconstitutionnalité relatif à la loi fondamentale portant sur le gouvernement n'a pas été examiné, au motif que la conclusion selon laquelle les atteintes portées à la liberté et à la dignité humaine étaient contraires aux exigences de proportionnalité était suffisante pour établir l'inconstitutionnalité de la privatisation.

Cette analyse est contestable aussi bien en raison de l'évaluation byzantine de la proportionnalité des atteintes portées à la dignité humaine et à la liberté (1) qu'au regard du refus d'examiner le non-respect de l'exigence formelle de révision<sup>39</sup> de l'article 44 de la loi fondamentale portant sur le gouvernement. En effet une lecture approfondie du raisonnement de Madame le juge Beinisch démontre que l'analyse du rôle du gouvernement irrigue l'ensemble de son analyse, ce qui laisse à penser que le second grief a été examiné de façon détournée (2).

1) *Une analyse contestable de la loi fondamentale portant sur la dignité humaine et la liberté*

Jusqu'en 1992, les droits fondamentaux étaient essentiellement d'origine jurisprudentielle<sup>40</sup>, et c'est donc l'adoption par la Knesset de deux lois fondamentales – portant sur la dignité et la liberté ainsi que sur la liberté professionnelle – qui contenaient des clauses limitatives quant à leur modification, qui permit à la Cour suprême de considérer en 1995 que « les droits de l'homme en Israël [...] cessent d'être des droits qui ne figurent pas au recueil des lois, ils jouissent maintenant d'un statut juridique préférentiel [car ils] sont désormais statutaires »<sup>41</sup>.

La clause contenue dans la loi fondamentale portant sur la dignité et la liberté de l'individu dispose ainsi que « toute atteinte aux droits définis dans la présente loi fondamentale ne pourra dériver que d'une loi qui est conforme aux valeurs de l'État d'Israël, qui intervient dans un but approprié et dans une mesure qui est nécessaire »<sup>42</sup>. Cette limitation matérielle<sup>43</sup> intègre au droit positif la nécessité de la

---

<sup>39</sup> Une majorité d'au moins 61 parlementaires sur 120 doit être obtenue pour réviser la loi fondamentale portant sur le gouvernement. Un transfert de compétences relevant jusque là de l'administration publique semble pouvoir être assimilé à une modification des pouvoirs du gouvernement qui doit, dès lors, respecter les conditions de procédure de l'article 44.

<sup>40</sup> Car la Cour suprême avait admis leur protection à la lumière du caractère démocratique de l'État. Voir notamment, sur la liberté de la presse, la décision de 1953 HCJ, 73/53, *Kol Haam c. Ministère de l'intérieur*, 7 PD 871.

<sup>41</sup> A. BARAK, « La révolution constitutionnelle », *op. cit.*, p. 20.

<sup>42</sup> Article 8 de la loi fondamentale portant sur la dignité humaine et la liberté. Une clause similaire se trouve à l'article 4 de la loi fondamentale portant sur la liberté professionnelle : « aucune limite à cette liberté ne sera valide, si elle n'est l'œuvre d'une loi, adoptée dans un but approprié et pour des motifs d'intérêt général ».

<sup>43</sup> Les clauses limitatives des deux lois ne sont pas de même nature, car seule la loi fondamentale portant sur la liberté professionnelle a été rigidifiée par l'exigence formelle d'une modification adoptée à la majorité absolue de 61 parlementaires. En effet l'article 8 de la loi fondamentale sur la liberté

proportionnalité de l'atteinte<sup>44</sup> et indique en outre le test permettant de déterminer la constitutionnalité de la loi au regard de cette exigence. Dès lors, à condition d'admettre à l'instar de la Cour suprême que cette clause s'adresse directement au juge, celui-ci sera contraint de vérifier successivement les différentes étapes qu'elle prévoit. Ainsi il faudra que la violation provienne d'une norme de rang législatif<sup>45</sup>, que celle-ci soit conforme « aux valeurs de l'État d'Israël », que son objectif soit approprié et que les moyens employés pour l'atteindre soient adaptés. Le test imposé par la loi fondamentale portant sur la dignité humaine et la liberté ne semble pourtant pas avoir été interprété de façon scrupuleuse par Madame le juge Beinisch.

Elle constate ainsi en premier lieu que la loi attaquée transfère à une entité privée des compétences liées à l'emprisonnement, sanction qui, de par sa nature, entraîne une atteinte constante et sévère aux droits fondamentaux. Par conséquent, la première étape du test de proportionnalité consistant à prouver la violation d'un droit, la Cour aurait dû conclure à l'existence d'une atteinte à la liberté et à la dignité humaine distincte de celle résultant de la privation de liberté. Or, Madame le juge Beinisch ne démontre pas d'atteinte intrinsèque à la privatisation, et procède, en lieu et place, à l'analyse de l'objectif de la loi. L'atteinte est donc simplement supposée et déduite du but inapproprié de la loi de privatisation. Les motifs de l'emprisonnement sont, selon la présidente Beinisch, la protection du public, la dissuasion, la réhabilitation, ou encore la punition des individus ayant commis les

---

professionnelle précise : « la disposition d'une loi violant la liberté professionnelle, pourra prendre effet, même si elle contrevient à l'article 4 de la présente loi fondamentale, si elle est contenue dans une loi adoptée à la majorité des membres de la Knesset, qui dispose expressément qu'elle devra prendre effet malgré les dispositions de la présente loi fondamentale ; une telle loi sera abrogée dans un délai de quatre ans en l'absence de période inférieure expressément indiquée ». En revanche la loi fondamentale portant sur la dignité humaine et la liberté de l'individu ne pose qu'une limitation substantielle indiquée à l'article 8, aucune procédure particulière n'est exigée pour passer outre les exigences de cette disposition. Dès lors cette distinction entre les modes de révision du droit pose le problème du « polymorphisme constitutionnel » du fait des modes de révision hétérogènes de révisions des normes constitutionnelles rigides et non rigides. Voir notamment : O. PFERSMANN, « Unconstitutional constitutional amendments : a normativist approach », *Israel Law Review* 2011 (à paraître).

<sup>44</sup> Le fait de devoir « sanctionner le législateur qui n'aurait pas choisi l'ensemble « le plus favorable à la liberté » [...] n'est nullement une en soi une norme de droit positif [car] la définition des droits fondamentaux adoptée [...] n'exclut nullement une telle possibilité mais ne l'implique pas non plus comme une composante constitutive » (O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », *op. cit.*). En l'espèce, la proportionnalité est donc bien une exigence normative du système israélien et non pas un simple instrument entre les mains du juge.

<sup>45</sup>Ce qui ressemble à la conception germanique des droits fondamentaux. Voir ainsi la décision du 14 mars 1972 du *Bunderverfassungsgericht* (19BVerfGE 33, 1 vom 14 mai 1972), dans laquelle le Tribunal affirme que les droits fondamentaux des prisonniers ne peuvent être restreints que par une loi ou en vertu d'une loi, et que la limitation de ces droits n'est justifiée que si elle est indispensable pour protéger une valeur constitutionnelle.

infractions, et ces objectifs sont modifiés lorsqu'intervient la délégation à une personne privée. La privation de liberté dessert alors un objectif essentiellement économique, étranger aux visées de la justice pénale et du service pénitentiaire en charge de l'application de la loi pénale. En outre, ce transfert de compétences est marqué par l'absence de responsabilité étatique lors de la prise en charge des détenus. Madame le juge Beinish conclut donc à une absence de légitimité de la personne privée à participer à la concrétisation de l'emprisonnement, ce qui entraîne une violation « supplémentaire » s'ajoutant à la violation « normale » résultant de l'emprisonnement dans les prisons gérées par des personnes publiques<sup>46</sup>. En d'autres termes, lorsque l'autorité chargée de concrétiser la privation de liberté est une personne privée, la sanction devient illégitime et l'atteinte à la liberté et à la dignité humaine est plus importante que lorsque la direction de l'établissement pénitentiaire est assurée par une personne publique. Il en résulte que la privatisation n'est pas une mesure répondant aux exigences de proportionnalité. La violation des exigences constitutionnelles en cause est en outre considérée comme avérée, même dans l'hypothèse où aucune atteinte concrète et nouvelle à la liberté des détenus de la prison privée ne peut être prouvée. Le test de proportionnalité n'a donc aucun sens ici puisque la comparaison se fait entre deux mesures d'emprisonnement possiblement identiques dans les faits<sup>47</sup>.

Cette absence de « violations concrètes » supplémentaires explique pour partie la position du juge minoritaire Edmond Lévy qui suggère que le test de proportionnalité adopté par la majorité n'est pas approprié. Il affirme en effet que les autres juges ont évalué les conséquences négatives de la privatisation sur la liberté et la dignité humaine au regard de la volonté d'économie des deniers publics et de la volonté lucrative des entrepreneurs privés. Or, selon lui, l'objectif réel de la loi attaquée n'était pas de limiter les dépenses publiques mais d'améliorer les conditions de vie des prisonniers qui – selon de nombreux rapports – étaient déplorables et pouvaient être améliorées par le recours à la privatisation. Par conséquent il fallait mesurer les limitations apportées à la liberté et à la dignité humaine à l'aune de la volonté de modernisation des conditions de vie carcérales et de minoration des atteintes à la dignité humaine des prisonniers. Il affirme donc que le transfert des compétences liées à l'emprisonnement n'est pas *en lui-même* une violation de la dignité humaine et que seule une analyse concrète des conditions d'incarcération au sein de cette prison privée permettrait d'évaluer si les atteintes à la dignité humaine sont telles qu'elles annulent le bénéfice tiré des mesures prises pour créer des conditions

---

<sup>46</sup> HCJ, 2605/05, *Human Rights Sector v Minister of Finance*, pp. 30 et 33.

<sup>47</sup> Il faut donc sans doute admettre que si atteinte il y a, elle est davantage due à une atteinte « aux valeurs de l'État d'Israël » qu'à une disproportion entre l'objectif et les moyens. Aucune loi n'ayant été jusque lors annulée sur ce fondement, il est probable que la présidente Beinish ait voulu éviter une telle décision.

d'incarcération plus respectueuses de cette même dignité. La Cour ne peut donc se prononcer dès à présent. Le juge Lévy déclare ainsi « l'essence de mon jugement est la suivante : seul l'avenir nous le dira »<sup>48</sup>. Contrairement aux autres membres de la Cour, le juge Lévy refuse donc une approche théorique et non contextuelle du principe constitutionnel de dignité, et opte pour une évaluation concrète et temporelle de l'atteinte. On notera que si la majorité avait fondé l'inconstitutionnalité de la privatisation sur la loi fondamentale portant sur le gouvernement, en affirmant que l'emprisonnement était nécessairement géré par des personnes publiques, l'évaluation pragmatique du juge Lévy n'aurait pas été de mise.

Ceci aurait néanmoins requis de faire montre d'audace jurisprudentielle car si en 1995 le juge Barak impose clairement l'idée selon laquelle l'irrespect de la loi fondamentale portant sur la dignité humaine et la liberté entraîne annulation d'une loi contraire, une telle conclusion ne s'est pas vérifiée, en jurisprudence, pour la loi sur le gouvernement. En effet depuis 1995<sup>49</sup> aucune décision d'annulation d'une loi contraire à une loi fondamentale n'a été prise sur un autre fondement que la loi fondamentale portant sur la liberté et la dignité humaine et la loi fondamentale portant sur la liberté professionnelle, constitutionnalisées par la décision *Bank Mizrahi*. Par conséquent une décision d'annulation fondée sur l'article 1<sup>er</sup> de la loi portant sur le gouvernement requerrait de trancher un point controversé du droit constitutionnel israélien dans un cas litigieux lui-même délicat. En outre une analyse de cette seconde loi fondamentale aurait requis de procéder à un test de proportionnalité non prescrit par la norme elle-même – contrairement à la loi fondamentale portant sur la liberté et la dignité humaine qui indique les étapes de celui-ci – et donc d'aller au-delà de la simple interprétation<sup>50</sup> en appliquant un test d'origine jurisprudentielle.

---

<sup>48</sup> Paragraphe 11 de la décision du juge Lévy.

<sup>49</sup> Il faut préciser néanmoins qu'en 1969 l'arrêt *Bergman* semblait marquer une première tentative de limitation de la souveraineté du Parlement. Le juge avait en effet alors décidé que les dispositions rigides des Lois fondamentales – ici la section 4 de la Loi fondamentale relative à la Knesset – imposaient au législateur de respecter les conditions de majorité requises. La Knesset avait donc selon la Cour le pouvoir de créer des dispositions s'imposant aux lois ordinaires ce qui permettait à la Cour d'invalider pour la première fois une loi de la Knesset. Cependant cette décision était restée sans suite pendant un certain temps laissant irrésolue la question du contrôle de constitutionnalité pour les autres dispositions des autres lois fondamentales, et en 1990, dans l'arrêt *Le'or Movement*, le juge Barak avait d'ailleurs indiqué que l'opinion israélienne n'était pas encore prête à voir se développer un contrôle de constitutionnalité. Voir : *Bergman v Minister of Finance*, (1969) 23 (1) PD 693 et *Le'or Movement v. Chairman of the Knesset*, (1990) 44 (3) PD 529.

<sup>50</sup> Sur les différents sens de l'interprétation, voir : O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique. À propos de l'interprétation de la constitution », in F. M. SOUCRAMAMIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 33-60.

Si ceci explique le choix, fait par Madame le juge Beinisch pour la censure d'une loi politiquement controversée, d'ignorer le grief relatif à la loi portant sur le gouvernement son analyse se fonde pourtant sur la conception particulière d'un gouvernement seul légitime à emprisonner les individus présents sur son territoire, ce qui revient à examiner de façon détournée le grief d'inconstitutionnalité relatif à la loi fondamentale portant sur le gouvernement.

2) *Une analyse détournée de la loi fondamentale portant sur le gouvernement*

Les débuts de la décision semblent indiquer la nécessité d'un monopole du gouvernement, puisque la présidente Beinisch déclare en substance que le transfert des compétences particulières liées à l'emprisonnement apporte un changement substantiel à la conception israélienne du régime démocratique de gouvernement<sup>51</sup>. L'application de la loi pénale et la protection du public sont en effet, affirme-t-elle, les éléments essentiels de l'État moderne issu de la philosophie du contrat social, tel qu'envisagé par Hobbes et Locke<sup>52</sup>. La question essentielle est dès lors de déterminer quel organe doit être habilité à concrétiser la privation de liberté dans le but d'assurer le respect de la loi pénale et de protéger la sécurité publique. Peut-on alors, s'interroge-t-elle, attribuer cette fonction au « capitaliste intéressé » ?

Cette question demeure néanmoins en suspend puisque Madame le juge Beinisch affirme que l'examen des griefs d'inconstitutionnalité relatifs à la loi fondamentale portant sur la dignité humaine et la liberté suffisent à établir l'annulabilité de la loi et qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner ceux relatifs à la violation de la loi portant sur le gouvernement.

Pourtant, force est de constater que la démonstration des atteintes portées à la dignité humaine et à la liberté est presque exclusivement fondée sur la différence d'objectifs entre le service public et le secteur privé. La volonté lucrative des personnes privées étant, selon la Cour suprême, la cause même de l'inconstitutionnalité de la loi, une confusion entre les exigences constitutionnelles de respect de la dignité humaine et de la liberté et celles de maintien des compétences essentielles du gouvernement semble avoir eu lieu. Si la nature privée ou publique de la personne chargée du service est déterminante, c'est certainement que l'inconstitutionnalité doit être fondée sur la loi fondamentale portant sur le gouvernement.

C'est ainsi la position adoptée notamment par C. Iliya<sup>53</sup>, auteur d'un article paru peu avant la décision, selon qui, malgré l'absence d'interdiction explicite de la

<sup>51</sup> HCJ, 2605/05, *Human Rights Sector v Minister of Finance*, p. 10.

<sup>52</sup> HCJ, 2605/05, *Human Rights Sector v Minister of Finance*, p. 23.

<sup>53</sup> C. ILIYA, « Constitutional or not Constitutional ? », 33 *Eretz Acheret* 2006.

privatisation par les lois fondamentales d'Israël, ce transfert est inconstitutionnel au regard de l'article 1<sup>er</sup> de la loi fondamentale portant sur le gouvernement qui dispose : « le gouvernement est l'autorité exécutive de l'État ». Si cet article semble ne poser qu'une vague déclaration de principe, le juge Cheshin dans une décision récente<sup>54</sup> soutient que l'article 1<sup>er</sup> formait l'essence du gouvernement car « l'État avait l'obligation de traiter les affaires étatiques », obligation dont le gouvernement ne pouvait se défaire, cette disposition étant dès lors une norme effective. Néanmoins, C. Iliya admet que toute privatisation ne porte pas atteinte à « l'obligation de traiter les affaires étatiques », et dans un régime démocratique fondé sur la séparation des pouvoirs, seul le transfert des fonctions gouvernementales essentielles constitue une violation de cette exigence constitutionnelle. La définition de ce noyau dur est ardue et il est fréquent d'examiner alors la jurisprudence des cours constitutionnelles étrangères pour y parvenir. Or seule la Cour du Costa Rica<sup>55</sup> s'est prononcée sur ce point, la privatisation en cause n'étant qu'une privatisation partielle différente du cas israélien de transfert total des compétences liées à l'emprisonnement. À titre d'exemple, la Cour costaricienne avait insisté sur l'absence d'usage de la force par les employés du contractant privé alors même que cette possibilité existait dans le contrat public israélien.

C. Iliya déclare alors qu'en l'absence de références jurisprudentielles étrangères, il faut simplement admettre que l'article 1<sup>er</sup> de la loi fondamentale portant sur le gouvernement interdit le transfert des compétences liées à l'emprisonnement à des personnes privées, car cette privatisation porte atteinte à l'essence même du gouvernement. L'argument avancé est assez peu juridique<sup>56</sup> puisque l'auteur affirme simplement que si l'on admet cette privatisation, rien n'empêchera ensuite le transfert de compétences liées au maintien de l'ordre et de la sécurité ou au système judiciaire. L'exemple américain de délégation de missions de

<sup>54</sup> HCJ, 11163/03. Il s'agissait d'un arrêt relatif à l'inégalité de traitement économique des zones peuplées de Juifs ou d'Arabes.

<sup>55</sup>La Cour du Costa Rica, saisie de la question de la constitutionnalité de la privatisation, a rejeté le grief d'inconstitutionnalité (5 juges contre 2). Voir : chambre constitutionnelle de la Cour Suprême du Costa Rica, arrêt n° 2004-10492 du 28 septembre 2004, correspondant au dossier n° 02-08633-0007-CO. Action d'inconstitutionnalité [équivalent d'une QPC], affaire *José Manuel Echandi Meza, Défenseur des Habitants, contre le Contrat de Marché Public international n° 02-2001 et l'acte d'adjudication de la concession de travaux publics pour la conception, construction, financement, mise en oeuvre et maintenance du Centre pénitentiaire de Pococi, à la société « Management and Training de Costa Rica, Société à responsabilité limitée ».*

<sup>56</sup> L'auteur ajoute deux arguments supplémentaires en faveur de l'annulation de cette loi mais qui ne sont pas directement liés à l'article 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale qui nous intéresse ici. Il ajoute ainsi qu'ayant ratifié une Convention de l'Organisation Internationale du Travail interdisant le travail forcé en prison, Israël ne respecterait pas ses engagements internationaux. Enfin, dernier argument, les prisonniers étant une catégorie de citoyens juridiquement faibles – notamment du fait de l'absence de syndicats ou de représentants – la loi devrait être annulée comme portant atteinte à un groupe minoritaire.

service public dans des domaines aussi sensibles que l'armée<sup>57</sup> devrait selon lui alerter le législateur-constituant israélien. Ce transfert portera donc atteinte aux fondements même du contrat social.

Force est de constater que l'argumentaire, permettant d'inclure l'emprisonnement parmi les compétences inhérentes aux fonctions gouvernementales, est assez peu convaincant, d'autant que la délimitation des compétences consubstantielles à la puissance publique est parmi les plus problématiques qui soient. Ainsi on soulignera qu'aux États-Unis, si la doctrine ou les autorités publiques<sup>58</sup> mentionnent l'existence de *sovereign powers*, et même parfois de *inherent sovereign powers* exercés par les pouvoirs publics, d'autres critiquent cette classification en expliquant que la volonté de fonder un concept de souveraineté pourrait être « une tentative insidieuse d'expliquer que certaines activités soient plus dépendantes que d'autres à la présence gouvernementale »<sup>59</sup>. De même les auteurs français proposent une liste des « fonctions régaliennes classiques de tout État »<sup>60</sup> telles que la gestion de la police et de la justice, sans pour autant identifier précisément les fondements juridiques de cette classification. Similairement les juges constitutionnels américains<sup>61</sup> ou encore le Conseil constitutionnel français n'en ont donné ni liste, ni définition précises. Les juges de la rue de Montpensier ont en effet bien affirmé l'existence de principe de services publics dits constitutionnels dans une

---

<sup>57</sup> Voir notamment : « Military Outsourcing as a Case Study in the Accountability and Responsibility of Power », D. THÜRER et M. MACLAREN, *The Law of International Relations*, Eleven International Publishing, 2007, pp. 347 et s.

<sup>58</sup> Voir notamment : Bureau américain du management et du budget (*U.S. Office of Management and Budget*), circulaire n° A-76 dans laquelle l'autorité administrative donne une définition des *inherently governmental activities*, c'est-à-dire des activités intrinsèquement gouvernementales : (1) Contraindre les États-Unis à faire ou ne pas faire une certaine action par contrat, programme d'action, règlement, habilitation, décret, ou par tout autre moyen. (2) Déterminer, protéger et faire avancer les intérêts économiques, politiques, territoriales et de propriété ou tout autre intérêt par action militaire ou diplomatique, par action civile ou pénale, par procédure judiciaire, contrat de gestion ou par tout autre moyen. (3) Affecter significativement la vie, la liberté ou la propriété des personnes privées. (4) Exercer un contrôle final sur l'acquisition, l'usage ou la disposition de la propriété des États-Unis (réelle ou personnelle, intangible) y compris la détermination des programmes d'action ou des procédures pour la collecte, le contrôle ou le décaissement des fonds appropriés et autres fond fédéraux.

<sup>59</sup> R. S. GLIMOUR, « Reinventing Government Accountability : Public Functions, Privatization and the Meaning of « State Action » », *Public Administration Review*, vol. 58, 1997.

<sup>60</sup> P. ESPUGLAS, « Les apports du Conseil constitutionnel au service public », in *Service public et construction européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Colloque CEDECE, La Documentation française, 1998, tome 2, pp. 39-47.

<sup>61</sup> Selon la Cour Suprême des États-Unis dans une décision de 1961, où il s'agissait d'identifier la responsabilité de l'État dans une discrimination raciale commise par l'un de ses cocontractants, cette délimitation des compétences régaliennes est d'ailleurs « une tâche impossible ». Voir : *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961), 722.



décision de 1986<sup>62</sup> sans jamais avoir reconnu leur existence concrète. Leur identification serait donc sans doute « impossible » et leur régime « improbable »<sup>63</sup>.

Si donc cette délimitation des « services intrinsèquement publics » est ardue, la piste suggérée par C. Iliya mérite d'être plus attentivement examinée, puisque que comme l'affirme le professeur J.J. Didulio cité par Madame le juge Beinish, l'application de la loi pénale par les autorités publiques est l'une des fonctions historiquement les plus centrales de la plupart des États libéraux, voire leur raison d'être<sup>64</sup>. Aussi, si la majorité évite formellement l'analyse juridique de ces éléments, le juge Lévy y consacre un développement mais qui n'est que philosophique puisqu'il examine tour à tour Rousseau, Locke et Hobbes pour tenter de comprendre en quoi leur vision du contrat social peut s'opposer à la privatisation. Il ajoute en outre que selon lui l'idée même du contrat social est à double tranchant puisqu'elle peut aussi être un argument en faveur des pouvoirs du législateur – en ce qu'il exprime la volonté générale – et donc une raison pour ne pas appliquer de contrôle de constitutionnalité à la loi.

Il apparaît donc qu'intuitivement tous s'accordent sur l'importance du débat concernant les fonctions étatiques essentielles mais aucun ne parvient à dégager d'arguments juridiques forts validant la possibilité ou l'interdiction du transfert des compétences liées à l'emprisonnement. Les arguments non-juridiques avancés sont pourtant tous fondés sur une prémisse qui est elle juridique : celle de l'habilitation constitutionnelle des personnes publiques à priver les individus de leur liberté et à porter atteinte à leur dignité. Cette hypothèse qui n'est pas universellement vraie puisqu'elle dépend du système constitutionnel examiné est pourtant probablement valide dans un certain nombre de pays dans la mesure où elle est la traduction en droit positif des exigences philosophiques du contrat social. C'est donc à ce titre qu'elle mérite d'être examinée.

---

<sup>62</sup> Décision n° 86-207 DC, des 25-26 juin 1986, *Privatisations*.

<sup>63</sup> R. DE BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, Paris, LGDJ, 2005

<sup>64</sup> Voici l'extrait cité dans l'arrêt : « Au minimum, on peut considérer, aussi bien en théorie qu'en pratique, que la détermination et l'application des lois pénales par des autorités publiques reconnues est l'une des fonctions les plus essentielles et historiques de l'État libéral; en effet dans certains cas il s'agit de la raison d'être de l'État libéral... Il n'est donc pas déraisonnable de suggérer que « l'emploi de la force de la Communauté » par un management pénal privé affecte le fondement moral de l'action de la Communauté elle-même » (J.J. DIULIO, « The Duty to Govern : A critical Perspective on the Private Management of Prisons and Jails », in D. C. MCDONALD (dir.), *Private Prisons and the Public Interest*, Rutgers, University Press, 1990, pp. 175-176).

## II – L’ORIGINE IMPLICITE DU MONOPOLE ÉTATIQUE DE PRIVATION DE LIBERTÉ

La présidente Beinish analyse de façon identique les atteintes aux exigences constitutionnelles de respect de la liberté et de la dignité humaine, alors même qu’intuitivement elles semblent relever d’une logique différente. L’hypothèse d’une habilitation des personnes publiques à priver les individus de leur liberté (1) n’aboutit en effet pas nécessairement à la conclusion que la nature publique de l’autorité chargée de la privation de liberté est une garantie du respect de la dignité humaine. L’habilitation des personnes publiques à porter atteinte aux droits fondamentaux – dont la dignité humaine pourrait faire partie – doit donc être distinguée de cette première permission<sup>65</sup> à agir (2).

### 1) *L’habilitation des personnes publiques à priver les individus de leur liberté*

Le raisonnement du juge israélien est le révélateur d’un aspect peu traité par la doctrine pénitentiaire – si ce n’est envisagé de façon radicale par sa frange contestataire<sup>66</sup> – qui est celui de l’habilitation des personnes publiques à priver les individus de leur liberté. L’affirmation selon laquelle une atteinte supplémentaire est portée à la liberté si l’autorité gestionnaire est une personne privée semble en effet reposer sur la prémisse selon laquelle les personnes publiques peuvent, quant à elles, limiter la liberté. Une hypothèse contraire aboutirait ainsi à nier la possibilité de l’emprisonnement en toutes circonstances, et donc à considérer cette sanction comme étant elle-même non conforme aux exigences du système juridique, ce qui n’est pas la position adoptée par la Cour suprême. Le juge israélien semble en effet se reposer sur la première prémisse, qui se fonde elle-même sur l’existence de la prison dite « moderne », celle dont la mission principale est de participer à la sanction pénale, souvent présentée comme « le symbole de la puissance de l’État mais aussi comme le résultat matériel du contrat social que tous les citoyens ont conclu pour parvenir à garantir le respect de l’ordre public »<sup>67</sup>. Or, cette définition, qui rappelle la pensée wébérienne<sup>68</sup>, présume clairement, dans une perspective

<sup>65</sup> Les normes d’habilitation sont des normes de permission. Voir : H. VON WRIGHT, « Principle of Permission : Any given act is either itself permitted or its negation is permitted », in H. VON WRIGHT, « Deontic Logic », *Mind*, vol. 60, n° 237, 1951, p. 9).

<sup>66</sup> Voir : T. LÉVY, *Nos têtes sont plus dures que les murs des prisons*, Paris, Grasset, 2006. L’approche de Thierry Lévy consiste en une remise en cause radicale de l’utilisation de l’emprisonnement, d’autres sanctions pouvant lui être substituées telles que le bracelet électronique.

<sup>67</sup> É. PÉCHILLON, *Sécurité et droit du service pénitentiaire*, Paris, LGDJ, 1998, p. 110.

<sup>68</sup> Weber affirme en effet dans *Le Savant et le Politique* que « Comme tous les groupements politiques qui l’ont précédé, l’État consiste en un rapport de domination de l’homme par l’homme fondé sur le moyen de la violence légitime » (M. WEBER, *Le Savant et le Politique*, Paris, La Découverte, 2003).

sociologique et politique, que les citoyens autorisent leurs représentants à les sanctionner par la privation de liberté au nom de la garantie de leur sécurité<sup>69</sup>. Et telle semble être la vision de la présidente Beinish lorsqu'elle affirme que la liberté et la dignité humaine sont plus affectées lorsque la prison est dirigée par une personne privée que par une personne publique.

Pour autant, le juge israélien ne justifie pas cette argumentation de façon juridique, laissant donc planer un doute sur la réelle inconstitutionnalité de la privatisation. La traduction en droit de cette prémisse sociologique n'est en effet réalisée que si le système constitutionnel examiné a intégré les exigences de l'« État de droit », c'est-à-dire la théorie politique selon laquelle toute compétence d'une personne publique doit être exercée en vertu d'une habilitation à agir. Plus particulièrement « s'il est impossible d'établir en soi une distinction entre « droit public » et « droit privé » aucune norme n'étant en tant que telle intrinsèquement « publique » ou « privée », la théorie politique de l'État de droit fort exige [...] une nette distinction entre la catégorie de ceux qui bénéficieront d'un large éventail de choix et même d'un maximum de choix compossibles [les personnes privées] et celle de ceux qui devront appliquer des règles construites de telle manière qu'elles n'accordent à l'inverse que le minimum de choix possibles »<sup>70</sup>. La distinction entre ces deux catégories se fonde donc sur la nécessité d'une habilitation à agir d'une part et sur la permission – dans un système libéral – de faire tout ce qui n'est pas interdit d'autre part.

Appliqué au cas particulier de l'emprisonnement, cela signifie que si la règle de l'habilitation à agir est prévue par le système juridique, il faudra nécessairement une habilitation de la personne publique à exercer la compétence coercitive de privation de liberté<sup>71</sup>. Cette exigence est fondée en droit israélien sur le principe

---

<sup>69</sup> Si cette prémisse peut sembler évidente, elle mérite pourtant d'être rappelée car une analyse historique montre que la prison moderne en tant qu'elle constitue une sanction n'a pas toujours existé. On peut à ce titre citer Ulpien (ULPIEN, Dig. 48, 19, F8 §9, cité in L. NÉGRIER-DORMONT, *Criminologie et Droit pénitentiaire*, Les Cours de droit, 1990, p. 171). Ulpien, juriste de l'Antiquité romaine, déclarait que la prison ne pouvait servir qu'à retenir les hommes et non à les punir, car l'enfermement en tant que peine principale n'existait pas et servait d'autres objectifs juridiques. Cette citation montre que la recherche menée ici, si elle analyse uniquement le droit positif actuel, n'en est pas moins le prolongement d'un débat de philosophie juridique très ancien.

<sup>70</sup> O. PFERSMANN, « Prolègomènes pour une théorie normativiste de l'« État de droit » », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit, Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, op. cit., p. 72.

<sup>71</sup> Ce qui pourrait se concrétiser notamment par l'inscription au budget de l'État de dépenses liées à l'emprisonnement comme c'est le cas en France. Ainsi, en 2008, l'action « Garde et contrôle des personnes placées sous main de justice » représentait 62,88 % des autorisations d'engagements demandées pour 2008 pour le programme « Administration pénitentiaire » (source : Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Réforme de l'État).

jurisprudentiel de légalité administrative<sup>72</sup>, selon lequel, comme le souligne le professeur Bracha, une autorité administrative ne peut agir qu'en vertu d'une norme valide l'y autorisant, car « la loi est la génitrice de l'autorité administrative »<sup>73</sup>, ses pouvoirs étant strictement délimités par elle. La Cour suprême israélienne en déclarant que la liberté ne peut être restreinte par une personne privée mais peut, en revanche, être limitée par une personne de droit public, se fonde donc sur la prémisse que cette dernière a nécessairement une habilitation à agir en ce sens, et que cette habilitation est exclusive, les personnes publiques étant ainsi les seules destinataires de cette norme de permission. Pourtant cette hypothèse n'est pas explicitée, ce qui rend assez faible le raisonnement suivi.

Or, cette tendance à ne pas exposer la prémisse initiale se retrouve dans de nombreux écrits de la doctrine considérant la privatisation comme inconstitutionnelle, les auteurs tenant pour acquis la constitutionnalité de l'emprisonnement public. Il semble pourtant souhaitable de démontrer l'existence de cette habilitation dans chacun des pays concernés car si politiquement l'emprisonnement peut – pour certains – aller de soi, tel n'est pas le cas en droit. Et ce plus encore lorsque la peine privative de liberté aboutit aussi à des limitations des droits des prisonniers. Car quand bien même une habilitation à priver les individus de leur liberté existerait, elle n'inclurait pas nécessairement la possibilité de porter atteinte à la dignité humaine, ces deux atteintes étant juridiquement distinctes et ne découlant pas impérativement l'une de l'autre. Cette seconde prémisse mérite donc d'être examinée à son tour car elle n'est en rien évidente et fonde pourtant la décision d'inconstitutionnalité de la loi portant contrat de privatisation.

## 2) *L'habilitation des personnes publiques à limiter les droits fondamentaux*

La présidente Beinisch a affirmé, contrairement au juge Lévy, que la privatisation constituait *en elle-même* une violation de la dignité humaine protégée par la loi fondamentale, en raison des motifs purement lucratifs animant les destinataires de ce transfert de compétences qui aboutissaient à la réification des prisonniers. La Cour n'a pourtant pas arrêté son raisonnement à cet argument de poids, en affirmant que cette violation de la dignité humaine était incontestable y compris lorsque l'atteinte ne différerait pas de celle existant dans les prisons privées. Autrement dit, la présidente Beinisch semble aboutir à la conclusion que la nature publique de l'autorité chargée de la privation de liberté est une garantie du meilleur respect de la dignité humaine ce qui sous-entend l'existence en droit d'une habilitation des

---

<sup>72</sup> Voir notamment : HCJ, 5394/92, *Hopert v. Yad Vashem the Authority of commemorating the Holocaust*, PDI 48 (3) 353.

<sup>73</sup> B. BRACHA, *Droit administratif*, 1987, p. 35 (en hébreu).

personnes publiques à porter atteinte à la dignité humaine. Si tel n'était pas le cas, le système juridique israélien renverrait en effet à la théorie défendue par la doctrine administrativiste allemande du début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>74</sup> qui supposait qu'en certaines circonstances – dont celles de l'emprisonnement –, les autorités publiques pouvaient, sans habilitation spécifique préalable, limiter les droits de certaines catégories de citoyens. Selon la doctrine allemande et notamment le professeur Mayer<sup>75</sup>, des rapports particuliers d'autorité<sup>76</sup> étaient établis entre l'État et certains de ses citoyens, détenus dans les prisons et hôpitaux psychiatriques de l'État ou engagés dans la police ou dans l'armée. Les individus qui se trouvaient dans ces situations juridiques particulières voyaient leurs droits limités et n'étaient pas fondés à en demander réparation, car ils étaient considérés comme « partie intégrante » de l'État et non de la société civile, ce qui les obligeait à abandonner certaines de leurs prérogatives. Il en résultait que les organes administratifs, tels que le directeur de prison, pouvaient régler les relations au sein de leur administration par le biais de directives internes, sans qu'une base légale préalable soit nécessaire à la restriction des droits fondamentaux de l'individu. En droit positif allemand, le concept de rapports particuliers d'autorité fut abandonné, suite à la décision de la Cour de Karlsruhe du 14 mars 1972<sup>77</sup>, concernant le cas d'un prisonnier dont la correspondance avait été lue et retenue par le directeur d'une prison en raison des allégations contre le service pénitentiaire qu'elle contenait. La Cour déclara alors que les rapports particuliers d'autorité ne pouvaient plus être une justification à l'égard de ce qui, dans une situation juridique différente, aurait été considéré comme une violation de l'article 10 de la Loi fondamentale allemande<sup>78</sup>. La Cour constitutionnelle fédérale en conclut alors que les droits fondamentaux des prisonniers ne pouvaient être restreints que par une loi ou en vertu d'une loi, et que la limitation de ces droits n'était justifiée que si elle était indispensable pour protéger un principe à valeur constitutionnelle. Depuis cette décision, il est admis en droit allemand qu'une

---

<sup>74</sup> Voir notamment P. Kahn sur les « rapports particuliers d'autorité dans le droit public » : P. KAHN, *Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht*, Heidelberg, Dissertation, 1912 ; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band I, 3. Edition, 1924.

<sup>75</sup> O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>76</sup> Qualifiés de *besondere Gewaltverhältnis*.

<sup>77</sup> *Bunderverfassungsgericht*, 33, 1 vom 14 mai 1972.

<sup>78</sup> Article 10 [Secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications] : (1) Le secret de la correspondance ainsi que le secret de la poste et des télécommunications sont inviolables. (2) 1 Des restrictions ne peuvent y être apportées qu'en vertu d'une loi. 2 Si la restriction est destinée à défendre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land, la loi peut disposer que l'intéressé n'en sera pas informé et que le recours juridictionnel est remplacé par le contrôle d'organes et d'organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple.

personne publique ne peut limiter les droits fondamentaux d'un fonctionnaire<sup>79</sup>, d'un militaire, d'un prisonnier, d'un juge, d'un écolier ou toute autre personne dans une situation « d'allégeance renforcée » vis-à-vis de l'État, sans base légale préalable.

Il pourrait donc être admis que le législateur constitutionnel israélien en spécifiant que « toute atteinte aux droits définis dans la [...] loi fondamentale [portant sur la liberté et la dignité humaine] ne pourra dériver que d'une loi [...] »<sup>80</sup>, exclut les situations de rapports particuliers d'autorité et exige donc une habilitation législative des personnes publiques à porter atteinte à ceux-ci. La question est alors de savoir si la dignité humaine est l'un de ces droits, une matrice de ces droits ou encore une borne posée à la limitation des droits. La Cour suprême israélienne semble avoir tranché en faveur de la première ou de la deuxième hypothèse, car en voulant rester dans une logique de proportionnalité, Madame le juge Beinisch s'est contrainte à comparer l'atteinte à la dignité humaine dans la future prison privée et dans les prisons publiques<sup>81</sup>, envisageant la possibilité d'une violation « constitutionnelle » de la dignité humaine dans les prisons gérées par le service public. Ceci semble dès lors impliquer que la dignité humaine est un droit fondamental dont la garantie doit être assurée<sup>82</sup> mais qui, en certaines circonstances, peut être limité par les personnes publiques. Cette position est partagée par certains auteurs, tels que le professeur Dupré, qui analyse la dignité comme permettant une approche globale des droits de l'homme qui tiendrait compte de toute la gamme des émotions humaines et non plus seulement des cas d'extrêmes souffrances<sup>83</sup>. Cette conception de la dignité comme un droit ou comme une matrice des droits, semble

---

<sup>79</sup> Des restrictions de droits peuvent être imposées aux fonctionnaires statutaires, en vertu de l'article 33 alinéa 4 de la loi fondamentale allemande, qui dispose : « en règle générale, l'exercice de pouvoirs de puissance publique doit être confié à titre permanent à des membres de la fonction publique placés dans un rapport de service et de fidélité de droit public ».

<sup>80</sup> Article 8.

<sup>81</sup> Ce qui pourrait corroborer la théorie du professeur McCrudden, selon lequel la dignité est principalement un instrument entre les mains du juge. Voir : C. MCCRUDDEN, « Human dignity and judicial interpretation of human rights », *European Journal of International Law*, 2008, pp. 655-724.

<sup>82</sup> Une vision très pragmatique de la dignité humaine des prisonniers est ainsi défendue par le professeur Coyle. Voir : A. COYLE, *A human rights approach to Prison Management*, *International Centre for Prison Studies*, 2009, p. 39 : « Il y a certains besoins physiques essentiels qui doivent être satisfaits afin de considérer que l'État remplit son obligation de respect de la dignité humaine et son obligation de prise en charge. Ceci inclut aussi bien la mise à disposition d'un lieu d'habitation adéquat que des conditions d'hygiène, des vêtements, de la literie, des aliments solides et liquides appropriés ainsi que de la possibilité de faire de l'exercice ».

<sup>83</sup> Le professeur Dupré propose une approche *holistique* des droits de l'homme « qui engloberait une plus large gamme d'émotions et de sentiments humains, et non pas seulement les plus extrêmes et douloureux généralement infligés dans un contexte pénal » (C. DUPRÉ, « Unlocking human dignity : towards a theory for the 21<sup>st</sup> century », *European Human Rights Law Review*, 2009, p. 195).

être en opposition avec la vision du constituant allemand d'après-guerre qui proclame que « la dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger »<sup>84</sup>. L'intangibilité soulignée par ce texte – et renforcée par la « clause d'éternité » de l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande<sup>85</sup> – semble en effet contraire à l'idée même de limitation. C'est aussi, dans le cadre du droit français, la position du professeur Mathieu qui considère que la dignité humaine appartiendrait à la catégorie des principes matriciels<sup>86</sup>, qui n'auraient pas, contrairement aux autres principes constitutionnels, à être conciliés avec d'autres. En ce cas, il semble que ni les personnes publiques, ni les personnes privées n'auraient de permission à limiter le principe absolu de dignité humaine. La décision de la Cour suprême israélienne, au contraire, envisage une habilitation des personnes publiques à limiter ce droit fondamental ou ce droit matriciel.

Cette décision apporte donc des éléments de réflexions nouveaux quant à la notion d'habilitation des personnes publiques à priver les individus de leur liberté et à limiter l'exercice de leurs droits, car le phénomène de privatisation est le révélateur d'un débat théorique concernant une propriété particulière des systèmes juridiques ayant intégré en droit positif certaines théories morales et politiques. Les postulats posés implicitement par la Cour suprême israélienne pourront donc utilement être examinés dans le cadre d'autres systèmes juridiques, sans pour autant que l'on puisse affirmer avec certitude quelle est la portée de cette affirmation du monopole étatique de privation de liberté.

---

<sup>84</sup> Article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale allemande de 1949.

<sup>85</sup> « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ».

<sup>86</sup> Selon Bertrand Mathieu : « Ainsi le droit à la dignité semble être un principe (le seul ?) de caractère absolu » (B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz* 1995, p. 211). Il est critiqué sur ce point par Martine Herzog-Evans qui considère que « l'on ne peut le suivre sur ce point ; la dignité de la personne humaine peut souffrir des atteintes et limitations du fait de l'ordre public notamment sanitaire et pénal. Car enfin, à défaut, il conduirait à invalider les lois permettant la privation de liberté, la rétention, la garde à vue, et naturellement, les fouilles corporelles. C'est pourquoi il faut plus vraisemblablement le concilier, comme tout principe constitutionnel, avec d'autres » (M. HERZOG-EVANS, « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », *Revue de science criminelle* 1998, p. 735).

**CONCLUSION : LA PORTÉE INTERNATIONALE INCERTAINE DE L’AFFIRMATION DU MONOPOLE ÉTATIQUE DE PRIVATION DE LIBERTÉ**

La présidente Beinish, interrogée sur cette décision, a affirmé que si la question de la conventionalité d’un tel système de privatisation était posée dans le cadre de la Convention européenne des droits de l’homme, elle ne doutait pas d’une réponse similaire de la Cour européenne des droits de l’homme<sup>87</sup>. Si l’on ne peut reprendre cette affirmation avec la même certitude, force est de constater que l’hypothèse d’une habilitation conventionnelle des personnes publiques à limiter les droits fondamentaux est une prémisse vérifiable dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des Droits de l’Homme. Il faut considérer en effet que la marge d’appréciation reconnue aux États membres dans le cadre de la restriction des droits conventionnellement protégés des détenus n’est possible qu’en admettant la prémisse initiale d’une habilitation, par la Convention européenne, du service pénitentiaire à restreindre ces droits conventionnellement protégés. À titre d’exemple, on peut citer la décision de 2001 *Keenan c. Royaume-Uni*<sup>88</sup>, dans laquelle la Cour a estimé que le suicide d’un détenu, diagnostiqué comme psychotique, après que sa détention fut prolongée à titre de sanction, constituait une atteinte à l’article 3 de la Convention. Néanmoins, eu égard à l’atteinte au droit au recours prévu par l’article 13, la Cour a affirmé que « les États contractants jouissent d’une certaine marge d’appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition ». Par conséquent, la Cour reconnaît aux États membres la possibilité de limiter un droit au recours conventionnellement protégé, signifiant par là l’existence d’une habilitation conventionnelle des personnes publiques à restreindre les droits de la Convention, permission à agir qui n’est sans doute pas reconnu aux personnes privées.

Est-ce à dire que la Cour européenne tirera de cette prémisse commune une conclusion identique à celle de la Cour suprême israélienne ? Nul ne peut le prédire.

---

<sup>87</sup> Voir par exemple : <http://www.haaretz.com/hasen/spages/1129514.html>.

<sup>88</sup> CEDH, 27229/95, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*.



**RÉSUMÉ :**

*La récente décision de la Cour suprême israélienne déclarant l'inconstitutionnalité de la privatisation des prisons au regard des principes constitutionnels de dignité humaine et de liberté vient rompre le silence des juridictions constitutionnelles sur ce phénomène, ce qui laisse à croire que la relation mise au jour par la Cour entre privation de liberté et monopole étatique pourrait avoir une portée théorique dépassant l'analyse en droit national.*

*L'inconstitutionnalité est en effet fondée sur la différence d'objectifs des secteurs public et privé, la volonté lucrative des personnes privées étant à l'origine d'une violation « supplémentaire » des principes de dignité humaine et de liberté s'ajoutant à la violation « normale » résultant de l'emprisonnement dans les prisons gérées par des personnes publiques.*

*Aussi, refusant de procéder directement à la délimitation des compétences consubstantielles à la puissance publique, la Cour semble pourtant fonder son argumentation sur la prémisse d'une habilitation constitutionnelle des personnes publiques à priver les individus de leur liberté et à porter atteinte à leur dignité. Cette hypothèse, qui pourrait être avérée dans d'autres systèmes juridiques devra donc être examinée avec une attention toute particulière.*

**SUMMARY :**

*The recent judgment of the Israeli Supreme Court holding the unconstitutionality of prison privatisation regarding the constitutional principles of human dignity and liberty is breaking the silence of the constitutional jurisdictions on this phenomenon so far. It thus suggests that the relationship between deprivation of liberty and State monopoly unearthed by the Court may have a theoretical impact beyond the mere conclusions driven from analysis of national law.*

*The unconstitutionality is indeed grounded on the difference of aims of the public and the private sector, as the profit intention of private contractors is the cause of an "additional" violation of human dignity and liberty that is superimposed on the "normal" violation resulting from imprisonment in publicly run prisons.*

*Thus, refusing to directly define the scope of the powers inherently devolve to the public authority, the Court seems to ground its argumentation on the premise of a constitutional capacitation of public authorities to deprive the individuals from their liberty and to harm their dignity. This hypothesis, which could be proven in other legal systems, should therefore be closely examined.*

**BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

- AMIT R., *Les paradoxes constitutionnels, le cas de la constitution israélienne*, Paris, Connaissances et Savoirs, 2007
- BARAK A., « Le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *Pouvoirs*, n° 66, 2006, pp. 227-302
- COYLE A., *A human rights approach to Prison Management*, International Centre for Prison Studies, 2009
- COYLE A. (dir.), *Capitalist Punishment : Prison Privatization and Human Rights*, Human Rights Internet, 2008
- DELGRANGE X. et DETROUX L., « Les limites constitutionnelles à la privatisation », in *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, 2005, La Charte, p. 37
- DI IULIO J. J., « The Duty to Govern : A critical Perspective on the Private Management of Prisons and Jails », in MCDONALD D. C., (dir.), *Private Prisons and the Public Interest*, Rutgers, University Press, 1990
- DUPRÉ C., « Unlocking human dignity : towards a theory for the 21<sup>st</sup> century », *European Human Rights Law Review* 2009, pp. 190-205
- FELDMAN D., « Human dignity as a legal value : Part 2 », *Public Law* 2000, pp. 61-76
- GILLETTE C. P., STEPHAN P. B., « Constitutional Limitations on Privatization », 46 *American Journal of Comparative Law*, 481 (Supp. 1998)
- ILIYA M. C., « Constitutional or not Constitutional ? », 33 *Eretz Acheret* 2006
- LÉVY T., *Nos têtes sont plus dures que les murs des prisons*, Paris, Grasset, 2006
- MCCRUDDEN C., « Human dignity and judicial interpretation of human rights », *European Journal of International Law* 2008, pp. 655-724
- NAVOT S., *The constitutional law of Israel*, Kluwer International, 2007
- PFERSMANN O., « Prolègomènes pour une théorie normativiste de l'« État de droit » », in JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'État de droit, Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001
- ROBBINS I. P., « Privatisation of Corrections : a violation of US domestic law, international human rights, and good sense », in DE FEYTER K. et

GOMEZ F. (dir.), *Privatisation and Human Rights in the age of Globalisation*, Intersentia, 2005

- SUDRE F., « L'article 3 bis de la CEDH : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », in *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, (Vol. II), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1499-1594