

UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ (555)

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE

Discipline : SCIENCES JURIDIQUES

Spécialité : DROIT PUBLIC

Présentée et soutenue publiquement par

VADYM CHOVGAN

Le 20 avril 2018

**LES LIMITATIONS DES DROITS DES DÉTENUS:
NATURE JURIDIQUE ET JUSTIFICATION**

Thèse dirigée par Madame le Professeur, **MARTINE HERZOG-EVANS**

JURY

M. Serge SLAMA,	Professeur,	Université Grenoble Alpes,	Président
Mme Martine HERZOG-EVANS,	Professeur,	Université Reims Champagne-Ardenne,	Directeur de thèse
M. Thomas HOCHMANN,	Professeur,	Université Reims Champagne-Ardenne,	Examineur
Mme Juliette LELIEUR,	Professeur,	Université de Strasbourg,	Rapporteur
M. Tom VANDER BEKEN,	Professeur,	Université de Gand,	Rapporteur



Remerciements

Je remercie tout d'abord le Gouvernement français et l'Institut français en Ukraine de m'avoir attribué une bourse pour mener une recherche en France sur un sujet si particulier. Le droit ne figurant pas, à la différence des sciences naturelles, au nombre des priorités des financements français, l'importance d'une telle démarche ne saurait être trop soulignée.

Cette recherche a été précédée d'un véritable combat administratif que ma directrice de thèse Professeur Martine Herzog-Evans et moi-même avons dû subir lors de ma première inscription à l'Université de Reims. Avec de tels efforts, une inscription à l'Université Paris-Sorbonne aurait sans doute été acquise. Pourtant, je ne regrette en aucun cas mon choix : il n'y a qu'à Reims que je pouvais me retrouver entre les mains de ma directrice, véritable génie juridique français et star incontestable du droit pénitentiaire français. Ceux qui connaissent Mme Evans et son travail savent qu'il n'y a nulle exagération dans mes mots. Par l'exemple personnel d'effort dans le travail (qui commence à 4 heures du matin), par son soutien inconditionnel à ses doctorants (souvent même avec indulgence) et ses plaisanteries toutes britanniques (je ne serai jamais à la hauteur), elle ne cessera de m'inspirer pour le restant de ma vie.

Je remercie mes précepteurs de droit pénitentiaire en Ukraine, Madame Iryna Yakovets et Monsieur Anatoliy Stepaniuk. Je suis fier d'avoir bénéficié de la possibilité unique d'être dirigé par les spécialistes les plus connus du droit pénitentiaire, tour à tour en Ukraine et en France.

Mes remerciements vont également à toutes les personnes qui m'ont énormément aidé, compte tenu de mon français défectueux, et en particulier :

- à Monsieur Eugène Maritchev pour la haute qualité de son travail, s'agissant de traductions très spécifiques ;
- à Madame Nadia Beddiar pour ses corrections juridiques / linguistiques et pour avoir accepté de m'aider lorsque d'autres m'avaient tourné le dos ;
- à Monsieur Hugues de Suremain pour son aide dans l'utilisation de la terminologie professionnelle et sur les questions de droit pénitentiaire, ainsi que pour toutes les discussions intéressantes que nous continuons d'avoir régulièrement.

Sans soutien administratif et logistique, mon parcours aurait été très compliqué. Aussi je remercie tout particulièrement Mlle Maroua Bouali et Monsieur Roman Milotskyi, que j'ai certainement dû beaucoup embêter.

Merci enfin à toi Karen, qui est à l'origine de ma volonté de venir en France. Cette page n'est pas un endroit approprié pour expliquer à quel point ton rôle a été décisif dans l'accompagnement de mon inscription et mes premiers pas en France.

Sommaire

Introduction	7
Partie I : Nature juridique des limitations des droits des détenus	47
1.1. Notions et caractéristiques des limitations des droits	49
1.2. Formes de limitations des droits	72
1.3. Classification des limitations des droits	101
1.4. Limites des droits subjectifs	123
1.5. Point de vue philosophique sur la nature des limitations des droits	129
Conclusion (Partie I)	160
Partie II : Normes internationales de limitation des droits des détenus	163
2.1. Normes des Nations Unies en matière de limitation des droits des détenus	163
2.2. Normes du Conseil d'Europe en matière de limitation des droits des détenus	178
Conclusion (Partie II)	286
Partie III : Limitations des droits des détenus: expérience par pays	289
3. 1. France	289
3.2. États-Unis	389
3.3. Grande-Bretagne	416
3.4. Canada	434
3.5. Belgique	474
3.6. Pays-Bas	495
3.7. L'Ukraine (évolution actuelle de la législation en rapport avec la limitation des droits des détenus)	506
Conclusion (Partie III)	546
Conclusion générale	549
Liste des annexes	558
Annexe n° 1	559
Annexe n° 2	573
Annexe n° 3	615
Bibliographie	630
Table de matières	675

Liste d'abréviations et de sigles

Convention: Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

CEP de l'Ukraine: Code de l'exécution des peines de l'Ukraine

CP de l'Ukraine: Code pénal de l'Ukraine

CPP: Code de procédure pénale (français ou ukrainien en fonction du contexte)

SPT de l'Ukraine: Service pénitentiaire d'État de l'Ukraine

RI: Règlement intérieur (français ou ukrainien en fonction du contexte)

CEDH: Cour européenne des droits de l'homme

CPT, Comité: Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitement inhumains ou dégradants

RPE: Règles pénitentiaires européennes

RMT: Règles minima pour le traitement des détenus

Etablissements pénitentiaires: établissements d'exécution des peines et/ou (selon le contexte) établissement de détention provisoire

Détenus: condamnés et/ou (selon le contexte) personnes placées en détention provisoire

Clause/phrase limitative: partie de la norme du droit prévoyant les raisons, les conditions ou toute autre indication relatives aux possibilités et aux modalités de la limitation du droit subjectif de la personne

“Plus la société se dissocie des détenus et des anciens détenus et plus elle est prête à limiter les droits d'autres membres de la société”¹

¹ «The more a society excludes prisoners and ex-prisoners, the more ready it is to limit the rights of other members of that society», *in* Cnaan R. A., Draine J. N., Frazier B., Sinha J. W., *The Limits of Citizenship: Rights of Prisoners and ex-Prisoners in USA*, *Journal of Policy Practice*, 2008, Vol. 7, Issue 2-3, p. 178.

Toutes les traductions qui suivent sont de Vadym Chovgan, à moins qu'il ne soit précisé autrement et à l'exception des traductions officielles des conventions, recommandations ou décisions jurisprudentielles européennes existantes en français.

Introduction

L'idée de cette recherche remonte à six ans. À l'époque, nous préparant à intégrer l'administration pénitentiaire, nous nous sommes attachés à étudier les détails des exigences du régime contenues dans le Règlement interne des établissements pénitentiaires en Ukraine. Notre regard se porta en particulier sur la liste des objets interdits pour les personnes purgeant leur peine. La liste importante comportait l'interdiction de garder et de se servir de stylos et de crayons de couleur, de peinture pour aquarelle, de papier carbone. Stylos noirs, bleus ou violets et pour des crayons à papier mis à part.

Cette interdiction devait nécessairement susciter des questions: d'où tire-t-elle son origine ? A quoi sert-elle ? Quels dangers dériveraient du manquement à cette interdiction et celle-ci ne serait-elle pas absurde en fin de compte? Nous nous sommes mis à chercher la réponse ou du moins des explications à ce propos. Nous avons d'abord cherché dans les livres, puis auprès des représentants de la communauté académique et ensuite auprès d'hommes de terrain. Il s'est avéré que c'étaient justement ces derniers qui pouvaient détenir des explications relatives à ce sujet. Elles ont été exprimées sous forme de suppositions ; personne ne pouvait donc attester de quoi que ce soit. Leurs suppositions se fondaient sur la modélisation de situations réelles et elles s'appuyaient sur leurs expériences. Toute justification juridique était hors de propos, parce que c'était en fait inscrit dans le Règlement interne, qui apparaissait comme un écrit quasiment sacré, car chacune de leurs dispositions "avait été écrite avec le sang de plusieurs générations d'employés pénitentiaires et de détenus"².

Ainsi trouvait-on parmi les raisons principales que: de la peinture pourrait contenir des substances stupéfiantes que les détenus risqueraient d'utiliser; les crayons, la peinture et le papier carbone pourraient servir à falsifier de l'argent, des documents et à confectionner des cartes à jouer; le papier carbone pourrait être utilisé pour préparer des copies de plans d'évasion. Ces raisons pourraient-elles être qualifiées de rationnelles à l'époque actuelle ? Une époque où les billets de banque présentent un niveau de sécurité extrêmement difficile à déjouer même en ayant accès à des imprimantes de haute qualité, à l'époque où les détenus possèdent souvent des téléphones portables (de plus avec accès à un GPS) et où le contrôle de

² Citation de l'un de nos interlocuteurs de l'époque.

la présence de stupéfiants dans la peinture pour aquarelle n'est pas plus compliqué que celui de toute autre matière autorisée que les détenus reçoivent de l'extérieur.

Les premières considérations des employés pénitentiaires relatives à leurs propres suppositions attestaient sûrement qu'ils étaient persuadés de la même chose: l'interdiction des crayons de couleur, de la peinture pour aquarelle et du papier carbone pour les détenus n'avait manifestement pas de sens. Cette restriction était absurde. Par la suite, cette interdiction fut annulée en partie pour les personnes condamnées³ tout en étant maintenue pour les personnes placées en détention provisoire⁴.

Notre intérêt particulier pour cette question d'interdiction des crayons de couleur et de la peinture pour aquarelle n'ayant, à première vue, que peu d'importance visait en réalité un problème plus global, à savoir la justification des restrictions des droits des détenus. Par la suite, en regardant à travers le prisme de la rationalité, d'autres restrictions des droits des détenus figurant dans le Code d'exécution des peines de l'Ukraine durent être analysées. Est-il utile d'interdire les visites, les communications téléphoniques, les colis voire les livres lors du séjour d'un détenu dans la cellule disciplinaire? Pourquoi les visites des parents ne sont autorisées que rigoureusement une fois par mois (ou tous les trois mois dans certains cas)? La règle selon laquelle toutes les visites de courte durée s'effectuent à travers une vitre, est-elle bien pondérée? La règle interdisant aux détenus placés dans des conditions à niveau maximal de sécurité d'assister à l'enterrement de leur mère ou de leur père, même avec une escorte d'employés pénitentiaires est-elle véritablement fondée? Les questions de ce type étaient bien plus nombreuses et elles étaient et demeurent toujours des symptômes d'un problème plus général: l'absence d'une norme générale de justification des restrictions des droits des détenus dans le droit pénitentiaire ukrainien.

Les constitutionnalistes estiment que l'action de l'État en matière d'établissement des restrictions des droits, tout comme la limitation des droits elle-même devraient avoir des limites, ce qui s'explique par la nature des droits constitutionnels⁵. La pensée juridique internationale et la jurisprudence des pays développés sont bien avancées dans ce sens en

³ L'Annexe 6 au Règlement interne des établissements pénitentiaires datant de 2014 prévoit l'interdiction de garder du papier carbone sans interdire les crayons et la peinture. Dès l'étape de la mise au point de son texte, lors d'une réunion portant sur l'examen du Règlement organisée avec l'assistance du Bureau de l'Ombudsman, nous avons eu l'occasion d'essayer de convaincre la direction du Service pénitentiaire d'État de l'absurdité de l'interdiction tant des crayons, que de la peinture pour aquarelle et du papier carbone. Il apparaît toutefois que le résultat ne fut que partiel car il ne concerne que les crayons et la peinture.

⁴ Paragraphe 4.5 du Règlement interne des maisons d'arrêt de 2013.

⁵ Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, translated by J. Rivers, New York, Oxford University Press, 2004, p. 192.

adoptant la norme de la proportionnalité des restrictions. Cette norme fixe certains repères dans le fondement des restrictions, tout en restant instable et n'offrant pas de directives précises s'agissant de la pratique pénitentiaire. Ceci nous a incité à étudier le caractère spécifique des normes de restrictions applicables dans le domaine pénitentiaire. Une question inévitable en découle, elle porte sur la nature juridique des restrictions des droits des détenus et sur la justification de celles-ci dans un contexte plus large.

La question posée est difficile, car, d'une part, la personne condamnée est membre de la société et dispose de droits comme tout autre citoyen. D'autre part, cette personne purge sa peine et se trouve isolée par rapport à la société et est limitée dans ses droits pour cette raison. Ces restrictions sont différentes justement par leur origine: elles s'appliquent en tant que conséquence d'une punition et leur application aux personnes en liberté n'a ni sens ni fondement juridique.

Il existe nécessairement une différence entre l'étendue des droits exercés en liberté et ceux exercés dans un établissement pénitentiaire. La même chose vaut pour les restrictions des droits. L'absence de cette différence signifierait l'abolition des murs de prison et l'absence de la prison même. L'établissement pénitentiaire le plus humain, au régime le moins dur, prévoit certaines restrictions à la liberté de déplacement et d'existence que l'on ne trouve pas en liberté. Les restrictions de cette sorte constituent la différence principale entre la vie en prison et en dehors de ses murs. Ce sont elles qui définissent le "design de la vie pénitentiaire". Elles deviennent en outre la cause de différences d'un autre type: la création d'une sous-culture et d'autres phénomènes propres à l'environnement fermé. En termes plus généraux, la prison est en elle-même une restriction complexe. L'essence de la prison est la restriction. Aussi la réponse à la question de savoir quelles devraient être les restrictions aux droits des détenus est-elle en fait la réponse à la question de savoir ce que la prison même doit être. C'est la raison pour laquelle nous sommes convaincus que le sujet choisi est d'une actualité particulière pour la science pénitentiaire.

Il est important de ne pas oublier que les restrictions dans les établissements pénitentiaires sont considérées par rapport à celles qui existent en liberté. Ces dernières servent de point de départ pour les réflexions sur l'existence de restrictions "pénitentiaires". À partir de ce point de départ, nous (la société) formulons en partie nos conclusions sur le bien-fondé des restrictions aux droits des détenus. Ceci dit, la tolérance à l'égard de ces restrictions est plus grande qu'en liberté, c'est-à-dire que nous acceptons des restrictions plus sévères au sein de la détention.

Il convient de citer l'une des différences de restrictions aux droits des détenus par rapport à celles des personnes libres étant donné que dans le cas du droit du détenu il existe une sorte de "modèle" - le niveau existant des restrictions aux droits de l'homme libre. Les restrictions imposées aux détenus sont analysées en comparant leur étendue et leur contenu à ceux des droits et des restrictions applicables aux citoyens libres. Il en résulte la thèse soutenant que la différence entre les restrictions en question est un fait de principe qui est pris en compte dans la justification des limitations des droits dans le domaine pénitentiaire. Dans le même temps, cela ne nie pas la possibilité d'analyser la nature juridique des restrictions aux droits des détenus sans faire référence aux droits des personnes libres. Il est ainsi tout à fait acceptable d'analyser le bien-fondé des restrictions par rapport aux limitations correspondantes imposées aux détenus dans le passé ou dans d'autres pays.

La doctrine de la normalisation, répandue dans la pensée académique d'aujourd'hui, affirme que les conditions et les règles de la vie dans l'établissement pénitentiaire doivent se rapprocher autant que possible de celles de la vie hors de l'établissement. Cependant, que doit-on entendre par "autant que possible" ?, comment déterminer les limites du rapprochement entre les restrictions pour les détenus et les personnes libres? Voilà la question la plus difficile. C'est donc elle qui est placée au centre de notre recherche.

Selon nous, puisque les avis sur le bien-fondé des restrictions pour les détenus se forment aujourd'hui en partant de leur comparaison avec celles appliquées aux droits des personnes libres, l'étude de leur fondement devrait s'effectuer sous ce point de vue sans toutefois se limiter à ce dernier. À partir de là, nous avons formulé **l'objectif principal de la présente recherche** : déterminer comment pourrait être justifié le rapprochement (et la différence) admissible entre les droits des détenus et ceux des personnes libres. Cet objectif est lié avec la problématique suivante: quelles sont les approches juridiques et doctrinales vis-à-vis de la détermination de la limitation admissible des droits des détenus et de leur rapprochement avec les droits des personnes libres?

Afin de mieux nous orienter sur l'objectif nous posons des **questions clés auxiliaires** qui permettent d'esquisser l'**objet** de la présente recherche.

- Jusqu'où peut aller l'État dans la limitation des droits des détenus?
- En quoi consiste la nature juridique et les particularités des restrictions aux droits des détenus, quels sont leurs types et formes?

- Quelles sont les normes internationales fondant les limitations des droits des détenus et quelles sont leurs spécificités ?

- Quelles sont les approches juridiques et philosophiques principales vis-à-vis des restrictions aux droits des détenus?

- Quels sont le contenu, les avantages et les inconvénients des normes de justification des droits des détenus en France, aux États-Unis, au Canada, au Royaume Uni, en Belgique, aux Pays-Bas et en Ukraine?

Ces questions servent de guides à la présente recherche, tout en étant intimement liées entre elles. L'avancement dans la recherche de la réponse à chacune d'elles était souvent la condition nécessaire pour trouver des réponses à d'autres questions. C'est ainsi que sans comprendre la nature juridique des limitations des droits des détenus il était impossible d'avancer dans la question portant sur les limites de l'action de l'État quant à leur application. L'étude de l'état des limitations des droits dans le droit pénitentiaire ukrainien ne serait pas complète sans prendre en compte l'expérience et les normes d'autres pays, ainsi que les pratiques et les règles des organismes et des institutions internationaux.

Notre étude vise à parvenir aux conclusions qui seront tout d'abord utilisées pour améliorer la théorie de justification des limitations des droits au niveau international, mais avec une attention spéciale sur le système français et ukrainien. Pour cette raison elle est traduite aussi en ukrainien. Néanmoins, nous sommes convaincus qu'elle parvient à des conclusions qui sont applicables aux autres pays. La comparaison du problème des limitations dans tous les pays qui font objet de cette recherche démontre beaucoup de défauts similaires. Les idées que nous développons pour les résoudre sont tout à fait adaptées à d'autres pays. De plus, une partie importante de cette thèse est consacrée à la théorie générale concernant les limitations des droits des détenus, ce qui la rend applicable aux systèmes pénitentiaires divers. Pour ces raisons, nous concevons nos conclusions comme ayant un caractère universel valable internationalement.

Compte tenu du cadre fixé pour ce travail, nous soutiendrons **les thèses essentielles** suivantes:

- i. La norme internationalement reconnue selon laquelle les "détenus conservent tous les droits sauf ceux qui sont incompatibles avec l'emprisonnement" est contre-productive du point de vue de la protection des droits de l'homme au vu du

caractère imprécis de ce qui doit être considéré comme "incompatible" avec l'emprisonnement (ou considéré comme inévitable).

- ii. L'application de la norme de proportionnalité à la limitation des droits des détenus revêt nécessairement un caractère spécifique, tenant aux particularités de leurs nature juridique à la lumière de l'exécution de la peine. Notamment, à la différence des citoyens libres, ces limitations doivent aussi viser les buts de la peine et de son exécution.
- iii. La justification des restrictions dans le contexte pénitentiaire exige non seulement des considérations juridiques et logiques, mais aussi l'usage de données empiriques ou d'autres données similaires (expérience nationale et internationale) portant sur les conséquences des restrictions et la réalisation des objectifs de celles-ci. Ceci concerne en particuliers les objectifs de la sécurité.
- iv. Le contrôle judiciaire du bien-fondé des limitations des droits est la condition nécessaire pour le développement et l'efficacité de la norme de proportionnalité dans l'environnement pénitentiaire.
- v. Les normes relatives aux limitations des droits des détenus dans les pays examinés (France, États-Unis, Canada, Royaume-Uni, Belgique, Pays Bas, Ukraine) sont problématiques en termes de protection des droits de l'homme. Elles sont controversées du point de vue juridique et manquent de mécanismes fiables pour protéger effectivement la personne détenue contre des limitations injustifiées à leurs droits.

Notre étude avait été conçue dès le début comme une réflexion théorique. La méthode appropriée fut donc choisie.

Pour pouvoir identifier la nature juridique des limitations des droits, leurs types et leurs formes, nous avons eu recours à des ouvrages relatifs à la théorie du droit et du droit constitutionnel. Par ailleurs, certaines approches spécifiques à l'égard des limitations des droits dans le domaine pénitentiaire ont été trouvées dans des ouvrages soviétiques sur le droit pénitentiaire. Dans cette partie théorique générale, nous nous référons essentiellement à la doctrine tout en essayant de l'illustrer avec des exemples du droit français et ukrainien. Nos observations touchent la théorie générale du droit en ce qui concerne la nature juridique des limitations des droits.

En étudiant les normes internationales, nous nous sommes servis de textes internationaux, de leurs travaux préparatoires, de la pratique de leur application et de la doctrine appropriée. Une attention particulière a été donnée aux productions des institutions internationales en la matière, à savoir les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et les rapports du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT). Ces textes, ainsi que d'autres documents juridiques internationaux, ont été obtenus essentiellement sur Internet. Dans le même temps, nous avons étudié les commentaires de ces textes, des décisions et des normes accessibles dans la doctrine. Il convient de remarquer que la quantité et le détail de ces commentaires sont assez limités. Nous n'avons pu identifier aucun ouvrage étudiant la question de la limitation des droits des détenus dans les normes internationales⁶. Cet état de fait nous a contraint à chercher des commentaires fragmentaires des normes considérées et faire notre propre analyse juridique et logique de celles-ci.

En ce qui concerne l'étude des restrictions dans le domaine pénitentiaire dans les pays comme la France, les États-Unis, le Canada, le Royaume Uni, le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays Bas, l'objet principal de l'exploration de l'expérience de ces pays a porté sur leurs textes législatifs, la jurisprudence ainsi que la doctrine relative aux limitations des droits des détenus. Certaines remarques méthodologiques s'imposent ici.

Tout d'abord, notre étude ne saurait être qualifiée de véritablement comparative. À la différence des études comparées volumineuses en matière pénitentiaire à la méthodologie classique⁷, notre travail ne fait pas de comparaison parallèle de plusieurs systèmes nationaux. Plusieurs raisons nous ont conduit à éviter la méthode de la comparaison parallèle:

⁶ De rares exceptions partielles nous sont fournies par des ouvrages comme : Van Zyl Smit D., Snacken S., *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2009 ; Lazarus L., *Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England*, New York, Oxford University Press, 2004 ; Belda B., *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Établissements Evile Bruylant, 2010 ; Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, 2nd ed, Paris, Dalloz, 2012. Leurs auteurs apportent une contribution inestimable à l'étude des normes internationales de limitation des droits dans le domaine pénitentiaire, leurs travaux étant devenus, sans exagération, des livres de chevet pour la réalisation de cette étude. Toutefois, ils n'avaient pas pour objectif d'étudier la question spécifique de la limitation des droits des détenus, en se focalisant pour l'essentiel sur la question de la justification de certaines restrictions et en attachant beaucoup moins d'importance à la nature et aux traits caractéristiques de la norme de limitation de ces droits en général.

⁷ Cf., par exemple: Falxa J., *Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Thèse, Pau, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014.

a) L'objectif de notre étude est différent. Nous nous proposons de rechercher les acquis concernant la limitation des droits des détenus dans les pays susmentionnés avec des objectifs concrets: 1) l'utilisation de l'information recueillie pour soutenir ou contester les thèses de la présente étude qui n'ont pas de caractère comparatif; 2) l'étude du droit de divers pays en vue de dégager des aspects positifs et négatifs dans les approches nationales à l'égard de la restriction des droits dans les établissements pénitentiaires. Reprenant les expressions des comparatistes connus, René David et John Brierley, nous utilisons la méthode comparative pour faciliter la réalisation de nos propres objectifs spécifiques, sans prétendre donc au titre de comparatiste qui "prépare le terrain" afin que d'autres juristes puissent user avec profit de la méthode comparative dans leurs domaines d'intérêt⁸. D'autre part, nous regardons l'étude de l'expérience des autres pays comme "l'équivalent de ce qu'est la méthode expérimentale dans les sciences naturelles"⁹ et nous nous en servons pour la confirmation "expérimentale" de telles ou telles conclusions dans le domaine juridique. Cela ne veut pas dire que les informations recueillies par nous-mêmes ne pourraient pas être considérées par elles-mêmes comme un acquis pour le droit de l'exécution des peines. Bien au contraire, elles pourraient être utiles pour les études et les développements à venir en matière de droits des détenus en Ukraine et dans d'autres pays¹⁰;

b) L'impossibilité d'une comparaison détaillée dans le cadre d'une seule thèse. Même la comparaison de trois pays nécessite des volumes de travail assez importants¹¹. L'on ne peut que supposer les difficultés qui surgiraient en essayant de comparer en parallèle six pays ; d'autant plus s'ils appartiennent à des systèmes juridiques différents. C'est ainsi qu'il serait peu pertinent de comparer la norme de limitation des droits des détenus aux États-Unis, qui est entièrement basée sur la jurisprudence, à la norme correspondante française qui est contenue dans la législation et les sources doctrinales¹². De plus, l'obstacle de langue se serait présenté s'agissant du néerlandais, rendant une comparaison exhaustive impossible dans le cas des Pays-Bas et aussi en partie pour la Belgique;

⁸ David R., Brierley J., *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*. 2nd ed., New York, The Free Press, 1978, p. 11.

⁹ David R., *Le droit comparé, enseignement de culture générale*, *Revue internationale de droit comparé*, 1950, Vol. 2, n° 4, p. 684.

¹⁰ Les pays de l'espace post-soviétique présenteraient sur ce plan une perspective particulière, sachant que les études qui y sont conduites en la matière (y compris l'Ukraine) sont assez modestes. Une traduction en russe de cette thèse est donc envisagée.

¹¹ Par exemple la thèse déjà citée de J. Falxa qui compare le droit pénitentiaire dans trois pays compte 656 pages de texte (bibliographie et annexes non compris) et 3066 renvois.

¹² Il s'agit, par exemple, de l'idée influente de la doctrine du droit pénitentiaire français selon laquelle la personne détenue n'est privée que de la liberté d'aller et de venir.

c) L'absence d'un objet commun bien précis de comparaison. Cette raison découle de la différence déjà évoquée entre les systèmes juridiques des pays à examiner. Tantôt la clause limitative¹³ est fixée dans la loi, tantôt elle est totalement absente (États-Unis, Royaume Uni). Le cas échéant, nous y utilisons la norme de proportionnalité développée par la jurisprudence et qui se fonde sur l'équilibre entre les intérêts de l'individu et de la société. D'un autre côté, les pays dont la loi pénitentiaire comporte la clause limitative (France, Belgique, Pays Bas) attribuent une portée spéciale à la norme d'équilibre des droits et des intérêts publics développée dans la jurisprudence de la CEDH. Le Canada fait exception, puisqu'il présente des traits caractéristiques de ces deux groupes de pays: la clause limitative dans la loi et la norme d'équilibre développée par la jurisprudence. C'est dire que la comparaison de leurs normes serait probablement peu conséquente, étant donné qu'il s'agit de phénomènes différents par leur nature juridique: les normes législatives et judiciaires.

Pour parvenir à nos objectifs, nous avons utilisé en outre une méthode difficile à intituler et qui sera nommée ici à titre conventionnel comme "advocacy feedback". Il s'agit de la possibilité d'évaluer la réaction de l'administration pénitentiaire et d'autres agences à nos propositions d'introduire de meilleures normes des limitations des droits dans le domaine du droit pénitentiaire. Cette évaluation a été utilisée pour formuler ou corriger nos conclusions. En réalisant cette étude, nous avons eu la possibilité de travailler dans des organisations non gouvernementales de défense des droits, de même que dans une organisation internationale jouant le rôle de conseil stratégique pour le Gouvernement ukrainien. Dans le cadre de ce travail, nous avons souvent élaboré des textes législatifs et réglementaires, ou plaidé pour leur élaboration. Une partie importante de nos initiatives législatives portait sur la résolution du problème des restrictions non fondées des droits des détenus en Ukraine, notamment à travers la mise en place d'une norme de restrictions.

Nous nous sommes trouvés dans une situation curieuse: les observations et les conclusions préliminaires, parfois non achevées, de cette étude devaient être appliquées d'urgence pour mettre au point la politique et la pratique pénitentiaires. Une approche prudente et pondérée était nécessaire pour aboutir aux dispositions législatives voulues. Des défenseurs des droits, des théoriciens, des experts internationaux et des praticiens nationaux

¹³ Il est entendu par clause limitative dans cette thèse la partie de la norme du droit qui prévoit les raisons, les conditions ou toutes autres indications concernant les possibilités et les modalités de la limitation du droit subjectif de la personne. La clause limitative n'établit pas de restrictions mais fixe seulement la possibilité de leur application par les autorités. De telles normes sont aussi qualifiées de "normes de compétences", car elles créent pour l'État des pouvoirs afin d'appliquer des limitations (Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, translated by J. Rivers, New York, Oxford University Press, 2004, p. 182).

nous aidaient par leurs remarques savantes à constituer une telle approche¹⁴. Leurs réactions et leurs commentaires visant les règles du droit que nous propositions en matière de limitations des droits eurent un effet notable sur l'avancement de la présente étude. Les prenant en considération et prévoyant des difficultés pratiques dans la réalisation des droits, nous nous sommes attachés à corriger nos idées tant dans la partie théorique générale de l'ouvrage que dans les parties relatives aux normes internationales et à l'expérience d'autres pays.

Il convient, par ailleurs, de faire une importante remarque méthodologique. Notre participation directe à l'élaboration des normes de limitation des droits des détenus au niveau national ne pouvait pas ne pas déboucher sur des difficultés d'ordre méthodologique pendant l'analyse de ces normes. Aussi admettons-nous que le chapitre consacré à l'évolution actuelle des normes de limitation des droits des détenus en Ukraine est, dans une certaine mesure, marqué par un défaut d'objectivité. Cependant, il nous a semblé que cette analyse présentait un intérêt particulier, justifiant son incorporation dans la présente étude. En effet, l'exemple ukrainien est démonstratif en tant qu'exemple des difficultés d'introduction des normes des limitations des droits en contexte pénitentiaire dans un pays où de telles normes n'existaient pas avant.

¹⁴ C'est ainsi que des discussions difficiles, mais constructives, en ce qui concerne la correspondance des droits des détenus aux impératifs de la sécurité et du régime dans les établissements pénitentiaires ont été engagées à l'occasion de l'examen de quelques-uns de nos projets de loi dans le Service pénitentiaire d'État. Nous avons beaucoup apprécié notamment les observations pratiques et détaillées du chef de la Direction du régime, de la surveillance et de la sécurité, I.M. Ostrenko, concernant les propositions des projets relatives aux raisons et aux modalités de l'application des restrictions aux droits pendant la détention provisoire et en période d'exécution de la peine. Nous avons également trouvé utiles les discussions particulièrement ouvertes sur l'équilibre entre la limitation des droits et la sécurité dans les établissements que nous avons eues avec les employés du pénitentiaire à travers toute l'Ukraine.

Des observations précieuses ont été faites par les experts du projet du Conseil de l'Europe "Soutien continu à la réforme pénitentiaire en Ukraine" qui ont rédigé leurs avis par écrit. Il convient de citer notamment E. Svanidze, ancien membre du CPT et vice-ministre de la justice de la Géorgie en charge des questions pénitentiaires, J. McGuckin, expert du Conseil de l'Europe et praticien pénitentiaire irlandais. Outre ceci, beaucoup d'idées utiles proviennent des réunions du Sous-comité parlementaire en charge des questions du Service pénitentiaire d'État, ainsi que des corrections proposées à nos projets de loi en deuxième lecture. Ces observations ont été faites par des défenseurs des droits, des fonctionnaires, l'ombudsman, des universitaires.

Un grand nombre d'observations relatives aux solutions que nous avons proposées pour résoudre le problème de la limitation des droits des détenus ont été formulées par le Ministère de la justice pendant la mise au point du Plan d'action pour la Stratégie nationale en matière de droits de l'homme. Les activistes, défenseurs des droits, qui coopéraient avec nous exprimaient eux aussi de nouvelles idées concernant nos problématiques. Voir plus de détail au chapitre 3.7 "L'Ukraine (évolution actuelle de la législation en rapport avec la limitation des droits des détenus)".

Comme signalé plus tôt, les questions clés qui se posent concernent les limites tolérées de rapprochement (et les limites des différences) entre les droits des détenus et ceux des personnes libres.

Au début de notre étude, il était prévu d'examiner uniquement la question de la limitation des droits des personnes condamnées seules, parce qu'une étude complémentaire sur les limitations des droits des personnes placées en détention provisoire aurait présenté des difficultés spécifiques et aurait dû, pour ce motif, faire l'objet d'un travail particulier. Or, nous avons dû reconnaître avec le temps que les approches existantes aux problèmes de limitation des droits dans le domaine pénitentiaire concernaient aussi bien les condamnés que les personnes placées en détention provisoire. Bien qu'un grand nombre de différences de fond entre ces deux catégories de détenus justifie réellement la nécessité d'une étude spéciale de la question des restrictions appliquées aux personnes en détention provisoire, notre avis est que nos conclusions relatives aux personnes condamnées pourraient être *mutatis mutandis* transposables aux restrictions frappant les personnes placées en détention provisoire.

La différence principale entre ces deux types de limitation des droits réside dans leur nature juridique, qui découle de leurs objectifs respectifs. En fait, si les restrictions appliquées aux condamnés constituent le contenu de la punition et obéissent aux objectifs de celle-ci, les restrictions pratiquées sur les droits des personnes en détention provisoire obéissent aux buts de la détention provisoire qui sont liés aux besoins de la justice et de l'enquête. En réalité, les besoins de l'enquête et les modalités de la détention provisoire risquent souvent de causer davantage de restrictions aux droits des personnes innocentes (en accord avec la présomption d'innocence) que la punition ne cause de limitation des droits des condamnés, dont la culpabilité a été prouvée¹⁵. Ceci est contraire à la logique puisque les limitations des droits des personnes en détention provisoire ont beaucoup plus de raisons d'être moins sévères que les limitations pour les condamnés.

¹⁵ Ceci est particulièrement caractéristique de l'Ukraine où les droits des personnes prévenues sont limités de manière non proportionnelle. Cf.: Ashchenko O., Chovgan V., *Ukrainian Penitentiary Legislation in the Light of the Standards of the UN and Council of Europe Anti-torture Committees*. Preface by M. Hnatovsky. Ed. by E. Zakharov, Kharkiv: Prava ludyny, 2014, p. 59-65, disponible sur <http://library.khpg.org/files/docs/1413663931.pdf> (accédé le 01.07.2017) ; Човган В. «Нагальні проблеми застосування правообмежень до осіб, взятих під варту» // Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група». — Харків: Права людини, 2015. - С. 146-157. (Chovgan V. "Problèmes actuels d'application des limitations des droits aux personnes prévenues", *in* Respect des droits de l'homme dans le système pénitentiaire de l'Ukraine, K.A. Avtoukhov, A.P. Gel, M.V. Romanov, V.O. Chovgan, I.S. Iakovets; sous la dir. gén. de M.V. Romanov; ONG "Groupe de défense des droits de Kharkiv", Kharkiv, Droits de l'Homme, 2015, p. 146-157.

Dans tous les cas, les restrictions concernant les deux catégories de personnes obéissent aux exigences relatives aux limitations des droits des personnes libres, tout en ayant leur propre spécificité, s'expliquant par le fait d'être incarcéré. Il s'agit notamment des buts de prévention d'évasion, d'atteinte à l'ordre et à la sécurité.. Une attention particulière sera donnée à l'éclaircissement de cette spécificité.

Les thèmes examinés sont en relation directe avec la question importante des limites de la liberté individuelle et celles de la répression pénale de l'individu par l'État. S'agissant des limites de la répression pénale, la doctrine nationale ukrainienne tend à reconnaître une valeur incontestable au principe d'économie de la répression pénale. Ce principe se distingue, en droit pénal, par deux composantes: une dimension d'application du droit ; une dimension politique. La composante d'application consiste en ce que la peine appliquée au criminel par la justice doit se réduire au strict minimum et les alternatives à l'emprisonnement doivent être appliquées au maximum. La composante politique prévoit, autant que possible, la tendance à l'humanisation de la politique de droit pénal, en particulier par la décriminalisation de la loi pénale.

Ce principe n'est généralement pas appliqué au droit pénitentiaire. Son prolongement dans le contexte pénitentiaire peut toutefois être observé dans le principe de minimalité qui se trouve au cœur du principe de proportionnalité et prévoit la même exigence de réduction autant que possible la répression par l'État, cette dernière étant appréhendée comme la limitation des droits de l'homme. Le principe de minimisation des limitations des droits doit donc être considéré comme le prolongement du principe d'économie de la répression pénale de l'État.

L'inutilité de l'application par l'État de restrictions surabondantes a été remarquée il y a longtemps.

C'est ainsi que J. Bentham s'interrogeait sur les privations auxquelles devaient être soumises les personnes pendant leur séjour en prison. Il les regardait dans l'optique de la nécessité d'atteindre les objectifs de la peine, tels que par exemple la réhabilitation. Une attention particulière était accordée à la privation de "plaisirs" et à ce que des "privations" ou des "douleurs"¹⁶ soient infligées pendant l'exécution de la peine. Le fait de frapper le détenu doit être considéré comme causant de nouvelles "douleurs" qui empêcherait la personne concernée de se concentrer sur le rapport de cette punition avec l'infraction pour laquelle elle

¹⁶ Parmi ces "privations" et "douleurs", l'auteur citait notamment la solitude, l'obscurité et les limitations alimentaires.

avait été condamnée. D'autre part, l'effet pouvait être totalement contraire au but recherché de la punition¹⁷. J. Bentham indiquait que les pénalités devaient se caractériser par la "modération" ce qui nécessiterait de limiter les souffrances inutiles, c'est-à-dire ne pas les rendre "plus grandes qu'il n'est nécessaire"¹⁸.

Les idées qui mettaient en doute le bien-fondé de certaines limitations des droits des détenus préoccupaient aussi l'un des pères des réformes pénitentiaires au plan international, E. Wines, commissaire américain, Président de la Commission pénitentiaire internationale qui organisa à Londres le premier congrès international sur la discipline pénitentiaire (1872), puis un autre congrès à Stockholm (1878). En décrivant les systèmes pénitentiaires nationaux, il prêta une attention particulière aux limitations des droits à la correspondance, aux contacts avec le monde extérieur, et au droit de recevoir et de lire des livres. Bien qu'il n'ait pas élaboré de normes universelles qui pourraient être utilisées par la suite pour justifier les limitations des droits, des idées étaient déjà énoncées à l'époque pour préciser les fondements de la rationalisation de telles limitations. Ce faisant nous prenons en compte les aspects psychologiques de la perception des restrictions par les détenus, la justification de celles-ci par les besoins de la sécurité et les problèmes de réintégration dans la société après la libération.

Wines a, par exemple, affirmé que la limitation de la correspondance et des contacts des détenus en dehors des parents et des amis pouvait être considérée normalement comme une restriction raisonnable¹⁹. Il a remarqué que la question des limitations de la correspondance et des visites aux détenus avait été posée lors du Congrès pénitentiaire de Londres lorsqu'il avait statué sur le fait que ces limitations devaient être modérées (ou adéquates), car la correspondance et les visites exercent une influence morale positive sur les détenus. E. Wines insistait justement sur la difficulté de définir ce que sont les restrictions "adéquates". S'il n'y avait pas de problèmes quant à la nécessité de vérifier la correspondance

¹⁷ Bentham J., Principles of penal law. Book II., The works of Jeremy Bentham, now first collected: under the superintendence of His Executor, John Bowring, Edinburgh, William Tait, 78 Prince's Street, 1838, p. 424-429.

¹⁸ Easton S., Prisoners' Rights: Principles and Practice, New York, Routledge, 2011, p. 6; Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. – М.: Российская политическая энциклопедия, 1998. – С. 231-241.: Цит. за: Тепляшин П.В. Истоки и развитие английского тюремного права: Монография. – Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России. 2005. – С. 69. (Bentham J., An Introduction to the Principles of Moral and Legislation, Moscou, Encyclopédie politique russe, 1998, p. 231-241, *cité dans* Тепляшин П.В., Sources et développement de la science pénitentiaire anglaise. Monographie, Krasnoïarsk, Institut juridique sibérien du Ministère de l'Intérieur de la Russie, 2005, p. 69).

¹⁹ Wines E.C., The State of Prisons and of Child-saving Institutions in the Civilized World, Cambridge, Harvard University Press, 1880, p. 336.

entrante et sortante des détenus et quant à ce que les visites devaient être limitées au public possédant les gages de bonne moralité, l'intensité de ces limitations apparaissait comme un "point de difficulté"²⁰. Ceci n'empêcha pourtant pas de mettre au point des points de repère pour une telle justification.

E. Wines indiquait que les périodes entre les visites autorisées qui varient de un à trois mois ("périodes d'accalmie") étaient néfastes pour les détenus et le sens (compréhension) du bien qu'ils pouvaient avoir encore conservé. Aussi justifiait-il l'idée que les épouses, les mères, les sœurs et les enfants des détenus devaient pouvoir communiquer avec ceux-ci au moyen de lettres ou de visites aussi souvent qu'ils le souhaitaient. La question suivante était donc posée: "Est-il vraiment raisonnable, est-il absolument dans l'intérêt de la société d'empêcher les détenus d'avoir la possibilité de prendre profondément conscience de la honte, de la peine et des souffrances que les crimes qu'ils ont commis ont fait subir aux gens qui leur sont les plus chers ou d'affaiblir sinon rompre les liens qui, s'ils avaient été maintenus, auraient pu aider à leurs retours dans la société et stimuler leur désir d'y retourner?"²¹. La réponse était que l'interdiction de la communication visait à alourdir les souffrances des détenus, mais dans la plupart des cas elle s'avérait être plutôt un soulagement pour ces derniers pour avoir évité la réprobation morale de la part de leur proches, car souvent c'était en fait une punition tant pour les parents affectueux et attentifs, que pour les détenus eux-mêmes²². Cette idée est toujours d'actualité, parce que la justification des limitations des droits des détenus est rarement regardée à travers le prisme des parents que ces limitations affectent "par ricochet" entraînant une sorte de pénalité parallèle, essentiellement pour les femmes et leurs enfants²³.

Beaucoup d'idées citées d'E. Wines ont été trouvées dans les présentations faites au cours du premier congrès pénitentiaire. La question de l'utilité de certaines restrictions aux droits des détenus a souvent été posée aussi bien lors de ce congrès qu'à l'occasion d'autres congrès pénitentiaires internationaux. Toutefois, la question du bien-fondé des restrictions ne bénéficiait pas à l'époque d'une attention spéciale. Il y était cependant discuté, de temps à autre, de façon parcelaire du bien-fondé des limitations de certains droits qui étaient pratiquées dans les prisons de l'époque et concernaient la correspondance et les visites.

²⁰ Wines E.C., *Ibid*, p. 638.

²¹ *Ibid*.

²² *Ibid*.

²³ Granja R., *Beyond prison walls: The experiences of prisoners' relatives and meanings associated with imprisonment*, *Probation Journal*, 2016, Vol. 63 (3), p. 288.

Les questionnaires qui avaient été envoyés au préalable aux gouvernements des pays participant au Premier congrès de Londres comportaient des points concernant directement l'étendue et le bien-fondé des restrictions. Des questions étaient posées par exemple sur les pratiques de ces pays: à quelle fréquence les détenus sont-ils autorisés à écrire et à recevoir des lettres? Sont-ils autorisés à recevoir des visites d'amis? Comment sont réglementées les visites? Les entretiens sont-ils écoutés par le personnel de la prison ou celui-ci ne peut-il qu'observer sans intervenir dans ce qui est privé?²⁴ Il est intéressant de constater que quasiment tous les pays participants constataient l'impact positif des contacts avec le monde extérieur sur les détenus.

Le rapport du Congrès de Londres comporte par ailleurs des observations concernant les restrictions proprement dites. C'est ainsi que la représentante de l'Angleterre, Mme Carpenter, indiquait que la sécurité de la société était essentielle, que plus sécurisé était le lieu de détention, moins grand était le besoin de soumettre le détenu à des restrictions assommantes et de lui rappeler constamment sa situation²⁵. L'inspecteur pénitentiaire belge M. Stevens soutenait que la "réhabilitation juridique" des détenus pourrait être effective en libérant le détenu de toutes les restrictions, à l'exception de celles auxquelles sont soumis les citoyens libres. La privation des droits politiques du fait de l'emprisonnement, par exemple, signifie charger le détenu d'un nouveau fardeau alors qu'il aurait déjà eu des problèmes avec le rétablissement de son statut²⁶.

Le Congrès pénitentiaire de Paris donna lieu à des discussions animées sur la question de l'acceptabilité d'une privation de liberté qui n'obligerait pas au travail. La majorité des délégués excluait cette éventualité malgré quelques voix d'opposition. Dans le même temps, les particularités auxquelles devrait répondre le travail des détenus étaient précisées. L'idéal serait de donner aux détenus des occupations adaptées à leurs capacités et qui pourraient leur servir après la libération. Si le travail présentait ces caractéristiques, la question de son caractère obligatoire ne serait plus de mise²⁷.

De véritables débats s'étaient engagés autour du droit des détenus à un salaire. Une discussion complémentaire portait sur la question de savoir si les détenus avaient droit à une

²⁴ International Congress on the Prevention and Repression of Crime, Penal and Reformatory Treatment: Preliminary Report of the Commissioner, Washington, Government Printing Office, 1872, p. 13-15.

²⁵ Report on the International Penitentiary Congress of London, held July 3-13, 1872. By E.C. Wines, US Commissioner, Washington, Government Printing Office, 1873, p. 352.

²⁶ Ibid, p. 148.

²⁷ 5ème Congrès pénitentiaire international. Paris-1895, Melun: Imprimerie Administrative, 1897, p. 29.

récompense pour leur travail. La section qui étudiait cette question présenta à l'Assemblée générale du Congrès une proposition de résolution affirmant que les détenus ne bénéficient pas du droit au salaire, mais que les autorités disposent des pouvoirs discrétionnaires pour les encourager sous forme de récompense correspondant à leurs mérites individuels²⁸. La motivation principale de la contestation du droit au salaire résidait en ce que les détenus ne pouvaient pas être comparés aux citoyens libres et "honnêtes" au plan de la rémunération du travail et, de plus, en ce que l'État devait affecter des ressources pour les garder, les vêtir et les nourrir. La seule voix divergente appartenait à Mme. Pognon, une journaliste et oratrice française, qui défendait la position selon laquelle les détenus ont droit au salaire. L'un de ses arguments essentiels se résumait à ce que le fait de laisser la récompense pour le travail à la discrétion des autorités conduirait à des abus. Un autre de ses arguments s'attachait au fait que la possibilité de recevoir une telle récompense pourrait dépendre du respect de la discipline pénitentiaire alors qu'un détenu peut être en conflit avec la discipline tout en travaillant bien. D'un autre côté, cette spécialiste admettait comme chose rationnelle le fait qu'on ne devrait payer aux détenus qu'une partie de leur salaire pour compenser les frais de leur entretien²⁹.

Dans l'ensemble, en discutant de la question du bien-fondé de la limitation (ou, pour être plus précis de la privation) du droit au salaire, les rapporteurs se référaient à des arguments philosophiques (question de l'équité), juridiques (abus éventuel des pouvoirs) et économiques (indemnisation du coût du séjour à l'établissement pénitentiaire). De tels arguments sont aussi avancés pendant les discussions sur les limitations des droits imposées aux détenus qui ont lieu de nos jours.

Les questions relatives aux marges des limitations du droit au travail ont également été soulevées à d'autres congrès. C'est ainsi qu'au Congrès de Budapest (1905), les délégués ont tenu des propos positifs pendant la discussion et ont voté par une réponse affirmative à la question de savoir si des indemnités devaient être versées aux détenus ou aux membres de leur famille au cas où un incident mettant en danger leur santé se produirait pendant le travail en prison³⁰. Bien plus, les pays où de telles indemnités étaient prévues pour les personnes libres devaient se munir d'une loi réglementant le droit des personnes détenues à ces indemnités³¹.

²⁸ Ibid, p. 33.

²⁹ Ibid, p. 31-35.

³⁰ Actes du Congrès pénitentiaire international de Budapest. Septembre 1905, Procès-verbaux des séances, Volume I. Publiés sous la direction de J. Rickl de Bellye par Dr. Guillaume, Budapest et Berne, Imprimerie Stampfli & Cie., 1907, p. 160-173.

³¹ Ibid, p. 172.

Le Congrès de Rome (1885) soulevait une question plus globale concernant la compatibilité de la pénalité sous forme d'interdiction à disposer des droits civils et politiques avec l'orientation du système pénitentiaire vers la réhabilitation. La plupart des participants étaient d'accord avec cette compatibilité : la privation de certains droits (droit de vote notamment) étant tout à fait justifiée et compatible avec la réhabilitation de la personne³². Les délégués opposés affirmaient que cette question prêtait à discussion, car la privation d'un droit donne une mauvaise leçon de morale et, qui plus est, au lieu d'unir le détenu à la société, elle l'éloigne encore plus de celle-ci. Le professeur Pols, président l'une des sessions du Congrès, disait qu'en privant le détenu d'un droit, la société porte un coup non seulement à son encontre, mais aussi à l'intérêt social que ce droit vise à garantir. Il était d'avis qu'il ne faut pas limiter les droits pour causer des souffrances, mais uniquement dans un but préventif. C'est-à-dire que la restriction n'était, selon lui, admissible que lorsque l'exercice du droit concerné risquait de nuire à l'intérêt qu'il était censé servir. Il s'ensuivait que l'application d'une restriction devait être soumise à la discrétion du juge en tant que pénalité supplémentaire, contrairement à l'application automatique en tant que pénalité obligatoire³³. La position commune resta cependant inchangée.

Curieusement, l'année précédente, au cours du Congrès de Stockholm, les délégués qui discutaient de cette question dans le contexte de la Suède, penchaient plutôt pour une idée différente: la privation de droits en tant que pénalité, surtout après la sortie de prison, exerçait une influence négative sur la réinsertion de l'individu³⁴. Toutefois ce congrès ne put donner une réponse nette à la question de l'utilité de la limitation (de la privation) de certains droits.

Les documents issus des congrès illustrent bien les germes de la discussion relative à la rationalité de certaines limitations de droits. Or le problème du bien-fondé des limitations des droits ne surgissait pas de manière systémique, mais au regard d'aspects particuliers de la vie pénitentiaire. Il s'agissait des aspects considérés comme étant les plus controversés en pratique (ils le sont toujours) alors que beaucoup d'autres n'étaient pas pris en compte.

La nature des arguments avancés au cours de ces congrès à propos des limitations des droits reste également toujours d'actualité. Le droit, la philosophie et l'économie restent toujours à l'heure actuelle des espaces de débats sur le bien-fondé des restrictions. Il est vrai

³² Actes du Congrès pénitentiaire international de Rome. Novembre 1885. Tome Premier, Rome, Imprimerie des "Mantellate", 1887, p. 61-86.

³³ Ibid, p. 65-66.

³⁴ Le Congrès pénitentiaire international de Stockholm. 15-26 Août 1878. Comptes-Rendus des séances, Publiés sous la Direction de la Commission pénitentiaire internationale par le Dr. Guillaume, Stockholm, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1879, p. 489-499.

que l'aspect de la sécurité et de la protection de la société acquiert actuellement un rôle essentiel, sinon déterminant, en devenant un critère toujours plus important de la justification des limitations pénitentiaires.

Une approche intégrale vis-à-vis des limitations des droits des détenus ne se retrouve donc pas au XIX^{ème} siècle, comme nous n'y voyons pas de discours clairs au sujet des droits de l'homme dans le contexte pénitentiaire.

Pourtant, dès cette époque-là, germait la doctrine de la proportionnalité qui n'admettait pas de limitations exagérées et superflues et qui devait acquérir, un siècle plus tard, une importance particulière dans la justification de telles limitations des droits. C'est l'Allemagne qui est considérée comme la patrie de la proportionnalité, parce que dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, les juges administratifs y pesaient la nécessité de telles ou telles mesures appliquées par la police dans des cas concrets. Les mesures prises ne devaient pas excéder le niveau nécessaire pour atteindre leur but. Le principe de proportionnalité occupait déjà une place sûre dans le droit administratif allemand³⁵. F. Fleiner décrivait métaphoriquement le contenu de ce principe: "La police ne doit pas tirer sur les moineaux au canon"³⁶. Cependant, les discussions concernant la proportionnalité des limitations des droits s'arrêtaient alors à la porte de la prison, bien que, comme cela a été signalé, le débat sur le caractère exagéré de certaines restrictions fût déjà entamé.

Par ailleurs, la question de la proportionnalité était discutée par tradition dans un autre domaine, le droit pénal. Dans le cadre de la discussion sur la proportionnalité du crime et de la punition, les scientifiques abordaient la question des limites de la répression pénale de l'individu par l'État. L'établissement de la proportionnalité était une tâche difficile que l'on essayait souvent de résoudre dans le cadre de la théorie du châtimeut. Les moyens les plus divers étaient proposés³⁷. Il y avait même un procédé mathématique qui prévoyait que "l'offense" (l'infraction) et le châtimeut (la punition) pouvaient être mesurés et corrélés en valeurs mathématiques, le châtimeut devant avoir la même valeur mesurable que "l'offense"³⁸.

³⁵ Mathews J., Stone Sweet A., Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2009, n° 47, p. 98-101.

³⁶ Fleiner F., *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen: 8. neubearbeiteten Auflage, 1928, p. 404, *cité dans* Barak A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 179).

³⁷ Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. – Санкт-Петербург: Типография министерства путей сообщения, 1889. - С. 17-24. (Fоynitski I.Ia., *La pénologie en rapport avec la science pénitentiaire*, Saint-Pétersbourg, Imprimerie du Ministère des voies de communication, 1889, p. 17-24).

³⁸ *Ibid*, p. 17-18.

Cet établissement de la proportionnalité comprenait non seulement l'estimation de la durée admissible et du type de pénalité, mais aussi la définition des composantes possibles de son contenu: privations et restrictions applicables par l'État³⁹ et le contenu de ces dernières⁴⁰. Il est évident que les discussions sur la proportionnalité de la pénalité ont touché, ne serait-ce qu'accessoirement, les restrictions pendant l'exécution de la peine étant donné que le contenu de la pénalité résidait justement dans les restrictions.

Pourtant, en tant que telles, les limitations des droits des détenus ne firent l'objet d'attentions particulières ni au XIX^e siècle ni même au début du XX^e siècle. Ce n'est que la période de la Seconde guerre mondiale qui obligea à regarder plus près les droits des détenus⁴¹, bien que les premières initiatives importantes soient apparues au lendemain de la Première guerre mondiale⁴². Une défense active du maintien des droits de la personne, malgré son emprisonnement, commença au niveau international et aux niveaux nationaux. Bien que de telles idées aient été avancées déjà auparavant⁴³, le début d'un débat sérieux sur le maintien des droits des détenus devrait être situé dans l'après-guerre.

La Déclaration universelle des droits de l'homme dispose, dans son article 29, que "Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique". Cette norme visait aussi bien les personnes libres que les détenus. L'expression "chacun" ne laissait aucune possibilité de distinguer un groupe de personnes dont l'exercice des droits peut être limité autrement que pour les motifs cités. D'un autre côté, l'application d'une même norme de limitations aux

³⁹ «Границы карательной деятельности (государства)» // Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Том I. Изд. Второе, пересмотренное и дополненное. – СПб: Гос. Тип., 1902. - С. 598-622. (Cf. par exemple chapitre "Limites de l'action répressive (de l'État), in Tagantsev N.S., Droit pénal russe. Conférences. Généralités., T. I. 2^e éd. Revue et complétée, Saint-Pétersbourg, Gos. Typ. 1902, p. 598-622).

⁴⁰ A. Lokhvitski nomme l'une des deux "grandes questions pour le législateur en fixant les peines" la question de savoir en quoi doit consister la peine, les souffrances qui sont infligées pour le crime (Курсъ Русскаго уголовного права. Соч. А. Лохвицкого. – СПб.: Типографія правительствующаго сената, 1867. – С. 41. / Cours du droit pénal russe par A. Lokhvitski, Saint-Pétersbourg, Imprimerie du Sénat gouvernant, 1867, p. 41).

⁴¹ Abels D., *Prisoners of the International Community: The Legal Position of Persons Detained at International Criminal Tribunals*, The Hague, Asser Press, 2012, p. 15.

⁴² Les normes correspondantes ont été adoptées dès 1934 par la Société des Nations (Abels D. *Ibid.*).

⁴³ L'arrêt de la Cour suprême US de 1892 soutenait que les détenus continuaient à bénéficier des droits fixés dans la Constitution et les lois des États-Unis. Tout en disposant du plein droit d'incarcérer de telles personnes, l'État doit aussi les protéger (*Logan v. United States*. Opinion of the court delivered by Mr. Justice Gray, 144 U.S. 263 (12 S.Ct. 617, 36 L.Ed. 429)).

personnes libres et aux détenus se heurtait à des difficultés objectives dès le début. L'exigence d'isolement des détenus excluait à l'évidence l'application des mêmes restrictions en liberté et en prison. De plus, l'étendue de leurs droits respectifs différait à tel point qu'il était difficile de spéculer pour concilier, d'une part, les déclarations sur l'unification de la norme de limitation des droits et l'égalité des droits et, d'autre part, les réalités des établissements pénitentiaires.

De ce fait, l'article 29 de la Déclaration universelle acquérait une valeur effective pour les prisons par la voie d'adoption des Règles minima des Nations Unis pour le traitement des détenus. Ces Règles ne fixaient pas de normes spéciales contenant celles des limitations, mais elles donnaient des références générales en rapport direct avec la justification des limitations dans les prisons. Un principe important, contenu dans la disposition, précise que l'emprisonnement est afflictif par le fait même qu'il dépouille l'individu du droit de disposer de sa personne en la privant de sa liberté, le système pénitentiaire ne devant donc pas aggraver les souffrances inhérentes à une telle situation (par. 57). Le paragraphe 27 considérait que l'ordre et la discipline doivent être maintenus avec fermeté, mais sans apporter plus de restrictions qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité et d'une vie communautaire bien organisée. Nous observons, dans cette disposition, le principe de proportionnalité selon lequel il est inadmissible d'appliquer des limitations non justifiées par des objectifs rationnels. Toutefois, cette règle ne permet à l'évidence pas de conclure que les limitations doivent être minimales ou proportionnelles. C'est pourquoi l'on ne saurait parler de la consécration intégrale du principe de proportionnalité des limitations applicables aux détenus dans les "Règles minima" ou de l'influence directe de la Déclaration universelle sur la mise au point de la norme des droits des détenus.

Par la suite, le Pacte international relatifs aux droits civils et politiques mentionnait le caractère spécifique du système pénitentiaire sans formuler toutefois d'exigences spéciales pour les limitations des droits. Le Pacte indique notamment au 3^e alinéa de l'article 10, que "le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social". Or, l'interprétation officielle de cet article démontre son rôle essentiel dans l'élaboration de la norme de limitation des droits.

Conformément au par. 3 du Commentaire général à l'article 10 du Pacte, préparé par le Comité des droits de l'homme de l'ONU, les personnes privées de leur liberté, non seulement, ne peuvent être soumises à un traitement contraire à l'article 7 (la torture, des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), mais encore, ne doivent pas subir de privation

ou de contrainte autres que celles qui sont inhérentes à la privation de liberté⁴⁴. L'interprétation selon laquelle l'article 10 du Pacte prévoit des exigences applicables aux limitations des droits des détenus fut retenue par la suite par les organismes quasi-judiciaires de l'ONU comme le Comité des droits de l'homme. Plus tard, cette approche vis-à-vis des limitations s'est reflétée dans le droit mou (*soft law*) de l'ONU.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a, quant à elle, précisé celles de ses dispositions qui admettaient des limitations des droits, sous réserve du respect de la proportionnalité (art. 8, 9, 10, 11). Sa structure est plus concrète, car presque chaque droit qu'elle consacre s'accompagne d'une norme relative à la possibilité et aux raisons des exceptions de ce droit, c'est-à-dire aux raisons permettant de limiter des droits. Ceci étant, la Convention ne contient pas non plus de normes spécifiques concernant les limitations des droits des détenus⁴⁵.

Dans le même temps, le facteur objectif de privation de liberté ne pouvait pas être ignoré en appliquant la norme des limitations. C'est peut-être pour cette raison que la première jurisprudence de la Commission européenne, organe qui existait avant la création d'une Cour européenne permanente, priva pratiquement les détenus de la protection égale par la Convention. L'argument formel s'appuyait sur le fait que le détenu est soumis, de par son statut, aux limitations dites inévitables en prison. La raison véritable de cette jurisprudence venait des craintes que l'arbitre de Strasbourg ne puisse venir à bout du grand nombre d'affaires des détenus, qui représentaient alors près de 60 % de toutes les affaires⁴⁶. Ce n'est que 20 ans après, dans l'affaire *Golder c. le Royaume Uni*⁴⁷, que la Commission changea son approche⁴⁸ pour reconnaître que les droits des détenus devaient être soumis aux mêmes exigences concernant les limitations que ceux des personnes libres. Notons que l'idée des

⁴⁴ General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10): 10.04.1992. CCPR General Comment No. 21. (General Comments) Forty-fourth session, 1992, disponible sur : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en (accédé le 26.07. 2016).

⁴⁵ Une sorte d'exception est fournie à l'article 4 de la Convention prévoyant que tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la Convention n'est pas considéré comme interdit, forcé ou obligatoire. Cf. décisions de la CEDH: *Stummer c. Autriche* (GC) (07.07.2011, n° 37452/02), *Van Droogenbroeck c. Belgique* (n° 7906/77, 24.06.1982), *Floroiu c. Roumanie* (n° 15303/10, 12.03.2013).

⁴⁶ Jacq C. Vers un droit commun de la sanction – l'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris-Sud, 1989, p. 348-349.

⁴⁷ *Golder c. Royaume-Uni* § 44 (n° 4451/70, 21.02.1975).

⁴⁸ Une analyse historique plus détaillée voir *in* Jacq C., *Ibid*, spéc. p. 348-349.

"limitations inévitables" est utilisée et est assez populaire aujourd'hui, bien qu'ayant changé de contenu⁴⁹. Elle fera l'objet de notre critique dans ce travail.

La décision rendue dans l'affaire Golder marque le début d'un développement actif du droit jurisprudentiel de la CEDH à l'égard des droits des détenus. La norme de limitation de ces droits commence à être développée. Les décisions dans les affaires Campbell et Fell⁵⁰ (limitation de la correspondance et des visites, régime disciplinaire), Hirst⁵¹ (limitation du droit de vote des détenus) et Dickson⁵² (limitation du droit à la procréation) serviront de base au développement de cette norme. Ces décisions représentent une tentative de recours à la même norme de limitation que pour les personnes libres. Toutefois, dans la décision Golder, la Cour admettait déjà l'application aux détenus de limitations plus importantes que pour les personnes libres⁵³. Dans la présente recherche, nous montrerons qu'avec l'évolution de la jurisprudence, la norme n'a pu échapper à certaines spécificités, ce en lien avec la situation particulière de la personne privée de liberté.

L'accent sur la nécessité d'appliquer le principe de proportionnalité dans le domaine pénitentiaire a été reprise dans la règle 3 des Règles pénitentiaires européennes de 2006. Pour la première fois, un texte de droit international consacrait la norme de la proportionnalité des limitations des droits dans le contexte pénitentiaire. Il était notamment précisé au par. 3 que les restrictions imposées aux personnes privées de liberté devaient être réduites au strict nécessaire et être proportionnelles aux objectifs légitimes pour lesquelles elles avaient été imposées. La version précédente des règles de 1987 comportait des dispositions qui rappelaient quelque peu les Règles minima pour le traitement des détenus et recommandaient

⁴⁹ Si l'idée des "limitations inévitables" était utilisée à l'époque pour justifier une protection plus faible des droits, elle fut utilisée avec le temps pour assurer une protection plus forte des droits. Les normes internationales précisent notamment que les détenus ne doivent pas être soumis à des limitations autres que celles qui "sont inhérentes" à l'emprisonnement. Voir nos observations critiques: Chovgan V. Le principe des limitations inhérentes à la détention: la valeur incertaine des Règles Mandela, *Actualité juridique pénale*, 2015, n° 12, p. 576-578; Човган В.О. Стандарт «правообмежень обумовлених ізоляцією» // Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група». — Харків: Права людини, 2015. - С. 146-157. (Chovgan V.O., La norme de "limitation des droits inhérentes à l'incarcération", *in* Respect des droits de l'homme dans le système pénitentiaire de l'Ukraine/K.A. Avtoukhov, A.P. Gel, M.V. Romanov, V.O. Chovgan, I.S. Iakovets, sous la dir. Gén. de M.V. Romanov. ONG "Groupe de défense des droits de Kharkiv", Kharkiv: Droits de l'homme, 2015, p. 146-157).

⁵⁰ Campbell et Fell c. Royaume-Uni (n° 7819/77, 28.06.1984).

⁵¹ Hirst c. Royaume-Uni (No. 2) (GC) (n° 74025/01, 06.10.2005)

⁵² Dickson c. Royaume-Uni (GC) (n° 44362/04, 02.12.2007).

⁵³ Golder, *Ibid*, § 45.

d'appliquer des limitations minimales⁵⁴, sans formuler cependant une norme générale qui s'appliquerait à tous les droits sans exception. Les Règles de 2006 fixent une approche générale vis-à-vis des limitations appliquées à toutes les personnes privées de liberté et surpassent même leur texte-mère: la Convention européenne, et la jurisprudence de la CEDH. La règle 3, déjà citée, recommande le recours au principe de proportionnalité s'agissant de toutes les limitations des droits appliquées aux détenus, alors que la Convention ne consacre ce principe que pour les droits qu'elle cite elle-même⁵⁵.

Ainsi les Règles européennes pénitentiaires jetaient-elles, à travers la règle 3, les bases pour le développement d'une théorie spéciale des limitations des droits des personnes incarcérées. Toutefois, nous n'avons pas pu constater un grand intérêt pour cette question dans les textes sur le droit international. Nous voyons plutôt que des décisions de la CEDH relatives aux limitations des droits des détenus font l'objet de discussions animées et provoquent un retentissement tant dans les milieux académiques que dans l'ensemble de la société, certaines d'entre elles mettant en question l'existence de la Cour européenne sous sa forme actuelle⁵⁶.

Malgré le fait que la théorie des limitations des droits des détenus ait évolué en parallèle avec l'élaboration des normes susmentionnées, nous n'avons pas pu trouver un seul ouvrage qui soit consacré totalement à la limitation des droits des détenus. Des exceptions partielles se trouvent dans les travaux traitant des droits des personnes détenues. Ceux-ci ne visent cependant pas une analyse détaillée des limitations des droits. Ces ouvrages peuvent se concentrer sur la justifications des limitations de certains droits (droit de vote ou droit aux visites) en ne prêtant que peu d'attention à la théorie générale de ces limitations. Les tentatives de dégager des traits généraux dans la justification des limitations dans l'environnement

⁵⁴ Le paragraphe 64 des Règles de 1987 énonçait par exemple que "l'emprisonnement de par la privation de liberté est une punition en tant que telle. Les conditions de détention et le régime pénitentiaire ne doivent donc pas aggraver la souffrance ainsi causée, sauf si la ségrégation ou le maintien de la discipline le justifie".

⁵⁵ Exception faite des droits absolus non soumis à aucune limitation: la protection du droit à la vie (art. 2), le droit à ne pas être soumis à la torture (art. 3) et à ne pas être esclave ou forcé de travailler (art. 4).

⁵⁶ La décision dans l'affaire Hirst relative à l'inadmissibilité du retrait automatique des droits électoraux actif a eu un fort retentissement dans la société britannique. Les autorités de l'État ont refusé de la respecter. Cependant, la Cour européenne continue de rendre des décisions-clones. C'est ainsi que dans sa décision dans l'affaire McHugh (McHugh et autres c. Royaume-Uni (n° 51987/08, 10.02.2015) la Cour a constaté la violation de l'article 3 du Protocole 1 à la Convention à l'égard de plus d'un millier de détenus. Refusant d'appliquer les décisions concernées, les politiques britanniques ont exprimé à maintes reprises le souhait de se soustraire à la juridiction de la CEDH (ce qui a contribué au discours du "Brexit"). Des avis se sont fait entendre sur le fait que le retrait du Royaume Uni de la juridiction de la CEDH risquerait de créer un précédent dangereux pour d'autres pays qui ne voudraient pas appliquer certaines décisions "incommodantes" de la Cour.

pénitentiaire et d'en analyser la nature juridique revêtent un caractère fragmentaire, le nombre de ces ouvrages n'étant pas important.

Parmi les ouvrages soviétiques, la thèse de V.I. Seliverstov mérite d'être citée⁵⁷. Les limitations des droits y sont analysées dans l'optique du statut juridique des personnes incarcérées. L'auteur s'interroge sur la nature juridique de la limitation de ces droits, sur le sens attribué aux droits et aux obligations dites "spécifiques" et à la correspondance de ceux-ci avec les droits et obligations des personnes libres, ainsi que sur leurs sources (loi ou texte réglementaire, sachant que l'incarcération est appréhendée en tant que cause de limitations), etc. Ces aspects théoriques étaient débattus spécialement par d'autres spécialistes soviétiques⁵⁸.

À l'époque soviétique, les limitations des droits des détenus étaient souvent analysées à travers le prisme de la punition. Qu'est-ce que la punition? Quelles en sont les limites? Quelles limitations sont justifiées par la punition et quelles sont celles qui ne le sont pas? Ces questions étaient caractéristiques de beaucoup d'ouvrages de l'époque. Leur bilan détaillé et leur importance pour le processus d'exécution de la peine ont été analysés par A.F. Stepaniuk⁵⁹.

Les ouvrages ukrainiens et russes de la période post-soviétique ne s'écartaient pas sensiblement des marges fixées à l'époque soviétique sur la question de la limitation des droits des détenus. Nous sommes d'avis que cela résultait de l'insuffisance (sinon de l'absence) de tentatives d'analyse de ce problème dans les systèmes pénitentiaires étrangers. Un rôle particulier dans le développement de ce problème aurait pu être joué notamment par l'étude de

⁵⁷ Селиверстов В.И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. – М.: Акад. МВД РФ, 1992. (Seliverstov V.I., Problèmes théoriques de la situation juridique des personnes purgeant une peine, Moscou, Akad. MVD de FR, 1992). Bien que la thèse ait été soutenue en 1992, son contenu et ses sources indiquent qu'une partie importante de sa préparation datait d'avant la désintégration de l'Union Soviétique.

⁵⁸ Voir par. ex. Иоффе О.С. Гражданско-правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. – М., 1959; (Cf. Ioffe O.S., Droits civils des détenus dans les établissements pénitentiaires, Moscou, 1959) ; Беляев А.А. Правовое положение осужденных к лишению свободы. - Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1976 (Beliaev A.A., Situation juridique des personnes condamnées à la privation de liberté, Gorki, Ecole supérieure du MI de l'URSS, 1976) ; Наташев А.Е., Стручков Н.А. Основы теории исправительно-трудового права. – М., 1967 (Natachev A.E., Principes de la théorie du droit correctionnel, Moscou, 1967) ; Стручков Н.А. Курс исправительно-трудового права. Проблемы общей части. – М.: Юрид. лит., 1984 (Stroutchkov N.A., Cours du droit correctionnel. Problèmes de la partie générale, Moscou, Iourid. Lit., 1984) ; Сундунов Ф.Р. Лишение свободы и социально-психологические предпосылки его эффективности. – Казань: Издательство Казанского университета, 1980 (Soundourov F.R., Privation de liberté et prémisses socio-psychologiques de son efficacité, Kazan, Editions de l'Université de Kazan, 1980).

⁵⁹ Степанюк А.Ф. Сущность исполнения наказания. – Харьков: Фолио, 1999 (Stepaniuk A.F., Contenu de l'exécution de la peine, Kharkiv, Folio, 1999).

la mise en place et de l'application du principe de proportionnalité des limitations en détention dans les pays différents. Aussi concentrerons-nous sur la norme de la proportionnalité dans les systèmes pénitentiaires différents tout en prenant en compte les acquis théoriques nationaux en matière de nature juridique des limitations des droits des détenus⁶⁰. Une telle approche permettra d'assurer une complémentarité entre les études théoriques nationales portant sur la nature juridique des limitations et les études des normes internationales relatives à la justification des limitations des droits.

Un rôle important dans la théorie des limitations des droits des détenus revient en Europe aux travaux relatifs à la jurisprudence de la Cour européenne. Un bon exemple en est offert par l'ouvrage de D. Van Zyl Smit et S. Snacken "Principes du droit et des pratiques pénitentiaires européennes: pénologie et droits de l'homme"⁶¹. Les auteurs y procèdent à une analyse détaillée de la jurisprudence de la CEDH. Étant donné que les arrêts de la Cour relatifs aux détenus comportent le plus souvent l'application du principe de proportionnalité des limitations en accord avec la Convention, l'analyse des arrêts dans l'ouvrage ne pouvait pas négliger l'analyse des limitations. En outre, les auteurs se sont focalisés sur le principe de minimalité (principe d'ingérence minimale) des limitations en tant que principe incarné dans les Règles pénitentiaires européennes.

Des chercheurs français ont, pour leur part, étudié le problème en rapport avec la jurisprudence de la Cour européenne. C'est ainsi que B. Belda cherche, dans sa thèse, à comprendre le caractère spécifique de la vision des droits des détenus (et de leurs limitations)

⁶⁰ En travaillant sur cette question nous ne nous sommes pas uniquement appuyé sur des travaux existant dans le domaine du droit correctionnel soviétique et du droit pénitentiaire actuel. Des ouvrages en théorie générale du droit et du droit constitutionnel nous ont également servi de référence. Ainsi, un apport théorique général au développement de la théorie des limitations des droits a-t-il été celui de P.M. Rabinovitch et I.M. Pankevitch dont l'ouvrage a été pris comme base (Рабінович П.М., Панкевич І.М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України/Редкол.: П.М. Рабінович — Серія 1. Дослідження, видання реферати. Випуск 3. — Львів.: «Астрон», 2001/ Rabinovitch P.M, Pankevitch I.M., Réalisation des droits de l'homme: problème d'établissement des limites (aspects théoriques généraux). Œuvres du Laboratoire de Lviv des droits de l'homme et du citoyen auprès de l'Institut de recherches sur le développement institutionnel et l'autogestion locale de l'Académie des sciences juridiques de l'Ukraine, Dir. P.M. Rabinovitch, Série 1. Etudes, publications, résumés. Fascicule 3, Lviv, Astron, 2001). En ce qui concerne la vision constitutionnelle des limitations des droits, il convient de signaler tout particulièrement les travaux de A. Barak: *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012) та Р. Алексі (Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, translated by J. Rivers, New York, Oxford University Press, 2004).

⁶¹ Van Zyl Smit D., Snacken S. *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2009.

par la Cour européenne⁶². M. Herzog-Evans étudie des aspects des limitations dans la jurisprudence de la CEDH en défendant aussi l'idée de rapprochement des approches des limitations des droits des détenus avec les approches relatives aux limitations des droits des personnes libres⁶³.

La chercheuse britannique L. Lazarus⁶⁴ qui compare les approches des droits des détenus en Grande-Bretagne et en Allemagne s'intéresse, dans ses ouvrages, à la question de la limitation de leurs droits. Son intérêt se porte en particulier sur l'application du principe de proportionnalité des limitations, sur les objectifs variés posés pendant l'exécution de la peine, et sur la motivation des décisions des administrations pénitentiaires. Tout ceci est considéré comme ayant un impact sur la limitation des droits dans les prisons.

Le philosophe américain R. Lippke propose une théorie du contenu et de l'étendue des limitations des droits des détenus⁶⁵. Sa tentative de conciliation de la théorie rétributiviste avec les droits de l'homme, bien que critiquée par nous-même, présente un intérêt indubitable en tant que concept original. Nous analysons de près son idée maîtresse : le besoin de la "conversion" des conséquences causées à la victime par l'infraction en limitation des droits du détenu qui devient ainsi une sorte de "compensation" desdites conséquences. Bien que R. Lippke essaye de fixer certaines limites pour éviter la transformation de sa théorie en un véritable Talion, nous montrons qu'il a peu de chances de le faire de manière suffisamment convaincante.

Les études des limitations des droits des détenus dans la jurisprudence des juges américains furent menées aux États-Unis par J. Palmer⁶⁶. Des juristes britanniques ont, pour leur part, réalisé d'importantes études sur la jurisprudence nationale relative aux limitations

⁶² Belda B., Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme, Montpellier, Université Montpellier 1, 2007.

⁶³ Herzog-Evans M., La gestion du comportement du détenu: Essai de droit pénitentiaire, Paris, L'Harmattan, 1994; Herzog-Evans M., L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé, Paris, L'Harmattan, 2000; Herzog-Evans M., Droit pénitentiaire, 2nd ed, Paris, Dalloz, 2012.

⁶⁴ Voir : Lazarus L., *Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England*, New York, Oxford University Press, 2004; Lazarus L., *Conceptions Of Liberty Deprivation*, *The Modern Law Review*, 2006, n° 69 (5), p. 738-769.

⁶⁵ Lippke R. L., *Rethinking Imprisonment*, New York, Oxford University Press, 2007; Lippke R.L., *Toward a Theory of Prisoners' Rights*, *Ratio Juris*, 2002, Vol. 15, p. 122-145; Lippke R.L., *The Disenfranchisement of Felons*, *Law and Philosophy*, 2002, Vol. 20, p. 553-580; Lippke R.L., *Prison Labor: Its Control, Facilitation, and Terms*, *Law and Philosophy*, 1998, n° 17(5/6), p. 533-557.

⁶⁶ Voir : Palmer J.W. *Constitutional Rights of Prisoners*, 9th edition. - Cincinnati : LexisNexis, 2010.

de ces droits⁶⁷. Les études de la jurisprudence permettent de mieux comprendre les normes des limitations des droits dans les pays de droit commun.

Nombre d'ouvrages sur les limitations des droits dans l'environnement pénitentiaire portent sur des aspects particuliers et paraissent périodiquement en tant que réaction à des événements socio-politiques comme, par exemple, le vote de nouvelles lois, les décisions judiciaires retentissantes ou simplement intéressantes. Ces ouvrages ne se donnent pourtant pas pour objectif de formuler des conclusions de synthèse sur la justification des limitations des droits et leur nature juridique.

C'est pourquoi, afin de parvenir à des conclusions, nous nous référerons aux pratiques des pays comme la France, les États-Unis, le Canada, le Royaume Uni, le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas.

L'ancienne URSS ne fait pas l'objet d'une analyse à part, mais sa théorie et ses pratiques constituent une partie des sources de la présente étude.

URSS. Un contraste notable existait dans l'ancienne Union Soviétique entre les pratiques critiquables de respect des droits des détenus et la théorie raffinée traitant les thèmes de ces droits. Pourtant, même au vu de ce contexte, la théorie des limitations des droits des détenus ne faisait pas l'objet de recherches spécifiques. Les spécialistes ne prêtaient attention qu'à certains aspects de ces limitations. L'idée répandue consistait à laisser les détenus disposer de tous les droits, sauf ceux qui ne pouvaient s'exercer au cours de l'incarcération ou ceux qui découlaient du régime d'emprisonnement.

Des auteurs reconnaissaient que l'emprisonnement confèrait des particularités propres à l'exercice des droits et des obligations⁶⁸. Ils affirmaient souvent que, du fait de l'incarcération, les détenus étaient privés de certaines possibilités d'exercer leurs droits⁶⁹, qu'ils disposaient toujours de tous les droits et qu'ils n'étaient pas limités en droits mais dans

⁶⁷ Voir : Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Prison Law*, 4th ed., New York, Oxford University Press, 2008.

⁶⁸ Советское исправительно-трудовое право: учебник. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 109 (Droit correctionnel soviétique: manuel, Moscou, Gosjurizdat, 1960, p. 109).

⁶⁹ Ширвиндт Е.Г., Утевский Б.С. Советское исправительно-трудовое право. – М., 1957. – С. 83-84 (Chirvindt E.G., Outevski B.S., *Droit correctionnel soviétique*, Moscou, 1957, p. 83-84) ; Рагулин Г.И. Правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. Учебное пособие. – М., 1958. – С. 7 (Ragouline G.I., *Situation juridique des détenus dans les établissements correctionnels*. Manuel, Moscou, 1958, p. 7) ; Советское исправительно-трудовое право: учебник. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 109-110 (Droit correctionnel soviétique: manuel, Moscou, Gosjurizdat, 1960, p. 109-110).

l'exercice de certains d'entre eux⁷⁰. Il était fréquent d'entendre dire que le "fait de priver de liberté" ou que "l'incarcération" expliquait l'application de limitations objectives. Ces limitations (nommons-les "limitations de fait") doivent nécessairement découler du fait de l'incarcération et ne pas excéder ce qui est imposé par cette circonstance.

Ces idées étaient vivement critiquées par N.A. Stroutchkov, le spécialiste peut-être le plus connu du droit soviétique de l'exécution des peines⁷¹. Il y voyait un danger potentiel pour le principe de légalité, qui occupait une place à part dans le droit soviétique. Il était d'avis notamment que la possibilité d'appliquer des limitations non prévues par la loi, mais qui soient tout simplement des limitations "de fait" (objectives), ouvrait la porte à des abus et à des dérogations par rapport aux normes légales. Des critiques sérieuses ont été énoncées aussi par V. M. Seliverstov qui voyait, lui aussi, dans les limitations de fait un danger d'abus à cause de leur imprécision⁷².

Une autre idée semblable à l'idée des restrictions de fait permettant de déroger au principe de légalité consiste à dire que les limitations résultent du régime pénitentiaire. Par conséquent les normes qui établissent le régime peuvent générer des limitations des droits. Cette idée était basée sur les dispositions de l'art. 8 des Principes de la législation correctionnelle de l'URSS et des Républiques soviétiques, qui citait parmi les sources des limitations des droits la loi, la décision judiciaire mais aussi le régime.

Concernant le thème des limitations des droits, le droit correctionnel soviétique y rattachait souvent la question de la punition et du contenu de celle-ci. L'idée des limitations de fait, telle que formulée à l'époque, consistait dans l'exécution du châtement en tant que sens de la punition par l'incarcération physique. Le contenu de la punition sous forme de privation de liberté se réduisait à l'incarcération⁷³, tout ce qui la "complétait" étant considéré comme infondé. Des considérations semblables sont également soutenues dans le droit des pays ex-URSS de nos jours. Il est affirmé par exemple que la punition doit s'exercer avec tel ou tel degré d'incarcération physique (selon le régime de détention appliqué), alors que les autres

⁷⁰ Beliaev A.A., Ibid, p. 14.

⁷¹ Стручков Н.А. Курс исправительно-трудового права. Проблемы общей части. – М.: Юрид. лит., 1984. – С. 181-182 (Stroutchkov N.A., Cours du droit correctionnel. Problèmes de la partie générale, Moscou, Jurid. Lit., 1984, p. 181-182); Наташев А.Е., Стручков Н.А. Основы теории исправительно-трудового права. – М.: Юрид. лит., 1967. – С. 121 (Natachev A.E., Stroutchkov N.A. Principes de la théorie du droit correctionnel, Moscou, Jurid. Lit, 1967, p. 121).

⁷² Селиверстов В.М. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. – М.: Акад. МВД РФ, 1992. – С. 18 (Seliverstov V.M., Problèmes théoriques de la situation juridique des personnes purgeant leur peine, Moscou, Akad. MVD de la FR, 1992, p. 18).

⁷³ L'article 63 du CP de l'Ukraine reconnaît toujours l'incarcération comme contenu de la punition sous forme de privation de liberté.

conditions de l'exécution de la peine qui n'en découlent pas directement doivent rester identiques. Toutes limitations des besoins naturels ne doivent pas avoir de nature juridique et ne peuvent que résulter objectivement du fait de l'incarcération⁷⁴. L'avis sur l'impossibilité d'entériner certaines limitations dans le droit constituent la quintessence démonstrative des effets négatifs de l'idée des limitations de fait sur le principe de légalité. L'idée des limitations de fait légitime ainsi l'application de certaines limitations, à défaut pour celle-ci d'avoir des fondements concrets dans la loi.

Dans la présente thèse, nous nous pencherons sur la théorie des limitations de fait et en ferons la critique. Cette théorie ne possède en effet pas, à notre avis, le potentiel positif qu'attendent d'elle les spécialistes Ukrainiens et la communauté internationale⁷⁵. Notre argument contre les limitations de fait se fonde sur un flou trop important de ce que l'on pourrait considérer comme "objectivement inévitable" en prison.

États-Unis. Le rôle principal dans le développement de la théorie des limitations des droits dans ce pays revient à la justice. Ainsi qu'il a été montré supra, dès le XIXe s. déjà, la Cour suprême américaine signifiait que les droits des détenus étaient protégés par la Constitution au même titre que les droits des citoyens libres⁷⁶. C'est donc la Constitution américaine qui servit par la suite de terrain pour le développement de la théorie des limitations des droits des détenus.

Prenant appui sur la Constitution, la jurisprudence devait développer une norme de proportionnalité assez spécifique. Les arrêts principaux ayant donné le départ à ce développement furent ceux rendus dans les affaires *Martinez*⁷⁷ et *Turner*⁷⁸.

⁷⁴ Ceci posé, il est inadmissible, par exemple, d'appliquer une limitation telles que la réduction des rations alimentaires pour les personnes placées dans le quartier disciplinaire (Яковець І.С. Теоретичні та прикладні засади оптимізації процесу виконання кримінальних покарань : монографія. – Харків: Право, 2013. – С. 236-237, 242 (Iakovets I.S., Principes théoriques et appliqués d'optimisation du processus d'exécution des peines: monographie, Kharkiv, Pravo, 2013, p. 236-237, 242).

⁷⁵ Човган В.О. Стандарт «правообмежень обумовлених ізоляцією» // Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група». — Харків: Права людини, 2015. - С. 146-157 (Chovgan V.O., La norme de "limitation des droits inhérentes à l'incarcération", in Respect des droits de l'homme dans le système pénitentiaire de l'Ukraine/K.A. Avtoukhov, A.P. Gel, M.V. Romanov, V.O. Chovgan, I.S. Iakovets, sous la dir. Gén. de M.V. Romanov. ONG "Groupe de défense des droits de Kharkiv", Kharkiv, Droits de l'homme, 2015, p. 146-157); Chovgan V. Le principe des limitations inhérentes à la détention: la valeur incertaine des Règles Mandela, Actualité juridique pénale, 2015, n°12, p. 576-578.

⁷⁶ Logan v. United States (144 U.S. 263 (12 S.Ct. 617, 36 L.Ed. 429))

⁷⁷ Procunier v. Martinez - 416 U.S. 396 (1974)

⁷⁸ Turner v. Safley - 482 U.S. 78 (1987)

Le premier se proposait de déterminer si les limitations visent la réalisation d'un ou plusieurs intérêts gouvernementaux sur la sécurité, l'ordre et la réhabilitation des condamnés et de savoir si ces limitations n'excédaient pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces intérêts.

Le second consistait : à établir un "rapport rationnel" entre les limitations et les intérêts publics; à voir s'il y avait des moyens alternatifs de réalisation du droit après la limitation ; à savoir comment la réalisation du droit influencerait les ressources pénitentiaires, le personnel et la liberté des condamnés ; à vérifier si la limitation n'était pas démesurée ; et s'il y a des limitations alternatives qui affecteraient moins le droit.

Dans la pratique, la norme fixée dans l'arrêt *Martinez* était considérée par les juges comme nécessitant un établissement obligatoire de la minimalité de la limitation, celle de l'arrêt *Turner* étant perçue comme ne le nécessitant pas. C'est pourquoi le "test *Turner*" marquait l'allègement des exigences vis-à-vis de la justification des limitations par les autorités: il suffisait de démontrer que la limitation visait des "intérêts pénologiques justifiés" quelle que fût sa portée.

La jurisprudence des tribunaux américains en matière d'utilisation de ces normes apparaît comme assez contradictoire. Des limitations aux contenus semblables pouvaient être qualifiées de constitutionnelles ou non constitutionnelles selon la norme en question. C'est dire qu'aucune d'elles ne consacrait une norme précise et stable des limitations. De plus, certains arrêts de la Cour suprême appliquaient les deux normes à la fois⁷⁹.

L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Beard v. Banks* indique que le système judiciaire des États-Unis devait être déférent envers les autorités pénitentiaires⁸⁰. La déférence devait être de mise parce que les employés pénitentiaires "savaient mieux" ce qui était nécessaire pour le fonctionnement quotidien et les juges devaient donc leur "faire confiance". Le principe de séparation des pouvoirs, le nivelage du test *Turner*, la disparition des droits constitutionnels, telles étaient les thèses de la communauté académique après l'arrêt rendu dans l'affaire *Beard v. Banks*⁸¹.

⁷⁹ Thornburgh v. Abbott, 490, U.S. 401 (1989)

⁸⁰ Beard v. Bands 399 F. 3d 134; Palmer J.W., Constitutional Rights of Prisoners, 9th edition, Cincinnati, LexisNexis, 2010, p. 91.

⁸¹ Sweeney M., Beard v. Banks: Deprivation as Rehabilitation, Publications of the Modern Language Association of America, Vol. 122, n° 3 (May, 2007), p. 779-783 ; Wimsatt J. N., Rendering "Turner" Toothless: The Supreme Court's Decision in Beard v. Banks, Duke Law Journal, Vol. 57, n° 4 (Feb., 2008), p. 1209-1243 ; Wu S., Persona Non Grata in the Courts: The Disappearance of Prisoners' First Amendment Constitutional Rights in Beard v. Banks, Whittier Law Review, 2006-2007, Vol. 28, p. 981-1006.

Dans l'ensemble, la jurisprudence des États-Unis paraît volumineuse, confuse, voire inconséquente. Nous essayons, dans la présente étude, d'y voir clair dans la mesure où ceci est nécessaire pour déterminer les caractéristiques générales de justification de la limitation des droits des détenus.

Canada. La norme des limitations des droits, appliquée dans ce pays, se base sur la Charte des droits et libertés (1982). Ses dispositions relatives aux droits et à leurs limitations admissibles sont reproduites dans la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition⁸². Nombre de ces dispositions concernant les limitations des droits des détenus furent mises au point par des chercheurs et praticiens progressistes dans les années 1970-80.

La loi canadienne de 1992 sur le système correctionnel offre peut-être l'exemple le plus progressiste de normes de limitations applicables aux détenus. La question de la limitation des droits y est traitée directement. La loi fixe clairement le principe de minimalité des limitations en tant que composante du principe de proportionnalité. Cependant, le caractère "trop progressiste" de la loi a poussé les autorités à y apporter des modifications malgré diverses observations critiques de la part des spécialistes de tendance libérale⁸³.

L'expérience canadienne en matière de limitations des droits des détenus est également unique parce qu'elle comporte non seulement des normes législatives progressistes, mais encore une jurisprudence progressiste. La norme des limitations fut établie tant par le pouvoir législatif que par le pouvoir judiciaire.

Dans l'affaire *Solosky v. The Queen* (1980)⁸⁴, la Cour suprême a rejeté la demande du détenu se plaignant de l'ingérence dans son droit à la correspondance. La Cour a pourtant reconnu que les détenus conservaient tous les droits civils sauf ceux dont ils étaient privés de fait ou spécialement par la loi. La Cour a par ailleurs insisté sur la nécessité de réduire au minimum les ingérences dans les droits des détenus⁸⁵. Cet arrêt a établi un fondement solide pour le développement de la théorie libérale des limitations fondées sur le principe de proportionnalité.

⁸² Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (L.C. 1992, ch. 20).

⁸³ Submission on Bill C-10 Safe Streets and Communities Act, Ottawa, Canadian Bar Association, 2011, p. 35-36.

⁸⁴ *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

⁸⁵ On estime que cet arrêt contribua à l'inclusion de l'exigence de la minimalité des limitations dans la Loi "Sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition" (Ghedia J., *Prisoners: Rights, Rhetoric and Reality*, A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Laws in the Faculty of Graduate Studies, the University of British Columbia, Vancouver, University of British Columbia, 2002, p. 38).

L'arrêt rendu dans l'affaire *Sauvé* (*Sauvé c. Canada*, 1993, 2003) a acquis une notoriété mondiale. Dans son arrêt de 2003, la Cour suprême du Canada, ayant utilisé une ample argumentation relative aux limitations, a dit que l'interdiction de voter appliquée aux personnes condamnées à plus de deux ans de réclusion était contraire à la Charte des droits et libertés. Cet arrêt est connu du fait que la Cour y a appliqué la norme de proportionnalité des limitations avec une analyse minutieuse de l'application de celle-ci, ce, justement dans le contexte de l'exécution de la peine.

Une combinaison efficace de la jurisprudence et de l'action législative dans le développement de la norme canadienne des limitations des droits des détenus rend l'expérience de ce pays particulièrement intéressante. Son étude permet de regarder, sous un autre point de vue, aussi bien la norme élaborée par la jurisprudence dans des systèmes jurisprudentiels, que la norme fixée dans les lois des pays continentaux.

Royaume-Uni. "Même un détenu reste sujet de la Reine et ne devient pas son ennemi en raison du seul fait de la violation de la loi"⁸⁶: c'est ainsi que certains chercheurs définissent l'approche britannique à l'égard des droits des détenus dans l'histoire⁸⁷.

Tout comme aux États-Unis, l'évolution des droits des détenus au Royaume-Uni est étroitement liée à celle de la jurisprudence. Cependant, les juges britanniques commencèrent à intervenir dans le domaine pénitentiaire plus tard, sous l'influence de l'abandon par les juges américains de la politique de non-ingérence ("hands off approach"). Avant, les juges cherchaient également à concilier les intérêts de l'administration pénitentiaire avec les droits des détenus⁸⁸, généralement pas au bénéfice de ces derniers.

Les détenus en Grande-Bretagne peuvent se plaindre des limitations injustifiées au titre de la procédure administrative en invoquant quatre raisons. Il s'agit de : l'illégalité de la limitation ; l'irrationalité de la limitation ; la procédure inadéquate de limitation ; et la non-conformité de la limitation à la Convention européenne (la quatrième raison fut introduite avec la mise en vigueur de l'Acte des droits de l'homme en 1998)⁸⁹.

⁸⁶ « Even a convict remains the Queen's subject, and does not become her enemy merely by breaking the law ».

⁸⁷ Valson M.C., *Rights of the Prisoner: An Evolving Jurisprudence*. Thesis submitted for the award of the degree of Doctor of Philosophy, Cochin, Cochin University of Science and Technology, 1994, p. 25.

⁸⁸ Easton S., *Prisoners' Rights: Principles and Practice*, New York, Routledge, 2011, p. 30, 48.

⁸⁹ Leech M., *The Prisons Handbook 2007: The Definitive 800 Page Annual Guide to Prisons in England and Wales*, Prisons.Org.Uk Ltd, 2008, p. 520.

L'arrêt *Raymond contre Honey*, rendu en 1982, peut être considéré comme fondamental pour le développement de la norme des limitations des droits des détenus⁹⁰. La Cour y a indiqué que les détenus conservaient "tous les droits civils dont ils n'[avaie]nt pas été privés expressément ou par nécessité par le fait d'incarcération". Cette formulation, qui semble empruntée aux États-Unis⁹¹, créait les conditions d'une interprétation trop discrétionnaire⁹². La cause en résidait dans l'expression "par nécessité" qui autorisait en fait à appliquer des limitations non fixées dans la loi⁹³.

Bien qu'attestant la reconnaissance des droits des détenus, cette approche ne contribue toutefois pas à la mise en place de barrières sûres contre les limitations infondées de ces droits. Ainsi, comme l'affirment des auteurs britanniques éminents, leur pays pratique abondamment une approche partiellement régressive vis-à-vis des droits des condamnés, le degré de limitation justifié par la peine de réclusion étant beaucoup plus écrasant au Royaume-Uni que dans les autres pays d'Europe⁹⁴. D'un autre côté, le Royaume-Uni applique aux affaires relatives à la limitation des droits des détenus le principe de proportionnalité⁹⁵ qui prévoit la minimalité des limitations.

Le fondement de nos critiques des limitations "de fait" trouve sa confirmation dans les pratiques de ce pays. Des discussions s'y poursuivent concernant les limitations des droits qui sont inhérentes à l'emprisonnement. Les intérêts de la sécurité et de l'ordre constituent également des raisons habituelles pour justifier les limitations ce qui ne manque pas de conduire à un risque excessif des abus des autorités dans ses pratiques.

Ce pays connaît une forte popularité de l'individualisation des limitations, l'inadmissibilité des limitations automatiques (systématiques) constituent une vérité connue à la lumière des arrêts rendus par la CEDH contre le Royaume-Uni dans les affaires de *Hirst* et *Dickson*⁹⁶. Ces arrêts sont connus non seulement dans le pays, mais aussi dans le monde entier. S'agissant de l'affaire *Hirst*, la CEDH a constaté la violation de la Convention du fait de

⁹⁰ *Raymond v. Honey* [1982] AC 1, [1981] UKHL 8

⁹¹ *Coffin v. Reichard* (143 F.2d 443 (6th Cir. 1944)).

⁹² Coyle A., *The Treatment of Prisoners: International Standards and Case Law*, *Legal and Criminological Psychology*, 2008, n° 13, p. 220, 229.

⁹³ Easton S., *Ibid*, p. 29.

⁹⁴ Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Prison Law.*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, *in*: Codd H., *Policing Procreation: Prisoners, Artificial Insemination and the Law*, *Genomics, Society and Policy*, 2006, Vol.2, n°1, p. 113. .

⁹⁵ Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Prison law*, 4th ed., New York, Oxford University Press, 2008, p. 23.

⁹⁶ *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) (GC) (n° 74025/01, 06.10.2005), *Dickson c. Royaume-Uni* (GC) (n° 44362/04, 02.12.2007).

la limitation d'office du droit de vote, alors que l'arrêt *Dickson* a retenu la violation de l'article 8 à cause de la limitation automatique du droit à la procréation.

L'individualisation des limitations constitue un trait important de l'approche britannique. Toutefois, lorsque les autres pays examinés prennent pour point de départ l'individualisation des limitations, l'existence des droits pouvant être limités dans des cas individuels, les restrictions de nombreux droits des détenus au Royaume-Uni sont appliquées à l'avance et il faut être méritant pour être exempt de ces restrictions. Cette "présomption" des limitations des droits et ces conséquences fait aussi l'objet de notre attention.

France. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 fixait des dispositions de base relatives aux restrictions des droits de l'homme. Ces dispositions ne visaient pas les détenus, bien que la personne détenue fût considérée, en vertu de la Déclaration, comme un homme, un citoyen né libre et égal aux autres⁹⁷. La Déclaration n'en contribua pas moins à la formulation du postulat selon lequel la personne emprisonnée restait citoyenne à part entière⁹⁸. La personne détenue n'était pas exclue de la vie sociale, sauf si elle était soumise à des punitions spéciales visant à la dégradation civique ou à la mort civile. Ces punitions signifiaient la privation ou la limitation de certains droits.

Les milieux académiques français se solidarisaient ouvertement et continuent de se solidariser avec l'assertion idéaliste selon laquelle le détenu n'est privé que de la "liberté d'aller et venir" et qu'il n'est soumis qu'aux restrictions qui sont inhérentes à la perte de cette liberté. Cette idée est semblable en bien des points aux concepts relatifs aux limitations de fait (objectives) répandus dans l'ancienne URSS et actuellement en Ukraine. La critique des limitations dites "de fait" concernera donc en parallèle cette doctrine et sera utile non seulement pour la France mais aussi pour l'Ukraine.

Un autre trait spécifique du droit pénitentiaire français s'est manifesté au travers du débat portant sur les limites du rapprochement de ce domaine du droit avec le droit commun. La doctrine française entend par « droit commun » l'application ou le domaine du droit

⁹⁷ Morange J., Introduction générale, in *La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 17.

⁹⁸ Le détenu citoyen, Séance de section du 22 avril 1989, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1989, p. 255-279 ; Renaut M.-H., Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste un citoyen à part entière, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 265-277 ; Exposito W., Citoyenneté du détenu, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 1, p. 87-105 ; Exposé de M. Favard; Aubenas F., Bach J., Marrest P., Mécarry C., Bianchi V., Pelletier W., Sire-Marin E., Les détenus sont-ils des citoyens ? , Paris, Notes et documents de la Fondation Copernic, 2010 ; Chapitre « La reconnaissance des qualités inhérentes au détenu, l'humanité et la citoyenneté », in Belda B. *Ibid*, spéc. p. 161-169 ; Martucci F., Le détenu-citoyen, Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, Paris, Dalloz, 2013, p. 217-231.

« normal » ou bien, s'agissant des droits, le statut juridique général. L'opposition du droit commun et du droit pénitentiaire rappelle celle de *lex generalis* et de *lex specialis*.

Le rapprochement du droit pénitentiaire avec le "droit commun" signifie que ce domaine du droit passe du "droit de l'exception" au "droit égal à tous les autres". En fin de compte, ce rapprochement vise à maximiser la réglementation des rapports dans le domaine pénitentiaire à l'aide du droit commun et à minimiser les exceptions. Cela touche directement à l'objet de notre étude, car cela suppose l'établissement des limites de rapprochement du statut juridique spécial des détenus avec le statut juridique commun des citoyens. En conséquence, cela concerne les limitations des droits des détenus.

Le professeur M. Herzog-Evans, partisan connu du rapprochement du droit pénitentiaire avec le "droit commun", fait un lien entre un tel rapprochement et l'apparition d'un "véritable droit pénitentiaire"⁹⁹. Les éléments clés de premières démarches de cette révolution ne furent pas autre chose que le rapprochement des procédures du droit pénitentiaire avec celles du "droit commun". Les arrêts rendus dans les affaires des détenus Korber et Marie servirent de symboles de ce rapprochement, les juges y ayant reconnu aux détenus des droits procéduraux de défense, des droits liés à l'application de la mise en liberté sous condition et de sanctions disciplinaires. Ces arrêts marquent le début de la "juridicisation", c'est-à-dire l'extension de la protection judiciaire aux rapports de droit dans le domaine du droit pénitentiaire. La juridicisation, en tant qu'élément important du développement de la doctrine des restrictions des droits en France, est analysée et utilisée ci-bas pour pouvoir tirer des conclusions.

Une attention particulière est accordée à la Loi pénitentiaire française de 2009 qui revêt une importance spéciale pour notre étude. Cette loi comporte une clause limitative stipulant que "l'exercice de ceux-ci (droits des détenus, N.D.L.A.) 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. Ces restrictions tiennent compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue" (art. 22). Outre ceci, d'autres normes de la loi contiennent des dispositions relatives aux restrictions de certains droits qui font aussi l'objet de notre analyse.

⁹⁹ Herzog-Evans M., Droit commun pour les détenus, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé, 1995, Vol. 3, p. 621- 638.

Cherchant à mettre en œuvre des normes internationales, la loi n'en perd pas moins de vue le principe de proportionnalité, ce pour quoi elle a été critiquée par les spécialistes, étant donné que les raisons de l'ingérence dans le droit n'ont pas été suffisamment précises et ont ainsi menacé les droits de l'homme¹⁰⁰. Ainsi que nous le montrons dans le présent travail, à défaut d'exprimer le principe de proportionnalité des restrictions, l'inclusion de la clause limitative est sans effet parce qu'autorisant quasiment n'importe quelles restrictions et ne garantissant pas contre les ingérences les plus démesurées dans le droit.

De plus, la clause limitative générale fixée à l'art. 22 de la loi est souvent en conflit ou corrèle mal avec les autres clauses limitatives spéciales de la loi qui sont codifiées en tant qu'exceptions sur certains droits. Le problème similaire est présent dans d'autres pays.

La norme française de limitation des droits des détenus est un bon exemple des erreurs du législateur faites dans le processus d'élaboration des règles qui prévoient des raisons pour la restriction des droits. Cette question sera traitée spécialement dans notre travail.

Belgique. L'étude de l'approche belge vis-à-vis des limitations des droits des détenus est centrée essentiellement sur la loi de principes qui concerne l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus¹⁰¹ dite Loi Dupont¹⁰². Ce texte a subi une forte influence des normes de la CEDH, du CPT et des Règles pénitentiaires européennes. Avant son adoption, les droits des détenus et les limitations de ceux-ci étaient laissés essentiellement à la discrétion de l'administration pénitentiaire¹⁰³.

L'article 5 de cette loi dispose que le "détenu n'est soumis à aucune limitation de ses droits politiques, civils, sociaux, économiques ou culturels autre que les limitations qui découlent de sa condamnation pénale ou de la mesure privative de liberté, celles qui sont indissociables de la privation de liberté et celles qui sont déterminées par ou en vertu de la

¹⁰⁰ Herzog-Evans M., La sécurité pénitentiaire est l'ennemie de la sécurité publique (Entretien réalisé par Stéphane Laurent), *Dedans Dehors*, 2009, n°70-71, p. 15 ; Herzog-Evans M., *Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative*, Recueil Dalloz, 2010, n° 1, p. 32-33 ; Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, 2nd ed. Paris, Dalloz, 2012, p. 104; Enderlin S., *Droit constitutionnel et droit pénitentiaire. Les prémices de la protection constitutionnelle des personnes détenus*, in *Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement*. Sous la direction de Pierre V. Tournier, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 59-60 ; Assemblée Nationale, *Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence*, par M. J.-P. Garraud, p. 21, 538.

¹⁰¹ Loi de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus (loi du 12 janvier 2005).

¹⁰² Nommée ainsi en l'honneur de son artisan et auteur principal, le professeur Lieven Dupont.

¹⁰³ Voir l'analyse de l'histoire de l'élaboration de l'adoption de cette loi.: Mary P., *La nouvelle loi pénitentiaire. Retour sur un processus de réforme (1996-2006)*, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2006, n°11 (1916), p. 5-51.

loi". Cette norme a fait l'objet d'une analyse détaillée et critique de la part de spécialistes belges¹⁰⁴. L'une des causes principales de ces critiques a résidé dans le caractère ambigu des sources de limitation et notamment dans les limitations "de fait" auxquelles nous prêtons un intérêt particulier dans cette recherche. Comparée aux autres pays examinés, la Loi pénitentiaire belge a ceci de particulier qu'elle fixe le principe de proportionnalité des limitations. Bien plus, la proportionnalité constitue l'un des principes inclus dans la loi.

En référence au principe de proportionnalité qui suppose une individualisation maximale des restrictions, la loi insiste sur la nécessité d'évaluer les circonstances de chaque affaire concrète en vue de l'application par l'administration pénitentiaire de certaines limitations (par exemple lecture de la correspondance, communications téléphoniques, interdiction des visites).

L'importance particulière de l'expérience belge vient de la motivation obligatoire de toutes les décisions prises conformément aux normes de la loi pénitentiaire. Comme cela sera montré, la motivation des décisions concernant la limitation des droits des détenus est nécessaire pour leur légitimité conditionnelle. Elle est également nécessaire pour assurer un bon contrôle du bien-fondé des limitations des droits par des organismes ne dépendant pas des administrations pénitentiaires.

Pays-Bas. Un rôle important dans le développement de la norme des limitations dans ce pays revient à l'école de l'Université d'Utrecht. Elle réunit des scientifiques à tendance pratique qui exercèrent une influence notable sur le contenu de l'Acte des principes du système pénitentiaire (1953). En définitive, cet Acte a jeté les bases pour une politique relativement clémente dans le domaine de la justice pénale et pour que les détenus soient traités comme sujets du droit qu'il faut aider à réintégrer la société¹⁰⁵.

Cependant, en pratique cet Acte a avec le temps été nivelé. Un nouvel Acte des principes pénitentiaires a finalement été adopté en 1998 avec une norme spéciale relative aux limitations des droits. Il y est précisé notamment que les condamnés ou les détenus "ne doivent être soumis à aucune limitation autre que celles nécessaires à atteindre les objectifs de l'emprisonnement ou pour maintenir l'ordre ou la sécurité dans l'établissement" (art. 2.4). Cette règle fixe le principe de minimalité qui, en même temps que le principe de réintégration

¹⁰⁴ Dijon X., Prolégomènes : la protection sociale des détenus : pour quelle sécurité?, in Van der Plancke V., Van Limberghen G., La sécurité sociale des (ex-) détenus et de leurs proches, Bruxelles, La Chartre, 2008, p. 14-15.

¹⁰⁵ Van Swaaningen R, De Jonge G., The Dutch Prison System and Penal Policy in the 1990s: from Humanitarian Paternalism to Penal Business Management, in Mick Ryan, Joe Sim Western European Penal Systems: A Critical Anatomy, London, SAGE, 1995, p. 34.

qui a une portée considérable aux Pays-Bas, constitue le cœur du droit pénitentiaire néerlandais¹⁰⁶. Ses racines remontent manifestement à la Constitution des Pays-Bas¹⁰⁷.

Le trait essentiel de l'approche des limitations des droits dans ce pays passe par la vision de ces limitations à travers le prisme de la normalisation et de la réintégration. Plus le volume et le contenu des limitations sont faibles, plus proche reste la personne de la société et plus grandes sont ses chances de réintégrer celle-ci. Ce que l'on appelle normalisation (rapprochement des conditions de vie dans l'établissement pénitentiaire et en liberté) se conçoit aussi comme "normalisation juridique", terme qui est proposé dans le présent travail et qui marque le rapprochement des procédures juridiques des deux côtés des murs.

Outre la norme générale relative aux limitations, l'Acte des principes pénitentiaires inclut d'autres normes limitatives concernant des droits dérivant du droit à la vie privée. Ces normes spécifiques et leurs liens réciproques nécessitent une analyse séparée. En conséquence, nous nous proposerons de montrer les inconvénients de l'Acte qui, d'une certaine manière, ressemblent à ceux de la Loi pénitentiaire française de 2009. Cela nous permettra de formuler des conclusions sur les erreurs législatives typiques dans l'élaboration des clauses limitatives des lois pénitentiaires.

Détermination de la norme de limitations en Ukraine. Un autre aspect important dans l'élaboration d'une bonne norme de limitation des droits consiste dans le processus législatif lui-même. Les arguments avancés pour et contre l'établissement d'une norme restrictive spéciale pour les détenus et la libéralisation des restrictions aident par eux-mêmes à mieux comprendre les facteurs influant sur les limites admissibles des restrictions des droits par l'État. Sur ce plan, nous faisons partager notre propre expérience d'élaboration et d'inclusion de clauses limitatives dans la législation ukrainienne. Elle démontre que la mise en œuvre d'approches progressistes vis-à-vis des limitations des droits se heurte à une résistance de la part de la "tradition juridique" dans le domaine pénitentiaire. La juridicisation du processus d'exécution des peines, lorsque le droit pénètre autant que possible dans ces procédures, notamment en créant des garanties procédurales de protection des droits, se présente comme difficile étant donné la tendance actuelle de "déjuridicisation" de ce

¹⁰⁶ Van Swaaningen R, De Jonge G., Ibid, p. 35.

¹⁰⁷ Vermeulen G., Paterson N., Material Detention Conditions, Execution of Custodial Sentences and Prisoner Transfer in the EU Member States, Antwerpen, Maklu Publishers, 2011, p. 746.

processus observée dans le pays (A.Kh. Stepaniouk)¹⁰⁸. Il nous semble plus opportun d'analyser le mécanisme de création de la norme de limitation des droits des détenus en Ukraine, vu que le besoin d'une telle norme n'a pas été exprimé jusqu'à ces derniers temps en Ukraine.

Dans l'ensemble, la présente étude couvre les questions de théorie générale des limitations des droits des détenus ainsi relatives à la norme de limitation de ces droits. Nous avons tenté de cerner et de faire la synthèse des aspects principaux concernant *toutes* les limitations des droits des détenus. Pourtant, une partie non moins importante de la question reste en marge de cette étude, à savoir l'admissibilité, les limites et la justification des limitations de certains droits. Par exemple, les questions autour des limitations des droits des détenus à la communication avec l'extérieur à l'aide du téléphone mobile et du réseau Internet acquièrent une importance particulière en période actuelle. Des limitations de droits concrets demanderont des études détaillées à l'avenir et notre étude pourrait être utile par la base théorique que nous proposons.

Il reste à noter que le but initial de notre travail sur ce sujet portait justement sur la détermination du bien-fondé des limitations de certains droits. Or, il s'avéra très vite que le nombre de droits des détenus dont l'analyse des limitations serait utile et opportune serait trop élevé. D'autre part, une telle analyse ne pourrait être correcte si elle ne pouvait s'appuyer sur une ladite base théorique générale. Il fut donc décidé que le premier pas inévitable à réaliser dans l'étude des limitations des droits devait consister à formuler précisément une telle base.

Nous espérons donc que cette recherche deviendra un outil de valeur pour de futures études inéluctables sur la justification des limitations de certains droits des détenus. Nous espérons aussi que les idées recueillies et exprimées ici serviront à résoudre les problèmes posés au cours de ces études.

Pour y parvenir, nous allons explorer la théorie générale des limitations des droits des détenus. Nous allons donc étudier les problèmes liés à leur compréhension, leur classification, leurs formes et origines juridiques et philosophiques (Partie I). Après avoir étudié la base théorique, il conviendra ensuite d'analyser les normes des limitations selon les standards internationaux dans le domaine pénitentiaire. Il s'agit notamment de normes développées par

¹⁰⁸ Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: монографія / за заг. ред. В.І. Борисова, В.С. Зеленецького. — Х.: Право, 2011. — С. 328 (Principes théoriques pour assurer la qualité de la législation pénale et de l'application de la loi dans le domaine de la lutte contre le crime en Ukraine: monographie/sous la dir. Gén. De V.I. Borissof, V.S. Zelenetski, Kharkiv, Pravo, 2011, p. 328).

l'ONU et surtout par les organes du Conseil de l'Europe comme le CPT et la CEDH (Partie II). Enfin, à la lumière des conclusions des deux premières parties, il conviendra d'identifier quels sont les défauts des normes nationales de limitations des droits dans les prisons des pays de l'Europe et d'Amérique du Nord. Il s'agit d'analyser leur doctrine, leur législation ainsi que leur jurisprudence (Partie III).

Partie I : Nature juridique des limitations des droits des détenus

Tout droit relatif aux actions présente des limites, du fait de l'exercice de droits analogues de la part d'autrui¹⁰⁹. Les théoriciens du droit naturel procédaient depuis longtemps à la distinction entre «le droit en lui-même et l'exercice de ce droit vu que son exercice est souvent restreint par de justes raisons qui ne permettent pas que l'on fasse usage de son droit, ou limité par les droits d'autrui, qu'il faut concilier avec les nôtres»¹¹⁰.

Les limites des droits des individus dans la société sont nécessaires pour organiser leur vie en commun. L'apparition des limitations et, avec le temps, celle des limitations en droit s'est expliquée par le besoin d'ordonner les rapports sociaux, de rendre possible la vie en commun des individus (de leurs groupes) ayant des intérêts différents, voire opposés. L'établissement des limitations en droit est mis en rapport avec la naissance du droit en tant que telle dans son sens positiviste. Quant aux limitations qui n'étaient pas encore objectivées en droit, elles remontent à des périodes historiques plus éloignées où commençaient à voir le jour les civilisations humaines.

Les premiers exemples des limitations dans la société sont fournis par les tabous, c'est-à-dire les restrictions qui avaient des objectifs précis, dont notamment la contention des instincts biologiques afin de sauvegarder la souche. Le tabou n'est autre chose que la limitation de certains comportements¹¹¹. Plus tard, s'étant objectivées dans la loi, elles acquièrent, avec les autres limitations, le caractère d'un moyen universel d'influence sur le comportement des individus.

Chaque règle de droit pourrait être qualifiée comme étant une forme de limitation. Toute norme définit des choix parmi des modes de comportement en limitant ainsi le comportement par des formes socialement utiles, en fixant et en interdisant d'autres

¹⁰⁹ Ahrens M.H., Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1844, p. 114.

¹¹⁰ De Vattel E., Questions de droit naturel et observations sur le Traité du droit de la nature de M. le Baron de Wolf, Berne, Société typographique, 1762, p. 328.

¹¹¹ Приходько И.М. Правовые ограничения в законодательстве: проблемы теории и практики // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 1999. – №1 (224). – С. 241. (Prihodko I.M., Limitations de droits dans la législation: problèmes de la théorie et de la pratique, Bulletin des grandes écoles. Jurisprudence, 1999, n° 1 (224), p. 241).

comportements¹¹². Certains auteurs sont catégoriques en affirmant qu'une règle juridique est une limitation¹¹³.

Développant son concept de "guerre de tous contre tous", Thomas Hobbes parlait déjà de la nécessité d'établir un contrat social et des normes juridiques pour limiter les effets négatifs de cet état¹¹⁴. Des représentants de l'école du droit naturel, ainsi que certains philosophes idéalistes allemands, considéraient les normes juridiques comme fixant et limitant la liberté¹¹⁵.

Vu dans un sens large, le droit objectif peut toujours être considéré en tant que limitation ou, plus précisément, comme limitation réciproque des libertés individuelles. Toutefois, les approches modernes des limitations de droit ont évolué depuis la définition de toutes les prescriptions juridiques en tant que limitations de droit et caractérisent différemment la nature de ces dernières. A la place de l'approche précitée voyant dans les normes autant de limitations de droit, ces dernières sont considérées aujourd'hui comme constituant une certaine *exception du statut juridique existant* des sujets des rapports de droit.

¹¹² Кудрявцев В.Н. Право и поведение. – М., 1979. – С. 107 (Koudriavtsev V.N., Le droit et les comportements, Moscou, 1979, p. 107).

¹¹³ Борисов В.В. Правовой порядок развитого социализма. – Саратов, 1977. – С. 69 (цит. за: Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве (теоретико-информационный аспект) [Электронный ресурс]: Дис. ... д-ра юрид. науки : 12.00.01. – М.: РГБ, 2007. – С. 130) (Borissov V.V., Ordre juridique du socialisme développé, Saratov, 1977, p. 69 (*cité dans* Malko A.V. Stimulants et limitations en droit (aspect théorique et informationnel), Thèse de doctorat en droit, Moscou, RGB, 2007, p. 130).

¹¹⁴ Hampton J., Hobbes and the Social Contract Tradition, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

¹¹⁵ Voir: Кистяковский Б.А. В защиту права (Интеллигенция и правосознание) // Вехи: Сборник статей о русской интеллигенции. – М.: Правда, 1991. – С. 122–149 (Kistiakovski B.A., Pour la défense du droit (L'intelligentsia et le sens de la justice), Vekhi, Recueil d'article sur l'intelligentsia russe, Moscou, Pravda, 1991, p. 122-149).

1.1. Notions et caractéristiques des limitations des droits

D'un point de vue étymologique, le mot « limitation » provient du latin *limitatio*, qui signifie bornage ou délimitation¹¹⁶. Ainsi, existe-t-il deux sens au concept de limitation : selon le premier sens, la limitation est l'« action de marquer une limite sur le terrain » ; selon le second, le terme « limitation » signifie l'« action de borner, de restreindre », dont les synonymes seraient des mots tels que : « restriction, contrôle et contingentement »¹¹⁷.

Le glossaire des termes relatifs à la théorie de l'État et du droit définit les limitations juridiques (de droit) comme étant des exclusions légales du statut juridique du citoyen, ce, en raison de certaines circonstances. Ces limitations lèsent la liberté et les intérêts de la personne, mais revêtent toujours un caractère préventif : elles préviennent d'éventuels effets désavantageux aussi bien pour les personnes concernées par les limitations que pour les autres¹¹⁸. Les limitations constituent non pas la question des moyens, mais celle des droits dont dispose la personne et qui caractérisent le résultat de la réglementation juridique. Ce résultat s'obtient à l'aide des moyens de réglementation juridique comme le resserrement des autorisations, les nouvelles interdictions et des obligations complémentaires¹¹⁹. En conséquence de leur application, le droit devient limité.

Toutefois, les limitations des droits sont parfois définies comme moyens légaux visant à maintenir le sujet de droit dans des limites fixées pour la régularisation des rapports sociaux en assurant les intérêts du contre-sujet¹²⁰. De ce point de vue, les limitations des droits devraient être perçues autant en tant qu'exclusions légales du statut juridique du citoyen¹²¹. Tout ce qui fait diminuer l'étendue des possibilités réduit la diversité des comportements des

¹¹⁶ Rolain M., Les limitations au droit de propriété en matière immobilière, Thèse pour le doctorat en Droit, Université Nice Sophia Antipolis, 2015, p. 20.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Русско-украинский словарь терминов по теории государства и права / Под ред. Н. И. Панова. — Х.: Укр. юрид. академия, 1993. — С. 83 (Dictionnaire russe-ukrainien des termes de la théorie de l'État et du droit/Dir. N.I. Panov. Kharkiv, Académie juridique ukrainienne, 1993, p. 83).

¹¹⁹ Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 67 (Alexeiev S.S., Permissions générales et interdictions générales en droit soviétique, Moscou, Jurid. Lit., 1989, p. 67).

¹²⁰ Приходько Н.М. Правовые ограничения в законодательстве: проблемы теории и практики // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1999. — №1. — С. 241–242 (Prihodko I.M., Limitations de droits dans la législation: problèmes de la théorie et de la pratique, Bulletin des grandes écoles. Jurisprudence, 1999, n° 1, p. 241-242).

¹²¹ Денисова А.М. Правові обмеження: поняття, види, функції // Часопис Київського університету права. — 2011. — №2. — С. 52 (Denissova A.M., Limitations des droits: notions, types, fonctions//Bulletin de l'Université de droit de Kiev, 2001, n° 2, p. 52).

individus à un état "limite" et constitue une restriction des droits¹²². Ainsi, la vision des limitations en tant que moyen exceptionnel de réglementation juridique est-elle suffisamment répandue. Dans ce sens, la question de la restriction des droits fondamentaux d'une personne se pose lorsque la protection de ces mêmes droits se heurte aux intérêts de la communauté ou d'un tiers¹²³.

La limitation des droits constitue un changement du sens ou de la portée de la norme du droit lorsqu'il y est nécessaire de mettre en concordance les intérêts contradictoires de la société, de l'État et de la personne. Elles sont traitées d'une manière ponctuelle pour mentionner l'« intervention étatique » dans le cadre de la politique d'aménagement¹²⁴. En d'autres termes, dans le cas où il existe des intérêts contradictoires dans la société, l'État intervient en utilisant les limitations des droits.

La limitation d'un droit constitue le resserrement de sa portée à partir des fondements prévus par la loi et suivant une procédure précise¹²⁵. La réduction du contenu du droit est considérée comme caractéristique substantielle de la limitation, étant précisé qu'il convient d'entendre par limitations des droits un resserrement légal du contenu de certains droits et libertés ou l'interdiction totale de les exercer, ce, en vue d'assurer la protection voulue des droits et libertés d'autres personnes et de développer et faire fonctionner la société et l'État¹²⁶.

Dans sa thèse portant sur les problèmes des limitations des droits, O.V. Ossinska définit celle-ci comme étant le "resserrement de leur contenu et (ou) de l'étendue des droits et libertés concernant la possibilité d'avoir, de posséder, de mettre à profit les valeurs sociales, la liberté d'agir et de comporter, dans le but de protéger la souveraineté et l'intégrité ou l'ordre public, d'assurer la protection des droits et libertés caractérisant les standards nationaux du niveau de vie de l'homme"¹²⁷. Ces définitions peuvent être considérées d'ailleurs comme

¹²² Ibid, p. 54.

¹²³ Schmidt Noël A., La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, Thèse, Université de Neuchâtel, 2011, p. 42

¹²⁴ Cornu G., Droit civil, les biens, Montchrestien, Coll. Précis Domat droit privé, 13e éd, Paris, 2007, p. 188 et s., cité dans Rolain M. Ibid, p. 25.

¹²⁵ Селівон М. Критерії обмеження прав людини у практиці конституційного правосуддя // Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – №3. – С. 41 (Selivon M., Critères de la limitation des droits de l'homme dans la jurisprudence de la justice constitutionnelle, Bulletin de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine, 2005, n° 3, p. 41).

¹²⁶ Мельник К.Ю. Обмеження прав особистості як наслідок володіння спеціальним правовим статусом // Право і безпека. – 2005. – № 4,3. – С. 126 (Melnik K.You, Limitation des droits de la personne en tant que conséquence de la possession d'un statut juridique spécial, Droit et sécurité, 2005, n°4.3, p. 126).

¹²⁷ Осинська О.В. Обмеження прав і свобод людини: теоретико-прикладні аспекти: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 6 (Ossinska O.V., Limitation des droits et libertés de l'homme: aspects théoriques et appliqués, Thèse de doctorat en droit, Kyiv, 2010, p. 6).

caractéristiques des marques de limitations sous des points de vue différents: dans l'optique du contenu (définition de la limitation par son contenu) et de la fonctionnalité (définition de la limitation par ses fonctions).

Résumant toutes les définitions citées ci-dessus, il est possible de dégager les caractères suivants des limitations des droits que la majorité des juristes soviétiques et post-soviétiques s'intéressant à ce sujet considèrent comme obligatoires. Ce sont : 1) le rétrécissement de l'étendue et du contenu des droits existants; 2) la détermination formelle de la limitation; 3) la mise en œuvre de la limitation avec des buts précis; 4) l'application de la limitation par l'État.

1.1.1. Rétrécissement de l'étendue et du contenu des droits existants

La particularité substantielle de ce caractère consiste en ce qu'en raison de l'application des limitations des droits, la personne voit se réduire la liberté de ses actes. Il y a ainsi diminution ou privation complète des possibilités de la personne fixées dans la législation ou en découlant.

Nous proposons de porter notre attention sur les caractéristiques des notions de "contenu" et d'"étendue" du droit subjectif. Selon ces notions, les droits se caractérisent par des indicateurs qualitatifs et quantitatifs. Les indicateurs qualitatifs se manifestent dans le contenu des droits et les indicateurs quantitatifs dans leur étendue¹²⁸.

Etant donné que les limitations des droits consistent en une modification négative des indicateurs quantitatifs et qualitatifs des droits, c'est-à-dire dans une modification de leur étendue et de leur contenu, il importe d'analyser ces deux notions pour pouvoir bien comprendre la nature de la limitation des droits. Soulignons que c'est la diminution du contenu et de l'étendue d'un droit qui constitue l'essence de la limitation juridique.

1.1.1.1. Contenu du droit

Pris dans son sens le plus général, le contenu d'un droit s'entend des prérogatives constituant le droit subjectif dont dispose l'individu. Nous entendons par prérogatives les

¹²⁸ Rabinovitch P.M., Pankevitch I.M., Ibid, p. 16.

capacités juridiques, les éléments dont se compose le contenu du droit subjectif. Ce sont donc les "composantes", les "petites" parties du droit subjectif que l'on qualifie de prérogatives¹²⁹.

Par tradition, les droits subjectifs donnent lieu à la distinction de trois prérogatives à savoir : le droit d'agir ; le droit aux actes d'autrui ; et le droit à la défense¹³⁰. La première comprend le droit aux actes propres visant à l'utilisation des propriétés utiles de l'objet du droit, le droit aux actes juridiques (le propriétaire d'un objet, par exemple, peut l'utiliser d'après sa destination) et le droit aux décisions juridiques (le propriétaire d'un objet peut le donner en cadeau, le vendre); la deuxième comprend le droit de réclamer à la partie opposée de remplir l'obligation correspondant à un droit; la troisième consiste dans la possibilité de mettre en œuvre l'appareil coercitif contre la personne obligée, c'est-à-dire le droit à l'exécution forcée de l'obligation¹³¹. Jean Dabin énumère ces éléments comme suit : l'appartenance (l'attribution par l'ordre juridique d'un bien déterminé à un sujet de droit); la maîtrise (le sujet a pouvoir sur la chose); la faculté d'exiger son respect par les tiers (inviolabilité et exigibilité). Dabin ajoute un quatrième élément : la protection juridique par l'action ou la voie de droit¹³².

La limitation des droits peut résulter de l'annulation ou de la diminution de l'une des prérogatives qui font le contenu des droits fondamentaux et des libertés de l'homme. Dans ce sens, les limitations des droits fondamentaux peuvent aussi être qualifiées de rabaissement, ce qui signifie la réduction du contenu matériel des droits fondamentaux, de l'étendue des biens sociaux, politiques et autres, dont doit disposer leur titulaire, et la minimisation des garanties

¹²⁹ Алексеев С.С. Государство и право. Начальный курс. 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрид. лит., 1996. — С. 96 (Alexeiev S.S., L'État et le droit. Cours introductif. 3^e éd. revue et complétée, Moscou, Jurid. Lit., 1996, p. 96).

¹³⁰ Notons que dans le droit international, le concept de droit subjectif n'a guère été développé. Il est presque complètement absent de la pratique internationale et a été peu analysé par la doctrine. L'existence même du droit subjectif est directement niée dans deux courants majeurs de la doctrine internationale : celui du « normativisme » dont Kelsen est le fondateur ; et celui de l'« objectivisme sociologique » développé particulièrement par Scelle (Chapitre « La contestation procédurale de l'actio popularis », in Voeffray F. L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales, Genève, Graduate Institute Publications, 2004, p. 324-354).

¹³¹ Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Издательская группа «Норма-Инфра», 1998. — С. 342 (Théorie de l'État et du droit. Manuel pour les facultés juridiques, Sous la dir. de M. Korelski et V.D. Perevalov, Moscou, Groupe d'étudeurs "Norma-Infra", 1998, p. 342).

¹³² Dabin J., Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 1952, p. 80-98.

des droits fondamentaux, notamment du fait de l'avantage public d'un groupe de droits (ou de certains droits) au préjudice d'un autre groupe (ou d'autres droits)¹³³.

L'exemple le plus simple de la prérogative d'agir vient du droit de propriété, qui comprend, pour sa part, trois capacités d'agir: posséder en propre ; user ; et disposer de ses biens (article 317 du Code civil de l'Ukraine: "Contenu du droit de propriété"). La capacité de posséder c'est la capacité d'être titulaire d'un droit et la capacité d'utiliser suppose la possibilité d'exercer ces droits¹³⁴. L'élimination de l'une d'entre elles, aussi bien que la modification dans le sens de la diminution en pratique des possibilités des personnes détenant un droit subjectif, démontre un rétrécissement du contenu d'un droit et, par conséquent, la limitation de celui-ci.

Il en va ainsi par exemple pour les personnes privées de liberté. Le détenu peut posséder, en vertu du droit de propriété privée, un logement, une maison située en dehors de l'établissement pénitentiaire et dont il peut disposer en la vendant, en la donnant ou en l'échangeant¹³⁵ ; cependant, il ne peut pas avoir l'usage du fait de son incarcération. Il y a ainsi élimination de l'une des prérogatives (ou plutôt d'une partie de prérogative): l'usage de son bien. Cela signifiera donc l'existence de la limitation du droit de propriété sur la maison d'habitation.

D'autre part, le détenu ne peut pas exercer la prérogative d'agir et notamment celle de disposer de sa maison (exercer le droit de prise de décisions juridiques) directement, sans un mandataire. Il y a donc pour ce qui le concerne, une modification des modalités d'exercice du droit par rapport aux personnes libres.

Un autre exemple probant vient du décret du 30 avril 2013 relatif aux Règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires français, où il est précisé que la personne détenue ne peut conserver en détention ni argent ni moyen de paiement (art. 23). En revanche, cette règle n'empêche pas le détenu d'avoir de l'argent sur un compte bancaire externe de

¹³³ Конституционные права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации: учебник для вузов / Под. ред. д.ю.н., проф. О.И. Тиунова. – М.: Норма, 2005. – С. 310 (Droits constitutionnels et libertés de l'homme et du citoyen en Fédération de Russie, Sous la dir. du prof. O.I. Tiounov, Moscou, Norma, 2005, p. 310).

¹³⁴ Allain C. Introduction. Le « doit des détenus », sens et probabilité, L'Institution du droit pénitentiaire - Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus. De Schuttrerr O and Kaminski (eds), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 10.

¹³⁵ Il convient de préciser toutefois que cette capacité de disposer ne peut être exercée qu'au moyen d'un mandataire, c'est-à-dire d'un tiers qui sera habilité par la procuration d'accomplir les actes voulus. Cela démontre l'existence d'une limitation de fait, c'est-à-dire une limitation résultant de l'incarcération du détenu. Sur ce type de limitations et les autres voir chapitre 1.3 "Classification des limitations des droits".

droit commun et de l'utiliser par le biais d'un intermédiaire. Dans ce cas, le détenu voit sa prérogative d'exercer du droit diminuée. D'une manière similaire, nous pouvons traiter l'interdiction faite aux condamnés et aux personnes placées en détention provisoire de céder les postes de télévision qu'ils ont reçus et qui leur appartiennent en jouissance personnelle à d'autres personnes (par. 2.8 du Chapitre 6 du Règlement intérieur des maisons d'arrêt du Service d'État d'exécution des peines de l'Ukraine). Dans ce cas, les condamnés et les détenus conservent la prérogative de posséder en propre et de se servir de leur poste télévision, mais ils voient leur prérogative d'en disposer diminuée. Il y a donc bien une limitation des droits.

Les conclusions pouvant être tirées de ce qui précède sont importantes pour mieux comprendre la nature juridique des limitations:

Premièrement, la limitation du droit a lieu en cas de détérioration du statut juridique, qui se traduit par la diminution du nombre de modes possibles de comportements à l'aide desquels le détenu peut exercer son droit de propriété, dès lors qu'il aurait pu accomplir l'acte voulu en liberté à tout moment et par tout moyen convenable.

Deuxièmement, cette limitation du droit a son propre caractère spécifique, parce qu'elle est ce qu'on appelle une limitation « de fait » ou « factuelle », laquelle n'est pas directement codifiée dans les normes du droit, mais qui relève du fait d'être isolé. Sous ce rapport, un autre terme juridique, soit la limitation de l'exercice du droit, caractérise ce type de limitation du droit. Etant donné que la possibilité de réaliser un droit (disposer de sa maison ou de son poste TV) est une prérogative composant le droit subjectif, c'est-à-dire une composante du contenu de celui-ci, la limitation de l'exercice du droit constitue en fait la limitation de ce droit¹³⁶. Bien que différentes par la dénomination, ces limitations ne diffèrent pas d'après leurs caractéristiques essentielles et conduisent à la diminution du contenu et de l'étendue du droit dont la personne peut bénéficier. Ainsi, convient-il de distinguer deux types de limitations des droits: limitation directe et limitation de l'exercice du droit, cette dernière pouvant être volontaire ou imposée¹³⁷. Nous estimons que le fait d'être incarcéré constitue pour les détenus un exemple de limitation forcée de l'exercice des droits, en accord avec la classification proposée.

¹³⁶ La pertinence de cet avis dépend de l'approche pratiquée vis-à-vis des limitations des droits: théories interne ou externe évoquées ci-bas.

¹³⁷ Фігель Ю.О. Теоретичні аспекти обмеження прав людини // Вісник Національного університету "Львівська політехніка" : Юридичні науки / Нац. ун-т "Львів. політехніка". – Львів: Вид-во Львів. політехніки, 2016. – №837. – С. 359 (Figel You.O., Aspects théoriques de la limitation des droits de l'homme, Bulletin de l'Université nationale "Lvivska politekhnik": Sciences juridiques/Université nationale "Lvivska politekhnik, Lviv, Editions de Lvivska politekhnik, 2016, n° 837, p. 359).

Toutefois, cette situation devrait être distinguée par rapport à la théorie des limitations "naturelles" ou "inhérentes à l'incarcération", laquelle se fonde sur la supposition erronée que la pratique de mise à part de ces limitations garantit la protection contre des limitations démesurées¹³⁸. La limitation de l'exécution du droit constitue, à notre sens, tout aussi bien la limitation du droit.

Certains auteurs distinguent, par ailleurs, limitations juridiques et limitations factuelles. Ces dernières concernent les cas où la possibilité d'exercer un droit tient à la situation économique ou sociale de la personne. Ils citent en exemple l'exercice du droit à la liberté d'expression, dont le contenu est limité pour les personnes aalphabètes. La même chose concerne les cas d'impossibilité d'exercer le droit au travail dans le contexte d'un manque d'emploi. Ces exemples touchent plutôt à l'efficacité des droits, car il convient de distinguer la possibilité (formelle) d'exercer un droit et l'existence d'une telle possibilité (en pratique)¹³⁹.

Troisièmement, le changement du mode d'exercice du droit peut être considéré aussi comme étant une forme de limitation des droits¹⁴⁰, mais à condition que ce changement détériore la situation du détenu par rapport au citoyen libre ou par rapport à sa situation antérieure¹⁴¹.

Un autre exemple de retrait de prérogative est constaté dans la privation éventuelle des condamnés du droit à l'éligibilité. Dans le même temps, en général les condamnés ne sont pas privés du droit de vote actif, c'est-à-dire du droit d'élire. Cependant, comme le droit de vote actif et l'éligibilité font partie du droit de participer à la vie politique et à la gestion des affaires publiques, le fait de priver le citoyen de l'éligibilité, en raison de sa condamnation, constituent un exemple de la limitation de ce droit.

Le contenu du droit subjectif peut être élucidé en précisant le type de comportement qui peut être exigé par le sujet et de la part de: "autrement dit, le contenu du droit subjectif ne peut être élucidé autrement que par l'indication du sujet et du contenu de l'obligation qui

¹³⁸ Voir chapitre 1.3.2 "Classification selon l'origine de la limitation. Restrictions de droits découlant de l'incarcération".

¹³⁹ Peces-Barba G., *Théorie générale des droits fondamentaux*. Traduction de Ilié Antonio Pelé, présentation de Samir Naïr, Préface d'André-Jean Arnaud, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, p. 426.

¹⁴⁰ Voir plus de détails sur les formes des limitations des droits des détenus au chapitre 1.2 "Formes des limitations des droits".

¹⁴¹ S. Enderlin cite l'exemple de la limitation de ce type: elle s'applique lorsque le détenu doit obtenir l'autorisation de l'administration pénitentiaire pour publier son manuscrit (Enderlin S., *Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés*, Thèse, Paris, Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008, p. 35).

correspond au droit donné"¹⁴². Cela veut dire que le contenu du droit embrasse tous les actes que le sujet peut accomplir par le fait que les autres sujets ont l'obligation correspondant à la possibilité d'accomplir ces actes.

C'est ainsi que le droit du détenu à la correspondance postale détermine l'obligation de l'administration de recevoir et d'expédier son courrier. De même, le droit d'être informé par la remise d'un livret d'accueil comprenant des dispositions relatives à son régime de détention, à ses droits et obligations et aux recours qu'elle peut former (art. 23 de la Loi pénitentiaire française), oblige l'administration pénitentiaire à remettre un tel livret.

Les problèmes posés par cette approche surgissent lorsque le droit établi par la loi ne prévoit pas de mécanisme permettant son exercice. En Ukraine, par exemple, cela concerne la possibilité des condamnés de se servir de leur droit aux communications téléphoniques (notamment dans les réseaux de téléphonie mobile) sans limitation de quantité, mais sous contrôle de l'administration (art. 110, 5^e al., du CEP). Tous les condamnés emprisonnés ont droit aux "communications téléphoniques, notamment pour les réseaux de téléphonie mobile et à utiliser le réseau global d'Internet" (art. 107, 1^{er} al., du CEP). Ce droit a provoqué de sérieux malentendus au cours de son application, parce qu'à la différence des personnes condamnées à la semi-liberté (art. 59, 2^e al., du CEP), les personnes privées de liberté ne sont pas autorisées à avoir sur eux des ordinateurs portables, des téléphones mobiles et leurs accessoires. Dès lors, le droit existe, mais la possibilité de l'exercer n'existe pas¹⁴³. La

¹⁴² Александров Н.Г. Юридическая норма и правоотношение. (Сокращенная стенограмма доклада, прочитаного на научной сессии института 6 мая 1946 г.) / Под редакцией проф. И.Т. Голякова. – М., 1947. – С. 18 (Alexandrov N.G., Norme juridique et rapport de droit. (Sténogramme résumé du rapport à la session scientifique de l'Institut du 6 mai 1946), Sous la dir. du prof. I.T. Goliakov, Moscou, 1947, p. 18).

¹⁴³ C'est ce qu'invoquait par exemple le Tribunal administratif de Soumy dans son arrêt en refusant de reconnaître le droit du condamné de se servir de son portable compte tenu des dernières modifications du CEP de l'Ukraine relatives à la téléphonie mobile (arrêt du 17.09.2014 dans l'affaire N° 818/2336/14, disponible sur: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40619485> (accédé le 19.06.2016). Selon le représentant du bureau d'ombudsman, You. Bilousov, une réaction similaire avait été manifestée par le parquet qui, dans ses réponses aux plaintes des condamnés sur l'impossibilité d'utiliser la téléphonie mobile, se référait au fait que les téléphones portables étaient des objets interdits. Fait instructif: le parquet reliait le problème à ce qu'après avoir adopté les modifications au CEP le Gouvernement ne mit pas en conformité les textes normatifs qui régleraient les modalités d'utilisation de la téléphonie mobile. Le Ministère de la justice, saisi par l'ombudsman avec la demande d'expliquer la norme sur la téléphonie mobile pour les condamnés, donnait une réponse assez étrange disant que la règle permettant aux condamnés de communiquer par téléphone dans les limites du réseau de téléphonie mobile signifiait en fait qu'ils n'avaient le droit que d'appeler leurs correspondants dans ces réseaux. Nous constatons ainsi l'existence d'un droit et l'absence de mécanisme pour sa réalisation (Didenko A., Chovgan V., Chapter « Prisoners' Rights », in Human Rights in Ukraine. – 2014, Report of Human Rights Organisations, Eds.: O.A. Martinenko, E.You. Zakharov, Helsinki Human Rights Union, Kharkiv, Human Rights Ed., 2015, p. 306-308 / <http://khpg.org/files/docs/1432628556.pdf> (accédé le 05.11.2017).

polémique reste donc ouverte pour savoir si l'attribution d'un droit vaut aussi la reconnaissance du droit du sujet à l'exercice de ce droit, en l'absence du mécanisme permettant sa réalisation. Ceci pose également le problème des obligations reposant sur l'administration pénitentiaire.

Si la réponse à cette question est négative (l'obligation correspondante ne naît pas), la limitation du droit pourrait se traduire aussi par l'inaction de l'État en matière d'établissement du mécanisme de réalisation du droit reconnu à la personne.

Ce qui apparaît très souvent comme une limitation n'est souvent qu'une situation qui n'est pas couverte par le droit et qui ne se trouve pas sous sa protection¹⁴⁴. La situation la plus évidente est celle où le droit pénitentiaire reconnaît un type particulier de réglementation juridique ("est permis tout ce qui directement prévu par la loi") et, dans le cas contraire, l'absence de la réglementation d'un droit ou d'un autre signifie en fait l'absence de ce droit¹⁴⁵. Nonobstant ce fait, l'absence de réglementation légale relative à l'exercice d'un droit, quand le droit ne peut pas être exercé en réalité sans une telle réglementation, peut être considérée comme une limitation du droit.

Pour finir, il résulte de ce qui précède que la réduction du contenu ou de l'étendue d'un droit peut être signifiée par une diminution ou à un élargissement des droits ou des devoirs de l'administration pénitentiaire. Il s'agit bien entendu uniquement des droits ou des devoirs du personnel pénitentiaire auxquels correspondent ceux des détenus.

1.1.1.2. Etendue du droit

Le resserrement de l'étendue des droits et libertés signifie la réduction du domaine des rapports sociaux dans le cadre duquel l'homme peut exercer ses droits et libertés (c'est-à-dire la réduction du cercle possible des sujets, du territoire, du temps d'utilisation des droits et libertés)¹⁴⁶. A partir de là, l'étendue du droit est une caractéristique ayant des unités de mesure.

¹⁴⁴ Peces-Barba G., Ibid, p. 427.

¹⁴⁵ Mezghani R., La condition juridique du détenu. Thèse pour le doctorat d'état, Paris, Université de droit, d'économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 1975, p. 254.

¹⁴⁶ Рабінович П.М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних положень). – Харків: Право, 1997. – С. 23 (Rabinovitch P.M., Droits de l'homme et du citoyen dans la Constitution de l'Ukraine (pour l'interprétation des dispositions générales), Kharkiv, Pravo, 1997, p. 23).

Il est évident que ces mesures ne peuvent pas être universelles, univalentes, homogènes pour tous les droits quels qu'ils soient¹⁴⁷.

Citons quelques exemples concernant les droits des détenus. Suivant l'article 3 du décret portant sur les Règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires français le régime alimentaire comporte trois distributions par jour. Chaque personne détenue doit pouvoir se doucher au moins trois fois par semaine (art. 12 des RI français). Citons encore la fréquence des visites que peut recevoir la personne détenue qui est de trois fois par semaine, au moins, lorsque celle-ci est prévenue et d'une fois par semaine au moins, lorsqu'elle est condamnée (art. 29 des RI français). Dans ces cas, les caractéristiques quantitatives des droits sont déterminées. Il s'agit de la fréquence des repas, de la douche et des visites. En faisant diminuer cette fréquence une limitation du droit surviendrait. Par contre, l'augmentation de la fréquence autorisée signifierait une diminution de la portée de la limitation du droit.

Un autre exemple de diminution de l'étendue du droit consiste dans la fixation du nombre maximum de livres que les condamnés sont autorisés à détenir (par exemple cette limitation jusqu'à récemment existait en Grande-Bretagne et existe toujours en Ukraine). Cette limitation n'existe pas pour les personnes libres. Ainsi, l'étendue du droit est-elle diminuée en passant du nombre non fixé (illimité *de jure*) à un nombre fixé.

Il est logique de constater que les limitations elles-mêmes se définissent aussi par un contenu et une étendue. Leur caractéristique dépend de la manière dont la limitation modifie le droit subjectif. Ainsi, le contenu et l'étendue de la limitation définissent-ils directement le contenu et l'étendue du droit auquel elles s'appliquent. L'analyse du contenu et de l'étendue du droit subjectif avant et après leur modification permet de caractériser la limitation qui lui a été appliquée. Ce procédé logique convient pour établir les limitations appliquées aux condamnés ainsi que le fait de leur application.

Pour simplifier, nous pouvons présumer que le contenu du droit se présente en ce que la personne peut faire et l'étendue du droit se présente sous forme de caractéristique quantitative de ce qu'elle peut faire (: combien de fois ; pour combien de temps; en quelle quantité; etc).

Des avis sont émis dans la littérature sur le fait que le resserrement du contenu des droits implique nécessairement le resserrement de leur étendue. Par contre, selon ces avis, les changements dans l'étendue des droits n'entraînent pas forcément des changements dans le

¹⁴⁷ Rabinovitch P.M., Pankevitch I.M., Ibid, p. 17.

contenu du droit¹⁴⁸. Cette thèse est toutefois contraire à la loi philosophique de transition réciproque des changements quantitatifs et qualitatifs. D'après cette loi, la qualité et la quantité se trouvent dans un rapport dialectique: il n'y a pas de quantité qui n'exprime une certaine qualité, comme il n'y a pas de qualité sans quantité. Les changements quantitatifs entraînent nécessairement des changements qualitatifs¹⁴⁹.

1.1.2. Détermination formelle de la limitation

Une autre marque générale des limitations des droits, citée par la majorité des auteurs, est la détermination formelle. Elle signifie que les limitations des droits doivent être toujours prévues par des normes du droit. Presque tous les spécialistes nationaux évoquent cette marque comme un élément obligatoire.

Leur avis est que si la limitation n'est pas prévue par les normes du droit adoptées par les autorités compétentes, elle ne pourra pas être tenue pour légale. Bien plus, de telles limitations tomberaient nécessairement sous le coup du critère d'infraction, car la diminution du contenu et de l'étendue des droits et libertés s'appliquerait par violation des normes qui en fixent le contenu et l'étendue existants.

Nous ne pouvons partager cette vision générale. Le fait de n'être pas prévue par la loi n'enlève pas à la limitation du droit son caractère de limitation. Celle-ci cesse, en revanche, d'être une limitation justifiée et passe dans la catégorie des limitations injustifiées.

La question de la source de fixation des limitations pose surtout problème dans le contexte pénitentiaire. En examinant la question de la source de fixation des limitations de droits pour les condamnés, le regard se pose sur l'ambivalence des normes nationales en la matière concernant la source des limitations : la loi doit-elle être comprise comme acte du Parlement ou aussi comme acte infra-réglementaire ?

L'exigence selon laquelle les limitations des droits ne devraient être établies que par le législateur découle du concept de séparation des pouvoirs. John Locke insistait sur la nécessité de définir les droits de la personne dans la loi (à l'opposé des autres textes réglementaires "non préparés") en tant que moyen de prévenir des abus commis par les

¹⁴⁸ Ibid, p. 19.

¹⁴⁹ Hegel G.W., La science de la logique, second tome, Paris, Librairie Philosophique de Ladrance, 1859, p. 61.

pouvoirs réglementaires¹⁵⁰. Le concept de mise en place des limitations uniquement prévues par la loi remonte à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui proclame: "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi" (art. 4).

Par exemple, en France cette discussion a été portée devant le Conseil Constitutionnel dans le cadre de l'interprétation de l'article 34 de la Constitution, qui énonce que la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables et la procédure pénale. À la lumière de cet article, l'article 728 du code de procédure pénale énonce que : «Un décret détermine l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires » a été déclaré contraire à la Constitution¹⁵¹.

Selon le Conseil Constitutionnel, « en renvoyant au décret le soin de déterminer ces conditions qui incluent notamment les principes de l'organisation de la vie en détention, de la surveillance des détenus et de leurs relations avec l'extérieur, les dispositions contestées confient au pouvoir réglementaire le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi » (par. 6). Par la suite, « en adoptant les dispositions contestées, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence » (par. 6). Cela privait de garanties légales l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis, dont bénéficient les détenus, dans les limites inhérentes à la détention (par. 7).

Cette décision du Conseil peut être considérée comme un fort argument dans les discussions relatives à la compétence des pouvoirs en matière des limitations des droit en droit pénitentiaire¹⁵². La clarification de règles constitutionnelles à cet égard est particulièrement importante. En l'absence d'une telle clarté, les batailles théoriques se poursuivent en Ukraine.

La cause en réside dans l'interprétation de l'article 63, 3^e al., de la Constitution de l'Ukraine, qui énonce que le détenu jouit des droits et libertés de l'homme et du citoyen sous réserve des exceptions **prévues par la loi** et appliquées par le tribunal.

¹⁵⁰ Locke J., *Two Treatises of Government*. A new edition, corrected. In ten volumes. Vol. V., London, Printed for Thomas Tegg, W. Sharpe and son, et al., 1823, p. 164-165.

¹⁵¹ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires.

¹⁵² La question a été déjà soulevée auparavant dans le Conseil d'État, mais elle n'avait pas été résolue : CE, 31 octobre 2008, n° 293785, Section française de l'Observatoire des prisons.

L'exigence de l'institution des limitations par la loi est en relation directe avec la garantie de la séparation des pouvoirs. Concernant le problème cité, V.S. Nersessiantz indique que les normes limitatives créées par l'exécutif, quels que soient ses arguments, enfreignent les prérogatives du législateur et dévalorisent le principe de suprématie de la loi. Les fondements juridiques généraux des textes de droit sont ainsi érodés¹⁵³.

Se référant à l'art. 63 de la Constitution, I.S. Iakovets précise que les droits des condamnés ne peuvent être limités que par les lois et n'être fixés que par l'arrêt du tribunal et, non par d'autres textes réglementaires, y compris ceux émanant d'une administration¹⁵⁴. Cet avis est confirmé par les conclusions d'une autre étude portant sur ce problème¹⁵⁵. Les spécialistes démontrent que les textes d'application ne peuvent qu'expliquer certaines limitations des droits concernant l'exercice de ceux-ci, l'exécutif n'ayant pas compétence pour décréter de nouvelles limitations des droits¹⁵⁶.

La question de la nature du texte pouvant établir des limitations suscite d'autres points de vue. K. Eckstein estime par exemple que l'exigence visant à fixer les limitations des droits dans la loi ne peut pas être réalisée. La loi formelle ne devrait pas décrire les limitations possibles dans les moindres détails. Les autorités de l'exécutif, qui formulent plus en détails de telles limitations, devraient toutefois pouvoir s'appuyer sur une loi formelle, en choisissant la formulation, la loi concernée devant être suffisamment concrète. Plus une limitation est importante et plus précis doit être son lien avec une loi formelle¹⁵⁷.

¹⁵³ Нерсесянц В. Конституционная модель российской правовой государственности: опыт прошлого, проблемы и перспективы // Правовое государство, личность, законность. – М., 1997. – С. 34 (Nersessiantz V., Modèle constitutionnel de la structure de l'État juridique russe: expérience du passé, problèmes et perspectives, État de droit, personnalité, légalité, Moscou, 1997, p. 34).

¹⁵⁴ Яковець І.С. Первинна класифікація засуджених до позбавлення волі та їх розподіл в установи виконання покарань / Моногр. – Харків, 2006. – С. 185 (Iakovets I.S., Classification primaire des personnes condamnées à la privation de liberté et leur affectation aux établissements d'exécution des peines/Monogr., Kharkiv, 2006, p. 185).

¹⁵⁵ Майоров В.В. Соотношение закона и подзаконного акта в исправительно-трудовом праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Москва, 1976; Майоров В.В. Ведомственные нормативные акты как источники исправительно-трудового права. – Рязань, 1978 (Mayorov V.V., Rapport entre loi et texte d'application dans le droit correctionnel: Thèse de doctorat en droit, Moscou, 1976; Mayorov V.V., Textes réglementaires administratifs en tant que sources du droit correctionnel, Riazan, 1978).

¹⁵⁶ Осинська О.В. Визначення форми обмежень прав людини // Часопис Київського університету права. – 2009. – №1. – С. 77 (Ossinska O.V., Détermination de la forme de limitation des droits de l'homme, Revue de l'Université du droit de Kyiv, 2009, n° 1, p. 77).

¹⁵⁷ Экштейн К. Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции. Учебное пособие для вузов. – М.: Nota Bene, 2004. – С. 61, 63 (Eckstein K., Droits fondamentaux et libertés. D'après la Constitution russe et la Convention européenne. Manuel pour université, Moscou, Nota Bene, 2004, p. 61, 63).

V.I. Seliverstov estime qu'il est impossible de fixer, d'une manière précise et exhaustive, le statut juridique des condamnés au niveau de la loi. Il estime que du fait des possibilités objectives de développement de la législation sur l'exécution des peines, il n'est pas possible de fixer dans les lois l'ensemble des droits, des obligations et des intérêts légitimes des condamnés. Ceci étant, certains droits et obligations des condamnés qui caractérisent le statut général des citoyens et, à plus forte raison, les droits et obligations spécifiques, ne seraient probablement pas adaptables par la loi¹⁵⁸.

Ne partageant pas cet avis, I.S. Iakovets présente sa position disant que les limitations des droits devraient être prévues uniquement par la norme sous forme de texte législatif en s'appuyant sur les arguments suivants:

Premièrement, la loi peut (et doit autant que possible) fixer toutes les limitations des droits de l'homme. La théorie générale du droit ne les divise pas en celles qui sont valables et qui ne sont pas valables pour la loi et il est douteux qu'il soit justifié de le faire dans le droit d'exécution des peines;

Deuxièmement, les textes d'application du droit d'exécution des peines sont, pour l'essentiel, élaborés justement par les autorités d'exécution des peines qui risquent d'y réaliser leurs propres intérêts qui ne répondent pas toujours aux principes constitutionnels dans ce domaine;

Troisièmement, il convient de prendre en compte les différences en termes de possibilité de contrôle, d'une part, des activités législatives du Parlement en tant qu'institution adoptant les lois et, d'autre part, des activités en matière de textes réglementaires de l'administration pénitentiaire, dont beaucoup sont inaccessibles au public;

Quatrièmement, l'obligation de fixation des limitations des droits dans les lois est énoncée dans certains textes internationaux. C'est ainsi que l'art. 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme souligne que, dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi;

Cinquièmement, conformément à l'art. 63, 3^e al. de la Constitution de l'Ukraine, les personnes condamnées jouissent des droits et libertés de l'homme et du citoyen sous réserve des exceptions prévues par la loi et appliquées par le tribunal. C'est pourquoi la législation relative à l'exécution des peines devrait évoluer de manière à ce que les droits, les obligations et les intérêts légitimes ne soient pas définis dans les textes réglementaires, mais uniquement

¹⁵⁸ Селиверстов В.И.. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. – М.: Акад. МВД РФ, 1992. – С. 60 (Seliverstov V.I., Problèmes théoriques du statut juridique des personnes purgeant leur peine, Moscou, Académie du MI de la F.R., 1992, p. 60).

dans les lois, ce qui permettrait non seulement d'améliorer la législation, mais aussi de la rapprocher des normes internationales¹⁵⁹.

Il est important de noter qu'aux termes de l'art. 102, 1^{er} al. du CEP, les modalités d'exécution de la peine (dont le non-respect sert de fondement pour l'application des sanctions disciplinaires (art. 132, 1^{er} al.) peuvent être fixées par la loi et d'autres textes réglementaires. En d'autres termes, l'autorisation de déterminer les modalités d'exécution de la peine par des textes d'application prévoit aussi celle de fixer les restrictions des droits par des textes d'application. La question se pose donc de savoir si une telle "délégation" de la compétence juridique de la source des restrictions est autorisée par la Constitution en vigueur. En admettant que la Constitution ne prévoit la possibilité de déterminer les restrictions des droits que par les lois de l'Ukraine, n'en résulte-t-il pas que la loi, pour sa part, peut déterminer une autre source de fixation des restrictions¹⁶⁰?

Les réponses aux interprétations ambivalentes de la notion de "loi" dans la Constitution ne seraient pas suffisantes tant que la Cour constitutionnelle n'a pas fourni une interprétation officielle. Dans tous les cas, au regard de la forme ambivalente sous laquelle sont instituées maintenant les sources des limitations¹⁶¹, elles n'ont pas de potentiel de défense des droits. Disons qu'il serait difficile pour un détenu de démontrer au tribunal qu'aux termes de la Constitution les limitations ne peuvent être déterminées que par la loi en tant qu'acte du

¹⁵⁹ Яковець І.С. Первинна класифікація засуджених до позбавлення волі та їх розподіл в установи виконання покарань. – С. 118 (Iakovets I.S. Classification primaire des personnes condamnées à la privation de liberté et leur affectation aux établissements d'exécution des peines/Monogr., Kharkiv, 2006, p. 118). Cependant, cet argument doit être reconsidéré étant donné que souvent ce sont les administrations pénitentiaires qui préparent des projets de lois en la matière. Cela peut être le cas en France.

¹⁶⁰ Si l'on pose quand même l'hypothèse que la Constitution exige que les limitations soient fixées par la loi en tant qu'acte du Parlement, cette conclusion nous amène à la question de savoir s'il est possible de déléguer les compétences pour fixer les limitations dans le cadre de la loi même. Si la loi en tant qu'acte du Parlement accorde la possibilité de fixer les limitations par un texte d'application, il est à se demander si les limitations du niveau d'application ne seraient pas fixées "en conformité avec" la loi (en tant qu'acte du Parlement)?

¹⁶¹ En évoquant la possibilité de limiter des droits et libertés, la Constitution de l'Ukraine définit la source qui peut les contenir par la catégorie "loi" (art. 33, 34, 35, 36, 39). Dans le même temps, les limitations de l'appartenance aux partis politiques et aux syndicats sont fixées uniquement par la Constitution et les lois de l'Ukraine (art. 36, p. 2, en Ukraine le terme souligné par l'auteur signifie clairement les lois comme actes du Parlement). C'est-à-dire que la Constitution se sert de la catégorie "loi" dans certains cas et de la catégorie "loi de l'Ukraine" dans d'autres. Il serait utile de citer ici l'article 92 de la Constitution qui dispose que seules les lois de l'Ukraine déterminent les droits et libertés de l'homme et du citoyen, les garanties de ces droits et libertés, les principales obligations du citoyen. Une question se pose: est-ce que la phrase "déterminent les droits et libertés de l'homme et du citoyen" concerne-t-elle aussi les limitations de ces droits? Nous pensons que c'est le cas puisque la "détermination" des droits devrait prévoir l'établissement de leurs paramètres et de leurs limitations admissibles.

Parlement et, c'est la raison pour laquelle elles ne devraient pas faire partie, par exemple, du Règlement intérieur des établissements pénitentiaires. Tant que subsiste la lecture ambivalente de la Constitution, les perspectives d'une utilisation pratique de cet outil-là sont illusoire.

A supposer que la Constitution doit déterminer un jour que c'est la loi en tant qu'acte du Parlement qui est la source obligatoire des limitations des droits des détenus, la mise en œuvre de cette norme dans le contexte pénitentiaire semble difficile. Au vu de la large conception des limitations illustrée dans la présente thèse et compte tenu du fait que les modalités de réalisation d'un droit peuvent refléter les limitations du droit, toutes les normes, y compris au niveau du plus petit détail, devraient être portées au niveau de la loi.

Sous cette condition, le Règlement intérieur des établissements pénitentiaires ukrainiens devrait devenir une loi, car sa majeure partie détermine des limitations des droits d'une façon ou d'une autre. Ce serait le cas aussi d'un certain nombre de textes d'application. Sans exclure une telle possibilité en théorie, nous ne pouvons probablement pas nous attendre à un intérêt sérieux du Parlement dans son processus législatif envers des détails de ce niveau. Peut-être, ceci permettrait de prévenir des abus de pouvoirs au niveau de l'application ce qui se passe très souvent dans le domaine pénitentiaire. D'un autre côté, l'adoption d'un tel document par le Parlement n'en garantit pas le caractère professionnel, car il existe des subtilités de l'exécution des peines qui sont vraisemblablement peu connues des parlementaires et qui ne les intéressent pas particulièrement¹⁶². De plus, les projets de lois adoptés par les Parlements sont en fait souvent développés par les administrations pénitentiaires. Une menace peserait également sur le dynamisme du processus de changement des normes relatives aux limitations des droits.

De son côté, n'étant pas en accord avec nous, le professeur M. Herzog-Evans estime que la loi peut contenir aussi les règles les plus détaillées sur le fonctionnement des établissements pénitentiaires en ce qui concerne les droits des détenus et leurs limitations. Elle se réfère aux exemples des pays dans lesquels les codes pénaux contiennent des listes très longues et détaillées d'infractions. Son avis est que le développement de tels projets de loi semble également possible dans le domaine pénitentiaire grâce, par exemple, à la création d'une

¹⁶² Comme il est observé dans l'opinion d'expert de la Commission de Venise « Rapport entre la législation primaire et secondaire », une claire distinction entre les questions générales et spécifiques dans le processus législatif est nécessaire pour améliorer la qualité de la législation (Report "The Relation Between Primary and Secondary Legislation" by A. Bradley / European Commission for Democracy Through Law / CDL-UDT(2010)020, p. 3, disponible sur : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UDT\(2010\)020-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UDT(2010)020-e) (accédé le 08.06.2017).

«commission de codification»¹⁶³. Sans rejeter la possibilité de mettre une telle codification en oeuvre, nous restons néanmoins dubitatifs quant à la probabilité d'échapper aux obstacles mentionnés *supra*.

En revenant à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, nous y verrons que pour pouvoir être admises comme justifiées les limitations doivent être aussi "prévues par la loi". Or, la jurisprudence de la Cour européenne montre que la "loi" a un sens plus large que le texte normatif voté par le Parlement et qu'elle inclut des textes d'application¹⁶⁴. La CEDH fait remarquer que l'exigence de déterminer toutes les restrictions au niveau d'un texte d'application serait difficile à imaginer¹⁶⁵. Par contre, pour pouvoir reconnaître que les limitations sont prévues par la loi, des exigences sont avancées tant à l'égard de la qualité de la loi qu'envers la procédure de son adoption¹⁶⁶. En admettant que la catégorie "loi" dans une constitution est conçue en tant que texte adopté par le Parlement, il faut admettre que la constitution fixe une norme plus haute par rapport à la Convention. Ceci peut avoir lieu si nous constatons que la constitution exige la détermination des limitations par une loi, alors que pour satisfaire les exigences de la Convention il suffit qu'elles soient déterminées par un texte réglementaire.

1.1.3. Instauration d'une limitation à but précis

D'une manière semblable, est dégagée une autre marque des limitations: leur caractère ciblé, toute limitation devant avoir un objectif. Pourtant, comme dans le cas de la marque précédente, le caractère ciblé de la limitation n'en est pas une marque obligatoire mais seulement une condition de sa justification: marque de la limitation fondée. Examinons donc cette marque en tant qu'indice de la limitation fondée.

La conception des objectifs en tant qu'élément de la notion de limitations de droits est mise le plus souvent en relation avec les exigences des textes législatifs. Celles-ci sont contenues tant dans les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme que, par exemple,

¹⁶³ Correspondance personnelle du mois d'août de 2017.

¹⁶⁴ Biržietis c. Lituanie (n° 49304/09, 14.06.2016).

¹⁶⁵ Silver et autres c. Royaume-Uni § 88-89 (n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983).

¹⁶⁶ Voir sous-chapitre 2.2.1.2.1 "Préconisation par la loi".

dans les constitutions nationales et elles dépendent des conditions spécifiques de la réalisation, du contenu et des résultats éventuels de l'exercice d'un droit subjectif précis.

Par exemple, la Convention détermine les objectifs suivants : la sécurité nationale ; la sûreté publique ; le bien-être économique du pays ; la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ; la protection de la santé ou de la morale ; la protection des droits et libertés d'autrui (art. 8) ; la sécurité publique ; la protection de l'ordre ; de la santé ou de la morale publiques ; ou à la protection des droits et libertés d'autrui (art. 9) ; l'intégrité territoriale ou la sûreté publique ; la défense de l'ordre et à la prévention du crime ; la protection de la santé ou de la morale ; à la protection de la réputation ou des droits d'autrui ; pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (art. 10).

Il est à noter que ces objectifs concernent directement les détenus en indiquant les cas où les limitations des droits sont admissibles. Ces objectifs sont cités littéralement ou sous une forme modifiée pour décrire la nature juridique et énumérer les buts admissibles des limitations de droits.

Il convient de remarquer que la question des objectifs suivis par les limitations des droits des détenus reste souvent au-delà du focus du droit national d'exécution des peines. Le droit pénal et le droit d'exécution des peines ne s'intéressaient essentiellement qu'aux buts de la peine et de l'exécution de la peine. Or, les objectifs des limitations des droits des détenus et les buts de la peine ou de son exécution ne sont pas les mêmes, tout en étant en étroite corrélation.

Notons par anticipation que le trait spécifique des limitations de droits applicables aux condamnés consiste en ce que ces limitations, en tant que composants du contenu de la peine, ont un caractère non seulement utilitaire, mais aussi punitif¹⁶⁷. Ceci ne concerne pas les limitations de droits applicables aux citoyens libres.

Pour conclure, parmi les marques des limitations de droits évoquées ci-dessus, seule la première pourrait être qualifiée d'obligatoire à notre avis. L'existence de cette marque est nécessaire pour savoir si une limitation de droits est appliquée. Cette marque est donc une caractéristique essentielle. Par contre, le fait de rattacher l'objectif de la limitation ainsi que la préconisation par la loi aux marques obligatoires de la limitation peut être mis en doute.

¹⁶⁷ Dans les pays conservant les objectifs rétributifs de la pénalité, comme c'est le cas en Ukraine, nous trouvons le "châtiment" (punition) parmi les objectifs de la peine.

L'absence d'objectif d'une limitation de droits signifierait-elle qu'il ne s'agit pas d'une limitation? L'absence d'objectif manifeste ou caché de la limitation, de même que l'existence de l'objectif non autorisé par la législation, ne signifie pas l'absence de la limitation du droit. Cela ne signifie pas que celle-ci ne soit pas justifiée et qu'il y a donc violation du droit. C'est ainsi que la retenue de la correspondance des détenus ou la lecture de leurs lettres ne peut pas être justifiée par l'objectif de voir si elles ne contiennent pas d'informations susceptibles de révéler des actes illégaux de l'administration pénitentiaire. Dans ce cas-ci, la limitation aura lieu, mais elle sera injustifiée et constituera une violation du droit à la vie privée (au sens de la Convention).

En d'autres termes, l'existence des objectifs se rattache à la liste des exigences aux restrictions et pas à leurs caractéristiques essentielles.

La même chose concerne la préconisation de la limitation par la loi en tant que marque de la limitation. Toutefois, au cas où la limitation des droits du détenu ne serait pas prévue par la loi, elle devrait être qualifiée d'injustifiée et elle constituerait donc une violation du droit. Cette thèse s'appuie sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui atteste que les violations des droits de l'homme sont considérées comme des restrictions injustifiées, ce qui va à l'encontre de certaines dispositions de la Convention.

1.1.4. Mise en œuvre des limitations par l'État

Il est intéressant de prêter attention à la marque caractérisant la mise en œuvre de la limitation par l'État¹⁶⁸. L'instauration d'une restriction par l'Etat en tant que caractéristique essentielle impose une remarque particulière. Dans les cas où le contenu et l'étendue d'un droit sont réduits par un individu, lorsque, par exemple, un détenu prive un autre détenu de son droit de propriété, il peut s'agir aussi, semble-t-il, d'une limitation du droit ou de la violation de celui-ci. Cependant, tout comme les autres violations horizontales des droits de l'homme, à

¹⁶⁸ Cornu G., *Droit civil, les biens*, Montchrestien, Coll. Précis Domat droit privé, 13e éd, Paris, 2007, p. 188 et s., cité dans Rolain M. *Ibid*, p. 25 ; Осинська О.В. Характеристика поняття обмеження прав і свобод людини // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: Зб. наук. праць Міжнарод. наук.-практ. конф. Косів, 27-31 січня 2009 р. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко, О.Ф. Андрійко, С.В. Бобровник, Ю.Л. Бошицький, О.І. Мацегорін, З.А. Тростюк, О.В. Чернецька. – К.: Вид-во Європ. університету, 2009. – С. 247 (Ossinska O.V., *Caractéristique de la notion de limitation des droits et libertés de l'homme, Législation de l'Ukraine: problèmes et perspectives*. Recueil de doc. de la Conf. scient. et prat. Internationale. Kossiv, les 27-31 janvier 2009, Dir. You.S. Chemchoutchenko, O.F. Andriyko, S.V. Bobrovnik, You.L. Bochitski, O.I. Matsegorine, Z.A. Trostiouk, O.V. Tchernetska, Kyiv, Editions de l'Université européenne, 2009, p. 247).

savoir les violations des droits individuels par d'autres individus, elles sortent du cadre de la présente thèse et, en général, ne sont pas examinées par les juristes dans l'éventail des sujets relatives aux limitations des droits. Ceci tient à la conception classique des droits de l'homme en tant que phénomène requérant des rapports verticaux, où l'État est nécessairement l'un des acteurs.

Remarquons toutefois que lorsque la limitation du droit d'un individu par un autre dans le plan horizontal s'effectue avec l'appui ou l'accord tacite de l'administration, laquelle était obligée d'intervenir conformément à la loi, la limitation en question doit être considérée du point de vue des normes de limitations des droits déterminées par les textes internationaux. Dans tous les cas, aux fins de la présente thèse, l'application de la limitation par une administration ou par le représentant de celle-ci est nécessaire et nous proposons donc de l'examiner en tant que marque essentielle des limitations des droits des détenus. La littérature offre aussi d'autres modèles qui reconnaissent l'existence des droits entre les individus¹⁶⁹; certains modèles peuvent avoir un caractère mixte et ne reconnaître qu'un certain rôle de l'État¹⁷⁰. Si on est d'accord avec les modèles « privés » l'utilisation des restrictions par l'État peut être considérée comme une caractéristique facultative.

Dans le cadre d'une conception classique des droits et compte tenu de ce que l'application de la restriction par une autorité publique ou son représentant est habituel en matière pénitentiaire, nous proposons de considérer cette application comme étant caractéristique essentielle des restrictions sur les droits des détenus.

Toutefois, il convient de noter que, dans les cas où les restrictions des droits de l'individu par un autre individu sont faites avec le soutien, la négligence, ou le défaut de prendre les mesures appropriées par l'autorité publique, de telles restrictions sont considérées comme restrictions selon les normes relatives aux droits consacrées dans les instruments internationaux. Les normes internationales stipulent que l'État est responsable des droits de la personne détenue pendant son séjour en prison¹⁷¹. Par conséquent, il est possible que lorsque la violation / limitation des droits des détenus est infligée par d'autres détenus, l'État sera responsable.

Compte tenu de ce qui précède, lorsque l'activité législative présente des signes d'actes visant à la mise en œuvre des moyens légaux qui rétrécissent le contenu et l'ampleur des

¹⁶⁹ Barak A., *Constitutional Human Rights and Private Law*, Review of Constitutional Studies, 1996, Vol. III, n° 2, p. 224-226.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Kudla c. Pologne (GC) § 94 (n° 30210/96, 26.10.2000).

droits, il peut être affirmé que ces actes visent l'instauration de restrictions. De même, les actes destinés à mettre en œuvre des limitations ont lieu lorsque, en s'appuyant sur des normes juridiques, il est procédé à une limitation effective d'un droit du détenu (par exemple saisie des lettres contenant des offenses ou des injures). Il y a dans ce cas limitation pratique ou limitation de l'application de la loi¹⁷².

La limitation peut se traduire par l'inaction de l'État quand il s'agit d'assurer un droit. C'est ainsi que l'absence de conditions appropriées pour permettre les visites des détenus ou le fait de ne pas accorder de visites peuvent être considérés comme étant des limitations d'un droit.

En résumé, la notion générale de restriction légale peut être formulée comme suit: c'est la réduction du contenu et de l'étendue des droits et libertés existants par le pouvoir public.

De fait, elle se traduit par toute diminution des capacités légales. Le rôle de message est joué par ailleurs par la conjonction "et" entre les termes "contenu" et "étendue". Elle signifie que toute réduction du contenu entraîne celle de l'étendue du droit et inversement. Ceci découle, ainsi qu'il a été montré précédemment, de la loi de la transition réciproque des changements quantitatifs et qualitatifs.

La limitation des droits du détenu se caractérise par une autre marque évidente: le sujet auquel ces limitations sont appliquées et la raison de leur application, à savoir le fait de passer au statut de détenu. **Dans le cas où une limitation identique est appliquée au citoyens libres et aux détenus, elle n'est pas à considérer comme étant une limitation des droits du détenu.**

La concrétisation de cette définition par rapport aux détenus nous amène à soutenir que la **limitation des droits des détenus** est la réduction par l'État du contenu et de l'étendue des droits et libertés existants du fait de l'attribution à la personne concernée du statut juridique spécial de détenu.

Il découle de ce qui précède que nous soutenons l'approche large de la constatation de la limitation du droit du détenu. Elle se produit, à notre avis, dans tous les cas de diminution des capacités légales de la personne par une autorité ou le représentant de celle-ci. Cette diminution peut avoir lieu tant à cause des actes positifs de l'État qu'à cause d'actes négatifs (si l'obligation positive n'est pas respectée).

¹⁷² Voir plus de détails sur le classement des limitations en limitations normatives et limitation pratiques au sous-chapitre 1.3.1 "Classification en fonction de l'application selon la discrétion".

Conclusion du chapitre 1.1

Les points de vue relatifs à l'essence de la limitation du droit sont divergents car cette limitation est considérée comme constituant l'instrument de réglementation juridique et comme résultat d'une telle réglementation. Divers auteurs citent des marques différentes de la restriction légale qui caractérisent sa notion. Sa marque principale consiste en un resserrement du contenu et de l'étendue du droit.

Le contenu du droit est un indicateur qualitatif alors que l'étendue est un indicateur quantitatif. Le contenu consiste en des prérogatives qui constituent le droit subjectif (par tradition, elles comprennent le droit d'agir, le droit aux actes d'autrui et le droit à la défense). C'est pourquoi "l'amputation" du contenu peut se traduire par l'annulation ou le changement d'une des prérogatives qui forment le contenu normatif des droits et libertés fondamentales. Dans le cas des détenus, la réduction de la prérogative d'agir peut se traduire, notamment, par l'impossibilité de se servir de son habitation alors que la prérogative d'en disposer demeure. Le changement des modalités de réalisation du droit peut servir d'exemple de limitation procédurale du droit. Pour sa part, l'étendue du droit reflète la dimension d'une prérogative. La réduction de l'étendue du droit peut se traduire par la diminution du nombre d'objets que la personne peut avoir sur elle, par la diminution de la durée des visites etc.

Les réductions du contenu et de l'étendue du droit sont interdépendantes. La réduction de l'étendue du droit influe sur le changement de son contenu et inversement, ce qui s'explique par la loi philosophique de transition du quantitatif au qualitatif.

D'autres marques des limitations des droits citées par les théoriciens résident dans la détermination formelle et le caractère ciblé. Ces marques ne sont toutefois pas obligatoires. Elles ne peuvent l'être que pour les limitations justifiées. Les limitations injustifiées, ne répondant pas à ces marques, n'en restent pas moins des limitations, bien que pouvant être reconnues alors comme violations des droits. Nous signalons, de manière complémentaire, le caractère problématique de la détermination de toutes les limitations des droits des détenus uniquement au niveau de la loi et de l'exclusion de la possibilité d'une telle détermination dans les textes réglementaires.

Un signe inaliénable de la limitation du droit est celui de l'application de la limitation par l'État. Quand la réalisation du contenu ou de l'étendue d'un droit est empêchée par une autre personne physique, il s'agit uniquement d'une violation des droits et non de leur limitation. Un autre signe évident consiste en l'application de la limitation au détenu en raison

de son statut. Lorsqu'une telle limitation existe non seulement pour le détenu, mais aussi pour les citoyens libres, il ne s'agira plus d'une limitation du droit du détenu.

Ces considérations permettent de définir la limitation du droit du détenu en tant que réduction du contenu et de l'étendue des droits et libertés existants par l'État du fait du statut spécial de détenu attribué à la personne concernée.

1.2. Formes de limitations des droits

La question des formes de limitations des droits est celle de l'objectivation de la diminution de l'étendue ou du contenu des droits et libertés. Elle vise à déterminer la forme juridique que prend une telle diminution. La détermination de ces formes facilite l'établissement de la liste des cas des restrictions appliquées aux droits des détenus tout en aidant à mieux connaître leur nature juridique.

Pour pouvoir répondre à cette question, il est nécessaire de savoir:

1) Comment la diminution du contenu et de l'étendue du droit est traduite dans les normes de droit. Ceci permettra de constater l'existence de nouvelles limitations du droit lors de réformes législatives (limitations normatives);

2) Comment la diminution du contenu et de l'étendue du droit du détenu se manifeste dans les actes concrets des représentants du pouvoir public (limitations pratiques).

En décrivant la première marque des limitations des droits, à savoir la diminution du contenu et de l'étendue des droits et libertés, il a été indiqué que celle-ci se traduit par l'amoindrissement des capacités juridiques de la personne. Un tel amoindrissement a ainsi été choisi comme point de repère pour chercher la réponse sur les formes possibles de restrictions : Or, le fait de constater la diminution des capacités par la seule "perception" n'est pas un moyen sûr pour formuler des conclusions de droit, ce qui oblige à analyser les *manifestations juridiques* concrètes d'une telle diminution.

Le rôle clé dans la constatation de la diminution du contenu et de l'étendue du droit peut se donner à voir au travers de deux procédés logiques. Premièrement il est possible de comparer le statut du détenu avant que la limitation du droit ne soit appliquée avec son statut après l'application de la mesure dont le caractère limitatif est à analyser (approche dynamique). Deuxièmement, il est possible de comparer le statut du détenu et le statut juridique général du citoyen (approche statique). L'analyse de l'existence de la limitation par l'application des formes qui suivent se prête à l'approche statique et à l'approche dynamique.

1.2.1. Formes des limitations normatives

1.2.1.1. *Privation du droit subjectif en tant que forme de limitation du droit*

Des positions se sont exprimées pour savoir si la privation d'un droit peut être considérée comme la limitation de ce droit. C'est ainsi que "la privation d'un droit constitue pour ainsi dire le plus mauvais type de limitation des droits de l'homme et du citoyen, leur limitation, on dirait, à zéro, conduisant à la liquidation totale, à l'anéantissement des droits de l'homme"¹⁷³. La privation d'un droit renvoie avant toute chose à l'action législative restrictive des droits. Elle peut se traduire notamment par l'élimination d'un droit existant formel de la loi. Ceci étant, la privation d'un droit peut être considérée comme sa restriction "à zéro".

Cette position trouve sa confirmation dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article 2, 2^e al., de la Convention admet que la mort peut être infligée lorsqu'elle "résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire" pour défendre toute personne contre la violence illégale, pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue, pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. Ces exceptions sont considérées comme des restrictions du droit à la vie.

Ainsi donc, la restriction d'un droit peut-elle s'effectuer par la privation de ce droit, ici la privation de la vie¹⁷⁴. En ce qui concerne le statut juridique du condamné, cela se manifeste, par exemple, par le fait de priver les condamnés d'éligibilité. Ne pas bénéficier de ce droit pendant une période déterminée signifie que le condamné est privé de ce droit pendant cette période ou bien, que son exercice en est "limité à zéro".

Sur ce plan, il est intéressant de citer A.A. Beliaev, lequel a soutenu l'idée que "les condamnés ne sont pas privés des droits et obligations des citoyens de l'URSS, ils ne sont que

¹⁷³ Rabinovitch P.M., Pankevitch I.M., Ibid, p. 25.

¹⁷⁴ Il convient de distinguer la restriction du droit "à zéro" et la doctrine de l'inadmissibilité de l'intervention dans l'essence même du droit (subjectif). La CEDH considère l'intervention dans l'essence du droit comme synonyme d'intervention non proportionnelle. C'est-à-dire une intervention proportionnelle ne saurait être qualifiée de celle qui touche à l'essence même du droit. Cela conduit à des malentendus théoriques, puisque la possibilité de constater une intervention dans l'essence du droit d'après l'équilibre entre les intérêts sociaux et individuels apparaît comme étrange (Goss R., *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Portland: Hart Publishing, 2014, p. 198.). Il en résulte que l'essence du droit n'est pas objective et peut différer dans des affaires différentes en fonction de l'équilibre des intérêts. R. Alexy, théoricien constitutionnaliste, critique l'idée de la "lésion du droit même", puisque une telle lésion est considérée comme légitime en pratique lorsqu'elle est proportionnelle (Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, translated by J. Rivers, New York, Oxford University Press, 2004, p. 196).

limités dans leur utilisation", en soulignant que la loi correctionnelle ne fait que limiter l'utilisation des droits mais n'en prive pas. "La restriction ne peut être vue comme étant en adéquation (en équivalence – N.D.L.A.) avec la privation", écrivait-il¹⁷⁵.

Cette idée était déjà critiquée à l'époque par le spécialiste soviétique du droit correctionnel, A.L. Remenson qui écrivait: "Prenons un exemple. L'un des droits importants du citoyen de l'URSS est le droit à la libre circulation et au choix du lieu de résidence (art. 5 du CC de la RSFSR). Or, la privation de la liberté représente notamment la privation (souligné par A.L. Remenson – N.D.L.A.) de ce droit"¹⁷⁶. La reconnaissance du fait que le détenu continue d'être citoyen de l'URSS ne résulte pas du tout du fait qu'il ne soit pas prétendument privé de droits des citoyens de l'URSS (et il n'est que limité dans leur utilisation), mais du fait qu'au-delà des limitations fixées par la loi le détenu reste toujours sujet des droits et obligations qu'il détient en tant que citoyen de l'URSS¹⁷⁷.

Un autre exemple de limitation d'un droit par sa privation peut être trouvé au Royaume-Uni : antérieurement, les détenus étaient privés du droit d'avoir les enfants en raison de la non reconnaissance du droit d'avoir des relations sexuelles avec des partenaires venant les visiter et de l'absence de dispositif permettant de réaliser une insémination artificielle¹⁷⁸. D'une manière contraire, la privation du droit au mariage peut être considérée aussi comme étant la violation de la Convention dans le cas où elle viole l'essence même du droit¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Беляев А.А. Правовое положение осужденных к лишению свободы. – Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1976. – С. 8 (Beliaev A.A., Statut juridique des personnes condamnées à la privation de liberté, Gorki, Ecole supérieure du MI de l'URSS de Gorki, 1976, p. 8).

¹⁷⁶ Ременсон А.Л. Некоторые вопросы правового положения осужденных, отбывающих уголовное наказание в виде лишения свободы // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью. – Томск, 1979. – С. 30 (Remenson A.L., Certaines questions du statut juridique des condamnés à la privation de liberté, Question d'amélioration de l'efficacité de la lutte contre le crime, Tomsk, 1979, p. 30).

¹⁷⁷ Ibid, p. 30.

¹⁷⁸ Dickson c. Royaume-Uni (GC) (n° 44362/04, 02.12.2007).

¹⁷⁹ Jaremowicz c. Pologne (n° 24023/03, 05.01. 2010).

1.2.1.2. Interdiction en tant que forme de limitation du droit

Il y a tout lieu de penser que la première forme sous laquelle le droit naquit naguère en tant que droit fût bien l'interdiction¹⁸⁰. L'interdiction veut dire la diminution des capacités. Pour être plus précis du point de vue juridique, elle signifie l'abolition totale ou la diminution d'une prérogative. Ainsi donc, l'interdiction sert-elle d'exemple probant de la limitation d'un droit, du fait du changement dans son contenu sous forme de modification des prérogatives qui en font partie¹⁸¹.

Le rapport entre l'interdiction et la restriction fait l'objet d'études de théoriciens du droit. Il a été signalé que la restriction ressemble à l'interdiction ; cependant, elle se distingue par l'incomplétude, puisque, à la différence de l'interdiction, elle ne souligne pas la plénitude de l'exigence inhibitoire. Ainsi la restriction est-elle proche de l'interdiction, quoi qu'elle ne vise pas l'élimination complète d'un rapport social ou d'un autre, mais plutôt son maintien dans un cadre strictement limité, etc.¹⁸² C'est-à-dire que la restriction est considérée comme étant moins sévère que l'interdiction, comme une sorte de "sous-interdiction".

Selon une autre idée, la restriction est un moyen indépendant de réglementation juridique qui existe à côté de l'interdiction. Les interdictions et les restrictions se présentent comme deux modes différents de réglementation juridique¹⁸³. Cette position se fonde sur l'idée qu'il existe trois modes de réglementation juridique: permission ; interdiction ; et obligation.

¹⁸⁰ Денисов Ю.А. Общая теория правонарушения и ответственности (социологический и юридический аспекты). – Л.: ЛГУ, 1983. – С. 65 (Denissoff You.A., Théorie générale de l'infraction et de la responsabilité (aspect sociologique et juridique), Leningrad, Université d'État de Leningrad, 1983, p. 65).

¹⁸¹ Voir sous-chapitre 1.1.1 "Rétrécissement de l'étendue et du contenu des droits existants".

¹⁸² Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права. – Казань, 1987. – С. 157 (Fatkoulline F.N., Problèmes de la théorie de l'État et du droit, – Kazan, 1987, p. 157).

¹⁸³ Братко А.Г. Запреты в советском праве. – Саратов, 1979. – С. 17; Рыбушкин Н.Н. Запрещающие нормы в советском праве. – Казань, 1990. – С. 10–11; Иванова З.Д. Запрещающие нормы в механизме правового регулирования // Сов. государство и право. – 1975. – №11 – С. 105-112 (Bratko A.G., Interdictions dans le droit soviétique, Saratov, 1979, p 17 ; Rybouchkine N.N., Normes inhibitoires dans le droit soviétique, Kazan, 1990, p. 10-11 ; Ivanova Z.D., Normes inhibitoires dans le mécanisme de réglementation juridique, État et droit soviétique, 1975, n° 11, p. 105-112).

Plus fondée semble être la position d'après laquelle toute interdiction constitue une restriction, mais qu'inversement, toute restriction dans le domaine du droit n'est pas interdiction¹⁸⁴. L'interdiction n'est que la forme de la restriction¹⁸⁵.

Cette thèse est bien illustrée par l'exemple de l'interdiction aux détenus de boire de l'alcool (art. 107 du CEP ukrainien et art. D. 249-2, D. 346 du CPP français). Ici, l'utilisation de la forme d'interdiction aide à appliquer une restriction, car cette interdiction ne concerne généralement pas les citoyens libres. Nous utilisons ainsi dans cet exemple le deuxième procédé logique cité ci-dessus, qui consiste à comparer le statut juridique général des citoyens libres et le statut juridique spécial des détenus.

Une idée découle des exemples d'emploi de ce procédé logique. Puisque la restriction légale constitue une certaine exclusion du statut juridique général, un amoindrissement de capacité, l'interdiction appliquée au détenu ne serait restriction légale que lorsqu'elle ne concerne le détenu qu'en tant que sujet de rapports juridiques spécifiques à un statut juridique spécial. Lorsque cette interdiction concerne de la même manière les citoyens libres, elle ne peut pas être considérée comme étant une restriction. Par exemple, l'interdiction de la création d'une organisation dont les objectifs de programme ou les actes visent au changement du régime constitutionnel par la violence, à la violation de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de l'État, à la prise illégale du pouvoir ou, plus généralement, à la violence concerne également les détenus et les citoyens libres. Elle ne peut donc être considérée comme constituant une restriction des droits des détenus ; mais elle représente une limite (qualificateur¹⁸⁶) du contenu du droit. Par contre, l'interdiction faite aux détenus de créer des organisations qui ne poursuivent pas les buts susmentionnés devrait être à qualifier de limitation du droit si elle n'existait pas pour les citoyens libres.

Par ailleurs, nous pourrions ajouter que les interdictions constituent l'une des formes les plus répandues de limitation des droits des personnes détenues. Elles concrétisent le sens de la peine, lequel ne se réduit toutefois pas à elles seules. Le fait est que les obligations auxquelles sont soumis les condamnés peuvent être considérées elles aussi comme forme de restrictions qui constituent le sens de la peine, comme nous le verrons *infra*.

¹⁸⁴ Султыгов Н.Н. Место и роль правовых запретов в системе правовых ограничений // История государства и права. – 2004. – №4. – С. 14 (Soulytygov N.N., Place et rôle des interdictions légales dans le système des restrictions légales, Histoire de l'État et du droit, 2004, n° 4, p. 14 ; Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве: теоретический аспект. – Саратов, 1994. – С. 62 (Malko A.V., Stimulants et restriction dans le droit: aspect théorique, Saratov, 1994, p. 62).

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ *Infra*.

Une analyse plus poussée exige la réponse à la question de savoir quelle place occupe l'interdiction parmi les autres formes de restriction? Pour ce faire, il convient de se pencher sur le type de réglementation juridique appliqué dans le droit d'exécution des peines.

L'on reconnaît la réglementation juridique permissive générale (règle générale) et la réglementation permissive spéciale (principe de prohibition), qui ont leurs origines dans les travaux de Kelsen¹⁸⁷. Le droit d'exécution des peines n'a toujours pas de réponse précise, ni même de discussion concrète entre des théoriciens à propos du type de réglementation appliqué dans ce droit; ce problème devrait immanquablement prêter à une étude minutieuse à l'avenir. La réglementation permissive générale permet aux détenus tout ce qui n'est pas interdit. Vue sous cette optique, l'interdiction ne s'applique qu'à ce qui est déterminé dans le droit pénitentiaire en tant qu'ensemble de normes ou dans un autre domaine du droit. La réglementation spéciale (de prohibition) ne permet aux détenus que ce qui est directement prévu par des textes juridiques. Dans ce cas, le champ des interdictions, et, partant, celui des restrictions des droits des détenus, devient indéterminé et potentiellement très vaste.

Cette dernière version semble être contraire à l'idée de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales incluse dans la Convention européenne.

La mise en place de la réglementation spéciale (de prohibition) signifie que les interdictions ne doivent pas être déterminées nécessairement dans les règles juridiques. La nébulosité d'une règle, dans sa lettre, permet alors aisément d'en tirer des interdictions. Cela est contraire à la norme internationale selon laquelle la restriction devrait être prévue dans la loi. D'autre part, ce type de réglementation n'exige aucune justification des buts poursuivis par des interdictions (restrictions) concrètes, ce qui rend impossible l'application du principe de proportionnalité des limitations en tant qu'autre composante du test de contrôle du bien-fondé de la limitation d'après la Convention.

L'approche dynamique est parfaitement valable pour identifier cette forme de restriction. Pour distinguer la restriction sous forme d'interdiction, il suffirait, par exemple, de comparer l'ampleur des droits avant et après l'adoption du texte législatif. Lorsque celui-ci donne naissance à une nouvelle interdiction ou à une interdiction de portée plus importante, cela signifierait qu'une limitation d'un droit a été créée. La limitation aurait lieu aussi lorsqu'une interdiction serait remplacée par une autre et que cette dernière serait plus rigoureuse que la précédente.

¹⁸⁷ Papaefthymiou S., *Mind the gap. Dits et non-dits sur les pouvoirs du juge suisse*, in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle*. Etudes rassemblées par O. Cayla, M.-F. Renoux-Zagamé, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 204-213.

1.2.1.3. Devoir en tant que forme de limitation du droit

Les devoirs revêtent une importance particulière dans l'exécution des peines. C'est dans les devoirs du sujet des rapports d'exécution des peines qu'il faut chercher la démonstration de la punition exprimée par la peine privative de liberté¹⁸⁸. Déjà Georg Hegel écrivait que le devoir était une restriction¹⁸⁹. Toutefois, la place du devoir dans le système des moyens de réglementation juridique n'est pas toujours bien claire. Il est considéré comme restriction, et comme interdiction, voire comme facteur de stimulation.

Nous sommes d'avis que toute réglementation sur les obligations des détenus auxquelles ils sont astreints du fait de leur statut juridique spécial constitue une restriction de leurs droits. Une obligation entraîne toujours la limitation d'un droit subjectif ou d'un autre.

Nous pouvons classer l'obligation : elle peut être active/positive (la personne concernée est obligée d'accomplir des actes actifs déterminés) ou passive/négative (la personne concernée doit s'abstenir d'accepter certains actes). En fait, ***le sens de l'obligation active et de l'obligation passive peut être considéré comme interdiction***. Ceci concerne évidemment l'obligation passive, puisque l'obligation de ne pas faire quelque chose constitue l'interdiction de le faire.

Nombre d'obligations spécifiques sont imposées aux détenus. Leur caractère "spécifique" consiste en ce qu'elles ne sont pas du tout prévues pour les citoyens libres, parce qu'elles constituent des attributs de l'exécution de la peine. En est le témoin, le par. 10.1 du Règlement intérieur ukrainien des établissements pénitentiaires aux termes duquel les condamnés sont tenus de garder les produits alimentaires et les objets à usage personnel dans les endroits et locaux affectés à cette fin. L'exigence leur est faite ainsi de ne pas accomplir certains actes: ne pas garder les produits alimentaires et les objets d'usage personnels dans les endroits non prévus à cette fin. Un exemple *a contrario* se trouve dans l'article 11 des Règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires français, qui interdit de jeter des détritres ou tout autre objet dans les toilettes et lavabos des cellules, dans les coursives, couloirs de circulation et autres locaux. Cette interdiction crée le devoir passif des détenus de ne pas jeter ces objets.

¹⁸⁸ Beliaev A.A., Ibid, p. 72.

¹⁸⁹ Гегель Г. Философия права. – М., 1990. – С. 202 (Hegel G., Philosophie du droit, M., 1990, p. 202).

Quant à l'obligation active, elle prévoit l'accomplissement nécessaire d'actes. De tels actes pourraient être réduits de la même manière à une interdiction, puisqu'il est interdit de ne pas accomplir les actes déterminés. C'est ainsi que, conformément à l'article 11 des Règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires français, chaque personne détenue valide fait son lit et entretient sa cellule ou la place qui lui est réservée dans un état constant de propreté. De même, conformément au par. 3.2 du Règlement intérieur ukrainien, les détenus sont tenus de respecter les normes d'hygiène et d'avoir une allure soignée. Ces obligations passives contiennent donc des interdictions de ne pas faire ce qu'elles prévoient.

Il existe, par ailleurs, des obligations pour les condamnés dont le contenu comprend des éléments actifs et passifs. Citons notamment le devoir d'être poli avec le personnel, les personnes en visite dans les établissements pénitentiaires et les autres détenus (art. 9, 1^{er} al., du CEP ukrainien). L'obligation est donc imposée de ne pas commettre des actes d'impolitesse, aussi bien que le contraire, à savoir être poli, saluer les autres, etc. Cette obligation peut conduire à l'abus à cause d'imprécision de ce qu'il faut entendre par être poli. De ce point de vue, l'exemple français de la règle qui interdit de « formuler des insultes, des menaces ou des outrages » semble plus approprié (art. R 57-7-2 du CPP français).

Un autre exemple des obligations mixtes repose sur l'article 5 du décret sur les Règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires français qui prévoit que « [L]a personne détenue doit obéir aux fonctionnaires ou agents ayant autorité dans l'établissement pénitentiaire en tout ce qu'ils lui prescrivent pour l'exécution des dispositions législatives ou réglementaires, du règlement intérieur ou de toute autre instruction de service ». Dans ce sens, « obéir » peut signifier une obligation mixte : active (faire ce qui est demandé) et passive (s'abstenir de faire ce qui est interdit).

Le fait que toute obligation juridique comporte une interdiction en tant que variété de la restriction est démontré par la possibilité d'appliquer des sanctions en cas de non respect de l'obligation. D'après N.I. Matousov et B.M. Semenko, le sens de l'obligation juridique consiste à exiger un comportement nécessaire, régulier, utile du point de vue du pouvoir public, de la loi. Ce comportement est obligatoire et incontestable ; il est assuré au besoin par des mesures de coercition publique¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Матузов Н.И., Семенко Б.М. О сущности, содержании и структуре юридической обязанности // Вопросы теории государства и права. – Саратов, 1983. – С. 68 (Matousov N.I., Semenko B.M., Du sens, du contenu et de la structure de l'obligation juridique, Questions de théorie de l'État et du droit, Saratov, 1983, p. 68).

De notre point de vue, l'application des sanctions n'est possible qu'en cas de violation de l'interdiction (qui peut être contenue dans une obligation active ou passive). Les sanctions renseignent sur les mesures de coercition publique applicables en cas de violation de l'interdiction juridique¹⁹¹. Ceci reflète l'unité dialectique des sanctions et interdictions juridiques.

Le législateur ukrainien n'omet pas cette question et détermine directement que le fait pour les détenus de ne pas remplir leurs obligations et de ne pas respecter les exigences déterminées par la législation et mises en œuvre par l'administration pénitentiaire, les organes et les établissements d'exécution des peines, entraîne l'engagement de leur responsabilité tel que fixée par la loi (art. 9, 2^e al., du CEP ukrainien). Le système français est différent, dans le sens où il établit des listes exhaustives des fautes disciplinaires qui peuvent être punies. Cependant, l'exemple français cité, c'est-à-dire « obéir aux fonctionnaires ou agents ayant autorité dans l'établissement pénitentiaire en tout ce qu'ils lui prescrivent pour l'exécution des dispositions législatives ou réglementaires », accorde *de facto* une marge de manoeuvre importante pour infliger les sanctions disciplinaires pour chaque violation de règles existantes sous condition qu'il ait été demandé au détenu d'y obéir.

La codification des obligations dans la législation présente la marque principale de la restriction du droit: le rétrécissement du contenu et de l'étendue des droits et libertés existants. Elles réduisent, dans tous les cas, la mesure du comportement possible en faisant diminuer ainsi les droits subjectifs. La mise en place de l'obligation affecte inmanquablement les compétences de la personne.

De plus, la restriction peut avoir lieu aussi lorsqu'on institue des exigences non obligatoires à respecter qui ne pourraient être qualifiées d'obligation au sens propre. Il s'agit des exigences dont l'accomplissement ne peut pas être sanctionné directement, mais qui peuvent influencer sur la mise en œuvre de stimulants tels que la libération conditionnelle. La mise en place de conditions plus rigoureuses d'application de telles règles peut être considérée comme restriction du droit. Ces conditions peuvent consister non seulement dans le changement d'obligations positives auxquels est tenu le condamné pour obtenir la libération conditionnelle, mais aussi dans celui d'actes négatif, c'est-à-dire dans le respect de telles interdictions. Il convient de remarquer pourtant qu'il ne s'agit d'une restriction du droit que si l'application d'une telle règle incitative est reconnue comme droit du détenu. Toutefois,

¹⁹¹ Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. – М., 1971. – С. 115 (Samochtchenko I.S., Faroukchine M.Kh., Responsabilité d'après la législation soviétique, Moscou, 1971, p. 115).

l'existence du droit dans des cas semblables, où l'application des règles incitatives telles que la libération conditionnelle dépend du respect par les condamnés de certaines conditions, prête plutôt à discussion¹⁹².

Compte tenu de ce qui précède, l'astreinte de la personne à des obligations complémentaires, qui ne sont pas propres au statut juridique général, constitue un acte restrictif de droits. C'est la raison pour laquelle toutes les obligations spécifiques des détenus, c'est-à-dire celles qui n'existent pas pour les citoyens libres, devraient être qualifiées de restrictions des droits. En théorie, des exceptions pourraient exister, qui prendraient la forme d'obligations imposées aux détenus qui seraient moins strictes que celles exigées des citoyens libres ou qui n'existeraient pas du tout pour les condamnés. De tels exemples sont toutefois rarissimes. L'un d'eux concerne la conscription, qui existe toujours dans les pays post-sovietiques¹⁹³.

Notons encore que les obligations des détenus peuvent être considérées comme spécifiques dans les cas où elles n'existent pas pour toutes les personnes libres sans un statut spécial. Toutefois, lorsque de telles obligations existent pour les citoyens libres, du fait de leur statut juridique particulier (par exemple, employé d'une entreprise), ce ne serait pas une raison valable pour ne pas les considérer comme spécifiques et ne pas les reconnaître comme restrictions. Ainsi, l'obligation d'avoir un aspect soigné devrait-elle être considérée comme étant une restriction, en dépit du fait que la même obligation s'applique aux personnes libres ayant un statut juridique particulier (écolier, employé d'un établissement déterminé, etc.), ce, parce que les détenus ne sont pas libres de mettre fin à leur privation de liberté. Il y a également institution d'une obligation lorsque la loi fixe les droits des personnels pénitentiaires et prévoit des obligations correspondantes pour les détenus. De même, la détermination des obligations de agents pénitentiaires peut signifier l'annulation de la limitation de certains droits des détenus et/ou la naissance pour eux d'un droit subjectif spécifique. Ce procédé "en miroir" a déjà été évoqué plus haut. Il peut servir pour identifier d'autres formes de restrictions des droits que nous proposons.

¹⁹² Herzog-Evans M. Is prison leave a privilege?, Disponible sur: <https://tashalaw.wordpress.com/2012/04/24/guest-post-by-professor-martine-herzog-evanscommentary-on-article-6-and-prison-leave/> (accédé le 05.09.2016). I.S. Iakovets propose au lieu du "droit" d'utiliser la catégorie "d'intérêt légitime" des détenus qu'elle analyse en détail (Яковець І.С. Умовно-дострокове звільнення та заміна невідбутої частини покарання більш м'яким. – М.: Penal Reform International, 2012. – С. 70–81; Iakovets I.S., Liberté conditionnelle et commutation de la partie non purgée de la peine par une peine moins dure, Moscou, Penal Reform International, 2012, p. 70-81).

¹⁹³ Cette obligation étant considérée parfois comme droit, parce que la personne pourrait vouloir profiter de sa possibilité de défendre son pays. Ce fut le cas lors du début des hostilités dans le Donbass, où nombre de détenus ukrainiens se portèrent volontaires pour participer aux combats.

1.2.1.4. Consécration du droit subjectif spécifique des détenus en tant que forme de limitation du droit

1.2.1.4.1. Droits subjectifs spécifiques

De manière générale, il est considéré que le droit subjectif est une prérogative accordée aux individus par le droit objectif, mais plus spécifiquement que tout droit subjectif représente « une restriction légitime à la liberté d'autrui établie par la norme objective »¹⁹⁴. Une telle interprétation provient d'une idée selon laquelle la liberté de chacun, telle que reconnue par le droit, représente la condition de la liberté d'autrui¹⁹⁵. En tout état de cause, le droit subjectif dépend entièrement de sa reconnaissance par le droit objectif ; il n'existe pas en dehors de ce droit¹⁹⁶.

La question de savoir si les droits subjectifs spécifiques des détenus peuvent être classés comme restrictions des droits s'avère difficile à trancher, dès lors que la thèse selon laquelle l'institution d'un droit peut être considérée comme limitation du droit semble être surprenante à première vue. Des positions contraires sont exprimées sur cette question, mais nous n'avons pu trouver dans la littérature juridique la réponse qui aurait pu servir de base. Les positions exprimées sont de nature éparse et ne démontrent pas une vision nette de la nature juridique des droits spéciaux des détenus, à plus forte raison dans le contexte de leur reconnaissance en tant que restrictions de droits.

Ceci tient au fait, entre autres, qu'il n'existe même pas de conception commune de la définition des droits concernés. Les uns disent qu'il s'agit de droits nouveaux qui ne touchent que les détenus¹⁹⁷; d'autres estiment que ces droits ne font pas partie du statut juridique général des citoyens¹⁹⁸. Ils sont parfois qualifiés ainsi car ils n'ont pas de « prototype direct

¹⁹⁴ Kaczmarek L., La responsabilité pour fait normal : étude critique sur son originalité en matière civile extracontractuelle, Paris, Editions Publibook, 2012, p. 290.

¹⁹⁵ Renaut A., L'idée contemporaine du droit, *Droits* 1989 n° 10, p. 73, 76, cité dans Kaczmarek L., La responsabilité pour fait normal : étude critique sur son originalité en matière civile extracontractuelle, Paris, Editions Publibook, 2012, p. 423.

¹⁹⁶ Herrera C.-M. La philosophie du droit de Hans Kelsen: une introduction, Québec, Presses Université Laval, 2004, p. 34.

¹⁹⁷ Ткачевский Ю.М. Советское исправительно трудовое право. – М., 1971. – С. 174: цит. за Селиверстов В.И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. С. 84 (Tkatchevski You.M., Droit correctionnel soviétique, Moscou, 1971, p. 174: *cité dans* Seliverstov V.I., *Ibid*, p. 84).

¹⁹⁸ Ефимов М.А. Основы советского исправительно-трудоого права. – Свердловск, 1963. – С. 22: цит. за Селиверстов В.И. Вказ. праця. – С. 84 (Efimov M.A., Principes du droit correctionnel soviétique, Sverdlovsk, 1963, p. 22: *cité dans* Seliverstov V.I., *Ibid*, p. 84).

ou d'analogie dans les rapports sociaux qui sont généralement réglementés par le droit »¹⁹⁹. Malgré toute la variété des définitions, le sens des droits spécifiques ne change pas: ceux-ci sont entendus comme étant un ensemble de droits qui naissent ou qui subissent des changements essentiels du fait d'avoir à purger une condamnation²⁰⁰.

Concernant la possibilité de convenir que ces droits représentent une forme d'expression des restrictions de droits, il a pu être avancé que les droits spéciaux ne peuvent pas exprimer le châtement (en tant qu'ensemble de restrictions de droits) puisqu'ils accordent divers avantages aux détenus²⁰¹. Par ailleurs, il a été affirmé qu'il existerait des droits spéciaux des détenus qui ne devraient pas être considérés comme étant des restrictions, tandis que d'autres devraient être classés parmi les restrictions. D'après cette approche, certains droits spécifiques ne doivent pas être considérés comme des restrictions étant donné qu'ils garantissent la vie de la personne et les buts de la peine (garantie des repas, de l'habitation, du lit individuel, de l'habillement, des services collectifs...). Une autre catégorie de ces droits (visites des proches ou d'autres personnes, colis, paquets...²⁰²) accorde certains avantages aux condamnés, tout en jouant le rôle de régulateur de la punition, puisqu'ils expriment le degré de limitation des éléments de la liberté personnelle du citoyen purgeant la peine²⁰³.

Il existe un autre courant d'opinions sur la nature juridique du droit subjectif spécial et, respectivement, sur la possibilité de les reconnaître comme forme de restriction de droits. Cela s'explique par une divergence de vues quant au rapport des droits spéciaux avec le statut juridique général. Deux analyses de ces droits seront ci-après examinées, selon qu'ils sont conçus 1) soit comme les "restes" des droits déjà existants en liberté, 2) soit comme droits n'ayant pas existé avant la condamnation²⁰⁴.

La question posée dans ce cas vise à savoir si les droits spéciaux des détenus peuvent être considérés comme étant "résiduels", c'est-à-dire comme droits de qualité homogène par rapport à un droit déterminé du citoyen libre? Ceux qui répondent par l'affirmative admettent

¹⁹⁹ Seliverstov V.I., Ibid, 84.

²⁰⁰ Ширвинд Е.Г., Утевский Б.С. Советское исправительно-трудовое право. – М., 1957. – С. 83–84; Исправительно-трудовое право. – М., 1971. – С. 77: цит. за Селиверстов В.И. Вказ. праця. – С. 84 (Chirvind E.G., Droit correctionnel soviétique, Moscou, 1957, p. 83-84; Droit correctionnel, Moscou, 1971, p. 71: *cité dans* Seliverstov V.I., Ibid, p. 84).

²⁰¹ Детальніше див.: Човган В.О. Специфічні права засуджених та їх обов'язки як форми правообмежень // Проблеми законності. – 2014. – Вип. 125. – С. 234 (Pour plus de détail voir: Chovgan V.O., Droits spécifiques des condamnés et leurs obligations en tant formes de restrictions, Problèmes de la légalité, 2014, Vol. 125, p. 234).

²⁰² Il s'agit de la période où le droit de recevoir des colis et des paquets était encore limité.

²⁰³ Ossaoulenko O.I., Ibid, p. 96.

²⁰⁴ Enderlin S., Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés, Thèse, Paris, Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008, p. 423.

que les droits des détenus ont une différence, mais celle-ci ne consiste que dans un contenu et une étendue réduits par rapport aux droits faisant partie du statut juridique des citoyens libres. Les droits spécifiques sont considérés alors comme une sorte de "copie réduite" des droits des citoyens libres.

Il est cité à titre d'exemple le droit du couple incarcéré de choisir leur lieu de résidence. L'une des prérogatives constituant le contenu de ce droit réside dans la possibilité de la cohabitation et de la communication du couple. La condamnation à la privation de liberté réduit cette possibilité, qui est pourtant gardée en partie dans le résidu de la garantie des visites pour les condamnés²⁰⁵. D'autres auteurs considèrent également le droit spécial comme étant un droit "résiduel"²⁰⁶.

Des positions contraires existent également. A.E. Natachev estime, par exemple, que le droit aux visites ne peut pas être classé en tant que résidu des droits des citoyens, parce que ces droits ne sont pas prévus pour les citoyens libres²⁰⁷. De même, l'inégalité desdits droits d'avec ceux qui font partie du statut juridique commun des citoyens libres est signalée par ceux qui nient l'existence d'un équivalent correspondant aux droits spécifiques dans le statut juridique général²⁰⁸.

En admettant que certains droits spéciaux puissent être considérés comme étant "résiduels", c'est-à-dire comme droits restant après la limitation d'un droit subjectif, nous sommes en droit de les qualifier de restrictions. Comme déjà remarqué, la limitation du droit signifie la réduction de son contenu, notamment en excluant une prérogative. D'après cette approche, la limitation aboutit à une sorte de droit "entamé". A partir de là, le contenu connu du droit subjectif pourrait changer jusqu'à devenir "méconnaissable", ce qui n'exclut pas qu'il tienne son origine ou qu'il soit en rapport avec un droit ou un autre.

Le droit résiduel lui-même, il peut revêtir des formes variées. Il peut être codifié *directement*, en vertu d'une prescription législative directe. Prenons, par exemple, le droit des détenus de disposer de leur temps libre. Conformément à l'article 129, 1^{er} al., du CEP ukrainien, les heures libres du travail principal et des occupations obligatoires prévues par l'emploi du temps des condamnés en prison, constituent leur temps libre. Dans ce cas, la

²⁰⁵ Seliverstov V.I., Ibid, p. 81.

²⁰⁶ Советское исправительно-трудовое право. – Л., 1989. – С. 196: Цит. за: Селиверстов В.И. Вказ. праця. – С. 81 (Droit correctionnel soviétique, Léningrad, 1989, p. 196. *cité dans* Seliverstov V.I., Ibid p. 81).

²⁰⁷ *Cité dans*: Seliverstov V.I., Ibid, p. 80.

²⁰⁸ Малинин В.Б., Смирнов Л.Б. Уголовно-исполнительное право: учеб. – СПб.: ЛГУ им. А.С. Пушкина, 2009. – С. 111 (Malinine V.B., Smirnov L.B., Droit d'exécution des peines: manuel, Saint-Petersbourg, LGU A. S. Pouchkine, 2009, p. 111).

restriction du droit peut être identifiée en comparant le contenu de ce droit avec son prototype chez les personnes libres : il faut prendre en compte le fait que le droit au repos est différent pour les travailleurs et les personnes ne travaillant pas. Naturellement, le contenu du droit au repos sous conditions de privation de liberté diffère sensiblement du fait de sa réglementation par le Règlement intérieur. D'autre part, les activités pouvant être exercées pendant les heures libres sont limitées par le CEP (art. 129, 2^e al.). Selon l'article 33 de la Loi pénitentiaire française de 2009, la participation des personnes détenues aux activités professionnelles organisées dans les établissements pénitentiaires donne lieu à l'établissement d'un acte d'engagement par l'administration pénitentiaire, qui énonce les droits et obligations professionnels de celle-ci ainsi que ses conditions de travail et sa rémunération. Il est donc énoncé qu'à la différence des citoyens libres, les détenus n'ont pas le droit de travailler selon un contrat de travail normal.

Le droit subjectif résiduel peut *découler de l'interdiction* de certains actes. N'ayant pas d'expression directe, le droit spécial est dans ce cas-là déduit de la restriction. Son contenu est fixé d'après la formule: contenu et étendue du droit subjectif qui fait partie du statut juridique général des citoyens moins contenu et étendue de la restriction de droit appliqué. Selon l'article 18 des Règlements intérieurs types français, il est interdit de porter des vêtements religieux dans les lieux à usage collectif, à l'exception de la salle de culte. Cela signifie qu'il n'est pas interdit de les porter dans sa cellule. Si l'article 107, 4^e al., du CEP ukrainien interdit aux condamnés les jeux de société pour gagner de l'argent ou d'autres avantages, cela signifie qu'il peuvent jouer sans faire de mises en argent ou de biens matériels. À travers ces permissions, il est possible de reconnaître les restes du droit subjectif existant en liberté, mais il en devient un droit spécifique (résiduel) en détention. Cette approche n'est possible évidemment qu'en exigeant que les rapports en question soient réglementés par la réglementation permissive générale, c'est-à-dire que "tout ce qui n'est pas interdit est autorisé".

Cependant, le droit pénitentiaire montre en parallèle des signes d'application d'un autre mode de réglementation juridique : "tout ce qui n'est pas autorisé est interdit". L'Annexe 2 du Règlement intérieur des établissements pénitentiaires de l'Ukraine prévoit les denrées, les objets et les matières que les condamnés **peuvent** (souligné par nous – N.D.L.A.) recevoir dans leurs colis, acheter dans les magasins des établissements pénitentiaires et conserver sur eux. La liste en question énumère les objets pouvant être conservés et leur quantité autorisée et non l'inverse, c'est-à-dire les objets interdits. Cette approche entend l'interdiction de recevoir en colis, d'acheter dans les magasins de l'établissement et de conserver des produits

autres que ceux figurant dans la liste. Cette interdiction n'est pas déterminée directement (littéralement) dans la norme, mais elle fait partie de son contenu. Ce régime témoigne de l'utilisation dans le droit d'exécution des peines, du type permissif spécial de réglementation juridique (n'est autorisé que ce qui prévu dans la loi). Ceci est aussi prévu dans le CEP de l'Ukraine dont l'article 102 dispose, dans son 7^e alinéa, que la liste des objets que les condamnés **peuvent** garder sur eux est fixée par l'administration chargée de l'exécution des peines.

De plus, la liste des objets que les condamnés peuvent avoir sur eux semble être limitée "des deux côtés". D'une part, il existe une liste qui indique ce que l'on est autorisé à avoir, mais d'autre part, il existe aussi une liste d'objets et de matières dont la conservation et l'utilisation par les condamnés sont interdites²⁰⁹. Il est assez difficile de comprendre la logique choisie par cette réglementation juridique, qui donne l'impression qu'en rajoutant à la liste des objets autorisés une liste d'objets interdits le législateur agit par "excès de précaution" dans le cas où il aurait permis aux condamnés d'avoir quelque chose en "trop". Ou, peut-être, se rendant compte de la possibilité potentiel d'abuser de l'interprétation des interdictions en pratique, il aurait décidé d'établir une liste d'objets autorisés.

Nous trouvons un exemple similaire en France où les Règlements intérieurs types permettent aux personnels pénitentiaires de priver les détenus non seulement de leurs objets « qui ne sont pas conformes à la réglementation », mais aussi d'objets « dont l'utilisation présente un risque » (art. 7.II). Cette règle est un autre exemple d'une « double » interdiction.

Pour savoir si les droits spéciaux peuvent être vus comme des formes à l'aide desquelles il est possible d'établir l'existence d'une limitation, il convient de distinguer deux situations différentes dans lesquelles ces formes se manifestent.

La première situation, situation **statique**, prévoit l'identification par comparaison des droits des détenus avec ceux des citoyens libres. La comparaison porte sur le contenu effectif et l'étendue des droits du détenu et du citoyen libre. La seconde, situation **dynamique**, prévoit l'instauration de nouveaux droits spécifiques aux détenus ou l'annulation de droits anciens. La comparaison porte alors sur le contenu et l'étendue du droit avant et après l'application de la limitation par le codificateur.

Dans le cas de l'**approche statique**, bien que présentant une mesure du comportement possible, les droits spéciaux font tout de même diminuer cette mesure par rapport aux droits

²⁰⁹

Annexe 6 au Règlement intérieur des établissements pénitentiaires.

qu'ils "remplacent", mais seulement dans le cas de la première forme de limitation, soit la forme statique²¹⁰. Le fait est que les droits spéciaux comportent une interdiction. Il est vrai que, vu sous ce point, tout droit subjectif comporte une interdiction immanente parce qu'ayant ses propres limites (qualificateurs), tout ce qui se situe au-delà de ces limites est interdit. Toutefois, les interdictions qui découlent, ou, pour être plus précis, qui font partie des droits subjectifs spéciaux, sont plus importantes que les interdictions propres aux droits subjectifs des citoyens libres. Ceci s'explique par un volume plus grand de la partie "interdite" du droit spécifique par rapport aux droits correspondants des citoyens libres, d'où la diminution de ce qui est autorisé. Cela veut dire que là où l'approche statique est admise, l'attribution d'un droit subjectif spécifique à la place d'un droit subjectif normal de la personne libre peut être considérée comme une restriction.

Imaginons une situation : l'administration pénitentiaire établit un droit spécifique pour les détenus de posséder dix livres dans leur cellule. Cela signifie qu'il leur est interdit d'avoir plus de dix livres. Pour les citoyens libres, il n'existe pas une telle limitation. En créant ce droit spécifique aux détenus, l'administration pénitentiaire a en même temps établi une restriction du droit des personnes libres de détenir les livres. La conclusion serait contraire si nous admettions l'application d'un autre mode de réglementation juridique : "tout ce qui n'est pas autorisé est interdit". Dans ce cas, sans un tel droit spécifique, les détenus n'auraient le droit de ne disposer d'aucun livre.

Dans le cas de **l'approche dynamique**, l'institution d'un droit subjectif spécifique ne peut être considérée comme restriction que lorsqu'elle remplace le droit déjà existant et se distingue par un volume et une étendue plus petits et réduit ainsi les possibilités qui existaient auparavant. Dans le cas contraire, il n'y aurait pas de restriction, puisque le droit spécifique élargirait les possibilités ayant existé auparavant. Cela peut se produire par l'institution d'un droit absolument nouveau, qui n'avait pas existé avant, pour le détenu.

Revenons à notre exemple relatif à la quantité de livres. Si la quantité de livres qu'il n'est pas interdit de détenir augmente de dix à vingt, cela ne peut être considéré comme limitation selon l'approche dynamique. Au contraire, cela élargit le droit existant. Par contre, selon l'approche statique ce droit reste toujours une limitation, parce qu'elle n'existe pas pour les citoyens libres.

²¹⁰ Notons que la conclusion serait opposée en rejetant l'idée que tous les droits spécifiques des détenus dérivent des droits des citoyens libres. La conclusion différerait aussi par rapport aux droits dits complémentaires qui seront évoqués *infra*.

Le droit spécifique lui-même peut être limité, comme, par exemple, dans le cas de la surveillance obligatoire des visites. La levée d'une telle restriction pourrait-elle être considérée comme étant une forme de limitation du droit? *A priori*, le droit spécifique dont le contenu et l'étendue sont plus petits que les droits de la personne libre resterait en place même après la mise en œuvre d'une telle mesure. La réponse dépend de l'approche dynamique ou statique qui sera choisie. L'approche dynamique compare la situation "avant" et "après": il apparaît que la situation s'améliore, parce que les visites ne sont plus surveillées, et il n'y a donc plus de limitation. L'approche statique compare la situation "derrière les barreaux" et "en liberté" : dans ce cas, le droit nouveau serait toujours une limitation du droit dont il dérive, soit le droit à la vie privée qui prévoit la possibilité de rencontres libres pour les personnes libres.

De manière ultime, l'emploi de l'approche statique témoignerait toujours de l'existence d'une limitation, parce que le droit spécifique résiduel serait toujours plus petit que son prototype, le droit subjectif des personnes libres. L'augmentation du contenu et de l'étendue du droit spécifique signifierait la levée ou la diminution d'une restriction, mais dans ce cas-là aussi, le droit résiduel spécifique amélioré, droit nouveau, resterait une limitation par rapport au droit de la personne libre. L'emploi de l'approche dynamique ne signalerait l'existence d'une limitation que lorsque le contenu et l'étendue du droit spécifique seraient réduits.

La situation mérite cependant d'être envisagée sous l'angle du type de réglementation juridique. En adoptant l'approche dynamique et en admettant l'effet de la réglementation spéciale permissive (prohibitive), lorsque "tout est autorisé car directement régi par la loi", il convient de conclure que les droits subjectifs résiduels spéciaux ne pourraient être considérés comme étant des restrictions de droit. Le fait de priver d'un droit spécifique signifierait le retrait aux détenus des possibilités qu'ils avaient auparavant. Il ne serait pas logique qu'une privation de possibilités ne soit pas considérée comme une restriction.

Imaginons une situation. Une législation prévoit que "les condamnés purgeant leur peine dans les prisons de niveau minimal de sécurité peuvent conserver une télévision". Dans le cas de la réglementation prohibitive, l'annulation de cette norme signifierait l'abrogation du droit de conserver une télévision. En admettant la réglementation juridique permissive, on aboutit à l'autorisation de conserver les télévisions étant donné qu'est permis tout ce qui n'est pas interdit. Cette construction théorique amène encore à l'idée de la domination de la réglementation permissive dans le droit pénitentiaire, lequel prévoit l'interdiction s'il n'existe pas de permission.

Le fait de reconnaître le droit subjectif spécifique en tant que forme de limitation du droit dépend donc de l'approche choisie (statique ou dynamique) aussi bien que du type de réglementation juridique. De plus, nous supposons, dans ce chapitre, que les droits subjectifs spécifiques des détenus dérivent des droits des citoyens libres et qu'ils seraient des "copies réduites" de ceux-ci. Examinons la situation où les droits spéciaux ne seraient pas conçus comme dérivant des droits des personnes libres. Nommons-les droits spécifiques complémentaires des détenus ; ceux-ci présentent des particularités importantes.

1.2.1.4.2. Droits spécifiques complémentaires

Pour pouvoir mieux comprendre le droit spécifique (particulier) en tant que forme de limitation du droit, il conviendrait, à notre avis, de distinguer deux types de droits spécifiques: droits résiduels et droits complémentaires. La conception des droits résiduels est décrite *supra* ; celle des droits complémentaires sera présentée ci-après.

Les détenus disposent d'un nombre de droits subjectifs qui n'appartiennent pas aux citoyens libres. Leur contenu diffère radicalement de celui des droits des citoyens libres. Les droits spécifiques complémentaires peuvent porter, par exemple, sur l'utilisation des services proposés dans les établissements pénitentiaires, sur l'habillement et la nourriture, la participation à des organisations d'initiative locale et à des activités socialement utiles...

Ces droits sont accordés prétendument "en remplacement" de l'impossibilité d'exercer des droits semblables dont bénéficient les citoyens libres. Ils existent pour "compenser partiellement les restrictions légales" des détenus²¹¹, et résultent du fait que les détenus sont pratiquement pris en charge par un établissement pénitentiaire²¹². Ils ne réduisent pas le contenu et l'étendue des droits faisant partie du statut juridique général, car leur contenu diffère sur le fond de celui des droits des citoyens libres. Par contre, leur abolition conduirait à une limitation des droits des détenus et c'est la raison pour laquelle ces droits devraient être vus comme élargissant la mesure existante du comportement possible et peuvent donc être considérés comme étant des restrictions légales. Les citoyens libres n'ont pas ces droits, parce que leur nécessité est déterminée par les conditions d'exécution de la peine dans un

²¹¹ Михлин А.С. Уголовно-исполнительное право: краткое пособие и основные нормативные правовые акты / Сост. алф.-предм. указ. В.А. Казакова. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2008. – С. 38 (Mikhlin A.S., Droit de l'exécution des peines: mémento concis et textes normatifs principaux/Index par V.A. Kazakov, Moscou, ZAO "Justitsinform", 2008, p. 38).

²¹² Vernet J. Le sauvegarde des droits des détenus, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1968, p. 69–94.

environnement fermé ainsi que par l'impossibilité d'exercer en réalité les droits qu'il conservent *de jure*.

C'est ainsi qu'en général, les citoyens libres ne se voient pas accorder le droit d'avoir un lit individuel ou des vêtements spéciaux gratuits adaptés à la saison. Il est vrai d'ailleurs que pour les détenus, ces droits sont souvent reliés à des interdictions. Le droit d'avoir le lit individuel est, par exemple, lié à l'interdiction de le changer ou de le choisir librement. Le droit à l'habillement selon la saison est lié à l'obligation de maintenir les vêtements propres et en bon état.

Ainsi qu'il a été relevé précédemment, la conclusion relative à l'impossibilité de considérer tels droits comme restrictions peut changer selon la combinaison de l'approche (statique et dynamique) et le type de réglementation juridique (permissive et prohibitive).

La division proposée des droits spécifiques en droits résiduels et complémentaires se fonde sur le critère de présence d'un lien entre le droit subjectif spécifique et tel ou tel droit qui fait partie du statut juridique général. Au cas où un tel lien est observé il s'agirait du droit résiduel, sinon ce serait un droit complémentaire. La limite délicate entre le droit résiduel et le droit complémentaire consiste en la différence substantielle de contenu entre ces droits et ceux des citoyens libres auxquels nous les rapportons pour pouvoir établir leur provenance depuis ces derniers. La pertinence de cette différence, qui est nécessaire pour pouvoir rattacher un droit spécial à un droit complémentaire, reste conventionnelle. En analysant plus en détail la législation en vigueur et le contenu des droits des personnes libres qu'elle détermine, il est possible d'identifier certaines prérogatives (bien que, peut-être, sous un aspect "entamé" ou modifié d'une autre manière) qui constituent le contenu des droits complémentaires. C'est pourquoi des indices du droit résiduel peuvent être constatés dans tout droit complémentaire.

1.2.1.5. Instauration de la responsabilité spécifique en tant que forme de limitation du droit

La présence d'une restriction dans la loi peut être signalée par l'instauration de la responsabilité spécifique. Celle-ci naît lorsque certains actes du détenu entraînent une action en responsabilité alors que cette responsabilité n'existe pas pour les personnes libres. D'autre part, la responsabilité spécifique peut se traduire par le fait que les mêmes actes de la personne libre entraînent pour elle une responsabilité moins lourde.

L'instauration de la responsabilité spécifique atteste de la présence d'une obligation qui n'existe que pour le détenu ou qui est plus dure pour lui que pour les citoyens libres. De telles obligations devraient donc être considérées comme des limitations du droit. Compte tenu de cette circonstance, bien que nous envisagions la responsabilité spécifique comme forme (instauration) de la limitation du droit, il serait probablement utile de concevoir la responsabilité spécifique en tant que forme d'instauration de l'obligation.

Les détenus sont responsables en cas de commission d'actes qui sont licites pour les citoyens libres dans les cas où de tels actes font l'objet d'une interdiction spéciale ou d'une obligation spécifique. C'est ainsi que les détenus peuvent être responsables du fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un membre du personnel de l'établissement un avantage quelconque par des dons ou des présents, de ne pas respecter les dispositions du règlement intérieur de l'établissement ou les instructions particulières arrêtées par le chef d'établissement, d'entraver ou de tenter d'entraver les activités de travail, de formation, culturelles, culturelles ou de loisirs, de négliger de préserver ou d'entretenir la propreté de sa cellule ou des locaux communs, de pratiquer des jeux interdits par le règlement intérieur etc. (articles R57-7-2 et R57-7-3 du CPP français).

La différence entre la responsabilité des détenus et celle des citoyens libres peut se présenter sous la forme d'une responsabilité plus stricte et d'une autre nature. Par exemple, les détenus peuvent être responsables selon le code pénal alors qu'une telle responsabilité n'existe pas pour les mêmes faits s'ils sont commis par des personnes libres.

En est le témoin le risque des poursuites pénales pour la préservation d'un téléphone portable. C'est ainsi que le détenu peut être sanctionné pour ce délit par les articles 321-1 et 434-35 du Code pénal français²¹³. Une personne libre ne saurait être reprimée pour le fait de posséder un téléphone portable (sous la condition de ne pas tenter de le transmettre aux détenus).

Un autre exemple est la « désobéissance obstinée » aux exigences de l'administration pénitentiaire ou autre opposition à l'administration dans l'exercice légitime de ses fonctions d'après l'article 391 du CP ukrainien. Le sujet de cette infraction est un sujet spécial: la personne purgeant une peine de restriction ou de privation de liberté. Cela signifie que le sujet concerné est soumis à une restriction légale qui n'existe pas pour les citoyens libres, à savoir l'obligation de remplir les exigences de l'administration pénitentiaire. D'un autre côté, les citoyens libres sont soumis à une obligation semblable: se plier aux exigences légitimes de la

²¹³ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 24 octobre 2007, 07-81.583, Inédit.

police. Notons que la différence entre ces deux obligations ne porte pas que sur les exigences et les entités qui posent ces exigences, mais aussi dans une responsabilité accrue des détenus qui ne satisfont pas aux exigences légitimes de l'agent pénitentiaire.

Il convient de remarquer aussi que l'existence d'exemples d'engagement de la responsabilité mentionnés est en rapport avec l'instauration spéciale des obligations des détenus prévues par les règles disciplinaires. Pourtant, à défaut de responsabilité pénale, le détenu ne serait poursuivi qu'au titre de la procédure disciplinaire. A partir de là, l'abrogation de la responsabilité spécifique, moins sévère ou non existante pour les citoyens libres, signifierait l'abolition de la restriction et *vice versa*. Cela atteste donc l'existence de la restriction qui découle justement de la responsabilité spécifique.

Ainsi qu'il a été noté, la responsabilité spécifique peut être engagée non seulement dans les cas où le citoyen libre n'est pas poursuivi pour tels actes alors que le détenu le sera, mais aussi lorsqu'elle existe pour les deux, mais qu'elle est plus sévère ou entraîne une responsabilité supplémentaire pour les détenus. C'est ainsi que les règles disciplinaires disposent souvent que les détenus doivent être polis ou ne pas insulter les autres. En même temps, si une personne physique subit un préjudice moral à la suite de la violation de son droit moral, ce préjudice devra être réparé selon la législation civile. Cependant, le comportement impoli du détenu risque de lui coûter plus que la responsabilité civile, car la responsabilité disciplinaire peut être appliquée et elle peut se traduire par le placement en cellule disciplinaire et le risque de compromettre l'obtention d'un aménagement de peine.

Cet exemple amène à une autre idée: des barrières juridiques plus faibles dans l'application de la responsabilité peuvent être l'une des formes de réalisation de la responsabilité spécifique en tant que limitation du droit. Il est assez peu probable qu'un agent pénitentiaire qui a été insulté dans la rue saisisse la justice (sauf si c'est sa qualité de fonctionnaire qui est visée par l'agression), alors que la probabilité de l'application de la responsabilité disciplinaire aux détenus pour les mêmes actes est beaucoup plus importante. De même, la probabilité de la mise en détention du citoyen libre par la police qui offense une personne libre est plus faible qu'au regard des conditions de l'établissement pénitentiaire.

Compte tenu de la position décrite selon laquelle l'existence d'une responsabilité plus sévère témoigne de la limitation des droits du détenu, il convient de remarquer que l'art. 132 du CEP de l'Ukraine institue des sanctions disciplinaires applicables aux détenus pour avoir enfreint l'ordre d'exécution de la peine. De fait, il s'agit de la possibilité d'appliquer des sanctions pour tout manquement au régime si celui-ci est conçu comme ordre d'exécution des

peines (art. 102 du CEP). Ce motif est trop vaste et il crée un champ extrêmement large pour les abus et excès dans l'application de la loi. De plus, cet article précise que l'ordre d'exécution de la peine peut être fixé par la loi et d'autres textes normatifs ce qui rend ce motif encore plus large. Autrement dit, l'autorisation de fixer l'ordre d'exécution des peines par des textes réglementaires suppose l'autorisation de fixer les restriction par de tels textes.

Au vu de ces thèses, nous en venons à l'idée que les limitations du droit trouvent leur expression dans les normes du régime. Cela ne veut pas dire toutefois qu'elles sont instaurées par toutes les normes de régime. Les limitations du droit ne se retrouvent que dans les normes comportant des exigences vis-à-vis des détenus qui sont tenus de les respecter et risquent des sanctions pour leur négligence. Les normes de régime imposant des obligations pour l'administration ne peuvent comporter de limitations des droits des détenus que lorsqu'elles prévoient des obligations ou des interdictions correspondantes pour ceux-ci.

Ainsi, la partie du régime fixée par les normes comportant des obligations pour les détenus consiste-t-elle dans la limitation du droit. Il s'ensuit que la marque déterminante du caractère obligatoire des exigences pour les détenus consiste en la possibilité d'appliquer des sanctions. De même, la marque déterminante des limitations consiste en leur potentiel de coercition. Notre avis est donc que la question des limites d'application des sanctions disciplinaires concerne en même temps l'ampleur et la liste des restrictions. Elle concerne également la caractéristique de la peine, car le contenu de celle-ci est formé justement par les limitations des droits.

L'on peut en déduire que la situation découlant de l'indétermination des raisons des sanctions disciplinaires crée des conditions pour que le contenu de la peine reste imprécis. Ceci étant, il est à constater le caractère imprécis des limitations des droits en rapport avec la mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire. Tous ces facteurs engendrent l'ambiguïté, l'indétermination et les doutes quant à savoir ce que doit être l'exécution de la peine, étant donné qu'elle n'est pas autre chose que la mise en œuvre des restrictions des droits propres à la peine. En pratique, cela provoque au surplus des différends et des conflits entre l'administration et les détenus.

Il convient aussi de remarquer que la possibilité d'admettre que la procédure disciplinaire des détenus constitue la limitation des droits est attestée par la jurisprudence de la CEDH. Ainsi que le montre Joana Falxa, la jurisprudence de la Cour européenne ne prévoit pas l'application de l'article 6 de la Convention et des garanties du procès équitable inclus dans celui-ci à l'égard des procédures disciplinaires en prison. L'exception ne vient que des

cas d'ingérence dans un droit civil (la limitation de ce dernier). Dans le cas donné, l'article 6 devrait être appliqué, mais seulement par son paragraphe 1 dans le volet civil, les autres garanties importantes propres au procès équitable dans le volet pénal n'étant pas appliquées. Cependant, à son avis, on peut vaguement entrevoir au futur l'application des garanties prévues par d'autres parties de cet article²¹⁴.

L'engagement de la responsabilité disciplinaire signifierait, à notre avis, l'application des limitations des droits dans la plupart des cas. La limitation du droit pourrait déjà exister (interdiction de fumer en cellule, interdiction des jurons), mais son expression pratique consisterait justement dans l'application de la responsabilité. C'est pourquoi la mise en œuvre des garanties d'après l'article 6 de la Convention devrait être logiquement complétée par l'application des garanties des clauses limitatives de la Convention.

Par exemple, le fait de placer le détenu en cellule disciplinaire pour avoir enfreint l'interdiction de dire des obscénités nécessite de savoir si une telle restriction serait justifiée à la lumière de l'article 6 de la Convention et de l'article 10 (liberté d'expression). La jurisprudence de la CEDH confirme l'approche selon laquelle elle considère l'application de la responsabilité disciplinaire aux détenus comme forme de limitation du droit²¹⁵. Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Buglov contre Ukraine*, la Cour dénote l'excès de restriction se traduisant par le placement dans la cellule disciplinaire pour dix jours à cause d'une infraction insignifiante au régime²¹⁶. Dans l'affaire *Shahanov et Palfreeman contre la Bulgarie* la Cour signifie sans ambiguïté que l'application de la sanction disciplinaire à la suite des plaintes des détenus "était une interférence dans le droit des requérants à la liberté d'expression"²¹⁷, elle était donc une limitation de ce droit.

Il apparaît ainsi que l'analyse des restrictions du droit dans un lien étroit avec la responsabilité disciplinaire constitue une base méthodologique très importante. Tout ceci nous amène à l'idée que l'étude des thèmes portant sur l'essence des restrictions des droits des détenus revêt une grande importance pour l'exploration de la question de la responsabilité disciplinaire. Les fondements théoriques des restrictions des droits dépendent de la compréhension des raisons de l'application de cette responsabilité.

²¹⁴ Falxa J., *Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Thèse, Pau, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014, p. 652.

²¹⁵ *Shahanov et Palfreeman c. Bulgarie* § 54 (n° 35365/12 et 69125/12, 21.07. 2016), *Marin Kostov c. Bulgarie* § 42 (n° 13801/07, 24.10.2012), *Yankov c. Bulgarie* § 126 (n° 39084/97, 11.12.2003), *Puzinas c. Lituanie* (n° 2) § 30 (n° 63767/00, 09.01.2007).

²¹⁶ *Buglov c. Ukraine* § 138 (n° 28825/02, 10.07.2014).

²¹⁷ *Shahanov et Palfreeman c. Bulgarie* § 54.

En conclusion, la limitation du droit peut consister tant en l'interdiction de certains actes par l'instauration de la responsabilité pour de tels actes ou par son application pratique. Le premier cas signifie la limitation normative (interdiction dans la loi), alors que le second concerne la limitation dans l'application de la loi (application de la responsabilité). Il s'agit donc de deux formes des limitations : normative et pratique.

De plus, au vu ce contexte, les restrictions par l'application de la responsabilité peuvent être considérées comme étant à caractère rétrospectif et prospectif. Elles sont distinguées par Eric Heinze: dans le cas où la personne commet des actes interdits et subit plus tard une peine, il s'agit d'une restriction; la restriction a lieu aussi lorsque le sujet s'abstient d'un acte sous peine d'être puni²¹⁸.

1.2.2. Formes des limitations pratiques

Nous venons d'illustrer ci-dessus essentiellement des formes de restrictions de droits dans la législation (formes normatives). Or, les détenus peuvent subir ce qui est appelé restrictions d'application de la loi ou restrictions pratiques²¹⁹. Celles-ci consistent en un rétrécissement du contenu et de l'étendue des droits existants des détenus qui se trouve soumis au pouvoir discrétionnaire de l'administration pénitentiaire. La discrétion a lieu là où le droit du détenu dépend de l'administration²²⁰. En décidant ainsi d'user ou non de ses compétences discrétionnaires en matière de limitation de droits, l'administration tranche la question de la mise en place d'une restriction d'application de la loi.

Les formes des limitations pratiques dépendent des formes des compétences discrétionnaires dont est nanti le personnel pénitentiaire. C'est ainsi que le droit de contrôler la correspondance peut être exercé à la discrétion de l'administration. Ce contrôle sera une limitation du droit. Les sanctions disciplinaires appliquées au détenu peuvent être également considérées comme étant des limitations du droit, leur application pouvant être justifiée ou non. La justification de la limitation dépendra du fait si la procédure de l'application de restriction est observée et si la restriction en elle-même est proportionnelle.

²¹⁸ Heinze E., *The Logic of Constitutional Rights*, Surrey, Ashgate Publishing Company, 2005, p. 20.

²¹⁹ Voir 1.3.1 "Classification en fonction de l'application selon la discrétion".

²²⁰ Guastadini C., *Droit pénal et droits de l'Homme. La dignité en prison : genèse et avènement*, Paris, Editions Buenos Books International, 2010, p. 68.

Les limitations pratiques peuvent se traduire par des actes contraires aux limitations législatives (normatives). Si, par exemple, la loi accorde à la personne le droit aux communications téléphoniques à une fréquence définie, leur interdiction serait une limitation du droit. Tout comme, par exemple, l'interdiction de conserver des livres en l'absence de raisons légales appropriées constituerait une forme de limitation du droit. C'est-à-dire que l'application des restrictions en l'absence de cadre législatif approprié ou outrepassant celui-ci sera toujours considérée comme limitation du droit. Selon que la limitation fût légale ou non, il s'agira de limitations justifiées et non justifiées.

Une certaine ressemblance peut être constatée entre les formes des limitations de droits normatives et d'application de la loi. Aussi bien l'instauration de la responsabilité que celle de l'interdiction ou d'autres formes de limitations normatives déjà citées peuvent se concevoir, non seulement comme formes de restrictions normatives, mais aussi comme formes de limitations en application de la loi. L'emploi des méthodes, statique et dynamique, d'identification du mode d'instauration de la limitation²²¹ convient parfaitement aux limitations en application de la loi.

La méthode dynamique sera utilisée, par exemple, en comparant les possibilités ordinaires du détenu avec son statut après l'usage par l'administration de ses compétences discrétionnaires.

La méthode statique pourra être utilisée en comparant les possibilités du détenu après la mise en oeuvre par l'administration de ses compétences discrétionnaires en matière d'instauration des restrictions avec les possibilités des personnes libres. La méthode statique convient par le fait que la comparaison du statut du détenu et de la personne libre se fait non pas *de jure*, mais *de facto*. Est prise en compte, non pas la différence nominale entre le statut juridique des détenus et des personnes libres tel qu'il devrait être d'après la loi, mais la situation réelle du détenu du fait de l'application par l'administration pénitentiaire de ses compétences discrétionnaires par rapport au droit juridique des personnes libres en pratique. Ceci permettrait de ne pas perdre de vue les limitations illégitimes.

Le thème des limitations pratiques est non moins important que celui des limitations normatives. La plupart des limitations injustifiées sont instaurées du fait de leur application par l'administration pénitentiaire, souvent contrairement à la loi, mais plus fréquemment dans le cadre de la discrétion accordée par la loi. Cela ne signifie pourtant pas, par exemple, que l'application de la limitation en vertu de la loi serait proportionnelle au regard de la

²²¹ Voir *supra*.

Convention. Il en résulte que l'application de la limitation même en vertu des normes de la loi nationale peut être injustifiée.

Un exemple d'application des limitations pratiques est donné par les sanctions disciplinaires. Deux situations sont à distinguer: a) application des sanctions en vertu des normes de la loi. Il s'agit alors de la limitation normative (interdiction, obligation dans la loi), qui est mise en oeuvre par la limitation pratiques (poursuites en responsabilité); b) application illégitime des sanctions à cause de l'absence de raisons ou application de sanctions non prévues (ou excessives). Dans ce dernier cas, il s'agit de limitation du droit, mais celle-ci ne serait pas qualifiée comme justifiée, car l'une des marques nécessaires du caractère justifié de la limitation consiste dans son application sur la base de normes juridiques. Le caractère non justifié de la limitation du droit signifierait la violation de ce droit.

Conclusion du chapitre 1.2

Il existe deux procédés logiques pour établir l'application d'une restriction au détenu: 1) comparaison des possibilités du détenu "avant" et "après" l'application de la mesure dont le caractère limitatif est à établir (approche dynamique). La mesure en question pourrait porter, par exemple, sur des changements de la législation; 2) comparaison du statut du détenu avec le statut juridique général des personnes libres (approche statique). Il peut s'agir, dans ce cas, de comparer les possibilités de la personne des deux côtés des barreaux, ce, tant *de jure* (limitations normatives) que *de facto* (limitations en application de la loi).

Nous dégageons les formes suivantes des limitations normatives des droits (celles qui sont objectivées dans la législation):

1) La privation du droit subjectif. La privation d'un droit représente en fait la limitation du droit "à zéro". Il s'agit ainsi de la limitation maximale du droit;

2) L'interdiction. L'interdiction en tant que limitation se manifeste en cas d'emploi de l'approche statique, à savoir la comparaison de ce qui est interdit aux personnes libres et aux détenus. Au cas où une interdiction existe pour les détenus et non pour les personnes libres, cette interdiction constitue une limitation du droit. La même chose s'observe en cas d'emploi de l'approche dynamique, lorsque la limitation du droit se produit du fait d'un texte normatif qui crée une nouvelle interdiction. La limitation peut avoir lieu aussi lorsqu'une interdiction est remplacée par une autre et que cette dernière est plus sévère que la précédente;

3) L'obligation. Toute instauration d'obligation pour les détenus du fait de leur statut juridique spécial constitue une restriction du droit. Une obligation limite toujours un droit subjectif ou un autre. L'obligation se trouve dans un rapport étroit avec l'interdiction, l'obligation passive offrant l'exemple classique d'interdiction inhérente (la personne est obligée de ne pas réaliser certains actes). L'obligation active pourrait être interprétée comme interdiction de ne pas faire certains actes;

4) Les droits subjectifs spécifiques. La possibilité de reconnaître les droits spécifiques comme étant des limitations fait l'objet d'un débat. Compte tenu de cette circonstance, la réponse à cette question sera donnée selon le caractère du droit spécial dont il s'agit. Nous proposons de classer les droits spécifiques en droits spécifiques résiduels et droits spécifiques complémentaires. Les droits spécifiques résiduels constitueront toujours des limitations, parce qu'ils représentent une copie "entamée" ou "réduite" du droit des citoyens libres. C'est ainsi

que le droit de disposer de son temps est un droit tronqué, puisque les détenus n'ont qu'un droit spécifique: disposer de leur temps en accord avec les horaires du jour dans lesquels des heures libres sont prévues. Quant au droit spécifique complémentaire, il est douteux qu'il puisse être qualifié de limitation. C'est que le droit à la nourriture, à l'habitation et à l'habillement est juridiquement garanti dans le contexte pénitentiaire, même en cas de pénurie de ressources. Les citoyens libres n'ont pas ce droit, bien que certaines catégories d'entre eux puissent bénéficier d'une assistance de ce genre de la part de l'État. Toutefois, selon le type de la réglementation juridique (est autorisé tout ce qui n'est pas interdit ou inversement) et le mode d'analyse choisi (dynamique ou statique), cette conclusion pourrait changer.

La division des droits spécifiques en droits résiduels et droits complémentaires dépend de l'importance du rapport du droit spécifique du détenu avec tel droit spécifique de la personne libre. Cette division est assez conventionnelle et dépend de la conception de la nature juridique du droit spécifique;

5) L'instauration de la responsabilité spécifique. En ce qui concerne les détenus, cette responsabilité ne se rencontre pas d'habitude "à l'état pur". Les détenus ne répondent généralement des actes qui sont réguliers pour les citoyens libres que dans les cas où il existe une interdiction spéciale ou une obligation spécifique qui est elle-même une forme de restrictions de droits. Les cas où la responsabilité spécifique existe sans l'interdiction ou sans l'obligation instaurées directement sont peu nombreux dans la législation pénitentiaire, bien que pouvant exister. En tous état de cause, l'interdiction (ou l'obligation) découle de cette responsabilité. Il est certain que l'instauration de la responsabilité pour les actes qui n'entraînent pas la responsabilité pour les citoyens libres devrait être qualifiée de restriction. De même, il est à considérer comme restriction, l'application pour certains actes d'une responsabilité plus sévère que pour les personnes libres. La responsabilité disciplinaire peut être considérée également comme restriction. Les raisons et les caractéristiques de cette responsabilité permettent de statuer sur la présence de restrictions de droits.

Les formes susmentionnées de restrictions concernent les limitations pratiques qui consistent en un rétrécissement du contenu et de l'ampleur des droits des détenus, ce, du fait du recours de l'administration pénitentiaire à ses compétences discrétionnaires. Cette limitation peut être légale comme elle pourrait être illégale. Les cinq formes des limitations normatives présentées ci-dessus conviennent pour les limitations pratiques compte tenu de sa spécificité. Pour pouvoir identifier les formes des limitations pratiques tout comme pour identifier les formes normatives des restrictions, les méthodes statique et dynamique peuvent

servir, une importance particulière étant dévolue à leur emploi à la situation *de facto*, puisqu'il peut s'agir de restrictions illégales.

1.3. Classification des limitations des droits

Bien que le thème des limitations des droits des détenus se trouve au cœur des thèmes du droit pénitentiaire, leur classification intégrale n'était pas réalisée jusqu'à ce jour. Il est vrai que les spécialistes du droit pénitentiaire en avaient fait des tentatives. Il se bornaient le plus souvent à l'un des critères de division. Le principal intérêt ne se concentrait pas sur les restrictions de droits en tant que catégorie particulière à étudier, mais sur les aspects discutables des classifications possibles.

Notre objectif vise non seulement à essayer de reproduire le débat des auteurs, mais aussi à émettre des observations et à proposer des critères nouveaux de classification. Ceci permettrait d'examiner, sous tous leurs aspects et en profondeur, les restrictions des droits des détenus en tant que catégorie juridique, ainsi que de comprendre leurs particularités par rapport aux limitations des droits des personnes libres.

Les critères suivants sont proposés pour la classification des limitations: a) selon l'existence de la discrétion dans leur application; b) selon l'origine.

1.3.1. Classification en fonction de l'application selon la discrétion

En étudiant la littérature juridique, le constat est fait qu'elle ne comporte pas toujours la classification, pourtant très importante pour comprendre la nature juridique des limitations, selon l'usage de la discrétion pour leur application. D'après ce critère, elles devraient être classées en limitations normatives (automatiques) et limitations pratiques (facultatives).

À notre étonnement, une telle classification, il nous semble, n'est pas effectuée dans les écrits analysant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme bien que la Cour soit confrontée en permanence à ces deux types de limitations. La classification proposée part de l'idée que certaines limitations sont fixées dans la législation et s'appliquent à tous les sujets des rapports de droit (limitations normatives ou automatiques), alors que d'autres sont appliquées à la discrétion du sujet d'application de la loi (limitations pratiques ou facultatives).

La distinction entre ces deux types de limitations consiste en ce qui suit. Tout d'abord, les limitations normatives sont fixées dans la législation sous un aspect précis ce qui veut dire que leur contenu reste inchangé lors de l'application visant à régler les rapports de droit. Ensuite, elles s'appliquent de manière automatique dans les cas visés par la norme, ce qui n'admet pas la discrétion.

A la différence des limitations normatives, les limitations pratiques ne sont pas définies clairement dans la loi et s'appliquent de façon individuelle. Cela signifie que l'application d'une limitation de droit n'est pas automatique et demeure en totalité ou en partie à la discrétion de l'autorité appliquant la loi, celle-ci décidant à sa discrétion aussi de l'ampleur voire du type de la limitation.

Un exemple du premier type de limitation est fourni par l'interdiction faite aux personnes détenues de consommer des boissons alcoolisées, des stupéfiants, des substances psychotropes ou similaires ainsi que d'autres substances narcotiques (art. 107, 4^e al., du CEP ukrainien) ou l'interdiction d'accéder aux façades et aux toits de l'établissement ainsi qu'aux chemins de ronde ou aux zones neutres (art. 7.V du Règlement intérieur type français). Ces règles n'admettent aucune discrétion de l'administration pénitentiaire.

Un exemple du deuxième type de limitation consiste dans le placement du détenu dans la cellule disciplinaire, cette sanction pouvant entraîner nombre d'autres limitations. De plus, le placement en cellule disciplinaire constitue une restriction complémentaire de la liberté de circulation, c'est-à-dire une sorte de "supplément" à la limitation du droit à la liberté de circulation. La possibilité d'appliquer cet ensemble de restrictions de droits dépend donc des compétences discrétionnaires de l'administration pénitentiaire.

Les distinctions citées ne signifient pas que l'application des limitations facultatives s'effectue sans les justifications normatives. Comme toute autre restriction de droit, elle doit être justifiée et se fonder sur les fondements fixés par la loi. Au cas où cette limitation ne serait pas conforme à la loi, elle serait non justifiée.

Un autre exemple de limitation facultative de droits est donné par l'application du contrôle sélectif du courrier, qui ne peut être appliqué que dans des cas précis de soupçons fondés concernant la menace éventuelle à la sécurité et à l'ordre dans l'établissement ou à la réinsertion (art. 40 de la Loi pénitentiaire 2009)²²². Un exemple de plus s'exprime par la règle 25.5 du Règlement intérieur des établissements pénitentiaires ukrainien en vertu de laquelle,

²²² L'Ukraine pratique toujours le contrôle automatique (de fait la censure) du courrier entrant et sortant des condamnés (art. 113 du CEP ukrainien).

en l'absence du directeur de l'établissement et dans l'impossibilité de remédier à un crime ou à une faute grave par d'autres mesures, les détenus peuvent être placés en cellule disciplinaire avant l'arrivée du directeur ou de la personne qui le remplace, mais pour un délai ne dépassant pas 48 heures.

Dans la plupart des cas, les restrictions mentionnées n'existent pas à l'état pur et elles contiennent des éléments des restrictions du type opposé. Les limitations normatives peuvent admettre un certain niveau de discrétion, alors que les limitations pratiques peuvent avoir des limites définies à l'avance.

C'est ainsi que les limitations pratiques telles que le placement en cellule disciplinaire, sont applicables pour une durée allant à vingt jours (art. R57-7-47 du CPP français), la privation ou la restriction d'activités culturelles, sportives et de loisirs peuvent durer au maximum huit jours, tandis que la privation de la faculté d'effectuer en cantine tout achat autre que celui de produits d'hygiène et du nécessaire de correspondance (art. R57-7-35 du CPP français) peut être prononcée une période maximum de quinze jours. C'est dire que l'importance et la possibilité d'application de ces limitations comportent des limites également fixées par la loi.

Certaines restrictions automatiques de droit peuvent, pour leur part, se combiner avec les limitations en application de la loi. L'art. 114 du CEP de l'Ukraine établit le droit inconditionnel des condamnés de recevoir et d'envoyer des mandats postaux à des parents uniquement. Toutefois, l'administration de la prison **peut** autoriser à recevoir et à envoyer des mandats à d'autres personnes. Cela signifie qu'en règle générale, il est interdit d'envoyer ou de recevoir des mandats à toutes les personnes, sauf les parents, mais que cette interdiction peut être abolie concernant une personne déterminée, ce, à la discrétion de l'administration de la colonie. D'autre part, le sujet d'application de la loi est limité dans la réduction de l'ampleur des restrictions de droits existantes, comme c'est le cas de la mesure de stimulation prévoyant l'autorisation d'une visite complémentaire de courte ou de longue durée, car elle ne peut être autorisée qu'une fois par an (art. 131, 4^e al., du CEP).

Conclusion du sous-chapitre 1.3.1

Pour pouvoir diviser les restrictions en limitations normatives et limitations pratiques, il est nécessaire de savoir si l'autorité publique dispose de compétences discrétionnaires dans l'application des limitations ou si ces limitations sont appliquées de manière automatique. Les

limitations normatives indiquent le contenu concret et l'ampleur de la limitation à appliquer (par exemple l'interdiction de consommer les boissons alcoolisées) et excluent la possibilité de leur changement par l'autorité qui les applique. Les limitations pratiques sont appliquées par le personnel pénitentiaire à leur discrétion conformément à la loi (fixation de la durée de séjour en cellule disciplinaire) ou même contrairement à la loi (placement en cellule disciplinaire en l'absence de raisons suffisantes ou pour une durée excessive).

1.3.2. Classification selon l'origine de la limitation. Restrictions de droits découlant de l'incarcération

En fonction de l'origine des limitations, il convient de distinguer: a) les restrictions juridiques; б) les restrictions de fait ou factuelles (découlant de l'incarcération du détenu).

Les restrictions juridiques sont fixées dans la loi. Elles sont objectivées dans l'une des formes évoquées des limitations des droits.

Les restrictions de fait ne sont pas fixées dans la loi²²³. Elles "existent de façon objective" même si elle ne sont pas déterminées par la loi. Ces restrictions sont qualifiées aussi de limitations découlant de l'incarcération, objectives ou inévitables dans la détention. La conception de la nature juridique de ces limitations concerne directement le statut juridique des détenus, de l'ampleur de leur peine.

La doctrine du droit pénitentiaire n'a point à ce jour d'élaboration théorique susceptible d'aider à comprendre l'incarcération en tant que source de restrictions de droits. Par contre, l'idée des restrictions découlant de l'incarcération est perçue de manière tout à fait positive et elle est considérée comme une norme facilitant la défense des droits des détenus. Cette conception est présente non seulement en Ukraine, mais aussi à l'étranger et au niveau international.

Pourtant, il est difficile de trouver aujourd'hui la réponse à la question de savoir comment comprendre le caractère "inévitable" des restrictions de droits en raison de l'incarcération et quels sont les droits qui ne peuvent pas et qui peuvent être exercés dans les établissements pénitentiaires. La littérature ne comporte pas non plus de considérations

²²³ Cela ne veut pas dire que la mention sur l'admissibilité de restrictions de fait ne peut pas être formulée dans la loi. Dans ce cas-là, le rôle des restrictions de fait devient plus important que lorsqu'elles sont reconnues au niveau doctrinal.

relatives à la variation de la conception du potentiel restrictif de l'incarcération en fonction des conditions historiques et politiques.

Pour mieux comprendre le sens des restrictions de fait, prenons l'exemple déjà cité de la maison. Le détenu peut être propriétaire d'un bien immobilier en tant que résidence principale. Il peut en disposer en la vendant, en la donnant, en l'échangeant sans pouvoir en jouir du fait qu'il soit emprisonné. Cela signifie la perte de l'une des prérogatives dont se compose le droit de propriété (possession, disposition et jouissance), à savoir la possibilité d'utiliser sa propre chose. Il y a ainsi restriction du droit, puisque, comme il a été déjà dit, la perte ne portant que sur une seule prérogative est à considérer comme limitation du droit.

L'originalité des restrictions de fait consiste en ce, qu'à la différence de leur contraire, les restrictions juridiques, ne sont pas directement instituées par la loi. Le détenu est privé de tels ou tels biens, il est limité dans ses droits, néanmoins ceci n'est pas directement déterminé par la loi. C'est ainsi qu'aucune norme juridique ne dit que le détenu se voit interdire l'utilisation de sa propre habitation en dehors de la prison. Ceci découle en fait de l'interdiction de quitter la prison fixée par le Code pénal, c'est-à-dire de la limitation de sa liberté de circulation, par le fait de l'incarcération.

L'idée des restrictions de fait sert de référence aux normes internationales relatives aux limites des droits des détenus²²⁴. En dépit du fait qu'elle soit apparue dès le milieu du XXème siècle, elle ne fût consacrée pour la première fois, semble-t-il, au plan juridique que dans les Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus (adoptés par la Résolution 45/111 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1990), dont le par. 5 dispose que sauf pour ce qui est des limitations qui sont évidemment *rendues nécessaires par leur incarcération* (souligné par nous – N.D.L.A.), tous les détenus doivent continuer à jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, le Pacte international relatifs aux droits civils et politiques et le protocole qui l'accompagne, ainsi que de tous les autres droits énoncés dans d'autres pactes des Nations Unies.

Cette idée fût assez populaire, témoin le fait qu'elle fut plus tard examinée par le Comité des Nations Unies des droits de l'homme en tant que composante de l'article 10, 1^{er} al., du Pacte international relatifs aux droits civils et politique, lequel stipule que toute personne

²²⁴ Coyle A., *The Treatment of Prisoners: International Standards and Case Law*, Legal and Criminological Psychology, 2008, n° 13, p. 219.

privée de sa liberté doit être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. L'idée se confirme au par. 3 de l'Observation générale à l'article 10 du Pacte élaborée par le Comité des droits de l'homme, qui souligne que les personnes privées de leur liberté "ne doivent pas subir de privation ou de contrainte autre que celles qui sont inhérentes à la privation de liberté", et aussi: "Les personnes privées de leur liberté jouissent de tous les droits énoncés dans le Pacte, sous réserve des restrictions inhérentes à un milieu fermé"²²⁵.

Ainsi a été formulé le principe qui consistait dans la présomption de la jouissance par les détenus de tous les droits prévus pour les autres citoyens, à l'exception des limitations découlant de l'emprisonnement (de l'incarcération). Cela signifie, en même temps, non seulement l'enracinement de l'idée des restrictions de fait, mais aussi la formulation de l'exigence à l'égard de toutes les limitations de droits juridiques existantes, c'est-à-dire celles qui sont fixées dans la loi. Nous notamment sommes d'avis que cette exigence vise à ce que toutes les limitations de droits auxquelles sont soumis les détenus devraient être mesurées à l'aune de leur inhérence à la privation de liberté ou bien, en reprenant les formules des auteurs de l'Observation générale du fait "qu'elles sont inhérentes à un milieu fermé". En conséquence, telle limitation juridique qui ne relève pas du fait d'emprisonnement ne devrait pas être jugée comme justifiée.

Il convient de noter que l'idée des restrictions de fait est complétée par la mention de l'admissibilité des limitations aux fins de sécurité et de l'ordre en plus de celles qui sont inhérentes à l'emprisonnement. Il est pourtant pertinent de se demander s'il est possible d'entendre par limitations instaurées aux fins de sécurité les limitations inhérentes au milieu fermé, car ce dernier nécessite d'assurer la sécurité ? Nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'un autre aspect de la "détermination" des limitations par l'incarcération²²⁶. Cette "détermination" découle non seulement de la limitation du mouvement, mais aussi de la nécessité d'ordonner la cohabitation dans un tel établissement, ce qui entraîne nécessairement la restriction de certains droits.

²²⁵ Observation générale no 21: Article 10 (Droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité). Quarante quatrième session (1992), disponible sur : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en (останній доступ 26.07. 2016)

²²⁶ Ce point de vue semble être reconnu par la CEDH qui indique que la justification des restrictions des droits des détenus peut s'appuyer par exemple sur des considérations de sécurité qui découlent nécessairement des conditions d'incarcération. Il peut s'agir notamment de prévenir des infractions ou des troubles comme considération inévitable dans les circonstances de l'emprisonnement (Gulmez c. Turquie § 46 (n° 16330/02, 20.05.2008)).

L'idée des limitations a pu être intégrée à la jurisprudence d'application de la Convention du Conseil de l'Europe. Au départ, l'argument des limitations inhérentes à l'incarcération servait en effet à justifier l'inapplication de la Convention pour la défense des détenus²²⁷.

Des analystes de la Convention et de la jurisprudence de la Cour estiment que malgré l'incorporation dans la Convention d'une liste exhaustive des raisons permettant de restreindre les droits qu'elle contient (par exemple la prévention des troubles ou des crimes, la protection de la santé ou de la morale), celle-ci admet en outre des restrictions qui constituent les conséquences inévitables de l'emprisonnement²²⁸. Il est indiqué par ailleurs que l'État n'en doit pas moins justifier la nécessité et la proportionnalité de ces restrictions et les consacrer clairement dans le droit national²²⁹. Il importe d'insister sur cette évolution de l'idée des restrictions de fait: tout en admettant l'application de restrictions de droits résultant de l'incarcération la nécessité est soulignée par leur justification. C'est-à-dire que toute restriction de fait doit être rapprochée des objectifs admissibles justifiés formulés dans la Convention.

Dans nombre de ses arrêts, la CEDH évoque les restrictions dites inhérentes à la privation de liberté en entendant par là les limitations découlant de la mise en détention. C'est ainsi que, dans son arrêt rendu dans l'affaire *Dickson contre le Royaume-Uni*, la Cour indique au par. 27 que "toute mesure de privation de liberté a par définition un impact sur les circonstances ordinaires de la vie en liberté et entraîne inévitablement des limitations et un certain frein à l'exercice des droits consacrés par la Convention [...]"²³⁰. L'arrêt de la Grande Chambre rendu dans la même affaire déclare au par. 68: "les personnes en détention conservent leurs droits garantis par la Convention, de sorte que toute restriction à ces droits doit être justifiée dans une affaire donnée. Cette justification peut tenir notamment aux conséquences nécessaires et inévitables de la détention [...]"²³¹.

Le par. 2 du Commentaire aux Règles pénitentiaires européennes, développé par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, rappelle que la privation de liberté ne signifie

²²⁷ Pour plus de détails voir 2.2.1.1.1 "Évolution de la doctrine des limitations inhérentes à l'incarcération".

²²⁸ Fitzgerald E., *Case Law Under the European Convention of Human Rights Human Rights, The Professional Training of Prison Officials: Proceedings, Seminar, Strasbourg, 7-9 July 1993*, Human Rights Information Centre. Orientation Committee, Strasbourg, Council of Europe, 1995, p. 10.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ *Dickson c. Royaume-Uni* (n° 44362/04, 18.04.2006).

²³¹ *Dickson c. Royaume-Uni* (GC) (n° 44362/04, 02.12.2007).

pas que les détenus soient dépossédés de façon automatique de leurs droits politiques, civils, sociaux, économiques et culturels²³². Les droits des détenus sont nécessairement limités par leur perte de liberté, mais le nombre de ces limitations doit être le plus faible possible²³³.

Les spécialistes soviétiques eurent à traiter de questions semblables²³⁴. En 1960, les auteurs du manuel du droit correctionnel soviétique indiquaient que la privation de liberté ajoutait des "particularités spécifiques à l'exercice effectif par les détenus de leurs obligations et droits"²³⁵. Cette thèse devait être développée dans l'assertion que les détenus étaient privés de jouir d'un droit ou d'un autre du fait de la privation de liberté²³⁶.

A.A. Beliaev modifiait quelque peu cette idée en notant que "Bénéficiant des droits et obligations des citoyens de l'URSS, les détenus sont limités dans leur jouissance" en citant, à titre d'exemple, le fait que le détenu ne peut pas exercer le droit de la liberté d'association et de manifestation, celui d'être mandataire de pouvoir (au titre d'un contrat civil – N.D.L.A.)²³⁷. Dans son étude du statut civil des détenus et de la réalisation de leurs droits civil, O.S. Ioffe indiquait que les limites de l'impact direct de la privation de liberté sont clairement exprimées dans la notion même de privation de liberté, qui englobe la liberté de circulation, de résidence... qui fait partie de la capacité civile. En revanche, les limites de l'impact indirect ne sont pas définies dans la loi²³⁸.

Cette idée a été critiquée par le spécialiste soviétique éminent du droit correctionnel, N.A. Stroutchkov, qui a montré que de telles conceptions font penser que ce n'est pas

²³² Commentary to Recommendation REC (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules, disponible sur: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/E%20commentary%20to%20the%20EPR.pdf> (останний доступ 20.06.2016).

²³³ Ibid.

²³⁴ En ce qui concerne la France nous faisons une analyse détaillée sur le même sujet dans le chapitre 3.1.3.2. « Le détenu n'est privé que de la liberté "d'aller et venir" ».

²³⁵ Droit correctionnel soviétique: manuel, Ibid, p. 109.

²³⁶ Droit correctionnel soviétique: manuel, Ibid, p. 109, 110); Ширвиндт Е.Г., Утевский Б.С. Советское исправительно-трудовое право. – М., 1957. – С.83-84 (Chirvindt E.G., Outevski B.S., Droit correctionnel soviétique, Moscou, 1957, p. 83-84); Рагулин Г.И. Правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. Учебное пособие. – М., 1958. – С. 7 (Ragouline G.I., Statut juridique des détenus dans les établissements correctionnels. Manuel, Moscou, 1958, p. 7). Des idées assez originales sur la nature des restrictions de fait apparaissaient aussi dans la littérature. Elles étaient désignées comme limitations que le citoyen subit "du fait de l'exécution de la peine", une partie de ces limitations étant nées du fait de l'incarcération (Наташев А.Е., Стручков Н.А. Основы теории исправительно-трудового права. – М., 1967. – С. 19; Natachev A.E., Stroutchkov N.A., Principes de la théorie du droit correctionnel, Moscou, 1967, p. 19).

²³⁷ Beliaev A.A., Ibid, 1976, p. 14.

²³⁸ Иоффе О.С. Гражданско-правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. – М., 1959. – С. 14 (Ioffe O.S., Statut civil des détenus dans les établissements correctionnels, Moscou, 1959, p. 14). Il s'agit justement des restrictions de droits de fait (N.D.L.A.).

l'étendue des droits et obligations du détenu qui influe sur son statut juridique, mais le fait d'être privé de liberté. Il ironisait à ce propos: "L'impossibilité pour le détenu de vivre dans sa maison ne résulte pas de l'interdiction par l'administration de la prison de partir chez lui, mais de son obligation d'y séjourner à titre permanent"²³⁹.

I.V. Shmarov défendait une position semblable à celle que critiquait N.A. Stroutchkov. Il écrivait notamment: "Le fait de priver le citoyen d'un de ses droits subjectifs principaux, la liberté, entraîne la restriction de l'ensemble des valeurs sociales et des biens les plus importants pour elle: la liberté de circulation, la liberté de communication, les liens sociaux, les possibilités de disposer de beaucoup de droits subjectifs importants. C'est pourquoi la privation de liberté par rapport à la société devrait être considérée comme un ensemble de restrictions de droits étant donné que la privation ou le rétrécissement de l'ampleur des droits résultent justement de cette privation"²⁴⁰. Il était admis que l'incarcération comprenait tout un complexe de restrictions de droits politiques, socio-économiques et individuels des personnes détenues²⁴¹.

Cette position subit, à son tour, des critiques sérieuses, émises cette fois par V.I. Seliverstov dans son ouvrage connu dans les pays post-soviétiques "Problèmes théoriques de la situation juridique des personnes purgeant leur peine" (1992). Parmi les objectifs de son étude, il citait la nécessité de résoudre les doutes existant à propos de la conception de l'incarcération comme interdiction universelle, qui fait naître tout un nombre de limitations des droits des détenus. Cette question se fondait, de l'avis de l'auteur, sur le fait que le législateur de l'époque renonçait progressivement à l'incarcération en tant que source de restrictions factuelles des droits des personnes détenues en les remplaçant dans la catégorie des restrictions juridiques²⁴².

Ce chercheur observait avec pertinence que le choix d'écarter le détenu de la société, en tant que restriction générale de droit, était une mesure mal inspirée, parce que le contenu de la séparation n'était pas défini dans la législation pénale et correctionnelle et qu'il était

²³⁹ Stroutchkov N.A., Ibid, 1984, p. 181-182 ; Natachev A.E., Stroutchkov N.A., Ibid, p. 121.

²⁴⁰ Уголовно-исполнительное право. Учебник / Под ред. проф. И.В. Шмарова. – М.: Издательство БЕК, 1996. – С. 76 (Droit d'exécution des peines. Manuel/Sous la dir. du prof. I.V. Chmarov, Moscou, Editions BEK, 1996, p. 76).

²⁴¹ Советское исправительно-трудовое право. Общая часть: Учебник для слушателей вузов МВД СССР / Артамонов В.П., Васильев А.И., Мелентьев М.П., Наташев А.Е., и др.; Под ред.: Мелентьев М.П., Стручков Н.А., Шмаров И.В. – Рязань: Изд-во РВИИ МВД СССР, 1987. – С. 252 (Droit correctionnel soviétique. Partie générale: Manuel pour les écoles du MI de l'URSS/Artamonov V.P., Vassiliev A.I., Melentiev M.P., Natachev A.E. et al.; sous la dir.: Melentiev M.P., Stroutchkov N.A., Chmarov I.V., Riazan, Editions RVCh MI de l'URSS, 1987, p. 252.

²⁴² Seliverstov V.I., Ibid, p. 18.

interprété de manières différentes dans la doctrine. Etant donné cette variété de conceptions de l'incarcération, il est difficile de se prononcer sur sa notion. Malgré le fait que l'incarcération existe comme l'une des exigences du régime des établissements correctionnels, elle se présente plutôt comme un phénomène scientifique et théorique et non comme phénomène juridique. Aussi, le soutien de la position disant que l'incarcération constitue la source des restrictions de fait est-il l'une des conditions de la contravention à la légalité dans l'application de la loi et dans l'activité législative²⁴³. Cela résulte du fait, selon V.I. Seliverstov, que puisque le phénomène de privation de liberté (ou d'incarcération) n'est pas défini, il ne peut pas être source de restrictions de droit, parce que ceci ne permet pas d'établir la liste exhaustive des restrictions des droits imposées aux personnes privées de libertés, ce qui signifie en fait "l'érosion de leur statut juridique".

D'autre part, l'orientation aux restrictions de droits qui ne sont pas définies par la loi (qui découlent du fait d'incarcération – N.D.L.A.) ouvre la voie aux abus de pouvoirs de la part de l'administration pénitentiaire²⁴⁴. Il est difficile d'en comprendre les raisons, mais la position de principe de l'auteur concernant la "nocivité" de l'idée des restrictions de fait et la nécessité de juridiciser les restrictions (en démontrant l'origine juridique et non "factuelle" des restrictions) s'est mue en une position contraire selon laquelle l'incarcération devrait être considéré comme un complexe de restrictions de droits et que celles-ci en découlent, c'est-à-dire que l'incarcération est la source des restrictions de fait²⁴⁵.

La question portant sur la provenance possible des restrictions découlant de fait était étudiée aussi par F.R. Soundourov. Il se demandait notamment si les restrictions des droits ayant lieu dans les établissements correctionnels étaient génétiquement propres à la privation de liberté ou si elles n'étaient qu'une sorte de "complément" à la séparation du monde extérieur en tant qu'élément principal de ce type de peine. L'auteur doutait de pouvoir trouver une réponse univalente à cette question. La limitation de certains besoins et droits du détenu constitue l'élément inaliénable de la privation de liberté (droit de circulation, choix du lieu de

²⁴³ Ibid, p. 114.

²⁴⁴ Ibid, p. 115.

²⁴⁵ Уголовно-исполнительное право: Учеб. для юрид. вузов / Под ред. д.ю.н. В.И. Селиверстова. 3-е изд., испр. и доп. – М.: Юриспруденция, 2002. – С. 55 (Droit correctionnel: Manuel pour écoles juridiques/Sous la dir. du docteur de droit V.I. Seliverstov. 3^e éd. revue et complétée, Moscou, Jurisprudentsia, 2002, p. 55).

résidence, libre communication...). Le renoncement à ces limitations risque de déformer le sens et l'application de ce type de peine ²⁴⁶.

A.L. Remenson estime, pour sa part, que la privation de liberté ne consiste pas uniquement dans le fait de l'incarcération (dans le sens de liberté d'aller et venir), mais aussi dans la privation d'autres droits²⁴⁷. Il aborda dans l'un de ses ouvrages, bien que de manière assez succincte, les problèmes des restrictions de fait, comme le demandaient les impératifs de l'époque. L'article 8 des Principes de la législation correctionnelle de l'Union Soviétique et des Républiques fédérées, qui définissait les fondements du statut juridique des personnes purgeant leur peine, contenait la catégorie des restrictions qui découlent du régime d'exécution de la peine. Il était souligné que "les personnes qui purgent la peine privative de liberté... assument les obligations et jouissent des droits établis par la législation pour les citoyens de l'URSS sous réserve des restrictions prévues par la loi pour les détenus et découlant de l'arrêt du tribunal et du régime fixé par les présents Principes et les Codes d'exécution des peines des Républiques fédérées pour l'exécution des peines de ce type". La tentative de définition des critères des limites du possible et, ce qui est encore plus difficile, de l'impact nécessaire du régime sur le statut juridique du détenu, s'avérait être trop compliquée et l'on peut dire effectivement qu'elle ne fut pas résolue par les théoriciens soviétiques du droit correctionnel. C'est peut-être la raison pour laquelle A.L. Remenson s'est borné à une liste de critères possibles pouvant servir à définir ces limites.

Il estimait que l'un des moyens de définir ces critères passait par la fixation dans la loi de la norme relative à l'admissibilité des restrictions de fait, par exemple une règle générale énonçant que les limitations portassent sur les droits et obligations dont le détenu ne pouvait pas disposer en fait (cette position était soutenue notamment par I. Nenov²⁴⁸). A l'opposé de cette position, celle de N.A. Stroutchkov, déjà citée, estimait qu'il était inadmissible que le citoyen disposât formellement de certains droits sans pouvoir en jouir en réalité.

²⁴⁶ Сундуров Ф.Р. Лишение свободы и социально-психологические предпосылки его эффективности. – Казань: Издательство Казанского университета, 1980. – С. 27 (Soudourov F.R., Privation de liberté et préalables socio-psychologique de son efficacité, Kazan, Editions de l'Université de Kazan, 1980, p. 27).

²⁴⁷ Ременсон А.Л. Некоторые вопросы правового положения осужденных, отбывающих уголовное наказание в виде лишения свободы // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью. – Томск: Изд-во Томского университета, 1979. – С. 30 (Remenson A.L., Certaines questions du statut juridique des condamnés purgeant la peine privative de liberté, Questions d'amélioration de l'efficacité de la lutte contre la délinquance, Tomsk, Editions de l'Université de Tomsk, 1979, p. 30).

²⁴⁸ Ibid, p. 31.

Néanmoins, A.L. Remenson propose une solution assez originale à cette question. Il dit que tant que la possibilité des restrictions de fait est prévue au niveau doctrinal, il convient de soutenir la position de N.A. Stroutchkov. En revanche, dès lors qu'elles sont prévues par la loi, les restrictions de fait passent à la catégorie des restrictions formelles. A titre d'exemple, il cite le par. 7 des Règles relatives aux colonies correctionnelles et aux prisons de la République de Bulgarie qui énonce que "les personnes privées de libertés bénéficient de tous les droits prévus par la loi, sauf ceux dont ils sont privés par le jugement et ceux qui ne peuvent pas être exercés du fait de la privation de liberté"²⁴⁹.

Nous pouvons admettre que l'idée de l'auteur relative à la possibilité de transfert des restrictions de fait à la catégorie des restrictions formelles par le biais de l'introduction de la mention voulue dans la loi soit logique. Dans ce cas, cela signifierait légaliser une discrétion quasiment illimitée, par conséquent, les effets négatifs de la doctrine des restrictions de fait, dont il s'agira plus loin, n'ont qu'une raison de plus d'apparaître.

1.3.2.1. Caractère ambigu du contenu de l'incarcération²⁵⁰

Tous les spécialistes étudiant l'incarcération pointent du doigt le problème d'absence de sa définition dans la doctrine et surtout dans la législation. Pour être plus précis, il n'y a pas de consensus quant à savoir quels sont les effets de l'incarcération (de l'emprisonnement) qui en constitue effectivement le contenu.

Il y a concorde à propos de l'idée selon laquelle l'incarcération entraîne des restrictions de droits juridiques (liberté de circulation) et des restrictions de fait. Les spécialistes observent que l'incarcération physique s'accompagne inévitablement et, de manière objective, de certaines restrictions de fait de la vie privée. Elles constituent le trait "accompagnateur" de l'incarcération. C'est pourquoi les restrictions de droits concernent (à des degrés différents) quasiment toute la gamme des droits et libertés constitutionnels fixés par la législation. En même temps que les restrictions de droits, l'incarcération engendre de façon inévitable des

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ Dans le contexte de l'idée des restrictions de fait, la littérature fait usage de synonymes du terme "l'incarcération" tels que: "emprisonnement"; "privation de liberté"; "placement en milieu fermé", « détention »...

"atteintes" de fait à l'exercice des droits et instaure un "champ de fait" à côté du "champ juridique"²⁵¹.

C'est donc compte tenu de la conception ambivalente de l'incarcération et de ce qui est "inhérent" à celle-ci et de ce qui ne l'est pas, que nous défendons l'idée que la doctrine des restrictions de fait (factuelles) est inadmissible que ce soit quant à son application pratique ou quant à son incorporation dans la loi²⁵².

Cette thèse pourrait être soutenue par les arguments qui suivent. D'abord, l'incarcération peut être considéré comme étant une catégorie métaphysique (stable, invariable) et comme une catégorie dialectique (qui change en permanence). Dans les deux cas, une définition nette serait difficile à proposer.

En essayant d'utiliser la conception métaphysique de l'incarcération en tant que base pour des restrictions de fait, il faudrait admettre aussi que les détenus soient privés d'un nombre de droits qui leur appartiennent. C'est ainsi que l'abrogation du droit des détenus aux visites de courte et de longue durée pourrait bien être reconnue comme répondant à l'idée des restrictions de fait. C'est dire qu'il serait possible d'affirmer que l'interdiction de tous contacts avec le monde extérieur pour les détenus pourrait être justifiée en tant que mesure "inhérente au fait d'incarcération". Il est difficile d'imaginer combien d'autres restrictions variées pourraient être qualifiées comme étant inhérentes du fait de l'incarcération. Il serait possible d'y ajouter l'interdiction de la correspondance, des colis, des communications téléphoniques, etc.

Il est évident qu'une telle conception absolue de l'incarcération ne saurait être admise dans une société moderne. Cela signifie la nécessité de définir l'incarcération comme une catégorie "moins sévère", "relative". Cependant, il est difficile de savoir à quoi il faudrait se

²⁵¹ Изоляция личности в российском праве и законодательстве. Учебник / Бессараб Н.Р., Маковик Р.С. – М.: Экзамен, 2007. – С. 103, 116, 121 (L'incarcération de la personne dans le droit et la législation russe. Manuel/Bessarab N.R., Makovik R.S., Moscou, Examen, 2007, p. 103, 116, 121).

²⁵² Chovgan V., Le principe des limitations inhérentes à la détention: la valeur incertaine des Règles Mandela, *Actualité juridique pénal*, 2015, n° 12, p. 576-578; Chovgan V., L'accès des détenus à internet devant la Cour EDH (commentaire de l'arrêt Kalda c. Estonie du 19 janvier 2016), *Actualité juridique pénal*, 2016, n° 4, p. 224-226. Voir aussi: Човган В. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією (частина 1) // Наше право. – 2014. – №1. – С. 120–126 (Chovgan V., Restrictions de droits des détenus inhérentes à l'incarcération (1^{er} partie), *Notre droit*, 2014, n° 1, p. 120-126); Човган В. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією (частина 2) // Європейські перспективи. – 2014. – №1. – С. 93–99 (Chovgan V., Restrictions de droits des détenus inhérentes à l'incarcération (2^e partie), *Perspectives européennes*, 2014, n° 1, p. 93-99); Човган В. О. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією: доцільність виокремлення // Право і суспільство. – 2014. – № 3. – С. 272–279 (Chovgan V.O., Restriction de droits des détenus inhérentes à l'incarcération : raisons pour les mettre à part, *Droit et société*, 2014, n° 3, p. 272-279).

référer en fixant un tel degré de sévérité. Dans tous les cas, même si un certain degré d'incarcération admissible devait être fixé, il serait difficile de l'imaginer comme stable définitivement.

En considérant la conception dialectique (dynamique) de l'incarcération, nous voyons passer au premier plan le caractère juridique de l'incarcération, car le niveau d'incarcération change en fonction des normes de droit et des exceptions sur la conception de l'incarcération contenue dans la loi pénitentiaire (prenons encore les droits aux visites, aux communications téléphoniques). Nous entendons l'incarcération comme il est fixé, "régularisé" dans le droit pénitentiaire: au moyen d'autorisations et d'interdictions, de droits et d'obligations.

Il n'y a pas de doute que le degré d'incarcération des détenus est évolutif, ce dont atteste l'histoire. Quelques dizaines d'années plus tôt, il aurait été difficile de croire que les détenus pourraient recevoir des colis, avoir des communications téléphoniques et de disposer de la correspondance postale sans limitation ou même avoir des contacts sexuels avec un partenaire de l'extérieur. Pourtant, c'est déjà une réalité dans beaucoup de pays. Au début des années 2000, il était difficile d'imaginer l'usage du réseau Internet en prison, mais aujourd'hui son accès limité étonnerait peu de gens. La même chose concerne, au passage, la conception de certains droits comme menace à la sécurité. C'est ainsi que, comme le signalait naguère M. Favard, l'autorisation dans les prisons françaises des magazines (1971), de la radio (1974), de la télévision (1985) fut initialement perçue comme étant une menace à la sécurité, mais le temps a prouvé le contraire²⁵³.

Même en tenant compte du "design juridique" de l'incarcération, il est impossible de le considérer comme source de restrictions de fait, parce que les normes qui fixent ce "design" dans la législation changent en permanence. En abrogeant ou en allégeant telles ou telles restrictions appliquées aux détenus, c'est le degré d'incarcération qui diminue. Cependant, une faute logique apparaît alors dans la doctrine des restrictions de fait: il est impossible d'examiner l'incarcération en tant que source de restrictions de droits, alors que la conception de l'incarcération dépend des restrictions de droits incorporées dans la législation.

Dans le cas contraire, il faudrait admettre que l'allègement ou l'abrogation d'une restriction ne serait pas possible à l'avenir. C'est qu'il y aurait un manque de cohérence dans l'approche selon laquelle telle restriction serait inévitable du fait de l'incarcération pendant un

²⁵³ « Le détenu citoyen », Séance de section du 22 avril 1989. Exposé de M. Favard, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1989, p. 262.

certain temps et que, soudainement, elle cesserait d'être inévitable²⁵⁴. Cela aurait signifié sceller le processus législatif et la mise en œuvre de la politique dans le domaine de l'exécution des peines. Il y a donc toutes les raisons d'affirmer que les droits des détenus doivent se concevoir dans le contexte politique et social²⁵⁵. Ainsi que le fait noter l'éminent théoricien espagnol des droits de l'homme, G. Peces-Barba: "En ce qui concerne l'interprétation des restrictions... il faut tenir compte de l'énoncé de la loi, de la réalité sociale, du contexte dans lequel la limite est analysée, du moment historique et culturel dans lequel elle intervient... l'interprétation des limites doit se faire en tenant compte de la culture politique ..." ²⁵⁶. L'historicité des restrictions implique leur possible modification²⁵⁷. Ce qui peut être contrariant est le fait que la conception des restrictions de fait de l'incarcération puisse même dépendre de la situation économique de l'État²⁵⁸, le risque d'application de restrictions injustifiées des droits augmentant par temps de crise²⁵⁹.

Nous ne pouvons dire avec certitude ce qui constitue le fait d'incarcération permettant de définir le cercle des restrictions de fait. La spécialiste belge S. Snacken, qui s'interroge sur les restrictions inévitables en cas de privation de liberté, souligne avec pertinence qu'il n'y a pas de réponse unique à cette question compte tenu de circonstances distinctes dans les sociétés différentes²⁶⁰.

Il semble que l'idée des restrictions de droits de fait soit née à l'origine en tant que notion de limitation de l'arbitraire de l'État à l'égard des droits des détenus. Elle aurait dû empêcher l'instauration de restrictions non justifiées. Dans un souci de créer une barrière protectrice, il fut proposé d'interdire de fixer dans la législation ou d'user dans la pratique des restrictions qui ne découleraient pas du fait l'incarcération ou d'emprisonnement. Or, on peut voir clairement que l'idée des restrictions de fait en tant que prévention de l'application de

²⁵⁴ La doctrine des restrictions de fait exige que même les restrictions contenues dans la législation soient de nature à être inhérentes à l'incarcération. En conséquence, les restrictions existant dans la législation pendant une période concrète du temps doivent répondre à cette idée. L'instauration de restrictions nouvelles signifie la reconnaissance d'une conception nouvelle de l'incarcération.

²⁵⁵ Easton S., *Prisoners' Rights: Principles and Practice*, New York, Routledge, 2011, p. 25.

²⁵⁶ Peces-Barba G., *Ibid*, pp. 450–451.

²⁵⁷ *Ibid*, p. 452.

²⁵⁸ Van Swaaningen R., De Jonge G., *The Dutch Prison System and Penal Policy in the 1990s: from Humanitarian Paternalism to Penal Business Management*, *Western European Penal Systems: A Critical Anatomy*, Edited by V. Ruggiero, M. Ryan and J. Sim, London, Sage Publications, 1995, p. 35.

²⁵⁹ Zimring F.E., Hawkins G., *Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights, The Future of Imprisonment*. Ed. by Tonry M., New York, Oxford University Press, 2004, p. 177.

²⁶⁰ Snacken S., « Normalisation » dans les prisons : concept et défis. L'exemple de l'Avant-projet de la loi pénitentiaire belge, *in L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*. De Schutter O., Kaminski D. (Eds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 136.

restrictions non justifiées aux droits des détenus ne peut constituer une barrière véritablement efficace. Ceci est dû tant à la nature peu claire de l'incarcération qu'à la conception variable des restrictions qui découlent du fait d'incarcération et qui n'en découlent pas.

Ceci étant, nous ne nions pas que la limitation de la liberté de circulation implique le rétrécissement du contenu et de l'étendue des droits subjectifs par rapport à la personne libre. Autrement dit, l'incarcération telle qu'elle est formulée dans la loi conduit en réalité et de manière objective à des restrictions. En l'admettant, nous démontrons que cette idée ne pourrait pas être efficace pour atteindre les buts de la défense des droits de la personne purgeant sa peine contre l'arbitraire de l'État, mais que, bien au contraire, elle pourrait nuire compte tenu des motifs évoqués: catégorie peu précise et création de conditions pour une discrétion trop large ce qui ouvre un vaste champ pour des abus.

En fin de compte, le fait d'incarcération en tant que barrière pour l'exercice des droits pourrait servir de "passerelle" pour l'exercice de n'importe quel droit des détenus par l'établissement d'exceptions concrètes sur les interdictions, la diminution d'obligations et d'autres variétés de restrictions²⁶¹. Cela pourrait se traduire par l'autorisation de permissions de courte durée ou de sortie au-delà de l'établissement pénitentiaire. Cet exemple démontre que l'incarcération n'a pas de caractère absolu et peut être réduite au minimum par la discrétion l'État selon les règles juridiques qui peuvent elles-mêmes changer en fonction de la conjoncture.

Ainsi que le notaient des membres du Secrétariat de l'ancienne Commission européenne du Conseil de l'Europe, il est difficile de connaître avec précision la portée des restrictions inhérentes à l'emprisonnement²⁶². Le professeur Van Kempen, Secrétaire général de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, tient sur ce sujet des propos fort pertinents: "[...] les restrictions qui sont inévitables en milieu fermé sont autorisées. Bien qu'à première vue cela paraisse comme étant logiquement inévitable, il est difficile de savoir, d'un autre côté, comment déterminer si une restriction est inévitable ou inhérente à l'emprisonnement. Existe-t-il en général des restrictions inévitables outre la restriction du droit même à la liberté? Peut-être presque tout pourrait être organisé entre les murs de la prison, du moins, en théorie. La question demeure donc si cette exception du principe général

²⁶¹ D. Brown cite les restrictions qui sont absolument nécessaires du fait des conditions "insurmontables" de l'incarcération (Brown D., *Prisoners as Citizens*, in *Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons*. Ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 321). Les propos sur les restrictions "insurmontables" semblent signifier que certains facteurs "inévitables" de l'incarcération ne seraient pas inévitables à ce point.

²⁶² Sujets de jurisprudence « Les droits de l'homme dans les prisons », Strasbourg, Commission européenne des droits de l'homme, 1971, p. 46.

a une nature objective ou bien une nature purement factuelle ou partiellement subjective et normative au fond"²⁶³. Ces propos sont surtout précieux par l'allusion au fait que l'incarcération se conçoit comme une notion objective représentant en réalité une catégorie subjective. Van Kempen illustre le problème principal de l'incarcération en tant que source de restrictions de droits: la fausseté des idées sur le caractère objectif de l'incarcération pénitentiaire, ce qui nous amène à la pensée sur l'inconsistance de l'incarcération en tant que catégorie juridique.

Il ressort de ce qui précède que le fait d'incarcération est tel qu'il est fixé dans la législation et il n'y a donc pas de catégorie amorphe appelée "incarcération" qui conduirait objectivement à des restrictions. L'incarcération, qui constitue le sens de la peine de privation de liberté, n'est pas un obstacle pour l'exercice par les détenus de tous droits. Le contenu et l'étendue des droits ne dépend que des normes juridiques qui fixent leurs degrés. Le degré d'incarcération fixé par ces normes dépend du législateur, qui est soumis à l'influence de divers facteurs tels que l'opportunité politique, les données criminologiques, le niveau de libéralisation de la société et d'autres.

Un autre aspect mérite d'être ajouté à la discussion sur l'incarcération comme source de restrictions. Certains auteurs signalent tout à fait logiquement l'existence de restrictions de fait à l'égard des personnes placées en détention provisoire. Ces personnes bénéficient de tous les droits, sauf ceux qui sont limités par l'incarcération²⁶⁴. Dans le même temps, il n'y a pas de raisons de penser que les caractéristiques objectives de la détention des condamnés et des personnes placées en détention provisoire soient différentes. Il serait alors logique d'assimiler les restrictions des droits des condamnés à celles des personnes en détention provisoire. Or, il est évident, à la lumière de la présomption d'innocence, qu'elles devraient être différentes: les restrictions des droits des personnes placées en détention provisoire devraient être moins importantes que celles des condamnés. Cela démontre qu'à part la restriction "objective" des droits par l'incarcération, il existe des facteurs différents sur le fond qui déterminent la restriction. Ce sont par exemple les buts des restrictions.

²⁶³ Van Kempen P.H., Positive Obligations to Ensure the Human Rights of Prisoners, Prison Policy and Prisoners' Rights, Proceedings of the Colloquium of the IPPF, Stavern, Norway, 25-28 June 2008, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 25-26.

²⁶⁴ Les systèmes pénitentiaires dans le monde. 2^e ed., Céré J.-P, Japiassu C.E. (Eds), Paris, Dalloz, 2011, p. 362.

Il est tout à fait logique de constater le changement de la vision des restrictions inhérentes à l'incarcération en comparant divers pays²⁶⁵. Cette thèse pourrait être mise en valeur par l'interrogation suivante: s'il y a des pays qui appliquent des restrictions des droits des détenus qui n'existent pas au sein d'autres pays, ces dernières devraient-elles être qualifiées de restrictions qui ne découlent pas nécessairement de l'incarcération? Cet argument comparatif atteste en appont le caractère subjectif et non pas objectif de l'incarcération. Cette catégorie ne saurait donc faire partie des raisons pour attribuer des compétences de discrétion en matière d'application de restrictions des droits dans le contexte pénitentiaire.

L'idée que "les restrictions découlent du fait d'incarcération" est donc incapable d'améliorer la protection des droits de l'homme en théorie et dans la pratique d'exécution des peines. Elle est floue et trop mal définie pour avoir un impact positif sur la facilitation de l'exercice des droits des détenus ou pour préciser la théorie et la pratique en ce qui concerne les sources de restriction de ces droits. Dans le même temps, elle est déjà universellement reconnue et bénéficie d'un soutien inconditionnel dans les milieux scientifiques.

Il semble que cet état de choses ne s'explique pas du tout par son bien-fondé ou son utilité théorique ou pratique. La tendance générale de la science juridique vers la reconnaissance inconditionnelle de la valeur des droits de l'homme et vers une appréciation positive de quasiment toutes les théories censées favoriser le développement et l'exercice des droits de l'homme sont rarement analysées de façon critique dans la doctrine. C'est pourquoi la doctrine des restrictions dérivant de l'incarcération (restrictions objectives) était considérée comme étant une valeur irrécusable, car l'idée avait pour but à l'origine la prévention des restrictions non justifiées, la création de barrières complémentaires à la restriction non justifiée des droits des détenus. Or, en analysant cette idée plus en profondeur, la conclusion s'impose que son effet ne peut être que contraire à ce que l'on souhaite.

En travaillant sur cette thèse, un exemple pratique vivant vint confirmer cette position. Un condamné qui était détenu dans la colonie correctionnelle N° 3 de Kriviy Rig (r. de Dnipropetrovsk) reçut du Département d'enseignement supérieur du Ministère de l'éducation de l'Ukraine la réponse à sa demande d'inscription dans un établissement d'enseignement

²⁶⁵ Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Prison Law*, 4th ed., New York, Oxford University Press, 2008, p. 240.

supérieur²⁶⁶. Le détenu s'était vu refuser l'accès aux études supérieures au motif que "les personnes purgeant la peine privative de liberté dans une prison **se trouvent en conditions d'incarcération, qui rendent impossible** leur participation personnelle aux épreuves, au contrôle courant et au contrôle de fin d'études d'après les textes réglementaires relatifs à l'inscription et aux études dans les établissements d'enseignement supérieur de l'Ukraine. C'est-à-dire que la législation de l'Ukraine et les textes applicables à cette catégorie de détenus fixent, en accord avec la Constitution de l'Ukraine *des restrictions naturelles* en matière d'études supérieures" (souligné par nous – N.D.L.A.).

En effet, en poussant plus loin les considérations du ministère de l'Éducation, le fait d'incarcération pourrait justifier beaucoup de restrictions pour les détenus (qui n'existent pas aujourd'hui). Par exemple, du fait de l'impossibilité pour le détenu d'enregistrer son mariage au bureau de l'état civil, il pourrait se voir refuser ce droit. Toutefois, le législateur suivit une autre voie et fit exception de cette "restriction naturelle" en établissant des devoirs positifs de l'État en matière de conclusion du mariage, ce, même dans les établissements pénitentiaires. Résultat: on ne s'étonne plus aujourd'hui que l'incarcération ne soit pas une source de restriction du droit de se marier²⁶⁷.

De la même manière, l'incarcération en tant que source inévitable de restrictions était utilisée récemment par le Service pénitentiaire d'État, lequel arguait de l'impossibilité de l'exercice du droit instauré il y a peu de temps à l'utilisation de la téléphonie mobile et d'Internet. C'est justement l'argument des exigences "de privation de liberté" dont s'était servie la Direction d'expertise du Secrétariat du Parlement de l'Ukraine pour critiquer et s'opposer à l'adoption du projet de loi prévoyant l'autorisation des portables (finalement le projet fut quand même voté). La Direction d'expertise insistait: "Sans séparation des détenus de la

²⁶⁶ Non publié. Le document fut fourni par l'activiste V. Botcharov-Touz. Voir les détails de l'affaire dans l'article contenant notre commentaire juridique: Виртосу І. Освіта для довічників: доступ обмежений // Дзеркало тижня. Україна. — 2014. — № 32 (12 вересня 2014) / Virtossu I., Enseignement pour les condamnés à vie: accès limité, Dzerkalo Tyzhnia. Ukraine, 2014, n° 32 (le 12 septembre 2014), disponible sur : <http://gazeta.dt.ua/socium/osvita-dlya-dovichnikov-dostup-obmezheniy-.html> (accédé le 20.06.2016); voir aussi: Човган В. Стандарт «правообмежень обумовлених ізоляцією» // Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група». — Харків: Права людини, 2015. — С. 144–145 (Chovgan V., Normes des "restrictions de droits inhérentes à l'incarcération", in Respect des droits de l'homme dans le système pénitentiaire de l'Ukraine/K.A. Avtouxhov, A.P. Gel, M.V. Romanov, V.O. Chovgan, I.S. Iakovets, sous la dir. gén. de M.V. Romanov; "Groupe de défense des droits de Kharkiv", Kharkiv: Droits de l'homme, 2015, p. 144-145).

²⁶⁷ Cependant, il existe toujours des exemples contraires. C'est ainsi que l'impossibilité de sortir de prison pour récupérer le certificat de divorce empêchait le détenu de se marier en prison de nouveau, ce qui a constitué une violation de la Convention selon la CEDH (Chernetskiy c. Ukraine (n° 44316/07, 08.12.2016).

société et les restrictions qui en dérivent il ne peut y avoir, à proprement parler, de privation de liberté en tant que type de peine"²⁶⁸.

Les exemples de ce genre illustrent le possibilité d'utiliser l'argument des restrictions dérivant de l'incarcération, pour qu'il soit plus facile de justifier l'inadmissibilité de la libéralisation de certaines restrictions et à plus forte raison pour se justifier dans l'impossibilité d'exercer tel ou tel droit en pratique.

Conclusion du sous-chapitre 1.3.2

La doctrine des restrictions de droits découlant de l'incarcération (restrictions de fait) a gagné une considérable popularité ainsi que la reconnaissance tant dans les systèmes de droit nationaux, que dans des normes internationales²⁶⁹. Il est généralement reconnu que les détenus continuent de jouir de tous les droits de l'homme, sauf ceux dont l'exercice est impossible du fait de l'incarcération. Cette thèse vise à insister sur un rapprochement maximum du niveau de restriction des droits du détenu avec ceux de la personne libre. Ce sous-chapitre illustre pourtant que ses effets potentiels pourraient être diamétralement opposés.

L'idée des restrictions de fait contient une composante dangereuse: l'impression de ce qui est l'effet "inhérent" de l'emprisonnement, c'est-à-dire le fait de savoir quelles restrictions de droits sont "inhérentes" au milieu fermé. Il est précisé que les restrictions qui constituaient des effets inévitables de l'emprisonnement il y a quelques dizaines d'années (impossibilité d'avoir des concats sexuels avec un partenaire restant en liberté, nombre limité de courriers, etc.) ne sont plus inévitables aujourd'hui. En conséquence, les restrictions qui semblent inévitables aujourd'hui pourraient être levées avec le temps, moyennant des amendements à la législation.

Par ailleurs, l'admissibilité de la mise en œuvre de l'idée sur "l'inhérence" de certaines restrictions crée des bases pour un nombre et un volume excessif des restrictions pratiques qui sont appliquées par l'administration pénitentiaire. La mise en jeu de l'idée de l'inévitabilité de

²⁶⁸ Avis sur le projet de loi de l'Ukraine "Sur les modifications à apporter au Code d'exécution des peines de l'Ukraine en vue de l'adaptation du statut juridique du condamné aux normes européennes" (27.03.2014), disponible sur: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50363 (accédé le 20.06.2016).

²⁶⁹ Pour une analyse plus détaillée de cette doctrine dans les systèmes nationaux et droit international voir infra.

certaines restrictions ouvre la porte à un pouvoir discrétionnaire excessif des agents pénitentiaires et, potentiellement, à des abus de ce pouvoir. Cette idée mène droit à la violation du principe de légalité²⁷⁰ étant donné que la conception de l'incarcération en tant que circonstance qui restreint "inévitavelmente" les droits n'est pas non plus claire.

Nous ne prouvons pas que certains droits ne peuvent s'exercer dans l'incarcération et nous ne nions pas que l'incarcération implique certaines restrictions inévitables de droits. Par contre, nous insistons sur *la nature contreproductive de la norme juridique* qui serait fondée sur cette idée. Une telle norme ne pourrait que nuire à la protection des droits contre les restrictions non justifiées, parce qu'elle crée un vaste champ pour des abus des pouvoirs discrétionnaires de la part de l'état.

Conclusion du chapitre 1.3

La consultation de la littérature confirme l'absence de tentatives cohérentes de classer les restrictions des droits des détenus, c'est pourquoi les classifications proposées *supra* reflètent les idées de l'auteur qui invite à les mettre au débat.

Les classifications les plus importantes qui nous permettent de comprendre la nature juridique des restrictions consistent en la division selon le sujet d'application (restrictions normatives et restrictions en application de la loi) et selon la source de la restriction (restrictions juridiques et restrictions de fait). Cette division permet d'englober les questions disputables et d'essayer de proposer notre propre analyse de la division des restrictions des droits.

Une attention particulière a été attachée à l'utilité de dégager les restrictions dites "inhérentes à l'incarcération" que l'on nomme aussi restrictions "de fait". La conclusion tirée consiste à dire que la conception des restrictions de fait, tout comme celles qui aideraient à défendre les droits des détenus, est erronée. Les conséquences du soutien de l'idée des restrictions de fait risquent d'être tout à fait contraires et conduire à une diminution des garanties contre l'application de restrictions non justifiées de droits. Ceci tient au caractère

²⁷⁰ Cela pourrait être justifié par l'application de limitations de fait sous la forme d'«usages»: Herzog-Evans M., La vie et le droit : usages et « groupes sociaux cohérents », Revue de la recherche juridique, 1998, n° 4, p. 1203-1222; voir à ce sujet aussi: Herzog-Evans M., Le principe de légalité et la procédure pénale, Petites affiches, 6 août 1999, p. 4-13.

subjectif de la conception et à la difficulté de définir ce qui est "inhérent" à l'incarcération.

1.4. Limites des droits subjectifs

Les limites des droits caractérisent l'étendue et le contenu des possibilités de la personne devant être protégées et garanties par l'État, et vice versa. A partir de là, il peut être difficile de distinguer ce qui relève de la fixation de la limite du droit et ce qui relève de la restriction du droit en tant que telle, car la restriction se traduit justement par la fixation de limites. Mieux encore, aussi bien les limites à l'exercice des droits subjectifs que les restrictions de droits ont un caractère limitatif. Les unes et les autres posent une certaine mesure juridique, soit un cadre que la personne ne saurait excéder par son comportement.

Aline Schmidt Noël, qui a étudié la question des limitation des droits sous l'angle du droit comparé, distingue les limites internes ou intrinsèques des limites externes ou extrinsèques²⁷¹. Selon son opinion : « Une limite interne découle de la sphère de protection du droit fondamental. Les droits fondamentaux ne protègent pas tout comportement humain quel qu'il soit. Chaque droit protège certaines valeurs juridiques et a donc une sphère de protection déterminée. Une fois le domaine de protection défini, les limites externes entrent en jeu. Le droit fondamental est exposé à des limitations consécutives à l'activité étatique. Ces limites doivent permettre d'atteindre divers buts que l'État considère comme légitimes »²⁷². En effet, il s'agit de la distinction par l'auteur entre les limitations (limites externes) et les limites du droit (limites extrinsèques ou externes).

La différence entre les limites des droits et les restrictions des droits est également reconnue par des auteurs qui qualifient les limites des droits de *qualificateurs*. Ceux-ci représentent des indices internes du droit qui en caractérisent le contenu. Aharon Barak cite un exemple: le droit de chacun de participer à des réunions pacifiques, sans armes, d'organiser des manifestations, des piquets et de déposer des pétitions. La formulation elle-même de cette norme comporte des qualificateurs du droit: des mentions concrètes montrant en quoi consiste le contenu du droit. Celui-ci ne comprend pas la possibilité de réunions avec armes ou à des fins non pacifiques. L'auteur considère qu'il s'agit, dans ce cas-là, non pas de la restriction, mais de l'interprétation de l'étendue du droit²⁷³. Il convient de distinguer nettement l'application de la restriction de droits par rapport au changement du contenu constitutionnel

²⁷¹ Schmidt Noël A., La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, Thèse, Université de Neuchâtel, 2011, p. 301

²⁷² Ibid.

²⁷³ Barak A., Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 33.

de ces droits²⁷⁴. Autrement dit, soutient cet auteur, en fixant les limites d'un droit on en fixe le contenu. Par la suite, la réalisation de ce contenu défini peut être limitée tant dans la loi qu'en pratique. Dans le cas donné, l'interdiction normative de se réunir à des fins non pacifiques ne serait pas considérée comme restriction, dès lors que ce droit n'existe pas du tout. Il s'agirait alors des limites du droit.

Notons que les qualificateurs peuvent retenir aussi bien un caractère négatif (en indiquant ce qui ne fait partie du contenu du droit) qu'un caractère positif (en indiquant quel est le contenu du droit subjectif). C'est ainsi que les Règles pénitentiaires européennes énoncent, au 27.1, que tout détenu a droit à au moins une promenade journalière d'une heure/des exercices en plein air. Par conséquent, si le détenu ne se voit accorder que 45 minutes de promenade par jour, il y aurait violation du droit par non-respect de son contenu. Cette violation constituerait en même temps une restriction abusive.

Les deux exemples cités de qualificateurs sont fixés dans des dispositions du droit constitutionnel et international. Il est plus difficile de distinguer les limites et les restrictions du droit lorsqu'il s'agit d'établir le contenu du droit dans la législation nationale (surtout au niveau des textes d'application) ou en se référant à la législation judiciaire, à la doctrine, voire à la logique.

Imaginons la simple mention de la législation constitutionnelle indiquant que la personne peut professer librement sa religion. Quelle est l'étendue du contenu de ce droit en cas de privation de liberté ? Que comprend-il et ne comprend-il pas ? Comprend-il, par exemple, la possibilité pour les détenus de se réunir pour des prières collectives, de consommer de l'alcool (du vin) ou allumer le feu dans la cellule dans le cadre de cérémonies religieuses ?

Les réponses à ces questions dépendront, en premier lieu, des autorités nationales qui établissent les qualificateurs correspondant au niveau des lois et des textes d'application. Elles seront guidées, en même temps, grâce à l'expérience en matière d'exécution des peines et des mesures de prévention, par la doctrine, la logique, les normes internationales, etc. Cela signifie que les qualificateurs du droit sont absents, mais qu'il faut les créer. D'un autre côté, la création de ces qualificateurs pourrait être considérée comme étant une restriction du droit, puisqu'il est supposé que la personne jouisse du droit qui n'est pas limité par la Constitution.

²⁷⁴

Barak A., Ibid, p. 9.

Néanmoins, nombre de questions resteraient non réglées par la loi, ce qui oblige à les résoudre en pratique. Le juge saisi en défense d'un droit devrait donc établir ce qui fait partie du contenu du droit et ce qui n'en fait pas partie, ce, en créant des qualificatifs. De la même manière, en décidant de la constitutionnalité des normes concernées de la loi, la Cour constitutionnelle doit établir le contenu du droit. Elle aura nécessairement à agir comme le législateur, puisqu'en établissant la conformité/ou la non-conformité de la règle concrète (par exemple celle concernant les prières collectives en prison) à la norme constitutionnelle générale, la Cour créerait involontairement son contenu. Cela concerne aussi les requêtes adressées aux instances internationales, telle la CEDH, laquelle établirait à sa manière le contenu d'un droit ou d'un autre contenu dans la Convention et déterminerait si l'interprétation nationale du droit concerné est conforme à l'interprétation des droits conventionnels.

En ce qui concerne les exemples cités, le bien-fondé des restrictions sera à établir en partant du dénominateur commun qui pourra être fourni, entre autres, par la Constitution ou la Convention. L'établissement du contenu d'un droit constitutionnel par des autorités nationales au niveau des lois ou des textes d'application constitue une restriction qui peut être justifiée ou non. Si elle n'est pas justifiée, il y a violation du droit, puisque la personne se voit interdire de jouir d'une partie du contenu d'un droit sans raison valable. De ce point de vue, peut-on assimiler la violation et la restriction d'un droit? En se référant à l'approche de la CEDH, la réponse sera affirmative parce qu'en constatant la violation des droits conventionnels (de l'article concerné de la Convention), la Cour se sert de la catégorie de justification de la restriction. Dans le cas de restriction non justifiée, il y aura violation du droit tel qu'il est fixé dans l'article concerné.

Robert Alexy propose deux théories expliquant comment comprendre la différence entre restrictions des droits et limites de ceux-ci. Il examine notamment la théorie interne et la théorie externe de restriction des droits. La théorie externe admet que le droit n'est pas limité dès l'origine, mais que, par la suite, après l'application d'une restriction, il reste un droit limité. La théorie interne soutient que les restrictions n'existent pas: l'idée des restrictions y est remplacée par celle du contenu du droit. Les doutes concernant l'étendue d'un droit ne sont pas des doutes sur la restriction mais les doutes sur le contenu. Cela veut dire que le droit comporte des limites dites immanentes²⁷⁵.

Ainsi, s'agissant de la théorie interne, les limites d'exercice admissible des droits sont-elles établies à l'occasion de leur interprétation: "...aux termes de l'article N° ... tu a le droit

²⁷⁵ Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, translated by J. Rivers, New York, Oxford University Press, 2004, p. 179.

de faire... et tu n'as pas le droit de faire...". Quand c'est la théorie externe qui est en jeu, le contenu du droit est également défini ("tu as droit à..."), mais des restrictions peuvent être appliquées ("... mais en cas de... ce droit peut être limité"). Elles ne s'appliquent que lorsqu'une intervention dans ce contenu se produit. Lorsque certains actes ne sont pas couverts par le contenu du droit, la restriction de celui-ci (l'ingérence dans le droit) ne peut pas être appliquée, étant donné que la défense du droit ne s'exerce pas au titre de ces actes²⁷⁶. D'autre part, pour constater une ingérence, il est nécessaire de connaître le contenu du droit subjectif concerné, c'est-à-dire connaître ses limites.

En reprenant Aharon Barak, il faut bien distinguer l'étendue d'un droit et l'ampleur de son exercice ou de sa défense²⁷⁷. L'ampleur de l'exercice et de la défense d'un droit varie selon la période historique, alors que l'étendue du droit reste inchangée²⁷⁸. C'est donc la possibilité de modifier l'ampleur de l'exercice qui permet de sauvegarder le droit concerné, mais aussi de la modifier en fonction de la société et du moment donnés, ce qui permet de résoudre certains conflits. Il est à noter aussi que le conflit est résolu au niveau subconstitutionnel et non au niveau constitutionnel²⁷⁹. Par conséquent, l'étendue du droit peut être plus importante que celle de sa défense et de son exercice admissible, ces derniers dépendant de divers facteurs.

D'un certain point de vue, les limites (qualificateurs) du droit et les restrictions du droit pourraient être mises en corrélation en tant qu'entité générale et qu'entité particulière. La restriction du droit dans ce cas-là serait une notion au contenu plus restreint que la limite du droit subjectif. Toute restriction du droit au sens de l'établissement des restrictions (de la limitation) représente l'établissement des limites du droit subjectif. Or tout établissement de limites d'un droit subjectif ne saurait être qualifiée de restriction du droit, parce que, par exemple, un élargissement des possibilités de la personne, en fixant dans la loi des compétences complémentaires en matière d'exercice du droit, se caractériserait par une augmentation de l'étendue et du contenu du droit donné. Il en découle que la restriction du

²⁷⁶ R. Alexy soutient que la restriction des droits constitutionnel conduit à la limitation de leur défense constitutionnelle (Ibid, p. 196).

²⁷⁷ Barak A., Ibid, p. 24 ; Dans ce contexte, se référant à la doctrine du droit allemand dans laquelle cette idée trouve son origine, Thomas Hochmann fait remarquer la différence entre le "domaine de réglementation" et le "domaine de protection". Il utilise l'exemple évoqué ci-dessus concernant le droit de se réunir paisiblement et sans arme pour affirmer que le domaine de réglementation englobe toutes formes de réunions, tandis que le domaine de protection est limité aux assemblées pacifiques (Hochmann T., *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, Paris, Pedone, 2012, p. 67-68).

²⁷⁸ Barak A., Ibid, p. 23.

²⁷⁹ Ibid, p. 82. L'auteur entend par niveau subconstitutionnel l'établissement de restrictions dans la législation ordinaire (non dans la constitution).

droit représente l'établissement "négatif" des limites du droit (au sens de la diminution de la liberté existante), ce que les spécialistes considèrent d'ailleurs comme l'un des indices de la restriction du droit.

Par ailleurs, cette vision ne serait correcte que sous réserve d'admettre que le contenu du droit est variable. Dans le cas contraire, suivant le point de vue cité de A. Barak, le contenu du droit reste le même et seules les limites de son exercice admissible peuvent changer. Dans ce cas, les limites du droit ne pourraient pas être élargies, et seules les limites admissibles de son exercice pourrait augmenter. Il est à noter aussi que cette augmentation ne pourrait se réaliser tant que les limites d'exercice du droit ne dépassent pas celles de son contenu. Le rétrécissement des limites d'exercice des droits ne serait pas considéré non plus comme étant une limitation du droit, puisque l'étendue de celui-ci reste inchangée. Un tel rétrécissement ne serait être considéré que comme limitation de l'exercice du droit.

Des auteurs proposent des prototypes de la théorie externe et de la théorie interne: méthode catégorique et méthode équilibrante²⁸⁰. La méthode catégorique est en fait une méthode d'interprétation. Elle suppose l'interprétation du droit de la personne d'accomplir tels actes d'après tel article. L'objectif de cet exercice consiste à révéler la signification véritable du droit par l'interprétation, et non par l'évaluation des intérêts concurrents. Il s'agit de l'approche de type "tout ou rien", qui n'implique pas la souplesse. La méthode équilibrante permet au décideur de peser les différents droits et intérêts de l'affaire et d'être plus souple²⁸¹. Toutefois, à la différence de la méthode catégorique, celle-ci crée de possibles abus, puisqu'elle accorde un pouvoir discrétionnaire à la personne censée évaluer le bien-fondé de la restriction. La méthode catégorique ne vise pas à établir si la restriction porte sur un but justifié ou si elle est proportionnelle ; elle a de fait pour objet de constater si la restriction affecte ou non le contenu concret de la norme du droit. En définitive, l'approche de ce type risque de se traduire par un "gel" des droits, parce qu'elle supprime les outils servant à développer le droit subjectif²⁸².

²⁸⁰ Sottiaux S., *Terrorism and the Limitation of Rights. The ECHR and the US Constitution*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2008, p. 38-58.

²⁸¹ Une telle souplesse conduit forcément à une application ambivalente de la loi. L'équilibrage des intérêts en conflit aboutit à des "messages différents" concernant l'étendue des droits (Hievert J.E., *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1996, p. 5).

²⁸² Hievert J.E., *Ibid.*, p. 45.

Conclusion du chapitre 1.4

Tout droit subjectif a ses limites. Les limites du droit déterminent son contenu et en constitue une propriété intrinsèque. Le droit subjectif n'existe pas au-delà de ses limites. Aussi ces dernières devraient-elles désigner les limites de ce qui bénéficie de la protection par l'État. Or notre analyse montre qu'une autre conception du droit est possible, lorsque la restriction du droit est admissible dans le cadre des limites de son contenu. De ce fait, la protection de l'État ne porte pas sur une partie du contenu du droit.

Les limites des droits et les restrictions de droits sont parfois confondues, voire assimilées. Ce phénomène devient plus évident lorsque les limites du droit sont appelées comme « qualificateurs ». Ceux-ci représentent des marques internes du droit subjectif qui en caractérisent le contenu. Les qualificateurs peuvent être explicites (la norme indiquant ce qui se rattache au contenu du droit et ce qui ne s'y rattache pas) et implicites (le contenu du droit devant être établi en se référant à la norme qui ne comporte qu'une mention générale concernant ce droit).

Toutefois, cette vision peut évoluer selon que l'on opte pour la théorie externe ou la théorie interne de limitation du droit. La théorie externe suppose que le contenu du droit reste toujours invariable et ce n'est que l'ampleur de son exercice qui change en fonction des circonstances historiques et sociales données. La théorie interne, quant à elle, suppose que le contenu du droit peut changer par son interprétation et c'est ainsi que peut se produire la restriction du droit. La première théorie soutient l'impossibilité de limiter le droit et admet des limitations de son exercice; la seconde admet la possibilité de la restriction du droit qu'elle désigne comme interprétation du droit.

Nous en concluons que les limites du droit ne devraient être considérées comme restriction / limitation du droit (ou restriction de son exercice) que dans le cas où il s'agit de la conséquence négative de l'application de telles limites: la diminution du niveau existant de la liberté.

1.5. Point de vue philosophique sur la nature des limitations des droits

1.5.1. Idées fondamentales de la philosophie des limitations des droits des détenus

La philosophie des droits de l'homme fut toujours une force motrice du progrès des droits de l'homme. Toutefois, les ouvrages philosophiques concernant les droits des détenus restent aujourd'hui une exception. Aussi, les thèmes importants comme le rapport des droits des détenus et des personnes libres, l'origine et la nature des droits des détenus intéressent-ils davantage les juristes et sociologues que les philosophes. Ceci devait nécessairement se faire sentir sur le niveau de développement de la doctrine des droits des personnes privées de liberté sur le plan philosophique, laquelle demeure relativement bas et devrait également avoir un impact sur la qualité de la théorie relative à la nature des droits et restrictions dans le domaine pénitentiaire.

Les approches relatives à la conception des droits dépendent de celles qui concernent la conception des restrictions des droits et inversement. Cela concerne tout aussi bien les personnes privées de liberté. L'objectif du présent chapitre vise donc à mieux éclairer la conception de la nature des restrictions des droits des détenus à travers le prisme des tentatives des philosophes, peu nombreuses et limitées, d'élucider la question de la nature de ces droits. Il ne s'agit pas de déterminer la nature philosophique des droits des détenus, cette question attendant toujours son explorateur.

Il est à prendre en compte que les droits des détenus peuvent ne pas trop différer des droits des citoyens en général. Mieux que cela, il pourrait être démontré que les détenus, comme les autres citoyens, sont réputés jouir de la plupart des droits moraux de l'homme, même si ceux-ci sont modifiés par les circonstances et les conditions de l'incarcération²⁸³, ou bien de droits additionnels tels que l'habitation et la nourriture. Il existe, à côté, un désaccord notable quant à savoir quels droits sont maintenus pour les détenus et si ces derniers continuent de jouir de ces droits en tant qu'impératifs ou en tant que privilèges²⁸⁴.

Il est évident que la nature des droits des détenus dépend de plusieurs facteurs clés:

²⁸³ Kleinig J., Introduction, *in* Prisoners' Rights (The international library of essays on rights) Ed. By John Kleinig, Burlington, Surrey, Ashgate Publishing Company, 2014, p. 13.

²⁸⁴ Ibid, p. 15.

- Ils ont commis une infraction en manifestant ainsi un danger pour la société et à cause de cela ils doivent subir une peine;
- Ils se trouvent en détention et ils sont limités dans leur droit à la libre circulation;
- Ils dépendent de l'administration pénitentiaire;
- Ils sont tenus de respecter les règles de cohabitation à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire.

Eu égard à ces facteurs, les détenus perdent et acquièrent à la fois certains droits. C'est ainsi que compte tenu de leur dépendance, ils bénéficient d'une compensation, à savoir des droits spéciaux, car "la dépendance leur attribue des droits"²⁸⁵. L'obligation du personnel d'assurer la sécurité justifie la perte de droits des détenus correspondant à cette obligation²⁸⁶.

Hugo Adam Bedau, l'un des philosophes connus dans le domaine de la justice pénale, fait partie de ceux qui s'intéressent à la nature des droits des détenus. Des idées importantes quant à la possibilité de relier les droits des détenus au concept juridique naturel des droits peuvent lui être attribuées.

Cet auteur estime que la doctrine du droit naturel n'a pas de sources dans lesquelles il serait possible de retrouver une doctrine des droits des détenus qui pourrait être tenue pour valable aujourd'hui. Cela veut dire que, soit il n'existe pas de théorie qui puisse être suffisante à cette fin, soit il existe une théorie d'une nature très différente (par rapport aux droits des personnes libres - N.D.L.A.)²⁸⁷. Néanmoins, même si la théorie du droit naturel crée des fondements pour les droits des détenus, ce fondement ne pourrait pas s'appuyer sur la version d'Hobbes²⁸⁸.

Le plus souvent, lorsqu'ils tentent de justifier les restrictions des droits des détenus, les auteurs essayent de développer la théorie des droits de ces reclus en se référant aux idées de John Locke sur le contrat social. C'est ainsi que, de nos jours, la théorie du contrat social sert de référence aux auteurs traitant des questions d'admissibilité de la privation du droit de vote

²⁸⁵ Richardson G., *The Case for Prisoners' Rights*, in *Accountability and the Prisons: Opening Up a Closed World*. M. Maguire, J. Vagg and R. Morgan (Eds.), London, Tavistock, 1985, p. 25 ; voir aussi Bedau H.A., *Prisoners' Rights*, *Criminal Justice Ethics*, 1982, n° 1, p. 38.

²⁸⁶ Kiphins K., *Social Justice and Correctional Health Services*, in *Medicine and Social Justice: Essays on the Distribution of Health Care*, Rhodes R., Battin M. and Silvers A. (eds), 2nd ed., New York, Oxford University Press, 2012, p. 377.

²⁸⁷ Bedau H.A., *Prisoners' Rights*, *Criminal Justice Ethics*, 1982, n°1, p. 30.

²⁸⁸ *Ibid*, p. 29.

en raison de l'exécution d'une peine²⁸⁹. Elle avait une importance beaucoup plus grande par le passé, ayant même servi de justification à la peine de "mort civile", c'est-à-dire la perte pour la personne de ses droits civils.

D'après cette théorie, la personne qui commet une infraction renie le contrat social, et la société obtient le droit de la punir afin de protéger ce contrat²⁹⁰. Par conséquent, les droits dont la personne est privée (dans lesquels elle est limitée) constituent une sorte de "paiement" pour le rejet du contrat. Au surplus, plus fort serait le rejet, plus grave serait l'infraction et plus sévèrement devrait être puni son auteur²⁹¹. Certains spécialistes précisent que l'infraction ne saurait être considérée comme constituant un rejet du contrat social, car des études montrent que les détenus sont conscients qu'ils "ont mal agi", c'est-à-dire qu'ils comprennent qu'ils dérogent au contrat, mais ils ne le rejettent pas²⁹².

La même chose concerne l'assertion par laquelle le criminel renie sa nationalité en commettant une infraction. Il est fort douteux que la personne pense à sa nationalité ou au contrat social en commettant une infraction²⁹³.

Melinda Ridley-Smith et Ronnit Redman expliquent la manière dont la théorie du contrat social est liée aux restrictions appliquées aux détenus. Ils estiment que le détenu est limité dans ses droits pour avoir renié le contrat social. Etant donné qu'il renie les droits et la responsabilité vis-à-vis de la société, il devrait se faire refuser d'autres droits et responsabilités. La restriction du droit en tant que partie de la peine peut être considérée

²⁸⁹ Cette théorie exerce une influence tellement forte sur la pensée juridique moderne qu'elle est utilisée dans la pratique juridique. Le Gouvernement de la Grande Bretagne, par exemple, s'en est servi devant la Cour européenne pour défendre ses positions sur la privation du droit de vote pour les condamnés ayant commis certains types d'infractions (voir l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) § 50 (n° 74025/01, 06.10. 2005)).

²⁹⁰ De cette façon, la société s'autodéfend et se protège et son ordre de la désintégration (Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. – Санкт-Петербург: Типография министерства путей сообщения, 1889. – С. 3 / Foynitski I.Ya., Enseignement sur la punition en rapport avec la pénologie, Saint-Petersbourg, Imprimerie du Ministère des voies de communication, 1889, p. 3).

²⁹¹ Ramsay P., *Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights*, LSE Law, Society and Economy Working Papers, 2013, n° 7, p. 5.

²⁹² Reiman J., *Liberal and Republican Arguments Against the Disenfranchisement of Felons*, *Criminal Justice Ethics*, 2005, n° 24, p. 10. Une question à part se pose à propos de l'application de la théorie du contrat social aux infractions commises par imprudence, car l'absence de compréhension consciente de la violation du contrat dans ce cas empêche la justification de toutes restrictions en tant que conséquence de cette violation.

²⁹³ Duff A., *Citizens (Even) in Prison*, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2014, n° 1 (43), p. 3-6.

comme une expression symbolique de la réprobation sociale²⁹⁴. L'exemple bien parlant sous ce rapport est celui de la limitation du droit de vote des détenus. Elle est conçue comme étant directement liée à la violation du contrat social et constitue donc, un effet moral édifiant.

Cependant, selon Christopher Bennett, une telle perte de droit serait difficile à justifier du point de vue de la théorie du contrat social²⁹⁵. Cet auteur distingue deux interprétations de cette théorie: 1) la personne est limitée dans le droit qu'elle a violé; 2) la personne est limitée dans tous les droits du fait de l'infraction. Cette dernière conception n'est pas admissible, tandis que la première permet la restriction du droit de vote uniquement pour les personnes qui ont violé le droit de vote d'autrui. Cependant, la première vision est tout aussi inadmissible puisque, d'après elle, le violeur perdrait le droit de n'être pas violé²⁹⁶. Toutefois, il n'est pas clair pourquoi la conception du contrat social ne permet pas l'application de la peine en tant que restriction d'un certain nombre de droits et non de tous les droits ou d'un seul droit comme le propose l'auteur. Sa conception du contrat social met en doute l'admissibilité de l'incarcération en tant que peine du point de vue du contrat social.

L'aspect moral constitue l'un des facteurs déterminants pris en compte dans les approches philosophiques concernant les restrictions des droits²⁹⁷. Un exemple instructif tient à la théorie de la perte des droits.

La théorie de la perte des droits²⁹⁸ est l'une des théories de la peine²⁹⁹, bien qu'elle soit spécifique et différant sensiblement par rapport à d'autres théories. Elle explique l'origine des restrictions des droits qui constituent la peine par le fait que lorsque la personne enfreint les règles juridiques, elle peut être punie et elle perd la possibilité de profiter de ses droits³⁰⁰. Le trait principal de cette théorie est de donner la réponse à la question: "Pourquoi est-il admissible de punir?" et non "Punir dans quelle mesure?". Elle joue le rôle de justification morale et elle explique pourquoi la peine est moralement admissible. Cependant, à la différence d'autres théories, elle n'est ne permet pas de fixer un point de départ dans le débat

²⁹⁴ Ridley-Smith M., Ronnit R., Prisoners and the Rights to Vote, Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons, edited by Brown D. and Wilkie M., Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 284–285.

²⁹⁵ Bennett C., Penal Disenfranchisement, Criminal Law and Philosophy, 2016, Vol. 10, 3, p 411–425.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ La nécessité d'assurer la sécurité de la société et des autres individus représente un autre facteur significatif.

²⁹⁸ "The Right Forfeiture Theory of Punishment" (angl.).

²⁹⁹ Wellman C., The Rights Forfeiture Theory of Punishment, Ethics, 2012, Vol. 122 (2), p. 371-393.

³⁰⁰ Lippke R.L., Criminal Offenders and Right Forfeiture, Journal of Social Philosophy, 2001, Vol. 32, 1, p. 78.

relatif au traitement des détenus³⁰¹. Par conséquent, elle n'est pas appropriée pour déterminer quelle devrait être l'exécution de la peine. Ainsi que le fait remarquer William Bülow, une chose est de dire pourquoi la peine est moralement justifiée et c'en est une toute autre de définir quelles sont les conditions moralement souhaitables de l'exécution de la peine³⁰².

Comme cette théorie ne précise pas l'ampleur de la restriction admissible des droits, Richard Lippke la soumet à une critique virulente. Du moment, dit-il, que l'on n'indique pas le droit concret que la personne perd pour avoir commis une infraction, l'assertion même que la personne subit cette perte n'explique pas pourquoi l'application de la peine par l'État est admissible. La théorie de la perte des droits, même avec son rôle explicatif réduit, semble en être venu au point où elle n'a plus aucun rôle du tout³⁰³.

Bien qu'il y ait des philosophes qui estiment que cette théorie suppose la perte (restriction) de certains droits afin que la peine puissent être considérée comme étant moralement justifiée, elle nécessite d'être complétée par au moins une autre théorie de la peine pour pouvoir établir le contenu admissible de celle-ci qui se traduit par des restrictions³⁰⁴. Ainsi donc, la théorie de la perte (restriction) des droits du fait de la peine ne répond-elle pas à la question de savoir à quel point cette perte doit être importante. La réponse est à chercher dans d'autres théories et se concentrer plus particulièrement sur les buts de la peine qu'elles soutiennent.

La question de l'admissibilité de la peine est à proprement parler une question relative aux droits de l'homme, quoi que cette idée importante se perde parmi les théories de la peine³⁰⁵. La théorie de la perte des droits se fonde sur l'idée que l'individu a le droit de ne pas être soumis à une peine, mais il perd ce droit en commettant l'infraction qui affecte les droits d'autrui. Le droit de n'être pas soumis à la peine sert en quelque sorte de bouclier, lequel sera retiré du fait de la violation des droits d'autrui³⁰⁶. Bien que toutes les infractions ne donnent pas lieu facilement à la révélation de la violation des droits d'autrui, comme c'est le cas des infractions *mala prohibita* à la différence des infractions *mala in se*, il existe des arguments bien fondés confirmant que le criminel viole les droits des autres dans ces cas-là aussi. Il s'agit

³⁰¹ Bülow W., *Ethics of Imprisonment: Essays in Criminal Justice Ethics*, Licentiate Thesis in Philosophy, Stockholm: US-AB, 2014, p. 4.

³⁰² Ibid, p. 4.

³⁰³ Lippke R.L., *Criminal Offenders and Right Forfeiture*, *Journal of Social Philosophy*, 2001, Vol. 32, 1, p. 78, 84.

³⁰⁴ Bülow W., Ibid, p. 5.

³⁰⁵ Wellman C., *Rights Forfeiture and Mala Prohibita*, *The Constitution of the Criminal Law*. Ed. By R.A. Duff, L. Farmer, S.E. Marshall, M. Renzo, V. Tardos, Croydon, Oxford University Press, 2013, p. 78.

³⁰⁶ Ibid, p. 79.

entre autres, par exemple, du droit à ce que autrui ne viole pas la loi à laquelle la "victime" de la violation du droit doit elle-même obéir³⁰⁷.

Comme il a déjà été montré, la théorie de la perte des droits n'explique pas quelle pourrait ou quel devrait être la peine. Cependant, tentés de fournir également un repère à cette question, ceux qui la soutiennent signalent la perte par le délinquant du droit de ne pas être soumis à une peine en proportion directe de sa violation des droits de la victime³⁰⁸. Il en découle que cette théorie croise naturellement la théorie du retributivisme. Nous pensons avoir des raisons d'affirmer qu'elle peut être considérée comme dérivant de cette dernière.

Genevra Richardson fait remarquer à juste titre que la perte partielle du droit par le détenu, l'ampleur de cette perte dépend de la vision choisie de la peine. C'est dire que l'étendue des droits dépendrait de la théorie choisie de la justification de la peine³⁰⁹. Si, par exemple, la justification principale consiste dans la protection de la société, la perte des droits dans l'incarcération ne pourrait survenir que dans la mesure où elle est nécessaire pour la ségrégation par rapport à la société. D'un autre côté, si la justification principale consiste à rendre la pareille, l'étendue des droits restants dépendrait de la nature de la sanction que la société entend appliquer³¹⁰.

John Dawes fait une remarque pertinente à ce propos, lorsqu'il affirme que le manque de concordance entre les buts de l'incarcération et le mode de gestion des prisons a des conséquences considérables pour les droits des détenus³¹¹. Dans cette thèse, nous nous servons aussi d'arguments montrant que les buts de la peine et de son exécution exercent une influence significative sur l'analyse de la justification des restrictions³¹². Ces buts servent, en outre, d'importants déterminants de la philosophie des restrictions des droits des détenus.

³⁰⁷ L'auteur montre, arguments à l'appui, qu'il faut être très prudent à l'égard du bien-fondé des lois établissant *mala prohibita*. Voir plus de détails dans l'explication de la thèse selon laquelle les infractions *mala prohibita* peuvent être considérées comme violant les droits d'autrui: Wellman C., Rights Forfeiture and Mala Prohibita, *The Constitution of the Criminal Law*. Ed. By R.A. Duff, L. Farmer, S.E. Marshall, M. Renzo, V. Tardos, Croydon, Oxford University Press, 2013, p. 77–96.

³⁰⁸ Ibid, p. 79.

³⁰⁹ Richardson G., Des droits aux attentes, in *L'Institution du droit pénitentiaire - Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Ibid, p. 190.

³¹⁰ Richardson G., The Case for Prisoners' Rights, in *Accountability and the Prisons: Opening Up a Closed World*. M. Maguire, J. Vagg and R. Morgan (Ed.), London, Tavistock, 1985, p. 23. Par ailleurs, les droits naturels sont considérés comme un domaine essentiel de la théorie rétributiviste qui reconnaît le droit du criminel à un traitement respectueux comme celui à accorder à l'être humain autonome (Easton S., Piper C., *Sentencing and Punishment: The Quest for Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 8.

³¹¹ Dawes J., Institutional Perspectives and Constraints, Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons. Ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 119.

³¹² Cf. chapitre 1.5.2 "Limites de rapprochement des droits des détenus avec les droits des citoyens libres".

Selon la version de la théorie des peines que nous retiendrons, nous saurons quelle vision philosophique de la nature et de l'ampleur admissible des restrictions des droits nous conviendrait.

Les restrictions des droits en prison ressemblent aux restrictions des droits en liberté par ce qu'elles visent à réconcilier les intérêts individuels et sociaux. Il était naturellement toujours difficile de parvenir à un équilibre entre ces intérêts, le contexte pénitentiaire modifiant les facteurs de départ pour la mise en équilibre. Par exemple, les intérêts sociaux dans le domaine de la sécurité pèsent plus qu'en liberté. Ou, pour être plus précis, leur importance est plus visible et plus influente au cours de l'équilibrage des intérêts de l'individu et de la société. D'autre part, les vues de la société sur la peine apportent leur contribution à cet équilibre.

La question clé porte sur le rapport de la philosophie générale et des approches de la restriction des droits en liberté et en prison. Le point de départ dont dépend la conception philosophique des restrictions des droits des détenus réside dans le degré de rapprochement des droits des détenus avec les droits des citoyens libres. Il comprend aussi le degré de similitude des approches relatives à la justification des restrictions de leurs droits.

1.5.2. Limites du rapprochement des droits des détenus avec les droits des citoyens libres

Parmi les titres nombreux d'ouvrages relatifs aux droits des détenus, quelques uns seulement se sont spécialement concentrés sur la question de l'ampleur des restrictions des droits des détenus que les pouvoirs publics peuvent appliquer. Cette question exige une réponse à une autre question qui s'y rapporte: à quel point l'étendue des droits des détenus et celle des droits des citoyens libres peuvent ou doivent se rapprocher?

La réponse à cette question requiert que soit prise en compte la philosophie de la peine et de la prison, la philosophie des droits de l'homme, le droit international et national en matière de restrictions et de leur proportionnalité, ainsi que, ce qui n'est pas moins important, ou est peut-être même plus important, l'aspect pratique de l'application des restrictions. Il nécessite une connaissance parfaite de la vie en prison, de la psychologie et des activités illégales des détenus dans l'établissement pénitentiaire, celle de l'impact éventuel de telles ou telles restrictions (ou de leur absence) sur la sécurité et l'ordre au sein de l'établissement. De plus, il faut prendre en compte la spécificité nationale du domaine pénitentiaire.

De manière générale, la justification des limitations des droits n'intervient pas du seul point de vue juridique, car la jurisprudence elle-même dans ce cas se base sur les conséquences négatives possibles du comportement. Thomas Hochmann, qui étudie la question des limites de la liberté d'expression, considère à juste titre que le dommage provoqué par le comportement qui est contraint est au cœur de la controverse sur l'opportunité de la limitation de cette liberté. Comme résultat, la réponse à la question des limites admissibles devient souvent non seulement une question purement juridique, mais philosophique, morale, axiologique voire politique³¹³. Cette conclusion est également applicable aux restrictions d'autres droits.

Il n'est pas surprenant que l'aspect sécuritaire suscite des problèmes du point de vue de la difficulté excessive liée à la prévision des effets de l'allègement ou de l'abrogation des restrictions existantes. Cela concerne surtout la prévention de nouvelles infractions et de la menace potentielle à la sécurité et à l'ordre de l'établissement. Cette question est parfaitement illustrée par "l'abrogation" de la restriction frappant l'usage des téléphones portables et d'Internet dans les établissements pénitentiaires. Il est difficile d'être sûr en prévoyant les conséquences possibles de l'utilisation par les détenus de ces avancées pour des activités illégales exercées dans l'établissement pénitentiaire. La cause n'en réside pas seulement dans l'expérience quasiment inexistante ou très faible de l'autorisation d'utiliser les téléphones portables³¹⁴ et Internet dans les prisons de divers pays, mais aussi, ce qui est bien logique, dans l'absence d'études empiriques portant sur l'influence positive et négative de l'utilisation de ces moyens. Tout aussi modestes se présentent les études empiriques qui illustreraient l'influence possible sur la vie dans et hors les murs d'autres restrictions classiques comme l'usage des instruments de musique ou des équipements sportifs individuels (gants de boxeurs, poids et haltères...).

Aussi, certains aspects de l'application des restrictions sont suffisamment étudiées pour pouvoir orienter la pratique d'exécution des peines vers la levée maximale des restrictions. C'est ainsi que les études sur les effets des visites sur les détenus et la vie carcérale, ainsi que sur les perspectives de la réinsertion ou de la récidive après la libération montrent des résultats extrêmement positifs qui témoignent, de manière probante, de la

³¹³ Hochmann T., *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé*, Paris, Pedone, 2012, p. 28-42.

³¹⁴ Herzog-Evans M., *Cell phones in European prisons*, disponible sur: <http://herzog-evans.com/cell-phones-in-european-prisons> (accédé le 20.06.2016).

nécessité d'élargir ces droits (aussi bien la durée que la fréquence et les conditions des visites)³¹⁵.

Au vu de l'insuffisance d'études empiriques sur la sécurité ou l'insécurité qu'engendrerait la libéralisation de certaines restrictions, le débat correspondant bascule dans la pure théorie.

Le philosophe américain et professeur Richard Lippke formule par exemple dans son livre "Rethinking Imprisonment" une théorie des restrictions des droits des détenus qui propose de donner des réponses aux questions relatives aux limites de la répression de l'État concernant l'ingérence dans les droits des détenus³¹⁶.

Il attire, à juste titre, l'attention sur le rôle décisif des buts assignés à la peine et à la prison du point de vue de l'application des restrictions. "Sans prendre en compte ce que nous cherchons en punissant les criminels, nous ne pouvons pas savoir ce qu'il faut faire d'eux ou pour eux (c'est-à-dire comment les punir – N.D.L.A.)", écrit-il³¹⁷. Pour Lippke, ces buts sont la rétribution et la réintégration. L'une des principales thèses de son ouvrage porte sur la nécessité d'abolir la sévérité excessive des restrictions existant dans le système pénitentiaire: "des conditions moins restrictives et humaines de la prison suffisent pour atteindre les buts de la peine légitime"³¹⁸. Soutenant dans ce contexte Alison Liebling³¹⁹, il insiste sur l'importance de ne pas confondre les régimes libéralisés avec le laxisme: "Une chose est d'affirmer que les détenus doivent subir moins de restrictions d'un certain type et c'en est tout à fait une autre que de dire que les prisons ne devraient pas avoir de règles à respecter rigoureusement"³²⁰. Il est d'avis que la plupart des théoriciens des droits de l'homme conviennent que les détenus continuent de jouir des droits fondamentaux et que ces droits ne peuvent être réduits avec raison par les autorités si celles-ci se fondent uniquement sur "des spéculations". Des

³¹⁵ Clarc V., Duwe G., Blessed be the Social Tie that Binds: the Effects of Prison Visitation on Offender Recidivism, *Criminal Justice Policy Review*, 2013, n° 3, Vol. 24, p. 271–296 ; Cochran J.C., The Ties that Bind or the Ties that Break: Examining the Relationship Between Visitation and Prisoner Misconduct, *Journal of Criminal Justice*, 2012, Vol. 40, Issue 5, p. 433-440; Cochran J.C., Daniel P. Mears D.P., Social Isolation and Inmate Behavior: A Conceptual Framework for Theorizing Prison Visitation and Guiding and Assessing Research, *Journal of Criminal Justice*, 2013, Vol. 41, Issue 4, p. 252–261.

³¹⁶ Lippke R. L., *Rethinking Imprisonment*, New York, Oxford University Press, 2007.

³¹⁷ Ibid, p. 2.

³¹⁸ Ibid, p. 4.

³¹⁹ Liebling A., *Prisons and Their Moral Performance: a Study of Values, Quality, and Prison Life* (assisted by Arnold H.), Oxford, Oxford University Press, 2004.

³²⁰ Lippke R.L, Ibid, p. 4.

spécialistes affirment par expérience que cela risque de nuire aux intérêts plus importants d'autres personnes (des personnes libres)³²¹.

L'idée principale, dans la théorie de Lippke, porte sur la nécessité d'assurer la correspondance des restrictions appliquées aux détenus aux conséquences des crimes commis pour leurs victimes. En fait, l'auteur s'appuie sur le postulat ordinaire des rétributivistes selon lequel les détenus ont enfreint les règles obligatoires pour tous qui assurent des avantages à chacun et qu'ils perdent de ce fait la possibilité d'exiger de pouvoir exercer leurs propres droits et d'exiger ces avantages³²². L'important est de savoir que le comportement qui respecte les droits d'autrui est la condition nécessaire permettant de conserver ses propres droits³²³. Nous ne pouvons pas nous plaindre raisonnablement d'être limités dans nos privilèges en nous référant aux règles que nous refusons nous-mêmes de respecter³²⁴. La rétribution exige, dit Lippke, que le préjudice causé par l'État au criminel à titre de vengeance soit le même que celui qui avait été causé à la victime. Cela sert à fixer les limites des restrictions applicables aux détenus. Comment comprendre, par exemple, pourquoi les personnes condamnées pour cambriolage ne devraient pas avoir accès à la pornographie pendant l'exécution de la peine³²⁵.

Néanmoins, une telle approche risque d'être même amoral dans certains cas (l'auteur cite le cas du viol). C'est pourquoi l'État devrait appliquer des peines qui rappellent, d'une certaine manière, les moyens causant le préjudice à la victime; la comparabilité ne devant pas porter sur les conséquences du crime, mais sur la mesure de réprobation (blameworthiness) pour avoir causé ces conséquences³²⁶. Cette approche diffère du rétributivisme classique et elle est nommée par l'auteur "égalisation censurée" (censuring equalization)³²⁷. Il serait difficile de trouver un équivalent "non censuré" puisque l'État doit chercher à réduire la qualité de la vie des délinquants en imitant les conséquences négatives qui pourraient être comparées aux conséquences du crime pour la victime³²⁸. Il est important, par ailleurs, que

³²¹ Ibid, p. 10.

³²² Ibid, p. 204.

³²³ Ibid, p. 137.

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Lippke R.L., *Prisoner Access to Recreation, Entertainment and Diversion, Punishment and Society*, 2003, n° 5, p. 48.

³²⁶ Sur les méthodes générales et individualisées de mesure des conséquences pour la victime et sur la classification des infractions sous ce rapport voir: Lippke R.L., *Prisoner Access to Recreation, Entertainment and Diversion*, Ibid, p. 51–53, 62.

³²⁷ Lippke R.L., *Rethinking Imprisonment*, Ibid, p. 26.

³²⁸ Ibid, p. 54.

malgré les conséquences pour la victime, il existe des barrières à l'établissement des restrictions³²⁹:

- Les besoins basiques des détenus doivent être assurés (nourriture, conditions de vie);
- La capacité de la personne à mener une vie autonome et, notamment, celle de prendre des décisions importantes, ne doit pas être affectée. Cela comprend, en particulier, la les droits à la vie politique, à la confession, à la liberté d'expression, etc. A défaut, la peine ne serait pas perçue par le condamné comme une "leçon de morale", mais seulement comme une douleur qu'il faut tout simplement supporter. C'est pourquoi la punition des personnes irresponsables du point de vue moral n'est qu'une duperie et ne fait que nuire à la réalisation des vrais buts de la rétribution. De plus, les condamnés s'opposeraient à la punition s'ils estimaient, par exemple, que l'État souhaite les manipuler et contrôler leurs capacités de penser librement (cela concerne notamment le droit à la liberté de conscience)³³⁰;
- La barrière de l'administration équitable n'admet pas de restrictions en matière de contrôle des détenus lorsque celles-ci sont excessives. Cette barrière est en corrélation avec la barrière de proportionnalité qui s'appuie sur la thèse selon laquelle la proportionnalité de la peine doit se traduire, non seulement dans sa durée, mais aussi dans l'ordre et le régime d'exécution de la peine. Il est indiqué, par exemple, que le durcissement du régime devrait conduire à une réduction de la durée de la peine³³¹.

Ces considérations témoignent de l'application "sélective" du rétributivisme dans la théorie de Lippke. Au cas où les restrictions ne répondraient pas aux souffrances de la victime ou bien lorsqu'elles ne seraient pas suffisantes, elles ne devraient pas être appliquées. Cependant, si les restrictions qui correspondent aux souffrances de la victime étaient trop "accablantes", elles ne devraient pas être appliquées non plus. Cette contradiction complexe ne bénéficie toutefois pas d'un intérêt adéquat de l'auteur.

Un autre aspect de l'œuvre de Lippke porte sur la critique de l'objectif visant à réduire la délinquance comme telle, qui ne peut que jouer un rôle limité dans la prise de décision

³²⁹ Ibid, p. 112–118, 183, 195.

³³⁰ Ibid, p. 212.

³³¹ Dans ce contexte, est évoquée la diminution de la durée de la punition en tant que mesure compensatoire pour la détention dans de mauvaises conditions. Voir sur les idées semblables dans le contexte ukrainien *in*: Човган В.О., Яковець І.С. Превентивні та компенсаційні заходи як захист від катувань і жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання // Вісник кримінологічної асоціації. Збірник наукових праць. – 2016. – №2. – С. 184–198 (Chovgan V.O., Iakovets I.S., Mesures préventives et compensatoires en tant que défense contre la torture et le traitement ou des peines inhumains et dégradants, Revue de l'association criminologique. Recueil d'ouvrages scientifiques, 2016, n° 2, p. 184-198).

relative à la sévérité de la punition des délinquants, c'est-à-dire sur les restrictions à appliquer. Il s'agit, à son avis, de l'insuffisance de preuves empiriques concernant l'impact des conditions d'incarcération et des restrictions sur des facteurs de la délinquance. En revanche, l'égalisation censurée, en tant que version du rétributivisme, permet de construire un large tableau du côté répressif de la peine³³². Même en disposant d'informations relative à l'impact de la durée des peines sur la prévention des infractions, ces actions disent peu de choses des restrictions et des privations applicables aux délinquants³³³. Cela invite à partager l'opinion de l'auteur, parce qu'en réalité, l'étude du lien entre taux de récidive et nature du régime d'exécution des peines représente une mission scientifique difficile, sans parler de l'impact que peuvent avoir des restrictions particulières.

Vu l'orientation répressive répandue dans certains systèmes pénitentiaires aujourd'hui, une importance particulière doit être attribuée aux observations de Lippke portant sur l'étude plus grande de l'impact négatif, et non point positif, des restrictions sur la récidive. Il soutient que les effets positifs des restrictions minimales sont moins étudiés que les effets négatifs des restrictions excessives³³⁴. Il n'en reste pas moins que certaines restrictions ont été étudiées sur le plan de l'impact positif et de l'impact négatif sur les indicateurs de la récidive. Cela concerne notamment les limitations des contacts des détenus avec leurs familles.

Il convient de rendre justice à l'attitude sceptique vis-à-vis du rôle "dissuasif" (préventif) des restrictions. La grande majorité des délinquants ne pensent pas aux privations qu'ils devraient subir du fait de la condamnation à une peine privative de liberté. Il est peu probable que les délinquants puissent être dissuadés, par exemple, par la menace d'être limités dans leurs droits électoraux³³⁵. Nous pourrions ajouter aussi que l'incarcération en tant que châtement menaçant pour avoir commis une infraction est perçue par les délinquants, dans le meilleur des cas, comme un ensemble illusoire de restrictions de droits sans prendre en compte des particularités: les limitations de certains droits. La position de Lippke est donc tout à fait logique lorsqu'il avance que pour limiter les droits du condamné en usant de l'argument de la dissuasion, il convient de démontrer que la personne qui commet une infraction tient compte de l'éventualité de ces restrictions³³⁶.

Lippke théorise le problème en dégageant, à titre conventionnel, quatre groupes de détenus: 1) ceux dont les conditions dures et les restrictions des droits ne préviennent pas la

³³² Lippke R.L., *Rethinking Imprisonment*, Ibid, p. 29.

³³³ Ibid, p. 43.

³³⁴ Ibid, p. 265.

³³⁵ Ibid, p. 213-214.

³³⁶ Lippke R.L., *Toward a Theory of Prisoners' Rights*, *Ratio Juris*, 2002, Vol. 15, 2, p. 132.

commission d'infractions; 2) ceux qu'il est possible de dissuader par un nombre minimum de restrictions; 3) ceux qu'il est possible de dissuader par des restrictions modérées (de sévérité moyenne – N.D.L.A.; 4) ceux qui ne sont dissuadés que par la perspective d'être incarcérés dans des conditions dures. Le problème est que, ne sachant pas combien de délinquants se rattachent au groupe N°2 et en leur appliquant toutes les restrictions modérées automatiques, nous appliquons des restrictions non nécessaires à ceux qu'il aurait été possible de dissuader par des restrictions minimales³³⁷.

Compte tenu de ce qui précède, au vu de la théorie de l'auteur citée et à défaut d'information sur l'impact des restrictions sur la récidive, il convient de prendre en compte le but rétributif en tant qu'objectif basé sur le concept permettant de définir le cadre précis des actes en restriction des droits. Selon Lippke, cela signifie que le rapport entre l'application des restrictions pendant l'exécution des peines avec la réalisation du but visant à prévenir la récidive est, pour le moment, peu connu, et ce but ne convient pas pour déterminer le volume des restrictions à appliquer.

Le mérite de la théorie de Lippke ne réside pas, semble-t-il, dans le sens prévu par l'auteur. Celui-ci attire l'attention, en premier lieu, sur l'aspect de la rétribution qui restait auparavant à l'écart du thème de la justification des restrictions. Parlant de la sévérité de la peine, qui exprime le degré de proportionnalité de l'infraction et de la peine, il met au premier plan non seulement la dimension temporelle de la peine, mais aussi sa composante qualitative: l'ensemble des restrictions auxquelles sont soumis les condamnés. Cette idée est logique et elle se fonde sur le but rétributif assigné à la peine. C'est dire que ce but devrait être atteint, non seulement par la durée et le type de peine, mais aussi par son essence même: les restrictions des droits faisant partie de la peine.

Selon nous, l'importance des idées dont est imprégné l'ouvrage du professeur consiste essentiellement en ce qu'elles permettent de souligner le rôle des buts de la peine que se fixe l'État afin de mettre en œuvre des restrictions de droits. Ces restrictions doivent être subordonnées au but posé à la peine et elles doivent être minimales pour pouvoir atteindre le but fixé ou bien (la position de l'auteur de la théorie ne présente pas une délimitation nette) ne pas être plus importantes qu'il n'est nécessaire pour le but donné.

Un autre aspect susceptible de passer pour une contribution de poids à la théorie des restrictions des droits des condamnés met en valeur la nécessité de réaliser des études de manière à relever l'impact de telles ou telles restrictions sur les buts de l'incarcération. Les

³³⁷ Ibid, p. 136-137.

études de ce type sont nécessaires afin de déterminer les restrictions qui sont suffisantes ou, au contraire, excessives pour pouvoir atteindre les buts de la peine.

L'importance de cet aspect est difficile à surestimer du fait de son intérêt potentiel pour le développement de la science pénitentiaire et de la criminologie en particulier, qui étudie les prisons. Dès lors que les buts de la peine orientent l'action des établissements pénitentiaires, l'amélioration de leur efficacité demande aussi de savoir quelles restrictions y contribueraient de façon positive ou non. Autrement dit, en se posant les questions dont dépendront directement les intérêts de la protection de la société dans l'optique criminologique, les criminologues s'interrogeront aussi sur l'admissibilité de l'immixtion dans les droits de l'homme. Leurs études devraient donc permettre de constater quelles sont les restrictions de droits qui méritent effectivement d'être reconnues comme utiles et comme étant justifiées tant du point de vue de la peine, que du point de vue de l'exécution de la peine et de la protection de la société. Elles permettraient aussi de déterminer quelles sont les restrictions qui ne le méritent pas³³⁸. L'importance particulière de la justification scientifique de l'application de restrictions aux détenus est de permettre d'éviter de considérer par erreur une restriction comme étant justifiée, notamment du point de vue de la sécurité de l'établissement, au risque de voir se produire des effets absolument négatifs, en particulier pour la vie et la santé des personnes.

Dans le même temps, l'inconsistance de cette théorie, fondée sur la rétribution, est évidente, en dépit de toutes les tentatives qui ont pu être faites pour la réhabiliter et la mettre en conformité avec les impératifs actuels des droits de l'homme. Sa faiblesse est néanmoins présentée par Lippke comme étant justement une force. Il s'agit de "convertir" les conséquences négatives de l'infraction pour la victime en restrictions à appliquer aux condamnés, ce, de manière proportionnelle. C'est-à-dire que les souffrances de la victime devraient être converties en souffrances du condamné de façon à ce qu'elles soient égales les unes aux autres.

Cette idée suscite nombre d'observations critiques. D'abord, une observation formelle consiste à rappeler que toutes les infractions n'ont pas une victime individuelle concrétisée comme c'est le cas de la corruption. Ensuite, même dans le cas de la "conversion" proposée des souffrances en une forme de qualité différente, qui ne répond aux souffrances causées à la

³³⁸ La vision utilitariste des restrictions des droits des détenus revêt une importance particulière pour l'efficacité de celles-ci. L'utilitarisme, pour sa part, exige toujours des études empiriques. D'après X. Bebin, les recommandations visant les buts à atteindre dépendent de considérations empiriques lesquelles sont par nature révisables (Bebin X., Pourquoi punir? L'approche utilitariste de la sanction pénale. Préface de Slama A.-G., Paris, L'Harmattan, 2006, p. 39) .

victime que par son degré de gravité et n'y répond jamais directement (littéralement), la nécessité de sa restriction par les droits de l'homme est évidente. L'auteur lui-même s'en rend compte puisqu'il propose des barrières au fait de causer des souffrances, à savoir les droits de l'homme. Il ne s'aperçoit pourtant pas qu'une telle approche prive sa théorie de sens. Le fait est que la théorie développée pour servir de barrière contre des restrictions excessives des droits de l'homme nécessite elle-même des restrictions au moyen de ces droits.

En effet, Lippke souligne à maintes reprises la nécessité de barrières de rétribution comme, par exemple, le renoncement à l'ingérence excessive dans l'autonomie du condamné et dans son contrôle de sa vie. Ces barrières nivelent l'objectif que se pose l'auteur: mettre en place une théorie qui permettrait de donner des réponses claires à la question de savoir quelles restrictions sont justifiées et lesquelles ne le sont pas. Des réponses claires ne sont pas possibles là où il n'y a pas de critères précis, comme c'est le cas de la barrière proposée par l'auteur concernant l'inadmissibilité de s'immiscer dans l'autonomie (l'indépendance) de l'individu. Toute restriction de droit constitue une certaine ingérence dans l'autonomie du condamné et exerce une influence sur sa prise de décisions importantes et sur le contrôle de ses actes.

Il est tout aussi difficile d'imaginer la mise en œuvre de l'exigence de tenir compte de la faute du condamné ou du caractère répréhensible ("blameworthiness") de son infraction. Cette dernière catégorie représente une des parties du fondement sur lequel se base la théorie rétributive des restrictions des droits des condamnés. Toutefois, Lippke ne répond pas à une question importante: de quelle manière l'administration pénitentiaire, qui n'est pas un organe judiciaire, va-t-elle prendre en compte le degré individuel de "blameworthiness" pour l'infraction commise dans la pratique d'application des restrictions de droits? Quel impact cela pourrait avoir sur la détermination et la légalité de la pratique d'exécution des peines?

Nous ne voyons pas d'autre potentiel pratique possible à la réalisation de cette idée, dans laquelle, d'ailleurs, se désagrègerait toute la théorie construite comme violation totale du principe de légalité et de séparation des pouvoirs. Il n'est pas question de pouvoir réglementer cet aspect dans la législation. Difficile d'imaginer la prise en compte du degré de "blameworthiness" du condamné pour établir les souffrances proportionnelles causées à la victime en fixant des restrictions normatives des droits du condamné.

Pour finir, malgré le but affiché de la théorie visant à former une approche précise pour argumenter les restrictions admissibles et leur volume, le problème de "conversion" des souffrances de la victime constitue un problème clé. Dans aucun de ses travaux, l'auteur ne

cite pas des exemples de la conversion possible, il renvoie seulement à quelques exemples de conversion inadmissible (viols ou coups et blessures). Dans ce contexte, nous pouvons nous étonner de l'exemple portant sur l'inadmissibilité de défendre aux personnes condamnées pour cambriolage à main armée d'avoir accès à des produits pornographiques, puisqu'elle n'est pas un équivalent et n'exprime pas la rétribution³³⁹. Néanmoins, que faire alors de la position de l'auteur soutenant que les souffrances de ce type causées par l'infraction, et relevant de la violence, devraient être "converties" en restrictions différentes non liées à la violence. Quelles devraient être dans ce cas ces restrictions mises à part la privation de liberté?

Ce qui frappe surtout, c'est la proposition de "convertir" le préjudice causé à la victime en l'appliquant au crime d'homicide intentionnel. La théorie ne donne pas même une réponse approximative à la question de savoir quelles devraient être les restrictions "proportionnelles" pour le condamné (mis à part, bien entendu, infliger la mort), surtout si l'on prend en compte la masse des barrières décrites ci-dessus. Le sens même de la rétribution possible est mis en doute, étant donné que la peine (et les restrictions qui la constituent) pour l'homicide et, par exemple, pour le brigandage (vol aggravé) pourrait être la même en prenant en compte les barrières citées pour les restrictions admissibles d'après la théorie rétributive. De plus, dans le cas de l'homicide intentionnel, cette théorie présente une apparence assez cynique, puisque la "conversion" devrait être mise en œuvre sachant qu'elle est tenue de prendre en considération à mesure égale pour tous les types de crimes, le degré de la culpabilité causant la "privation des victimes de la possibilité de vivre normalement"³⁴⁰.

La question de savoir jusqu'où peut aller l'État en limitant les droits des condamnés a été spécialement étudiée par la spécialiste britannique Liora Lazarus qui a analysé la justification des restrictions au Royaume-Uni et en Allemagne en mettant un accent sur le rôle de la jurisprudence³⁴¹. L'étude de la théorie allemande et de la pratique très élaborées des justifications des restrictions des condamnés, comparé au Royaume-Uni, moins avancé sur ce plan, lui permet de former à grands traits sa propre vision de la théorie relative à la justification des restrictions.

Tout comme Lippke, elle souligne l'importance directrice des buts des restrictions aux droits des condamnés. Alors que la peine limite les droits de l'homme, l'ampleur de la restriction devrait dépendre du but de l'incarcération, ce qui, à son tour, devrait être relié à la

³³⁹ Lippke R.L., *Rethinking Imprisonment*, Ibid, p. 238.

³⁴⁰ Ibid, p. 210-211.

³⁴¹ Lazarus L., *Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England*, New York, Oxford University Press, 2004.

théorie adoptée de justification de la peine³⁴². Pour restreindre les droits, il convient d'appliquer trois principes qui constituent la "road map" (schéma directeur) de la justification des restrictions: le principe des droits de l'homme ; le principe de légalité ; et le principe de proportionnalité³⁴³. Il est aisé de voir que cette vision a beaucoup de choses en commun avec le test de la CEDH à trois éléments, qui rappelle toutefois la norme adoptée en Allemagne pour analyser la justification des restrictions.

Les interprétations de ces principes sont originaux. Le principe des droits de l'homme oblige le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs à justifier la restriction des droits³⁴⁴. Il est très important, sous cet angle, de remplacer la "culture du pouvoir" par la "culture de la justification"³⁴⁵. Les principes de légalité et de proportionnalité s'appliquent à l'établissement de la légitimité des restrictions des droits de l'homme ou, autrement dit, ils représentent le "langage par lequel nous justifions les restrictions des droits des détenus"³⁴⁶. Le principe de légalité exige que les restrictions aient une base légale et que cette base elle-même soit "accessible, claire et prévisible". Dans le cadre de l'établissement d'une "road map", le résultat de l'application du principe de proportionnalité est moins important que la transparence de la justification à laquelle la proportionnalité incite. L'on peut s'interroger sur les raisons de l'exigence de transparence de la justification. La raison en est que les citoyens peuvent participer amplement et de façon critique à la justification judiciaire, ce, soit comme observateurs critiques, soit comme parties au procès; ils doivent au moins connaître les motifs se trouvant derrière les restrictions des droits³⁴⁷.

Il apparaît donc que le principe de la proportionnalité vise à légitimer des restrictions de droits, vu que la procédure permet au citoyen de connaître les motifs de la décision le concernant, ce qui représente l'une des conditions de la légitimité de toute décision du

³⁴² Ibid, p. 2-3.

³⁴³ Lazarus L., *Conceptions Of Liberty Deprivation*, *The Modern Law Review*, 2006, n° 69(5), p. 739-740.

³⁴⁴ La législation ukrainienne de l'exécution des peines prévoit le principe de respect des droits d' l'homme (art. 5 du CEP). Nous partageons l'avis de l'auteur et nous y rattachons la nécessité d'une justification valable des restrictions des droits (Човган В. Обґрунтованість правових обмежень як складова змісту принципу поваги до прав і свобод людини у кримінально-виконавчому праві України // Від громадянського суспільства до правової держави. Збірник тез Internet-конференції 27 квітня 2012 року. – Харків: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2012. – С. 546–551 / Chovgan V., *Justification des restrictions de droits en tant que composante du contenu du principe de respect des droits et libertés de l'homme dans le droit d'exécution des peines de l'Ukraine, De la société civile à l'État de droit. Recueil des thèses de la conférence Internet du 27 avril 2012, Kharkiv, Université V.N. Karazine, 2012, p. 546-551).*

³⁴⁵ Lazarus L., *Conceptions Of Liberty Deprivation*, *Ibid*, p. 740.

³⁴⁶ *Ibid*, p. 740-741.

³⁴⁷ *Ibid*, p. 741-742.

pouvoir³⁴⁸ et de l'obéissance volontaire des détenus à cette décision³⁴⁹. Le traitement équitable des détenus comprend le devoir du personnel d'expliquer les motifs des décisions prises à leur rencontre³⁵⁰.

Or, ce n'est là qu'un petit avantage procédural de la proportionnalité. Nous insistons, ici, sur la nécessité d'étendre la compétence judiciaire au contrôle de la justification des restrictions faites aux détenus³⁵¹. Il convient de convenir avec Liora Lazarus que le principe de proportionnalité a pour fonction première de garantir que la justification et la motivation des restrictions ne restent pas incompris. Ceci oblige le juge à réfléchir plus profondément à la justification de la restriction, ce qui est positif et peut contribuer à faire diminuer le nombre de restrictions normatives ou pratiques appliquées par l'administration pénitentiaire ou une autre autorité et qui seraient qualifiées de justifiées.

Lazarus place au cœur de sa théorie une observation de valeur sur la délimitation des buts de la peine et des buts de l'administration pénitentiaire dans le concept allemand du statut juridique des détenus³⁵². Une telle délimitation est extrêmement importante pour valablement justifier les restrictions des droits des détenus. L'auteur la nomme "distinction clé" (key distinction) qui consiste en ce que la justification des restrictions devrait se baser sur une distinction claire des restrictions en tant que conséquence de la peine et des restrictions en tant que conséquence de la gestion pénitentiaire. Elle cite notamment la limitation du droit aux visites. Au cas où cette restriction serait rattachée à la peine et en ferait partie, sa justification devrait s'apprécier sur la base de l'équilibre des droits et des buts de la peine. Au cas où elle ferait l'objet d'une mesure administrative, sa justification devrait s'apprécier sur la base de

³⁴⁸ Tyler T.R., *Why People Obey the Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2006. Cela concerne également le contexte pénitentiaire: Sparks J. R., Bottoms A. E., *Legitimacy and Order in Prisons*, *The British Journal of Sociology*, 1995, Vol. 46, n° 1 (Mar., 1995), p. 45-62 ; Jackson J., Tyler T. R., Bradford B., Taylor D., Shiner M., *Legitimacy and Procedural Justice in Prisons*, *Prison Service Journal*, 2010, n° 191, p. 4-10; Beijersbergen K.A., Dirkzwager A. E., Eichelsheim V. I., van der Laan P. H., Nieuwbeerta P., *Procedural Justice, Anger, and Prisoners' Misconduct. A Longitudinal Study*, *Criminal Justice and Behavior*, 2014, n° 20(10), p. 1-23 ; Karin A., Beijersbergen K.A., Dirkzwager A.J.E., Nieuwbeerta P., *Does Procedural Justice During Imprisonment Matter?*, *Criminal Justice and Behavior*, 2016, n° 43 (1), p. 63-82 ; Herzog-Evans M., *Law as an Extrinsic Responsivity Factor: What's Just is What Works!*, *European Journal of Probation*, 2016, Vol. 8(3), p. 146-169 ; Herzog-Evans M., *Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle « LJ-PJ-TJ »*, *AJ pénal*, 2016, mars, p. 130-132.

³⁴⁹ Pinatel J., *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*, Melun: Imprimerie Administrative Melun, 1950, p. 266.

³⁵⁰ Sens de la peine et droits de l'homme, Actes du colloque international inaugural de l'École Nationale d'Administration Pénitentiaire, Agen, École Nationale d'Administration Pénitentiaire, 2000, p. 178.

³⁵¹ Voir sous-chapitre 3.1.4 "Juridicisation du domaine pénitentiaire".

³⁵² Lazarus L., *Conceptions Of Liberty Deprivation*, *Ibid*, p. 744.

l'équilibre des droits et des objectifs de la sécurité et de l'ordre au sein de l'établissement. Non seulement l'absence d'une frontière nette entre ces deux cas affecte la rigidité de la proportionnalité, mais elle favorise en plus l'indétermination juridique³⁵³. La distinction clé exige une fixation précise des buts de la peine au même titre que la fixation des objectifs de l'administration pénitentiaire, ainsi qu'une conception claire du cas auquel se rattache la justification de la restriction³⁵⁴.

En résumé, les idées de Lazarus, bien qu'ayant une nuance philosophique, démontrent une nette tendance juridique. Elles se fondent sur le soutien de la proportionnalité en tant que principe qui conviendrait le mieux pour limiter les droits des détenus. Une place particulière y est réservée aux juges et à la motivation de leurs décisions. Elle fournit une observation originale concernant la délimitation des buts des restrictions des droits dans le contexte carcéral à la différence du contexte des personnes libres. Elle ignore pourtant la possibilité de justifier certaines restrictions à la fois par les objectifs de l'administration pénitentiaire et par les buts de la peine. C'est ainsi que l'interdiction des téléphones portables peut être justifiée tant par les buts préventifs de la peine que par les objectifs de l'administration pénitentiaire. L'approche de Lazarus se distingue par le problème lié à l'absence de prise en compte des objectifs fixés dans les clauses limitatives de la Convention en tant qu'elles sont uniquement possibles pour la restriction des droits qu'elle proclame, ainsi que le rapport avec les autres buts juridiquement justifiés déterminant le caractère ciblé des restrictions³⁵⁵.

L'essentiel dans les études théoriques de Lazarus et Lippke, pour les objectifs de notre analyse, est de montrer le rôle décisif des buts affectés à l'application des restrictions. Lippke attire de plus l'attention sur la nécessité des recherches visant à confirmer que les buts servant de raison à l'application des restrictions peuvent ou ne peuvent pas être atteints. Ce sont donc les buts visés par les restrictions et la possibilité de les atteindre qui devraient être déterminant pour pouvoir instaurer et appliquer des restrictions.

Les juristes se servent de cette vision dans la doctrine de proportionnalité des restrictions qui sera abordée plus bas. Pour trouver la réponse à la question relative aux limites tolérées du rapprochement des restrictions en liberté et en prison, d'autres méthodes traditionnelles peuvent être utilisées comme, par exemple, le contrôle de la constitutionnalité

³⁵³ Lazarus L., *Conceptions Of Liberty Deprivation*, Ibid, p. 742.

³⁵⁴ Ibid, p. 743–744.

³⁵⁵ Voir plus de détails sur la corrélation des but à 2.2.1.2.2 "Légitimité des objectifs". Voir aussi: Човган В.О. Співвідношення цілей обмежень прав засуджених // Проблеми законності. – 2014. – Вип. 126. – С. 155–162 (Chovgan V.O., *Corrélation des buts des restrictions des droits des condamnés, Problèmes de la légitimité*, 2014, Fasc. 126, p. 155-162).

et de la conformité aux normes internationales. En Europe, une importance particulière revient à la Convention et à la jurisprudence de la CEDH, que nous examinons *supra*. Un rôle non négligeable appartient à l'analyse rationnelle de la justification de la restriction, cette analyse pouvant être réalisée tant par les juges que par l'organe ayant une fonction normative : le Parlement et l'administration pénitentiaire.

Lorsque les juristes signalent l'irrationalité, voire l'absurdité, de certaines restrictions, ils peuvent se référer au bon sens, à leurs propres considérations logiques, à leur expérience des contacts avec les prisons ou des détenus, ou à des exemples d'absence de restrictions en cause dans d'autres établissements pénitentiaires qui n'entraînent pas d'effets négatifs pour la sécurité et l'ordre dans l'établissement.

Une importance particulière dans la détermination du cadre admissible de l'application de la loi doit être accordée aux études comparées du droit. Elles ne peuvent pas donner une réponse formelle à la question de savoir si une restriction de droit est justifiée. En revanche, elles sont capables d'indiquer avec certitude au législateur et aux praticiens chargés de l'application de la loi, quelles sont les restrictions à potentiel positif ou, au contraire, négatif. L'effet le plus important des études comparées, pour la théorie de limitation des droits des détenus, réside dans l'analyse de l'expérience positive et négative de l'application ou de l'abrogation et de la réduction de telles ou telles restrictions.

Des spécialistes connus du droit pénitentiaire international attribuent un rôle important à ce qu'on appelle les "meilleures pratiques" (best practices) dans les prisons d'autres pays pouvant servir à développer les systèmes pénitentiaires³⁵⁶. Les bonnes pratiques sont généralement étudiées par des instituts de recherche et des organisations non gouvernementales internationales, qui font appel à des spécialistes éminents de la justice pénale comparée³⁵⁷. Nous n'ignorons pourtant pas que les meilleures pratiques empruntées, qualifiées aussi de "greffes légales", ne s'acclimatent et ne réussissent que sous certaines

³⁵⁶ Dünkel F., *International vergleichende Strafvollzugsforschung*, Schneider H.-J. (Hrsg.): *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 2: Besondere Probleme der Kriminologie*, Berlin: de Gruyter 2009, p. 145-226.

³⁵⁷ Voir par. ex.: *Making Standards Work. An International Handbook on Good Prison Practice*. 2nd ed./ Penal Reform International, London, Astron Printers Ltd, 2001 ; *A Compendium of Comparative Prison Legislation* Researched by Adam Stapleton and Dirk van Zyl Smit with Dilafruz Nazarova, London, Penal Reform International, 2008 ; Subramanian R., Shames A., *Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States*, New York, Vera Institute of Justice, 2013 ; Crétenot M. *From National Practices to European Guidelines: Interesting Initiatives in Prisons Management / European Prison Observatory*, Rome, Antigone Edizioni, 2013.

conditions³⁵⁸. Elles possèdent cependant un potentiel considérable pour l'établissement de restrictions justifiées. L'instauration des restrictions qui firent leur preuve d'être sans danger ou d'être dangereuses dans certains pays permet de prévoir des effets similaires de leur application dans d'autres pays.

Un exemple positif de cet effet est fourni par l'autorisation de visites de longue durée (familiales) dans des prisons d'Europe de l'Est. Alors que ces visites suscitaient des craintes en Europe occidentale, elles firent leur preuves à l'Est et notamment en Ukraine. La Cour européenne et le Comité en ont une appréciation favorable.

Il convient de noter, par ailleurs, que les études de droit comparé comportent certains défauts. Elles ne visent essentiellement que les pratiques positives en laissant totalement de côté les pratiques négatives. Ces dernières peuvent pourtant avoir une importance notable pour contester certaines des restrictions imposées aux droits des détenus. Elles peuvent avoir aussi une valeur particulière pour assurer la réalisation voulue des buts de la prévention en même temps que la sécurité des citoyens.

L'étroitesse de l'approche juridique vis-à-vis des actes restrictifs des droits est évidente. Le juriste ne saurait donner une réponse catégorique sur l'impact produit sur les pratiques pénitentiaires par la levée de certaines restrictions appliquées aux détenus. Cela concerne surtout la détermination de divers risques, étant donné que les juristes impliqués dans les droits de l'homme ont un sens aigu du risque en tant que savoir "non juridique"³⁵⁹. En outre, bien qu'ils aient accès à de telles preuves, la critique du risque se rattache aux domaines techniques et empiriques, c'est-à-dire à des disciplines autres que le droit³⁶⁰. Les restrictions dont la justification serait difficile à démontrer par les juristes (aussi bien les théoriciens que les praticiens) portent notamment sur l'interdiction des téléphones portables, d'Internet, le contrôle des visites, des communications téléphoniques, de la correspondance, la vidéosurveillance des détenus dans leur lieu de résidence, la limitation de l'accès à distance à divers services au-delà de l'établissement, la limitation de la liste des denrées pouvant être

³⁵⁸ Canton R. Taking Probation Abroad, *European Journal of Probation*, 2009, Vol.1, n° 1, p. 55-78; Bowen P., Fox A., *The Limits of Legal Transplants. Is there a Problem with English and Welsh Problem-Solving Courts?*, in *Offender Release and Supervision: the Role of Courts and the Use of Discretion*. M. Herzog-Evans (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 447-463 ; Watson A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., Athens, London, University of Georgia Press, 1993.

³⁵⁹ Murphy T., Whitty N., *Risk and Human Rights: Ending Slopping Out in a Scottish prison*, Judges, Transition, and Human Rights, Morison J., McEvoy K., Anthony G. (Eds), Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 539.

³⁶⁰ Ibid.

conservées, l'interdiction de détenir certains objets (instruments de musique, ordinateurs...), etc.

Du point de vue juridique, les réponses concernant le bien-fondé de ces restrictions ne peuvent s'appuyer que sur le cadre réglementaire, la présence/l'absence de normes voulues, la conformité des interdictions en vigueur aux normes internationales ou à la Constitution. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de proportionnalité en tant qu'outil juridique d'appréciation des restrictions, nous nous heurtons à de nombreuses complications et ambiguïtés.

Prenons, à titre d'exemple, la norme de proportionnalité de la CEDH. Au plan juridique, elle n'est claire que dans quelques-unes de ses dimensions. Il ne fait pas de doute, par exemple, que la lecture systématique du courrier des détenus soit non justifiée. De même, il ne fait pas de doute que l'interdiction totale des visites aux détenus soit injustifiée. Leur caractère infondé est constaté par la CEDH, dont la position juridique suffit généralement au juriste pour argumenter son avis. Il n'a pas besoin d'analyse complémentaire relative à la justification de la restriction du point de vue philosophique ou à partir des considérations de sécurité. Dans le même temps, le principe de proportionnalité comporte des exigences dont l'analyse du respect se fonde sur une analyse purement rationnelle. Ce sont, par exemple, la nécessité de subordonner la restriction à la réalisation des buts des restrictions définis dans la Convention, et l'absence d'alternative minimale qui permette de ne pas limiter les droits ou d'atteindre le but visé en causant un moindre préjudice. Nous pensons cependant que cette analyse n'est pas utile sans connaissances empiriques.

Citons quelques exemples.

L'administration pénitentiaire instaure des restrictions du droit à la vie privée en installant des cloisons de verre dans les parloirs. La CEDH peut considérer cette mesure comme l'un des facteurs enfreignant l'article 8 au cas où une telle restriction serait systématique et ne comporterait pas l'évaluation du risque individuel³⁶¹. La restriction était-elle vraiment injustifiée et le fait de ne pas l'appliquer risque-t-il de dégénérer en violences pendant les visites? Il est impossible de le savoir avec certitude sans connaître la personne du détenu auquel la restriction est appliquée. C'est pourquoi la CEDH use de la norme en énonçant que l'application automatique des restrictions peut signifier leur mal fondé, ce, sans

³⁶¹ Voir par ex.: Murphy T., Whitty N., Ibid, p. 535–557. Concernant les effets psychologiques connus depuis longtemps de cette restriction voir: Kotarba J.A., *The Accomplishment of Intimacy in the Jail Visiting Room*, *Qualitative Sociology*, 1979, Vol. 2.2, p 80–103.

entrer dans les détails pour chaque détenu concerné et relatif à son comportement dans le passé.

Cependant, le bien-fondé de la restriction ne peut être affirmé qu'en présence de données signifiant que sa non-application ne nuirait pas à la sécurité ou à l'ordre de l'établissement (pourtant ces données ne sont pas toujours fiables). De telles données peuvent provenir de l'évaluation concrète du danger représenté par le détenu, ce, sur la base de son comportement précédent ou bien, lorsque la restriction concerne un cercle large de personnes, elles peuvent être fournies par des études de spécialistes relatives aux conséquences éventuelles de l'absence de cloisons. Dans la plupart des cas, de telles données sont incomplètes ou absolument inaccessibles. C'est peut-être la raison pour laquelle les services qui répondent des restrictions préfèrent continuer à les appliquer tant que ceci est possible, puisqu'ils ne sont pas sûrs des résultats de la levée d'une restriction et souhaitent tout simplement éviter les risques.

Un autre exemple concerne la levée du contrôle *systématique* du courrier des détenus. Les employés pénitentiaires estiment que ce contrôle systématique est nécessaire pour prévenir des infractions, en particulier, les évasions. Son absence suppose la nécessité de prendre une décision individuelle de contrôler le courrier dans chaque cas concret. Cette mesure aurait-elle des effets négatifs en matière de prévention des infractions? La réponse ne peut être donnée qu'en abrogeant le contrôle systématique du courrier ou en menant des études capables de démontrer de manière justifiée que l'abrogation du contrôle systématique du courrier ne servirait probablement pas aux détenus pour transmettre des informations susceptibles de nuire à la sécurité et à l'ordre de l'établissement ou, du moins, que la transmission d'informations n'entraînerait effectivement pas de risques considérables.

Les exemples cités soulèvent des questions clés relatives au principe de proportionnalité: la restriction est-elle nécessaire pour atteindre ses buts? Une autre question est de savoir si la restriction est une restriction minimale nécessaire pour atteindre les buts des restrictions? Si, par exemple, la fréquence légale des visites aux détenus est fixée à toutes les semaines, la question est de savoir si cette restriction est minimale. Il faudrait déterminer si, par exemple, les visites journalières atteignent les buts poursuivis par la restriction du nombre de visites. Ou, peut-être, une telle fréquence serait contraire à la gestion normale de l'établissement ou nécessiterait des ressources économiques supplémentaires considérables³⁶²?

³⁶² Rappelons que, d'après les Règles pénitentiaires européennes, le manque de ressources ne saurait justifier des conditions de détention violant les droits de l'homme (4^e règle).

La réponse à ces questions pourrait être donnée en partant de l'expérience accumulée en matière d'abrogation de restrictions dans d'autres établissements pénitentiaires du pays en cause ou dans d'autres pays. Cependant, comment faire si cette expérience n'existe pas? Dans ce cas, l'on ne pourrait probablement s'appuyer avec sûreté que sur des études de nature empirique. Celles-ci devraient jouer le rôle de facteur clé pour déterminer le bien-fondé de la restriction en répondant notamment à la question: la restriction atteint-elle le but qui lui assigne le pouvoir public ?; ce but pourrait-il être atteint efficacement par un moyen différent, moins restrictif ?; Quelles sont les conséquences négatives possibles de l'instauration ou de l'abrogation de la restriction; quels pourraient en être les effets positifs ?

Le retour d'expérience et l'utilisation de telles études constituent la condition nécessaire de la mise en œuvre de ce qu'on appelle la "politique fondée sur les données acquises de la science" (Evidence-Based Policies), une approche dans le domaine de la justice pénale qui devient de plus en plus populaire ces dernières années. Notre travail démontre sa nécessité pour une politique libérale et, en même temps, non dangereuse de l'État en matière de limitation des droits des détenus.

Le domaine pénitentiaire souffre par ailleurs d'un manque d'études empiriques visant à évaluer le bien-fondé des restrictions. Il existe toutefois des études qui sont potentiellement capables d'influer sur l'élaboration d'un "design" sûr et utile des restrictions. Certaines études illustrent assez clairement l'utilité de la libéralisation de telles ou telles restrictions. C'est ainsi qu'une amélioration des contacts sociaux contribue à la diminution de la récidive³⁶³ et des infractions disciplinaires dans les établissements pénitentiaires³⁶⁴. L'amélioration du droit des détenus à l'éducation exerce un effet positif sur la prévention de la récidive³⁶⁵. D'un autre côté, l'impact négatif de la maximisation des restrictions est également connu³⁶⁶.

Cependant, les études de ce type ne suffisent souvent pas pour répondre à la question de savoir quelles sont les restrictions superflues du point de vue de la sécurité. Elles peuvent

³⁶³ Clarc V., Duwe G., Ibid, p. 271–296.

³⁶⁴ Cochran J.C., Ibid, p. 433-440; Cochran J.C., Daniel P., Mears D.P., Ibid, p. 252–261.

³⁶⁵ Vacca S.J., Educated Prisoners Are Less Likely to Return to Prison, *Journal of Correctional Education*, 2004, Vol. 55, n° 4, p. 297–305; Erisman W., Contardo J.B., Learning to Reduce Recidivism: a 50-state Analysis of Postsecondary Correctional Education Policy, The Institute for Higher Education Policy, 2005, disponible sur: <http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED558210.pdf> (accédé le 09.08.2016); Esperian J.H., The Effect of Prison Education Programs on Recidivism, *Journal of Correctional Education*, 2010, Vol. 61, n° 4, p. 316–334.

³⁶⁶ Sykes G.M., *The Society of Captives. A Study of Maximum Security Prison*, Princeton, Princeton University Press, 1958; Drake D., The 'Dangerous Other' in Maximum-Security Prisons, *Criminology and Criminal Justice*, 2011, Vol. 11, n° 4, p. 367–382; Chen K., Shapiro J., Do Harsher Prison Conditions Reduce Recidivism? A Discontinuity-Based Approach, *American Law and Economics Review*, 2007, n° 1, Vol. 9, p. 1–29.

toutefois être considérées comme constituant des arguments complémentaires en vue d'attirer plus d'attention envers les restrictions suscitant des doutes quant à leur nécessité. Elles peuvent aussi servir de poids additionnel en pesant l'utilité et les effets négatifs de telles ou telles restrictions.

Compte tenu de ce qui précède, il faut comprendre qu'il n'est pas possible d'évaluer le bien-fondé des restrictions en ne prenant en compte que leur subordination aux exigences de sécurité ou d'ordre ou bien de protection de la société dans son ensemble. L'abrogation de la restriction peut empêcher la réalisation des buts de ce genre dans les établissements pénitentiaires, mais la restriction ne continuerait pas moins d'être considérée comme étant injustifiée. Ce cas surviendrait lorsque la valeur du droit à restreindre dépasserait la valeur des exigences de sécurité. La valeur de l'abrogation de la restriction serait alors plus importante que celle des résultats positifs éventuels pour la sécurité si la restriction était appliquée³⁶⁷. Il s'agit de l'équilibre de diverses valeurs et des priorités de la société. Les considérations relatives aux questions de ce genre nécessitent des connaissances en axiologie et en philosophie.

Même en admettant la présence d'une base solide pour les thèses relatives aux dangers de telles ou telles restrictions, celle-ci ne serait pas suffisante pour parler de la corrélation de la valeur des intérêts de la sécurité par rapport aux intérêts individuels dans des cas concrets. La philosophie, et surtout la philosophie du droit et de la peine, doit aider à trouver les réponses aux questions de l'équilibre des droits individuels et des intérêts de la société.

Le rôle de la philosophie dans la détermination des restrictions admissibles et non admissible sera illustré ici au moyen de la méthode de modélisation.

Imaginons que les détenus soient autorisés à utiliser Internet sans aucune limitation de moyens (téléphones portables, ordinateurs portables) et de contenu des sites à visiter (sites pornographiques, violents, terroristes, divers réseaux sociaux). Supposons que, d'après les statistiques, 2 détenus sur 100 se servent d'Internet pour commettre des infractions. Les autres s'en servent pour communiquer avec leurs familles, amis (dont ceux des milieux criminels), pour l'auto-éducation ou pour se distraire (notamment en visionnant des films avec des scènes de violences cruelles et pornographiques), selon des modalités qui peuvent compromettre leur réinsertion.

³⁶⁷ L'équilibre entre l'utilité de la restriction du droit et le préjudice causé par cette restriction constitue la partie la plus difficile de l'application du test de proportionnalité (Revers J., *The Presumption of Proportionality*, *The Modern Law Review*, 2014, n°. 73 (3), p. 409–433).

Faut-il, dans ce cas, autoriser l'accès libre à Internet aux détenus? La réponse va dépendre non seulement du type d'infractions qui seraient commises, mais aussi d'autres questions à caractère moral. Par exemple: est-il moral que le condamné pour homicide accompagné ou précédé de viol passe son temps en prison à visionner des scènes de violence sur Internet?

Il est vrai, qu'en ce qui concerne les questions de ce type, la philosophie peut se référer aux données scientifiques existantes relatives aux scénarii possibles d'évolution des événements tout comme elle peut se référer aux outils de prévention des abus par la levée des restriction (par exemple, la possibilité d'identifier les personnes qui se servent d'Internet pour des activités illégales). Supposons que l'on puisse s'attendre en pratique à des débats sans données empiriques qui s'appuieraient, dans le meilleur des cas, justement sur la méthodologie de modélisation et sur l'expérience précédente, ou bien, au pire, sur des considérations populistes. Cette supposition est confirmée par les évaluations de l'expérience des pays où la politique de l'État dans le domaine de l'incarcération se construit sans prendre en compte les données de la science sur l'impact négatif de l'emprisonnement pour les buts poursuivis, ce qui fait que l'État et la société doivent la payer trop cher³⁶⁸.

Il ne serait pas difficile de mettre en lumière l'infondé d'une restriction du droit et la nécessité de l'abroger en étant sûr que cela ne provoquerait pas de problèmes graves et ne nuirait pas aux intérêts de la société. Cela peut concerner, par exemple, l'augmentation du nombre de visites pour les détenus. La situation est toute autre lorsque cette certitude fait défaut et que l'administration pénitentiaire et la société doivent décider jusqu'où elles sont prêtes à prendre les risques et ce qu'elles peuvent se permettre en matière de reconnaissance des droits de l'homme incarcéré. Dans ce cas, à défaut de preuves établies de l'exercice sûr d'un droit, des problèmes de légitimation par la société risquent de surgir. Nous savons que la peur du crime conduit les masses à céder facilement aux pouvoirs publics lorsqu'il s'agit des délinquants³⁶⁹. Le public peut soutenir des restrictions applicables aux détenus qu'il n'aurait pas toléré dans d'autres domaines³⁷⁰, le sentiment d'anxiété devenant l'ennemi principal de la modération et de la limitation de la répression de la part du pouvoir³⁷¹.

³⁶⁸ Cullen F., Jonson C., Nagin D., Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science, *The Prison Journal*, 2011, Vol. 91, n° 3, p. 49–65.

³⁶⁹ Zimring F.E., Hawkins G. *Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights, The Future of Imprisonment*. Ed. by Tonry M., New York, Oxford University Press, 2004, p. 159.

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ Ibid, p. 162.

La philosophie a, par ailleurs, une mission plus globale: déterminer à quel point peuvent s'effacer les frontières entre la prison et la société. Tout en proposant sa vision du problème, elle oriente le droit, notamment en ce qui concerne les limites des restrictions des droits. La philosophie donne des réponses aux questions relatives aux buts de la peine, les buts de l'incarcération, les moyens à appliquer pour les atteindre, le degré de développement de la société et sa disponibilité à humaniser le système d'exécution des peines et son besoin de le faire. Elle est un moteur des états d'esprit dans la société tout en subissant leur influence en retour.

La politique, et notamment la politique en matière de droit pénal et d'exécution des peines, influe sur le degré de répression dans les établissements pénitentiaires. Ceci se traduit, en particulier, par la politique restrictive des droits. Etant donné que, pareille à toute autre politique, elle dépend de l'opinion générale dans la société, elle ne met en œuvre et ne soutient que les restrictions des droits des détenus qui répondent aux dispositions de la société ainsi qu'au niveau de son évolution et de sa tolérance. Dans le même temps, la société peut être plus répressive que la politique pénitentiaire, bien que l'opinion publique puisse tolérer en silence les restrictions clémentes. Ce serait aussi un exemple de la conformité des restrictions à l'état d'esprit de la société. L'autorisation des téléphones portables aux condamnés en Ukraine en constitue une bonne illustration³⁷². Cette autorisation fut incorporée dans la législation ukrainienne d'exécution des peines en 2014. Malgré une forte propagation de cette innovation, la vague du "mécontentement populaire" fut oubliée assez vite dans les médias.

Même en critiquant l'atténuation des conditions d'exécution des peines et le rapprochement du statut des détenus par rapport aux citoyens libres, la société peut y consentir tacitement avec le temps. Le degré de répression des restrictions existantes dépend aussi de l'étape historique de la société. Des situations impossibles à imaginer il y a trente ou quarante ans (télévision, correspondance par écrit sans limites, rapports sexuels avec l'épouse/l'époux), constituent aujourd'hui une réalité, sans laquelle il est difficile de se représenter le système pénitentiaire. De la même manière, l'accès libre à Internet et à la téléphonie mobile pourrait devenir, au terme de quelques dizaines d'années, chose normale dans les prisons. Pour y parvenir, l'expérience pratique de leur utilisation sans danger sera toutefois nécessaire.

Toute l'histoire de l'évolution de la prison se compose d'une abrogation progressive des restrictions. Cependant, la condition nécessaire de ce processus réside dans la certitude de l'absence ou du faible degré de menace pour la société de la part des détenus du fait de la

³⁷² Elle fut considérablement rapidement réduite par des textes d'application du Service pénitentiaire ukrainien.

levée des restrictions en vigueur. C'est pourquoi le rôle clé, dans l'abrogation des restrictions et dans le rapprochement du droit pénitentiaire du droit commun, reviendrait à l'expérience qui nécessite du temps, ainsi qu'aux études empiriques et comparées qui montreront le caractère sans danger de telles ou telles restrictions pour le maintien de la sécurité et de l'ordre dans l'établissement et hors de ses murs.

L'abrogation subséquente des restrictions des droits des détenus s'arrêterait au moment où le risque encouru par la société du fait de l'abrogation ou de l'atténuation de la restriction dépasserait l'avantage qu'elle en tirerait. Cet avantage peut être pratique (diminution de la récidive) et axiologique (maintien d'un droit de l'individu sans restriction concrète, protection d'un autre intérêt social, de la démocratie). L'évaluation de la restriction du point de vue de son intérêt pratique, pour la société peut devenir un discours nécessaire, bien qu'indésirable pour masquer la libéralisation des restrictions à une époque où la société éprouve peu de sympathie vis-à-vis des besoins du délinquant³⁷³. L'évaluation de la composante axiologique de la libéralisation des restrictions dépendra toujours des valeurs défendues par la société et de la maturité de celle-ci. Finalement, la mission de mise en équilibre des avantages et des dangers pour la société³⁷⁴, de leur comparaison et leur évaluation restera toujours celle de la philosophie dominante de la société.

Il apparaît donc que, comme la priorité des droits de l'homme exige que leur restriction soit d'un strict minimum, la bonne réalisation de ce principe nécessite de déterminer le risque inhérent à l'abrogation ou à l'atténuation de la restriction d'un droit. Il fut déjà montré que les études existantes ne suffisent pas à résoudre ce problème.

Dans cette optique, à côté des études comparées, un potentiel considérable dans l'évaluation du bien-fondé des restrictions peut être contenu dans des expérimentations portant sur la levée de telles ou telles restrictions dans des établissements pénitentiaires. À défaut d'études empiriques, l'expérimentation de ce type représente peut-être l'unique voie pour pouvoir évaluer de manière légitime le bien-fondé ou le mal fondé des restrictions concernées.

³⁷³ Genders E., Player E., *Rehabilitation, Risk Management and Prisoners' Rights*, *Criminology & Criminal Justice*, 2014, Vol. 14(4), p. 436.

³⁷⁴ Les théoriciens du droit naturel notent sur ce plan: "Un principe du droit naturel, c'est qu'un homme ne peut pousser la sévérité contre un autre homme que dans la mesure nécessaire à sa défense. Or la loi positive, qui doit se régler sur la loi naturelle, ne peut adopter un autre principe; elle n'atteindrait donc pas le but qu'elle doit se proposer, celui d'ajouter au bonheur public, si, ne se bornant point à garantir au citoyen la paisible jouissance de ses droits naturels (ou acquis), elle ajouterait aux maux réels par des rigueurs inutiles, non nécessaires, elle perdrait de vue le principe politique qui l'oblige dans ses créations à rendre la somme des biens supérieure à celle des maux" (Carmignani G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Napoli: Tipografia dell'Ariosto, 1843, citée dans: Tissot J. *Introduction philosophique à l'étude du droit pénal et de la réforme pénitentiaire*, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, éditeur 17, rue soufflot, 17, 1894, p. 6).

Elle pourrait être réalisée sous forme de projets pilotes, dont le statut juridique nécessiterait toutefois d'être examiné attentivement et d'être réglementé. Souvent un projet pilote exigerait l'abrogation des restrictions instituées par la loi en ce que la possibilité et les détails de la réalisation d'une telle expérience devraient être validées par un texte normatif ayant la même valeur juridique.

Toujours dans cet ordre d'idée, l'étude comparée des meilleures et des pires pratiques pénitentiaires devrait être considérée comme un outil sérieux d'influence sur la politique pénitentiaire en matière de droits de l'homme. Cela nous montre que le droit comparé devrait occuper des positions clés parmi les spécialistes s'intéressant aux restrictions des droits des détenus. L'expérience internationale fournit ce que la philosophie ne donne pas et ce qu'il faudrait attendre longtemps de la part des études empiriques: une certitude sur les effets éventuels de la libéralisation de telles ou telles restrictions et vice versa – sur les effets de leur renforcement.

Conclusion du chapitre 1.5

La philosophie des droits des détenus ne représentant pas un domaine bien développé, les approches philosophiques vis-à-vis des restrictions de ces droits sont difficile à trouver dans la littérature. Pour cette raison, les thèmes aussi importants que la corrélation des droits des détenus et des personnes libres et l'origine et la nature des droits des détenus intéressent davantage les juristes.

La nature des droits des détenus, tout comme celle de leurs restrictions, se distingue par son caractère spécifique dû à plusieurs facteurs: activité criminelle c'est-à-dire la violation de l'ordre social ; séparation de la société et de la vie en milieu fermé ; dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire ; etc. La restriction des droits des détenus est justifiée par tradition à l'aide d'arguments soutenant que, puisque le délinquant a enfreint le contrat social, il doit le payer par une punition qui se traduit par des restrictions. Il en découle un fondement moral de la restriction des droits. Cependant, la théorie de la perte des droits (de la justification morale) ne donne pas de réponse claire à la question de savoir quelle est la restriction justifiée des droits, puisqu'elle se focalise sur la question: "Pourquoi est-il admissible de punir ?" et non "Punir dans quelle mesure ?".

Le degré de perte des droits par la personne dépend des conceptions de la peine. C'est-à-dire que l'étendue des droits après l'incarcération dépendra de la théorie adoptée de justification de la peine. Cela implique, tout d'abord, l'influence des buts de la peine sur le choix des restrictions à appliquer. Une importance de principe est attachée au fait que les restrictions ne devraient pas être supérieures à ce qui est demandé par les buts de la peine et/ou par son exécution (ces buts étant à distinguer). Pour certains auteurs, les restrictions appliquées aux condamnés devraient correspondre aux conséquences de leurs infractions pour leurs victimes. Nous critiquons cette vision rétributiviste et montrons l'incapacité pratique de l'idée de "conversion" proportionnelle des conséquences négatives pour la victime en restrictions à faire aux condamnés.

Les études philosophiques, tout en étant assez limitées, s'imbriquent dans l'analyse juridique et inversement. Pour sa part, la pensée juridique est elle aussi assez limitée pour pouvoir répondre à des questions philosophiques complexes, dont notamment des questions morales. Nous sommes d'avis que les réponses pertinentes aux questions formulées dans ce chapitre (concernant l'étendue admissible des restrictions) ne peuvent pas être données par la philosophie et la jurisprudence, tant qu'elles ne se fondent pas sur les recherches scientifiques

et l'expérience internationale, ce, de façon à déterminer quelles sont les restrictions vraiment nécessaires du point de vue de la sécurité et quelles sont celles qui sont inutiles. Un rôle particulier en cette matière pourrait être tenu par l'expérimentation en tant que moyen de vérifier par la pratique que les restrictions ne présentent pas de danger.

Des thèmes philosophiques élaborés sont formulés dans ce chapitre en ce qui concerne les restrictions applicables aux détenus et les réponses à trouver à l'avenir. Il comporte, entre autres, la question de savoir à quel point pourraient s'effacer les frontières entre la prison et la société (dans le contexte de l'abrogation admissible et de la réduction des restrictions existantes des droits). Dans ce contexte, la nécessité de reconnaître le rôle des données empiriques à la lumière du populisme à l'égard des détenus dans les sociétés modernes ainsi que des valeurs de la société apparaît indéniable.

Conclusion (Partie I)

Tout droit subjectif se distingue par deux caractéristiques clés: le contenu et l'étendue. Le contenu du droit est un indicateur qualitatif alors que son étendue est un indicateur quantitatif. Le rétrécissement du contenu ou de l'étendue du droit (qui sont interdépendants puisque le rétrécissement de l'un entraîne le resserrement de l'autre) représente une restriction du droit. D'autre part, le changement de l'ordre d'exercice du droit peut constituer aussi une restriction, puisqu'il peut s'agir d'en diminuer le contenu et l'étendue. Dans tous les cas, le rétrécissement du contenu ou de l'étendue du droit consiste à modifier les prérogatives dont ce droit se compose. Il en résulte une diminution des capacités juridiques de la personne et des versions admissibles de comportement de celle-ci.

Des signes tels que le fait de prévoir la restriction dans la loi ou de comporter des buts ne sauraient être considérées comme marques obligatoires de la restriction. En revanche, ils peuvent être un indice de sa justification. La marque nécessaire de la restriction du droit, en plus du rétrécissement de son contenu ou de son étendue, est constituée par le sujet d'un tel rétrécissement, l'État; une personne privée ne peut pas restreindre un droit, mais elle peut l'enfreindre en empêchant son exercice.

Il ne peut s'agir des restrictions des droits du détenu que lorsque celles-ci sont appliquées en raison du statut spécial de l'intéressé. Autrement, lorsque la restriction est appliquée à une personne sans rapport avec son statut spécial, il s'agirait de la restriction du droit de la personne en tant que citoyen libre.

Nous proposons deux procédés permettant de constater si une restriction du droit du détenu se justifie. Le premier procédé, procédé dynamique, consiste à comparer les possibilités du détenu "avant" et "après" l'application d'une mesure (par exemple changement de la loi); le second procédé, procédé statique, consiste à comparer les possibilités du détenu avec celles de la personne libre (*de jure* et *de facto*).

Nous distinguons les formes suivantes de restrictions des droits dans la législation: déchéance d'un droit ; interdiction, obligation ; droits subjectifs spécifiques (à certaines exceptions) ; responsabilité spécifique.

Les modes et les formes évoquées d'application des restrictions concernent aussi les restrictions dites pratiques. Ces dernières consistent à réduire le contenu et l'étendue des droits

existants des détenus à la discrétion de l'administration pénitentiaire. Une telle restriction peut être légale aussi bien qu'illégale. Les restrictions pratiques sont répandues et ce sont elles qui causent le plus grand préjudice aux droits de l'homme dans les établissements pénitentiaires.

A partir de ces éléments, il est proposé dans cette thèse de classer les restrictions en restrictions normatives et restrictions pratiques (en application de la loi). Nous n'avons pas rencontré cette classification dans d'autres travaux sur le droit pénitentiaire, mais son intérêt est évident, puisqu'elle permet de distinguer deux caractéristiques de la nature juridique des restrictions qui diffèrent sur le fond.

Une autre classification importante par principe présente la division des restrictions en restrictions juridiques et restrictions de fait. Les restrictions juridiques sont prévues dans la loi. Les restrictions de fait sont "inhérentes au fait" d'incarcération/privation de liberté. Selon une thèse-norme répandue, toutes les restrictions qui "ne sont pas inhérentes à l'incarcération" seraient superflues et non justifiées. Cette idée suscite pourtant des difficultés considérables.

La doctrine des restrictions de fait, nonobstant le nombre d'études théoriques et de normes théoriques considérant la mise en œuvre de leur idée comme une mesure positive pour les droits de l'homme, ne peut servir de garanties complémentaires des droits ; bien au contraire. L'un des objectifs de la présente thèse vise à proposer une vision critique de la doctrine des restrictions de fait. La conception de ce qui est "inhérent à l'incarcération" et de ce qui ne l'est pas n'est pas universelle. Elle est différente selon la culture, selon la période historique et même selon les conditions économiques. D'autre part, la conception de la notion "d'incarcération" (ou privation de liberté) n'est ni stable ni claire. C'est pourquoi l'utilisation de l'idée des restrictions de fait peut servir à violer le principe de légalité et à fournir des compétences discrétionnaires illimitées lors de l'application des restrictions. Les restrictions de fait présentent une voie vers l'indétermination juridique, qui ne justifie pas les espoirs doctrinaux en leur utilisation pour faire rapprocher le statut des détenus de celui des personnes libres.

La conception de la nature juridique des restrictions des droits diffère selon la théorie des restrictions des droits adoptée. Les théories les plus connues sont, semble-t-il la théorie dite interne et la théorie externe. La théorie interne suppose que la restriction du droit peut rétrécir l'interprétation de son contenu. La théorie externe suppose que le contenu du droit reste inchangé au cours de l'histoire et ce n'est que l'ampleur de son exercice qui change. Elle signifie en fait qu'il n'est pas possible de restreindre un droit, la restriction ne pouvant porter

que sur son exercice. Le droit lui-même a ses propres limites, les qualificateurs ou les marques internes du droit subjectif qui en caractérisent le contenu.

Tenter d'examiner brièvement les démonstrations philosophiques dans l'optique des limites de rapprochement des droits du détenu et de la personne libre n'aide pas à trouver des réponses même superficielles et ne fait que montrer la carence de l'œuvre doctrinale en la matière. L'admissibilité morale de la peine et les restrictions des droits font partie des sujets de réflexion des philosophes. L'une des raisons principales de cette admissibilité réside dans la violation par le détenu du contrat social. Néanmoins, l'admissibilité ne répond pas à la question : quel doit être le contenu de la peine (qui consiste en limitations des droits) ? Les réponses aux questions relatives aux restrictions des droits doivent être données du point de vue de la théorie adoptée de la peine et des buts de celle-ci. Tout ceci ne représente pourtant qu'un des aspects d'une question plus difficile, à savoir : quelles sont les limites tolérées à la répression de l'État ? A quel point est-il admissible de rapprocher (et d'espacer) les statuts juridiques des deux côtés des grilles ? Plus progresserait l'humanisation de la prison, laquelle est, pour beaucoup, nécessairement croissante, et plus il y aurait de raisons pour les philosophes d'y réfléchir.

Toutefois, leurs considérations nécessiteraient une base pratique pour appuyer leurs conclusions. La société exprime toujours une demande de sécurité. Aussi, lorsqu'il s'agit d'abroger/d'appliquer des restrictions des droits des détenus, faut-il prendre en compte leur équilibre par rapport aux intérêts et aux valeurs sociales contradictoires, ainsi que l'aspect pratique de leur rationalisation. Des études empiriques et comparées devraient y contribuer, de même que l'expérience nationale et internationale en matière de sécurité de la libéralisation des restrictions des droits et vice versa – de leur renforcement.

Partie II : Normes internationales de limitation des droits des détenus

Les normes internationales revêtent une importance particulière dans la formation de la théorie des restrictions applicables aux détenus et dans la pratique de leur mise en œuvre, parce que ces normes ont fixé les premières barrières de protection contre les restrictions non justifiées des droits des personnes détenues. En déterminant le minimum à atteindre, elles fixent la limite au-delà de laquelle la restriction devient non justifiée et devrait être révisée et modifiée. Nous concevons les normes internationales en matière de droits des détenus en tant qu'idéal du bien-fondé des restrictions des droits de ces derniers. La plupart des normes figurant dans des textes internationaux concernent, d'une manière ou d'une autre, le problème de la limitation des droits de la personne dans toute leur variété. C'est-à-dire qu'en indiquant "ce qui doit se faire" et "ce qui ne doit pas se faire" en prison, les textes internationaux portent souvent justement sur les restrictions des droits des détenus. Cela constitue l'influence générale des normes sur les actions de l'État en matière de restriction de droits, alors qu'une influence spéciale consiste en instauration des exigences directes à l'égard des restrictions relatives aux détenus.

2.1. Normes des Nations Unies en matière de limitation des droits des détenus

La Déclaration universelle des droits de l'homme représente le document international clé en matière de limitation des droits de l'homme. Une signification particulière pour la théorie des restrictions des droits figure à l'article 29, 2^e al., de la Déclaration qui énonce que "Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique". La Déclaration ne contient pas de normes spécifiques relatives aux limitations des détenus et revêt, par définition, un caractère de déclaration. Cela veut dire qu'elle a peu d'effet pour être utilisée pour la

protection des droits en pratique, mais elle joue un rôle important en tant que guide des gouvernements nationaux quant à leur politique dans le domaine de droits de l'homme.

La Déclaration a acquis une dimension pratique dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ses violations peuvent être constatées par des mécanismes de protection appropriés et notamment par le Comité des droits de l'homme de l'ONU.

Le Pacte définit des causes justifiant les limitations de divers droits des personnes qui s'appliquent entièrement aux détenus. Son article 12 stipule notamment en son 2^e alinéa que le droit à la liberté de circulation ne peut être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le Pacte. Le droit à la liberté de convictions, de conscience et de religion ne peut faire l'objet que de seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaire à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui (art. 18, 3^e al.). Le droit à la liberté d'expression qui comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique ou par tout autre moyen du choix de la personne peut être soumis à des restrictions qui sont nécessaires au respect des droits ou de la réputation d'autrui, à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques (art. 19, 3^e al.). Le droit à la liberté d'association avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi qui sont nécessaires dans une société démocratique dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sécurité publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et libertés d'autrui (art. 22).

Le Pacte comporte une stipulation qui concerne directement les limitations des droits des détenus. L'article 10 énonce en son 3^e al., que le système pénitentiaire doit prévoir un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Cette norme-principe acquiert sa portée concrète en pratique. Le Comité des droits de l'homme de l'ONU élaborera même un commentaire de cette disposition³⁷⁵. Ce dernier prévoit, entre autres, que les personnes privées de liberté ne doivent pas subir de privation ou de

³⁷⁵ Observation générale no 21: Article 10 (Droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité). Quarante quatrième session (1992), disponible sur : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en (accédé le 26.07. 2016)

contrainte autre que celles qui sont inhérentes à la privation de liberté et que les personnes privées de leur liberté jouissent de tous les droits énoncés dans le Pacte, sous réserve des restrictions inhérentes à un milieu fermé.

Le Comité a recours à la norme évoquée dans ses décisions relatives aux violations des droits des détenus. C'est ainsi que dans l'affaire de *Yevdokimov et Rezanov contre la Russie* le Comité devait apprécier à quel point l'interdiction constitutionnelle de voter faite aux condamnés était conforme au Pacte³⁷⁶. Il a conclu à la violation de l'article 25 conjointement avec l'art. 2.3 du Pacte. Le Comité s'est référé à l'article 10, 3^e al., déjà cité du Pacte et à l'idée des restrictions inhérentes à l'incarcération (par. 7.4). Se référant à l'arrêt de la CEDH rendu dans l'affaire *Hirst*³⁷⁷, le Comité a en particulier précisé que la privation automatique du droit de voter ne répondait pas au critère de rationalité des restrictions (par. 7.5).

Le Comité a été assez laconique dans l'argumentation de ses conclusions. Dans certains cas, pour constater une dérogation, il s'est borné à se référer à des normes pertinentes. C'est ainsi que s'agissant des droits des détenus, il a pu se borner à se référer au Commentaire n° 21, notamment sur la disposition disposant que les personnes privées de liberté continuent de jouir des droits avec des restrictions inhérentes à un milieu fermé³⁷⁸.

Le Comité peut aussi faire référence à certaines clauses limitatives du Pacte en se prononçant sur le respect des exigences de celles-ci. C'est ainsi que la limitation excessive du droit à la correspondance dérogeait à l'article 17 du Pacte, étant donné que les restrictions des droits sous forme de censure ou de contrôle nécessitaient des garanties juridiques valables contre les abus (par. 9.2)³⁷⁹.

A la différence de la Convention européenne, la Déclaration et le Pacte n'ont pas joué un rôle particulier dans les pratiques d'établissements pénitentiaires. Toutefois, après l'adoption de ces textes, leurs dispositions ont été développées en élaborant des normes spécialisées qui concrétisaient les exigences à l'égard des restrictions de droits compte tenu du statut spécifique des détenus. Ces normes comprennent en particulier un texte important, les Règles minima pour le traitement des détenus de 1957.

³⁷⁶ *Yevdokimov and Rezanov v. Russia*, Communication No. 1410/2005, CCPR/C/101/D/1410/2005 (adoption of views).

³⁷⁷ *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2) (GC)* (n° 74025/01, 06.10.2005).

³⁷⁸ *Pustovoit v. Ukraine*, Communication No. 1405/2005, CCPR/C/110/D/1405/2005/ Dans cette décision le Comité constatait nombre de violations du Pacte en raison du menottage excessif du requérant.

³⁷⁹ *Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, Communication No. 74/1980, CCPR/C/OP/2 (1990).

2.1.1. Limitations des droits des détenus dans les Règles minima pour le traitement des détenus de 1957 (RMT) et de 2015 (RMT Mandela)

2.1.1.1. Limitations dans les RMT

Malgré le remplacement de RMT 1957 par une version nouvelle, les Règles Mandela, une analyse succincte de ce document nous permettrait de mieux comprendre la logique de l'ONU sur les questions relatives aux restrictions des droits des détenus. Bien mieux, presque toutes les normes concernant les restrictions sont reprises par les RMT Mandela.

Les RMT comportent des normes qui définissent les références concernant l'ampleur et la nature des restrictions, aussi bien que des normes qui concernent indirectement des restrictions plus concrètes des droits des détenus. Par exemple, le par. 20.2 représente une norme de restriction concrète indiquant que chaque détenu doit avoir la possibilité de se pourvoir d'eau potable lorsqu'il en a besoin. Cela veut dire que l'on ne peut pas instaurer une restriction telle que des horaires limités de consommation d'eau. La règle 33, qui prévoit l'interdiction absolue des fers et chaînes en tant que moyens de contrainte, vise le procédé inadmissible de restriction du droit.

Toutefois, l'intérêt le plus grand revient aux dispositions définissant les principes qui déterminent directement les références relatives à l'ampleur et à la nature des restrictions. Le par. 27 au chapitre "Discipline et punitions" des RMT prévoit que "L'ordre et la discipline doivent être maintenus avec fermeté, mais sans apporter plus de restrictions qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité et d'une vie communautaire bien organisée". Cette disposition entérine le caractère ciblé obligatoire des restrictions afin que les restrictions ne soient appliquées pour assurer une bonne surveillance et le respect des règles de la vie communautaire dans l'établissement pénitentiaire.

L'interprétation littérale de cette norme montre que les buts cités doivent être exhaustifs. Cependant, le caractère flou du contenu des catégories de "bonne surveillance" et de "vie communautaire bien organisée" permettent d'utiliser cette norme en tant qu'idée générale ou principe en fonction desquelles les activités pratiques et législatives doivent être guidées, mais non en tant qu'exigence concrète. Certains auteurs proposent même une interprétation élargie de cette norme, en indiquant que les conditions de détention devraient être restrictives autant que ceci est nécessaire pour la sécurité et la bonne cohabitation dans

l'établissement³⁸⁰. Il est estimé que l'exigence du caractère minimal des restrictions applicables aux fins de sécurité est indispensable pour respecter l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui énonce que "Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne"³⁸¹.

Ainsi que le fait noter la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale dans son observation aux RMT, cette règle signifie que "... les États doivent assurer la sécurité et l'ordre dans les prisons, mais elle ne signifie pas qu'ils peuvent le faire par des moyens démesurés ou brutaux. Le devoir de l'administration pénitentiaire est d'exécuter la peine prononcée par le juge, mais pas d'appliquer des restrictions supplémentaires"³⁸². Cela étant, la fermeté de la discipline à assurer ne signifie pas sa cruauté (sévérité) ; elle doit se concevoir comme justice et conséquence dans la mise en œuvre de toutes les mesures visant à maintenir l'ordre.

La règle du par. 57 des RMT a influencé le développement de la théorie des restrictions des droits dans la science pénitentiaire. Elle énonce que "L'emprisonnement et les autres mesures qui ont pour effet de retrancher un délinquant du monde extérieur sont afflictives par le fait même qu'elles dépouillent l'individu du droit de disposer de sa personne en le privant de sa liberté. Sous réserve des mesures de ségrégation justifiées ou du maintien de la discipline, le système pénitentiaire ne doit donc pas aggraver les souffrances inhérentes à une telle situation".

Cette règle est importante pour plusieurs raisons. En premier lieu, elle contient les germes de l'idée selon laquelle des souffrances sont inhérentes à la privation de liberté. Alors que la théorie et d'autres normes internationales spécifient que l'incarcération cause au détenu des souffrances en tant que fait concret, les RMT expliquent pourquoi l'emprisonnement cause de telles souffrances: le détenu est dépossédé du droit de disposer de sa personne. D'un côté, cela peut renvoyer à l'idée que l'incarcération cause la souffrance par elle-même ; d'un autre côté, il se peut que les auteurs des RMT aient souhaité souligner ce qui est la cause directe des souffrances dans le milieu fermé ou bien la conséquence la plus accablante pour les détenus.

³⁸⁰ Bastick M., *Women in Prison: A Commentary on the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Geneva, The Quaker United Nations Office, 2008, p. 13.

³⁸¹ *Making Standards Work: An International Handbook on Good Prison Practice*, 2nd ed. / Penal Reform International, London, Astron Printers Ltd, 2001, p. 12.

³⁸² Notes and comments on the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: use and application of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice. Twenty-first session, Vienna, 23-27 April 2012 / E/CN.15/2012/CRP.1.

Il est également, et en second lieu, important de se pencher sur la seconde partie de cette règle: "Sous réserve des mesures de ségrégation justifiées ou du maintien de la discipline, le système pénitentiaire ne doit donc pas aggraver les souffrances inhérentes à une telle situation". Il est ainsi permis d'alourdir les souffrances inhérentes à la privation de liberté, sous réserve qu'une telle mesure soit un effet nécessaire de l'incarcération ou indispensable pour le maintien de la discipline. Évidemment, la règle 57 ne fournit pas de repères aidant à comprendre quels sont les "effets nécessaires".

Les auteurs de l'observation aux RMT, préparée par l'organisation "Réforme pénale internationale", signalent un certain nombre d'études dans le domaine de la criminologie montrent que les épreuves et les souffrances supportées en prison rapprochent les détenus des règles du monde cellulaire et des groupes criminels et les mènent à renier les valeurs sociales reconnues par tous. Cela veut dire que même si le droit de disposer de sa personne perd son sens en cas d'incarcération, les possibilités de disposer de sa personne et la responsabilité personnelle doivent être assurées autant que possible³⁸³. Les auteurs estiment qu'en partant de cette idée, le sens de la justice et les considérations pratiques exigent que les souffrances induites par l'incarcération soient limitées strictement à ce qui découle inévitablement du fait même de la détention en prison. Tout en reconnaissant le problème venant du caractère imprécis de ce qu'il faudrait considérer comme cette restriction (de fait), ils soulignent l'instabilité du problème et l'absence d'une conception bien établie de l'inévitabilité: "Tout ce qui est considéré comme conséquence inévitable de l'emprisonnement devrait faire l'objet d'un contrôle permanent d'une révision en vue de faire diminuer ces conséquences"³⁸⁴.

Une disposition importante des RMT relative aux restrictions des droits des détenus est formulée au par. 60 qui déclare que "Le régime de l'établissement doit chercher à réduire les différences qui peuvent exister entre la vie en prison et la vie libre dans la mesure où ces différences tendent à établir le sens de la responsabilité du détenu ou le respect de la dignité de sa personne". De fait, cette règle exige aussi de réduire au minimum les restrictions appliquées au détenu du fait de sa réclusion, car le régime se traduit justement par des restrictions des droits³⁸⁵.

³⁸³ Making Standards Work. An International Handbook on Good Prison Practice, London, Penal Reform International, 2001, p.18-19.

³⁸⁴ Ibid, p. 19: "What are seen as the unavoidable consequences of imprisonment should be subject to constant monitoring and reappraisal with a view to their reduction".

³⁸⁵ Степанюк А. Х. Режим відбування позбавлення волі в установах виконання покарань: конспект лекції. – Х.: Укр. юрид. акад., 1994 (Stepaniouk A.Kh., Régime de privation de liberté dans les établissements pénitentiaires: résumé de la conference, Kharkiv, Académie juridique ukrainienne, 1994).

Cette règle a exercé une influence sensible sur la philosophie de l'exécution des peines dans le monde entier. Elle a été incorporée, par exemple, dans le CEP de l'Ukraine. L'article 102, 2^e al., du CEP dispose notamment que "le régime dans les prisons doit réduire au minimum la différence entre les conditions de vie en prison et en liberté de manière à accroître la responsabilité des détenus par leur comportement et à leur faire prendre conscience de la dignité humaine". Malgré la reproduction pratique de cette règle, le législateur ukrainien l'a modifiée quelque peu, avec des conséquences sur son contenu. C'est ainsi que les RMT précisent que le régime **doit chercher** à réduire au minimum la différence entre la vie en prison et la vie libre, alors que le CEP de l'Ukraine admet que le régime **doit réduire** cette différence au minimum. La règle ukrainienne semble être même plus ambitieuse en soulignant le devoir de réduire au minimum la différence entre les conditions en prison et en liberté.

De même, nous voyons l'influence de cette disposition sur l'article D. 433, alinéa 2, du CPP français qui prévoit que l'« organisation, les méthodes et les rémunérations du travail doivent se rapprocher autant que possible de celles des activités professionnelles extérieures afin notamment de préparer les détenus aux conditions normales du travail libre ». Cette règle réduit le contenu de la règle correspondante des RMT en se limitant au travail pénitentiaire. Cela est contraire aux RMT ainsi qu'à des règles similaires aux RPE³⁸⁶.

Cette disposition des RMT soulève des difficultés de conception. D'abord, il n'existe pas d'accord aujourd'hui à propos de ce qu'il faut considérer comme différence minimale entre les conditions en prison et en liberté, cette règle perdant ainsi son caractère précis et acquérant un caractère d'appréciation. De plus, il est problématique que les limites de minimisation de la différence en question puissent être définies. La différence pourrait être minimisée jusqu'à l'égalisation totale de la situation en prison et en liberté, la prison devant alors cesser d'exister. Les points de vue relatifs à la limite maximale tolérée dépendent de plusieurs facteurs qui déterminent la philosophie et la pratique d'exécution de la peine.

La règle citée reflète la théorie de normalisation. Elle insiste sur la nécessité de rapprocher les conditions de la prison de celles existant en société libre, ce qui devrait faciliter

³⁸⁶ Shea E., Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne, *Déviance et Société*, 2005, n°3, Vol. 29, p. 351.

le reclassement du détenu dans la société³⁸⁷. Le principe de la normalisation concerne directement la justification des restrictions des droits, étant donné que, pour pouvoir rapprocher la vie en prison au maximum des aspects positifs de la vie en société, il est nécessaire, en premier lieu, que les détenus subissent le moins possible de restrictions de leurs droits, et, en second lieu, que ces restrictions soient minimales. Appliqué de cette manière, le principe de la normalisation favoriserait la mise en œuvre des principes de minimalité et de proportionnalité et vice versa.

Cela nous amène par ailleurs à l'idée que la minimisation des restrictions contribue à faciliter l'adaptation sociale des personnes mises en liberté, puisque moins il y aurait de restrictions des droits des détenus et plus proches ils se sentiraient de la société libre pour pouvoir s'intégrer plus facilement dans le processus de réinsertion, ce qui est toujours délicat en raison du contraste entre les conditions de vie en prison et en liberté.

De plus, les restrictions plus larges stimulent le rapprochement avec la sous-culture carcérale en éloignant ainsi les perspectives de réintégration. Gresham Sykes admettait que le code non écrit des détenus était l'une des tentatives collectives d'atténuer les "douleurs" et les "privations" inhérentes au milieu pénitentiaire³⁸⁸. La sous-culture servait donc de réaction aux restrictions. Cette vision est parfois désignée comme théorie déprivative. Certains auteurs contestent pourtant cette idée en accordant leur appui à la théorie d'importation³⁸⁹. Cette dernière veut dire que la sous-culture ne serait pas une conséquence des conditions du milieu fermé mais serait importée de la sous-culture extérieure à laquelle appartenaient les détenus³⁹⁰.

Les RMT évoquent, par ailleurs, les exigences relatives aux restrictions des droits des personnes en détention provisoire. La règle 92 énonce que les prévenus doivent immédiatement pouvoir informer leur famille de leur détention et se voir attribuer toutes les

³⁸⁷ Платек М. Значение минимальных правил ООН обращения с заключенными и Европейских тюремных правил для процесса нормализации // Неустанно прививать убеждение: Метериалы для сотрудников исправительных учреждений. – Варшава, 2002. – С. 148 (Platek M., Importance des règles miminales de l'ONU de traitement des détenus et des Règles pénitentiaires européennes pour le processus de normalisation, Inculquer inlassablement la conviction: Documentation pour les employés des établissements correctionnels, Varsovie, 2002, p. 148).

³⁸⁸ *In* Liebling A., Crewe B., *Prison Life, Penal Power, and Prison Effects*, The Oxford Handbook of Criminology. Edited by Maguire M., Morgan R. and Reiner R., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 913.

³⁸⁹ Les auteurs contestant la théorie déprivative sont cités *in*: Liebling A., Crewe B., *Ibid*, p. 913.

³⁹⁰ Cette théorie est portée aux sociologues J. Irwin et D. Cressey: (Jacobs J., *Race Relations and the Prisoner Subculture*, *Crime and Justice. An Annual Review of Research*. Ed. By N. Morris and M. Tonry, Vol. 1, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1980, p. 3). Ses premiers germes sont déjà constatés dans les travaux de E. Goffman: (Goffman E., *Asylums : Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, London, Penguin Books, 1961, p. 22).

facilités raisonnables pour pouvoir communiquer avec celle-ci et leurs amis, sous la seule réserve des restrictions et de la surveillance qui sont nécessaires dans l'intérêt de l'administration de la justice, de la sécurité et du bon ordre de l'établissement. Nous voyons que ces buts sont limités par les exigences de "facilités raisonnables" pour pouvoir maintenir les contacts avec les parents, ce qui montre la nécessité de mettre en équilibre les intérêts communs et individuels.

2.1.1.2. Règles Mandela

Les Règles Nelson Mandela sont le résultat de la synthèse des pratiques pénitentiaires progressistes empruntées à l'expérience de divers pays, le processus de leur développement par la révision des RMT ayant été complexe et long. L'objectif principal de la révision des RMT visait à les modifier de manière à renforcer les garanties effectives des droits existants et les plus importants pour la vie en prison et à compléter ce texte par les pratiques mondiales progressistes dans le domaine pénitentiaire³⁹¹. Il ne s'agissait pas de revoir totalement les Règles ou d'aborder la question des droits dont les détenus doivent pouvoir jouir, ni de la limite des restrictions à ces droits. Les observations précédentes relatives aux RMT sont donc applicables aux dispositions analogues des RMT Nelson Mandela.

Toutefois, les normes relatives aux restrictions des droits ne sont pas demeurées entièrement inchangées. Le préambule des Règles Mandela renvoie, pour la première fois, au principe énoncé dans la Résolution 69/172 du 18 décembre 2014 : "Les droits de l'homme dans l'administration de la justice", qui reconnaissait l'importance du principe selon lequel, sous réserve des restrictions légitimes nécessairement liées à leur incarcération, les personnes privées de liberté devaient continuer à jouir de leurs droits individuels intangibles et de tous les autres droits de l'homme et libertés fondamentales³⁹². Ainsi, le principe qui fournit

³⁹¹ Човган В.О. Современные тенденции развития минимальных стандартных правил обращения с заключенными (Chovgan V.O., Tendances actuelles de développement des règles minimales standards de traitement des détenus), disponible sur: <http://www.khpg.org.ua/pda/index.php?id=1333969919> (accédé le 26.06.2016).

³⁹² Ce principe avait été déjà fixé dans les Principes de base de traitement des détenus (résolution 45/111 of 14 December 1990), mais les auteurs des RMT Mandela font référence à la résolution plus récente.

beaucoup de prétextes pour des critiques et qui semble être douteux du point de vue théorique et pratique, constitue-t-il la base de la philosophie des Règles Mandela³⁹³.

Les Règles conservent littéralement certaines normes fondamentales relatives aux restrictions des droits qui faisaient partie des RMT. Il s'agit des règles prévoyant que l'emprisonnement cause des souffrances par le fait même de dépouiller le détenu de la possibilité de disposer de sa personne (règle 57 (RMT) – 3 (Règles Mandela), que le régime pénitentiaire doit chercher à réduire la différence entre la vie en prison et la vie en liberté (règle 60.1 RVT – 5.1 Règles Mandela).

Certaines normes ont tout de même subi des modifications. La règle 27 déclarait notamment que "l'ordre et la discipline doivent être maintenus avec fermeté, mais sans apporter plus de restrictions qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité et d'une vie communautaire bien organisée". Cette règle est désormais ainsi libellée: "L'ordre et la discipline doivent être maintenus sans apporter plus de restrictions qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité, le bon fonctionnement de la prison et le bon ordre de la vie communautaire" (règle 36). Nous voyons apparaître au nombre des buts admissibles des restrictions, celui du bon fonctionnement de la prison. Nous sommes en droit de supposer que l'objectif principal de cette innovation a visé à retirer l'ancienne formulation provocatrice soutenant que "l'ordre et la discipline doivent être maintenus avec fermeté". Les documents de travail du groupe d'experts chargé de la révision des RMT ne permettent cependant pas de savoir à qui appartenait cette initiative et quelle était son fondement authentique³⁹⁴.

Les Règles Mandela comportent quelques nouvelles dispositions relatives aux restrictions, dont la règle de minimalité pour l'application des mesures de contrainte. La règle 48 précise, en particulier, que les moyens de contrainte ne peuvent être utilisés que lorsqu'aucune autre forme de contrôle moins extrême ne permet de réduire les risques. Le moyen de contrainte doit être la méthode la moins attentatoire au droit qui est nécessaire et raisonnablement disponible pour le contrôle, compte tenu du niveau et de la nature du risque présenté par le détenu. Les moyens de contrainte doivent être utilisés pendant le temps strictement nécessaire. Ils ne doivent jamais être utilisés sur des femmes pendant le travail, l'accouchement ou immédiatement après l'accouchement.

³⁹³ Chovgan V., Le principe des limitations inhérentes à la détention: la valeur incertaine des Règles Mandela, *Actualité juridique pénal*, 2015, n°12, p. 576–578. Voir sous-chapitre 1.3.2 "Classification selon l'origine de la limitation. Restrictions de droits découlant de l'incarcération".

³⁹⁴ Voir par ex. les documents de travail des réunions des groupes d'experts à Buenos-Aires UNODC/CCPCJ/EG.6/2012/2 et à Vienne UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/CRP.1, disponible sur : <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/ieg-standards.html> (accédé le 26.06.2016).

Les Règles prescrivent le respect rigoureux de la proportionnalité en cas d'emploi de la force. Les membres du personnel qui recourent à la force doivent en limiter l'emploi au strict nécessaire (règle 82.1).

Des garanties sont assurées contre des limitations non justifiées du droit à la vie privée pendant les fouilles. La règle 51 dispose notamment que « les fouilles ne doivent pas servir à harceler, à intimider ou à affecter la vie privée des détenus sans nécessité. Les fouilles trop intrusives impliquant le déshabillage ou les investigations corporelles internes ne doivent être effectuées que si elles sont absolument nécessaires. Des garanties procédurales sont prévues également à l'égard des restrictions irrégulières, en ce sens que la fouille doit faire l'objet d'un constat de même que les motifs de cet acte. La fouille doit être effectuée par des professionnels de la santé ayant les qualifications voulues (autres que le personnel médical chargé des soins dans l'établissement) ou par du personnel médical ayant suivi une formation sur les normes d'hygiène, de santé et de sécurité ».

2.1.2. Principes de base pour le traitement des détenus

Les principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus constituent l'un des textes internationaux principaux consacrés aux droits des détenus³⁹⁵. Ce document a ceci de particulier qu'il comporte "l'aspect le plus important concernant les établissements correctionnels, à savoir: dans quelle mesure les détenus ne doivent pas jouir des droits qu'ils avaient en liberté. C'est un important succès du 5^e Congrès de l'ONU sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, puisqu'il apporte d'une certaine manière la réponse à la question posée au 4^e Congrès visant à déterminer dans quelle mesure les détenus continuent de jouir de leurs droits"³⁹⁶.

Le document comprend un principe important ainsi formulé: " Sauf pour ce qui est des limitations qui sont évidemment rendues nécessaires par leur incarcération, tous les détenus doivent continuer à jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés dans la

³⁹⁵ Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus. Adoptés par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/111 du 14 décembre 1990, disponible sur : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciplesTreatmentOfPrisoners.aspx> (accédé le 10.11.2016).

³⁹⁶ Shikita M., *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners as Prisoners' Magna Carta and their Implementation in Japan and other Asian Countries in Light of Changing World Conditions*, Droits fondamentaux et détention pénale. Actes du 7^e Colloque international de la Fondation internationale Pénale et Pénitentiaire. Neuchâtel, 3 au 7 octobre 1992, sous la direction de Pierre-Henri Bolle, Neuchâtel, Edition Ides et Calendes, 1993, p. 148.

Déclaration universelle des droits de l'homme et, lorsque l'État concerné y est partie, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Protocole facultatif qui l'accompagne, ainsi que de tous les autres droits énoncés dans d'autres pactes des Nations Unies" (par. 5).

Minoru Shikita fait noter que certains auteurs relèvent la spécificité insuffisante de cette règle. L'une de ses rédactions initiales prévoyait des modalités moins strictes: "exception faite pour la limitation nécessaire de la liberté", alors que la version actuelle dispose: restrictions "qui sont évidemment rendues nécessaires par leur incarcération". Néanmoins, cette règle garde toujours son caractère ambivalent³⁹⁷. Cette disposition peut être interprétée par les autorités nationales même à défaut de définir le mécanisme de sa mise en œuvre³⁹⁸. Reste à savoir d'ailleurs quelles sont les restrictions " qui sont évidemment rendues nécessaires par leur incarcération"? Cela suppose pour le moins la limitation des droits qui peuvent menacer la sécurité, mais s'agit-il aussi d'autres restrictions³⁹⁹?

Le but des Principes fondamentaux était de montrer que le nombre et l'ampleur des restrictions applicables aux détenus devaient être réduits au minimum autant que possible. Cette disposition soulignait l'attachement de l'Assemblée générale de l'ONU à l'idée selon laquelle les détenus devaient jouir du nombre le plus grand possible des droits fixés dans les textes principaux des Nations Unies, en confirmant l'idée fondamentale qu'étaient suffisantes en termes de sanction, les souffrances induites par le fait même d'être emprisonné. Pourtant, ainsi que nous le montrons, la conception ambivalente de "l'inévitabilité" peut conduire à des conséquences tout à fait contraires et créer des conditions pour des abus dans l'application des restrictions.

³⁹⁷ Shikita M., *Ibid.* Voir aussi par. 5 du Projet des Principes fondamentaux: Latin American and Caribbean regional preparatory meeting for the eighth UN Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders. San José, Costa Rica, 8-12 May 1989. Report (A/Conf.144/RPM.3 25 August 1989).

³⁹⁸ Shikita M., *Ibid.*, p. 149.

³⁹⁹ Naylor B., *Human Rights and Their Application in Prisons*, *Prison Service Journal*, 2016, n° 227, p. 17.

2.1.3. Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement

En adoptant l'ensemble des principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement⁴⁰⁰, l'Assemblée générale focalise l'attention sur la prise en compte des besoins spécifiques des personnes lors de l'interpellation ou des personnes arrêtées et placées en détention provisoire. Néanmoins, les principes contenus dans cet Ensemble et qui portent sur les restrictions des droits concernent également les détenus.

Le principe 19 prévoit que toute personne détenue ou emprisonnée a le droit de recevoir des visites, en particulier de membres de sa famille, et de correspondre, en particulier avec eux, et elle doit disposer de possibilités adéquates permettant de communiquer avec le monde extérieur, sous réserve des conditions et restrictions raisonnables que peuvent spécifier la loi ou les règlements pris conformément à la loi. Ce principe est intéressant, tout d'abord, par le fait qu'il soumet les restrictions à la condition de raisonabilité et qu'il prévoit aussi la possibilité de spécifier les restrictions dans la loi ou dans les règlements pris conformément à la loi. Ce dernier élément constitue la particularité de l'Ensemble, étant donné que les normes internationales utilisent la catégorie "loi" en tant que source admissible des restrictions. Or, le sens de cette catégorie prête parfois à discussion et notamment sur le point de savoir si elle comprend aussi les textes réglementaire. L'Ensemble indique clairement qu'il est possible de fixer des restrictions dans des textes d'application.

Avant tout concerné par la période de détention provisoire, l'Ensemble prévoit, par ailleurs, que le droit du détenu à la visite de son défenseur à titre confidentiel ne peut être limité en règle générale. Toutefois, des limitations sont admissibles dans des cas exceptionnels définis par la loi ou par des règlements conformes à la loi lorsque cette restriction est considérée comme absolument nécessaire par l'autorité judiciaire ou une autre autorité afin de maintenir la sécurité et le bon ordre (par. 18.3). Des restrictions mixtes sont ainsi autorisées: des restrictions normatives et des restrictions pratiques.

⁴⁰⁰ Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement. Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 43/173 du 9 décembre 1988, disponible sur: <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx> (accédé le 11.11.2015).

Conclusion du chapitre 2.1

La Déclaration universelle des droits de l'homme a incorporé une clause limitative générale relative aux restrictions des droits. A la différence de la Déclaration, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques comporte des clauses limitatives spécifiques concernant des droits concrets. Aucun de ces documents ne détermine la spécificité de la limitation des droits des détenus. Par ailleurs, le Comité onusien des droits de l'homme propose une vision assez particulière des restrictions des droits. Il formule l'opinion que les personnes détenues ne doivent être sujettes qu'à des restrictions inhérentes en milieu fermé. Dès lors, si la restriction n'est pas "inhérente" elle ne serait pas justifiée. L'idée de "l'inhérence", que nous critiquons plus haut, est ainsi élevée au rang de norme internationale.

Les exigences formulées dans la Déclaration et le Pacte concernant les restrictions des droits, du point de vue du contexte pénitentiaire, trouvent leur matérialisation plus concrète dans le droit dit "mou" (soft law). Le chapitre 2.1 analyse, par exemple, les deux versions des Règles minimales de traitement des détenus datant de 1957 et 2015. Bien que très comparables en matière de restriction des droits, elles présentent des différences.

Les deux textes comportent essentiellement des normes qui fixent des standards minima en déterminant ainsi les limites maximales d'application possible des restrictions. À part les exigences indirectes vis-à-vis des restrictions, les deux versions des Règles comprennent des normes qui prescrivent que les restrictions doivent être minimales et qu'elles doivent viser un objectif justifié (par exemple le maintien de l'ordre ou la sécurité). Les Règles comportent l'exigence de réduction au minimum la différence entre les conditions de vie en liberté et en prison, en soulignant ainsi, une fois de plus, le principe des restrictions minimales en tant que composante de la normalisation.

Contrairement à la version précédente des RMT, les Règles Nelson Mandela instaurent le principe des restrictions inhérentes à l'incarcération, un principe douteux du point de vue de la défense des droits de l'homme. Dans le même temps, sans apporter des modifications considérables aux normes contenues dans la version précédente et relatives aux restrictions des droits, les Règles Mandela mettent à nouveau l'accent sur la proportionnalité (la minimalité) des restrictions.

Les principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus représentent l'un des premiers documents de l'ONU qui instaure également le principe problématique

d'inadmissibilité des restrictions des droits des détenus qui "ne sont pas manifestement consécutives au fait d'être incarcéré". Les spécialistes de l'ONU confirment cette approche en insistant sur le fait que la personne n'est privée que de la liberté de circulation, les autres restrictions n'étant que des dérivés.

L'ensemble de principes pour la protection de toutes personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement diffère des autres normes de l'ONU, en ce qu'il formule l'exigence de raisonnable à l'égard des restrictions. Ce document insiste, par ailleurs, sur le fait que les restrictions doivent être prévues dans la loi ou les règlements conformes à la loi. L'admission de l'instauration des restrictions au niveau des textes réglementaires semble être un aspect inhabituel du document.

En résumé, une attention particulière aux restrictions des droits des détenus n'est attachée que par les normes de l'ONU qui relèvent du droit mou et ont caractère de recommandation. Celles-ci, pour leur part, ne comportent pas de recommandations systématisées à l'égard des restrictions. Chacune d'elle peut présenter un aspect spécifique dans l'approche des restrictions, mais elles se regroupent autour de plusieurs idées clés: ne sont applicables que les restrictions inhérentes à un milieu fermé; les restrictions doivent être proportionnelles et prévues par des textes normatifs.

2.2. Normes du Conseil d'Europe en matière de limitation des droits des détenus

2.2.1. Limitations des droits des détenus dans la jurisprudence de la CEDH

2.2.1.1. Doctrine des limitations inhérentes à l'incarcération et caractère spécifique de la norme de limitation des droits des détenus

Le présent chapitre a pour objectif de décrire les normes de limitation des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le contexte des restrictions des droits des personnes détenues. Nous nous pencherons brièvement, à cette fin, sur les approches générales de la Cour pratiquées à l'égard de la question de la restriction des droits de l'homme, en les concrétisant par la suite compte tenu de la spécificité des restrictions des droits des détenus, de leur origine et de leur nature juridique.

Les détenus, tout comme les citoyens libres, bénéficient de la protection de la Convention et de tous les droits que celle-ci garantit⁴⁰¹. Le principe conventionnel de proportionnalité des restrictions est appliqué quasiment dans tous les arrêts relatifs à la vie en prison⁴⁰². Néanmoins, bien que les normes du droit conventionnel devraient être appliquées sans aucune différence au vu du statut de la personne, la jurisprudence de la Cour est ambiguë quant aux spécificités de leur application dans les affaires relatives à des détenus. Allant au-delà, il convient de ne point omettre du récit relatif à l'histoire de l'interprétation de la Convention, l'époque où les détenus se voyaient refuser l'évaluation de la restriction de leurs droits au niveau des normes de restriction des droits des personnes libres.

2.2.1.1.1. Évolution de la doctrine des limitations inhérentes à l'incarcération

La jurisprudence de la CEDH réserve, dans son évolution, une place particulière à la doctrine des limitations dites implicites des droits applicables aux personnes privées de

⁴⁰¹ Livingstone S., Harley C., Protecting the Marginalized: the Role of the European Convention on Human Rights, Northern Ireland Legal Quarterly, 2000, n°51, p. 445-465.

⁴⁰² Reynaud A., Les droits de l'homme dans les prisons, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1995, p. 57-58.

liberté. Selon cette doctrine, il existe des limitations découlant du statut juridique de la personne. Il s'agissait au fond de l'idée, évoquée précédemment, relative aux restrictions de fait applicables aux détenus. Ces restrictions ne devaient pas correspondre aux normes générales de limitation des droits de l'homme d'après la Convention.

Avant d'être remplacée par la Cour⁴⁰³, la Commission des droits de l'homme saisie des plaintes sur la violation de la Convention se rangeait à l'avis des autorités nationales en ce sens que la privation légale de liberté entraînait nécessairement des conséquences juridiques négatives inhérentes au statut des intéressés⁴⁰⁴. La jurisprudence correspondante apparut au milieu des années 1960 et elle admit, pendant une dizaine d'années, toutes les limitations possibles aux droits des détenus.

Dans sa thèse analysant l'évolution de la jurisprudence de la CEDH dans le domaine des droits des détenus, Christian Jacq suppose que cette jurisprudence s'explique par les pratiques judiciaires nationales défavorables aux détenus, ainsi que par des politiques restrictives visant à assurer l'ordre et la sécurité dans les établissements pénitentiaires. Toutefois, le motif principal résidait le plus probablement dans la "prudence" du Conseil de l'Europe. Il faut savoir que dans les années 1962 – 1975, le taux des plaintes des détenus s'élevait à environ 60 % sur le nombre total de pétitions⁴⁰⁵, ce qui ne manquait pas d'inquiéter le mécanisme nouvellement créé à Strasbourg de défense des droits de l'homme.

Outre l'établissement d'une base pour éviter d'évaluer le bien-fondé des limitations⁴⁰⁶ et la dérogation de fait par rapport aux dispositions de la Convention relatives aux limitations des droits, la doctrine des limitations implicites avait pour trait essentiel de rejeter le fardeau de la preuve du bien-fondé depuis l'État vers la personne. Ce n'était pas donc à l'État de démontrer le bien-fondé des limitations, mais aux détenus de prouver que les restrictions dont ils faisaient l'objet n'étaient pas justifiées. Ils devaient ainsi démontrer que les limitations qui

⁴⁰³ La Commission examinait les dossiers avant la mise en place de la Cour européenne des droits de l'homme et elle cessa de fonctionner en 1998.

⁴⁰⁴ Elle n'en reconnaissait pas moins nominalement dès 1962 que l'emprisonnement ne prive pas la personne des garanties de défense des droits inclus dans la Convention (Koch c. la République fédérale d'Allemagne (n° 1270/61, 08.03.1962, décision)).

⁴⁰⁵ Jacq C., *Vers un droit commun de la sanction – l'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université de Paris-Sud, 1989, p. 348–349.

⁴⁰⁶ Jacobs F.G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975, p. 198–201.

étaient appliquées à leur égard dépassaient les limites des conséquences normales des restrictions⁴⁰⁷.

Il n'en reste pas moins que la Cour devait rejeter, avec le temps, cette doctrine. La Cour devait indiquer que les moyens de justification des limitations étaient exhaustifs et que les articles de la Convention qui prévoient des possibilités de restreindre les droits qu'ils établissent ne laissent aucune place à la libre appréciation et aux arguments en soutien de la doctrine des limitations implicites concernant des catégories spécifiques de personnes, telles les personnes privées de liberté⁴⁰⁸. Il était dès lors impensable qu'un détenu fût privé de ses droits uniquement en raison de son statut⁴⁰⁹. En conséquence, la personne conservait ses droits conventionnels en prison et toute limitation de ces droits devait être justifiée dans chaque cas concret⁴¹⁰. La doctrine considère qu'en renonçant à la doctrine des limitations implicites par la mise en place du principe d'interprétation précise des raisons des limitations, la Cour a contribué à assurer la supériorité des intérêts individuels sur la volonté de l'État de garder sa position prépondérante⁴¹¹.

C'est ainsi qu'en 1975 la Cour considéra qu'il était inadmissible de s'appuyer sur le statut de la personne comme facteur à prendre en considération en vue de la restriction de ses droits et libertés. C'est ce qui arriva dans l'affaire *Golder*, détenu qui s'était vu refuser l'envoi du courrier à son avocat⁴¹².

Le gouvernement prétendait, pour se justifier, que le droit à la correspondance était soumis non seulement aux limitations autorisées par l'article 8, 2^e al., de la Convention mais aussi aux limitations implicites qui constituaient la conséquence de la peine, laquelle entraînait inévitablement des conséquences rejaillissant sur le jeu d'autres articles de la Convention, dont l'article 8 (§ 44). La Cour répondit à ces arguments que l'approche du gouvernement était contraire au texte précis de l'article 8, en raison de quoi la "tournure restrictive dont se ser[ai]t le paragraphe 2 (art. 8-2) ("Il ne peut y avoir ingérence ... que pour

⁴⁰⁷ Jacq C.Ibid, p. 350. Un exemple d'application des limitations implicites est fourni par l'arrêt dans l'affaire *K.H.C. c. Royaume-Uni* (n° 2749/66, 11.07.1967, décision), où la Commission conclut que la limitation du droit à la correspondance était une conséquence immanquable de la peine privative de liberté.

⁴⁰⁸ Gomien D., Harris D.J., Zwaak L., *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, Council of Europe, 1996, p. 210..

⁴⁰⁹ *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) §§ 69-70 (n° 74025/01, 06.10.2005), *Dickson c. Royaume-Uni* (GC) § 67 (n° 44362/04, 02.12.2007).

⁴¹⁰ *Stumer c. Autriche* § 67 (n° 37452/02, 07.07.2011).

⁴¹¹ Gomien D., Harris D.J., Zwaak L., *Ibid*, p. 211.

⁴¹² *Golder c. Royaume-Uni* (n° 4451/70, 21.02.1975).

autant que ...") ne laiss[ait] pas place à l'idée de limitations implicites" (§. 44). La Cour statua sur la violation de la Convention du fait de l'interdiction de correspondre avec l'avocat.

À l'époque, le constat de l'irrégularité dans l'affaire litigieuse fut considéré comme un pas important de par lui-même. L'intérêt particulier de cet arrêt consistait en ce la Cour eut recours dans son argumentation à une motivation rejetant la théorie des limitations implicites⁴¹³. La thèse du § 44 sur la nécessité de se baser sur des raisons communes pour limiter les droits des détenus eut une importance de principe pour l'interprétation future de la Convention dans les affaires concernant des personnes privées de liberté. La limitation des droits derrière les murs des prisons devait répondre aux mêmes exigences que la limitation des droits en liberté.

L'arrêt *Golder* semble être le premier arrêt à rejeter la doctrine des limitations implicites⁴¹⁴, bien que le Conseil d'Europe ait remarqué que, même après cet arrêt, la doctrine concernée fût modifiée et ne fût plus utilisée que d'une manière limitée⁴¹⁵. L'arrêt cité eut pour effet une impulsion forte pour le développement de la jurisprudence de la Cour relative aux droits des détenus. Le rejet de la doctrine des limitations implicites devait conduire, par la suite, au constat d'un grand nombre de violations de la Convention⁴¹⁶. C'était logique, car l'application des normes communes de limitation des droits à la place de la théorie des limitations implicites, qui permettait d'éviter un contrôle convenable du bien-fondé des restrictions, obligea la Cour à être plus compréhensive au sujet des droits des personnes derrière les murs des prisons.

L'arrêt *Golder* statue sur l'inadmissibilité des limitations "implicites" qui, de l'avis de certains auteurs, sont souvent confondues avec les limitations "inhérentes". L'on a tendance à dire que c'est la doctrine des limitations inhérentes qui a été rejetée grâce à l'affaire *Golder*. Sébastien Van Drooghenbroeck, qui étudie spécialement cette question dans une partie de sa thèse, estime qu'il y a confusion entre limitations inhérentes et limitations implicites dans l'arrêt *Golder*⁴¹⁷. Toutefois, cette confusion ne réduit pas le fait que les deux types de

⁴¹³ Van Zyl Smit D., Snacken S., *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*, New York: Oxford University Press, 2009, p. 10–11.

⁴¹⁴ Abels D., *Prisoners of the International Community: The Legal Position of Persons Detained at International Criminal Tribunals*, The Hague, Asser Press, 2012, p. 46; Yutaka A., Yutaka A.T. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, New York, Intersentia, 2001, p. 78.

⁴¹⁵ Council of Europe Decisions and Reports 10 - European Commission of Human Rights (June 1978), Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1978 (reprinted in 1995), p. 43.

⁴¹⁶ Jacq C., *Ibid*, p. 376.

⁴¹⁷ Van Drooghenbroeck S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications Fac St Louis, 2001, p. 55.

limitations sont en conflit avec les articles 17 et 18 de la Convention⁴¹⁸, qui disposent que les limitations ne doivent pas être plus importantes que celles prévues à la Convention et que les limitations ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.

Malgré ce rejet si ancien par la Cour de la doctrine des limitations inhérentes à l'emprisonnement dans sa forme la plus radicale, quelques-unes de ses modifications ont continué à s'appliquer dans le domaine pénitentiaire ainsi que dans d'autres sphères⁴¹⁹, certaines d'entre elles étant maintenues dans la jurisprudence de la CEDH jusqu'à nos jours. Cela se produit à une telle fréquence, que certains auteurs en ont même tiré des conclusions erronées. C'est ainsi que l'on insiste sur le fait que les détenus conservent tous les droits conventionnels qu'ils ne perdent pas nécessairement du fait de l'incarcération⁴²⁰. D'autres affirment que ces limitations ne relèvent d'aucun but justifié des limitations d'après la Convention (et sont donc non justifiées pour cette raison), tout en admettant la justification des limitations minimales en raison de leur "inhérence"⁴²¹.

Il est plus difficile de comprendre la norme que les détenus bénéficient de tous les droits, sauf ceux qu'ils perdent en tant que conséquence directe de la privation de liberté dans le contexte de l'application des articles 2 et 3 de la Convention. Notons que l'article 3 comporte un droit absolu qui ne peut pas être limité en général (le droit de n'être pas soumis à la torture), la limitation du droit consacré par l'article 2 (droit à la vie) du fait de l'emprisonnement ne s'accordant pas du tout avec les principes fondamentaux de la Convention.

2.2.1.1.2. État actuel de la doctrine des limitations inhérentes à l'incarcération

Nous pouvons constater que la place de la doctrine des limitations des droits inhérentes à l'emprisonnement n'est pas définie très clairement dans la jurisprudence de la CEDH. L'exception vient, semble-t-il, de l'avis précis de la Cour disant que cette doctrine ne

⁴¹⁸ Jacobs F.G., White R.A., *The European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 300-302; Drooghenbroeck S., *Ibid*, p. 96.

⁴¹⁹ Une philosophie similaire admettant la dérogation aux causes générales des limitations des droits continuait à être appliquée dans les affaires concernant le service militaire, l'administration publique, l'éducation (Van Drooghenbroeck S., *Ibid*, p. 55–56).

⁴²⁰ Davis H., *Human Rights Law : Directions*. 3rd edition, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 432.

⁴²¹ Enderlin S., *Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés*, Thèse, Paris, Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008, p. 445–446.

saurait créer des raisons supplémentaires pour les limitations des droits en contournant les causes déjà fixées dans les clauses limitatives de la Convention (arrêt *Golder*). Quant à l'idée même selon laquelle les limitations sont inhérentes à l'emprisonnement, elle continue d'être utilisée par la Cour. Cette circonstance engendre ainsi la confusion dans la question de savoir quel rôle continue de jouer la doctrine des limitations inhérentes dans la jurisprudence de la CEDH? Essayons de trouver la réponse.

2.2.1.1.2.1. Limitations inhérentes et article 3 de la Convention

L'exemple classique d'application de la théorie des limitations inhérentes est fourni par l'arrêt *Kudla c. Pologne*⁴²². La Cour y rappelle sa jurisprudence précédente, selon laquelle l'article 3 de la Convention n'est applicable que sous réserve du dépassement du niveau minimum de sévérité du traitement inapproprié. L'évaluation de cette sévérité est relative et elle dépend des faits, de la nature et du contexte du traitement, du mode et de la méthode du traitement, de sa durée, de l'incidence physique et psychique et, dans des cas concrets, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de l'intéressé.

Dans le même temps, les souffrances et l'humiliation doivent aller au-delà de l'élément inévitable de souffrance ou d'humiliation en rapport avec le traitement ou la peine justifiée⁴²³. L'emprisonnement en tant que mesure coercitive peut comprendre un tel élément ce qui ne signifie pourtant pas que l'incarcération, en tant que telle, soulève la question de l'article 3 de la Convention. Cet article exige que l'État garantisse la détention de la personne dans des conditions compatibles avec la dignité humaine de celle-ci, que le mode et la méthode d'incarcération ne lui fassent pas subir des souffrances dont l'intensité dépasse le niveau des souffrances inhérentes à l'incarcération et, compte tenu des impératifs pratiques de l'emprisonnement, la santé de la personne soit assurée par l'assistance médicale⁴²⁴. La Cour conclut donc que l'article 3 de la Convention n'a pas été violé puisque le traitement de M. *Kudla* n'avait pas atteint le niveau suffisant de sévérité pour pouvoir invoquer l'article 3.

⁴²² Kudla c. Pologne (GC) §91 (n° 30210/96, 26.10.2000)

⁴²³ Mutatis mutandis, *Tyrer c. Royaume-Uni* § 30 (n° 5856/72, 25.03.1978), *Soering c. Royaume-Uni* § 100 (n° 14038/88, 07.07. 1989), *V. c. Royaume-Uni* [GC] § 71 (n° 24888/94, 16.12.1999)

⁴²⁴ Kudla §§ 93-94.

Cette approche plonge ses racines dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Tyrer contre Royaume-Uni*⁴²⁵. La Cour y spécifiait que la condamnation elle-même ne pouvait être considérée comme violation de l'article 3, puisque l'article traite des peines "dégradantes" ou "inhumaines". Il convient pourtant de noter que toute limitation pourrait être dégradante. Par conséquent, le traitement dégradant doit atteindre un certain niveau pour être qualifié de violation de l'article 3. D'autre part, le traitement dégradant doit résulter non seulement de la condamnation, mais aussi du mode d'exécution de la peine, pour que l'article 3 puisse être invoqué⁴²⁶.

La position juridique adoptée dans l'affaire *Kudla* est devenue classique, de sorte qu'elle est citée systématiquement dans les affaires relatives aux détenus. Cette position nous semble discutable, en ce sens qu'elle peut être interprétée comme une position de la Cour admettant les limitations des droits en raison des limitations inhérentes à l'incarcération ou des souffrances inhérentes.

Il est à préciser que, conformément à l'article 15 de la Convention, la limitation du droit stipulée dans l'article 3 n'est pas admissible, même en cas d'état d'urgence. Cependant, la limitation est appliquée de manière voilée, en faisant recours à la doctrine des limitations inhérentes, afin de réduire le contenu du droit par l'interprétation. Pour pouvoir appliquer le droit prévu à l'article 3 de la Convention, il est nécessaire d'en établir le contenu. Ce contenu est déterminé moyennant l'interprétation de la Convention par la Cour qui définit les limites du droit, c'est-à-dire qu'elle statue sur ce qui est couvert par le droit et ce qui ne l'est pas. Par conséquent, lorsque la Cour conclut que l'emprisonnement entraîne un niveau minimum de souffrance qui, cependant, n'est pas suffisant pour statuer sur la violation de l'article 3 de la Convention, elle évoque le contenu du droit prévu par l'article 3. Autrement dit, le droit de n'être pas soumis à des souffrances inévitables du fait de l'emprisonnement n'existerait pas. L'interdiction de faire subir aux détenus des souffrances inévitables ne fait pas partie du contenu du droit prévu par l'article 3. En cherchant à déterminer ce qui est inévitable, on détermine le contenu du droit. Le fait de reconnaître telle souffrance inévitable en prison réduit en fait le contenu du droit d'après l'article 3 et pourrait donc être considéré, selon nous, comme une limitation de nature interprétative.

⁴²⁵ *Tyrer c. Royaume-Uni* (n° 5856/72, 25.03.1978).

⁴²⁶ *Tyrer c. Royaume-Uni* § 30. Par la suite, la Cour modifiera quelque peu cette position en indiquant que la réclusion à perpétuité sans la perspective de libération enfreint l'article 3 de la Convention (*Vinter c. Royaume-Uni* (n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, 09.07.2013)).

Rappelons-nous l'exemple du professeur Barak qui aide à mieux comprendre la situation: la norme selon laquelle existe le droit de se réunir pacifiquement, sans armes, d'organiser des manifestations, des piquets et de présenter des pétitions. La formulation même de cette norme comporte ce qu'on appelle des qualificateurs du droit, c'est-à-dire des mentions concrètes expliquant le contenu du droit. D'après cet exemple, le contenu dans le cas donné, ne comprend pas la possibilité des réunions avec armes ou à des fins non pacifiques. Il ne s'agit donc pas de la limitation d'un droit, mais de l'interprétation de son étendue⁴²⁷. La seule différence entre cet exemple et celui de l'affaire *Kudla* consiste en ce que le fait de ne pas inclure les souffrances inévitables en prison ne découle pas du texte de l'article 3 de la Convention, mais est formulé par la Cour qui interprète l'article 3.

Il serait utile de mentionner aussi que cette approche est opposée à celle d'Alexy⁴²⁸, qui estime que l'idée des limitations serait remplacée dans ce cas par l'idée d'étendue. Cette idée est propre à la théorie des limitations des droits dite interne, qui considère que les limitations des droits n'existent pas, puisque l'idée de limitations est remplacée par celle d'étendue. Nous avons, à l'opposé de cette théorie, la théorie externe des limitations, qui distingue le droit et la limitation du droit. Dès qu'une limitation est appliquée, le droit illimité devient limité⁴²⁹. Il en résulte que, d'après la théorie interne, la limitation du droit serait "voilée" selon l'interprétation de son contenu. Nous pensons, cependant, que cela ne pourrait pas démentir le fait que le droit s'avère finalement être limité.

A la lumière de ce qui précède, nous relevons des difficultés concernant l'approche de la CEDH pour l'application de l'article 3. La Cour indique qu'il est applicable sous réserve que le mauvais traitement atteigne "un minimum de gravité"⁴³⁰. Il en découle un effet assez inattendu du point de vue humain: le mauvais traitement qui n'atteint pas un certain degré ne violerait pas l'article 3 (et serait donc admissible?). Les souffrances inévitables en prison ne devraient pas être considérées comme mauvais traitement, au lieu d'être qualifiées de mauvais traitement qui ne tombe pas sous le coup de l'article 3 de la Convention. Par ailleurs, l'approche actuelle est assimilée, en fait, à l'idée que tout mauvais traitement devrait relever en

⁴²⁷ Barak A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 33.

⁴²⁸ Voir plus de détails sur les théories de Barak et Alexy au sous-chapitre 1.5.2 "Limites de rapprochement des droits des détenus d'avec les droits des citoyens libres".

⁴²⁹ Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, translated by J. Rivers, New York, Oxford University Press, 2004, p. 179.

⁴³⁰ «... ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 », *Kudla c. Pologne* (GC) §91 (n° 30210/96, 26.10.2000)

principe de l'article, mais il existe un niveau minimum de traitement de ce type au-delà duquel la Cour applique la défense sur la base de cet article.

Dans tous les cas, la limite entre le contenu du droit prévu à l'article 3 de la Convention, que la Cour détermine par l'interprétation, d'une part, et la limitation de ce droit, d'autre part, est illusoire. Quel que soit le nom qu'on lui attribue, la limitation du droit ne peut pas être soumise à la torture ou l'interprétation du contenu du droit ; la personne serait alors privée de défense d'après l'article 3⁴³¹.

Néanmoins, l'assimilation de l'interprétation du contenu d'un droit à la limitation du droit signifierait que la théorie des limitations inhérentes continue toujours à fournir une raison pour restreindre les droits. Dès lors, même le rejet d'une telle assimilation ne signifierait pas que la doctrine des limitations inhérentes n'impacte pas le niveau de protection prévu par la Convention. Le niveau de différence dans la protection d'un détenu par rapport à une personne libre serait déterminé en fonction de ce qui est considéré comme souffrance inévitable en prison. C'est ce qui représente pour nous le caractère spécifique de l'approche de la Cour à l'égard des détenus.

Il convient donc de reconnaître, dans le contexte de l'article 3, que la théorie des limitations inhérentes trouve un écho dans la théorie des souffrances inhérentes, ce qui ne change pas toutefois l'essentiel: la catégorie "d'inhérence" de telles ou telles conséquences de l'emprisonnement continue d'être évaluée par la Cour et d'influer sur le degré de protection de la Convention. Rappelons que la catégorie "d'inévitabilité" des limitations en prison est trop floue et peu fiable pour pouvoir être appliquée en tant que fondement servant à déterminer l'étendue de la protection des droits des détenus⁴³². De plus, traitant des affaires relatives à la violation de l'article 3, la Cour conclut que le niveau "minimum" des souffrances doit atteindre un certain niveau minimal pour pouvoir statuer sur la violation dudit article. Ce minimum est relatif et dépend de facteurs tels que la durée, les effets physiques et psychiques et, dans certains cas, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de l'intéressé⁴³³. Nous voyons ainsi renier en fait le caractère objectif de ce qui est "minimal" pour violer l'article 3. Comment la Cour peut-elle, dans ces conditions, invoquer en même temps la catégorie de caractère

⁴³¹ Voir par ex. l'affaire dans laquelle la détention prolongée du détenu qui circulait en fauteuil roulant sous une surveillance renforcée n'était pas reconnue comme violation de l'article 3 puisqu'elle n'allait pas au-delà des souffrances inhérentes (Enea c. Italie § 67 (n° 74912/01, 17.09.2009).

⁴³² Voir sous-chapitre 1.3.2 "Classification selon l'origine de la limitation. Limitations des droits découlant de l'incarcération".

⁴³³ Frérot c. France § 35 (n° 70204/01, 12.06.2007).

"objectif" des souffrances inévitables (inhérentes) à la privation de liberté (incarcération) pour statuer sur la violation de l'article 3?

Ceux qui veulent défendre la théorie des souffrances inhérentes dans la jurisprudence de la CEDH et d'autres standards internationaux pourraient aussi arguer que ces souffrances ont lieu de façon objective et elles devraient donc être prises en compte pour appliquer les normes de la Cour. Cependant, cette logique pourrait signifier la prise en compte d'autres situations spécifiques auxquelles la Convention peut s'appliquer. Il serait logique, par exemple, de demander, pourquoi l'idée du "niveau inhérent" de souffrance ne s'applique pas, selon la Cour, pour déterminer si l'article 3 de la Convention a été violé ou non en raison de l'interpellation de la personne? C'est qu'une telle situation donne lieu aussi à des souffrances "inhérentes à l'interpellation".

Nous voyons là une démonstration de plus du fait que l'inhérence des souffrances en tant que théorie servant à déterminer le niveau minimum de sévérité du traitement irrégulier aux fins de l'article 3 est artificielle et non rationnelle. Elle illustre la spécificité de la norme de la Cour concernant les détenus. Ceci dit, nous ne contestons pas, rappelons-le, l'existence de souffrances inhérentes, mais nous insistons sur l'inadmissibilité de l'utilisation dans la jurisprudence d'une catégorie aussi peu précise qu'inhérence des limitations (souffrances) dans le contexte de l'incarcération. En revanche, les limitations inhérentes dans le contexte de l'application de l'article 3 de la Convention sont le reflet de l'ancienne théorie des limitations implicites en prison. Ce reflet se traduit, à notre avis, par la détermination des distinctions dans la norme des droits des personnes libres et des détenus en raison de leur incarcération.

Nous proposons donc l'idée selon laquelle il vaudrait mieux que la Cour ne constate pas le niveau minimum du mauvais traitement aux fins d'application de l'article 3, mais qu'elle détermine si le traitement concerné relève de la disposition de l'article 3. Cependant, il existe un même inconvénient: un trop grand pouvoir discrétionnaire. Cependant, ce pouvoir discrétionnaire ne dépendrait que de la définition donnée par la Cour à la torture, au traitement inhumain ou dégradant ou à la peine, relativement à l'état d'avancement de la société et de la jurisprudence de la Cour. Or, l'approche actuelle admet, non seulement l'impact de l'évolution de la société sur la conception des catégories évoquées, mais aussi son impact sur la conception de ce qui est la conséquence inévitable de l'emprisonnement. Cette approche nous semble moins progressiste du point de vue de l'évolution des droits de l'homme et des droits des détenus en particulier, parce qu'elle établit, à l'égard de ces derniers, des

raisons supplémentaires pour rétrécir le degré de protection de la Convention⁴³⁴. Elle représente une tentative mal réussie de la Cour de surmonter la difficulté immanente dans l'application de la norme générale de protection des droits de l'homme vis-à-vis des personnes emprisonnées. Les analystes de la jurisprudence de la Cour constatent eux aussi un abaissement de la norme de l'article 3 concernant les détenus; ils y voient une conséquence des idées préconçues des juges de la CEDH⁴³⁵.

2.2.1.1.2.2. Limitations inhérentes et autres articles de la Convention

La Cour rappelle assez souvent que l'emprisonnement implique des restrictions en raison de sa nature. Ces restrictions se constatent le plus souvent s'agissant de la limitation du droit à la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention⁴³⁶. Dans ce cas, la Cour se borne généralement à rappeler le fait que l'emprisonnement implique naturellement ou inévitablement des limitations de droits. Il est vrai que dans certains cas, le constat des limitations inévitables est suivi d'une recommandation énonçant que les autorités pénitentiaires et les autres services concernés doivent tout de même prendre des mesures destinées à aider les détenus à maintenir les contacts avec leurs familles⁴³⁷.

La CEDH considère comme bien établi le principe selon lequel les détenus continuent de jouir de tous les droits fondamentaux et libertés garantis par la Convention, sauf le droit à la liberté (dans les cas où la privation de liberté est légitime et relève de l'article 5 de la Convention)⁴³⁸. Dès lors, toute limitation de ces droits doit être justifiée dans chaque cas

⁴³⁴ La jurisprudence de la Cour illustre d'autres discordances du caractère absolu déclaré du droit prévu à l'article 3 de la Convention d'avec ses propres pratiques. Cela se manifeste, par exemple, dans la prise en compte du comportement antérieur de la personne en constatant la violation de cet article. D'une part, la Cour dit que le droit prévu à l'art. 3 est absolu, en ce sens que l'interdiction de la torture ne connaît pas d'exception, et peu importe donc le comportement du détenu (*Raninen c. Finlande* § 55 (n° 20972/92, 16.12.1997)). Dans le même temps, s'agissant d'autres cas, la Cour détermine la proportionnalité de la mesure appliquée pour constater la violation de l'article 3 de la Convention tout en attirant l'attention sur l'absence du comportement qui puisse justifier l'application de la mesure de sécurité concernée (*Moussel c. France* § 47 (n° 67263/01, 14.11.2002)).

⁴³⁵ Murdoch J., *The Treatment of Prisoners: European Standards*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006, p. 117.

⁴³⁶ Inter alia, *Messina c. Italie* (n° 2) §§ 61-62 (n° 25498/94, 28.09.2000); *Lavents c. Lettonie* § 139 (n° 58442/00, 28.11.2002); *Estrikh c. Lettonie* § 166 (n° 73819/01, 18.01.2007); *Nazarenko c. Lettonie* § 73 (n° 76843/01, 01.11.2007); *Trosin c. Ukraine* § 39 (n° 39758/05, 23.02.2012); *Epnerns-Gefners c. Lettonie* §§ 60-66 (n° 37862/02, 29.05.2012).

⁴³⁷ *Nazarenko c. Lettonie* § 73 (n° 76843/01, 01.02.2007), *Khoroshenko c. Russie (GC)* § 106 (n° 41418/04, 30.06.2015).

⁴³⁸ *Hirst c. the United Kingdom* (n° 2) § 69 (n° 74025/01, 06.10.2005).

concret. Par ailleurs, cette justification peut découler, entre autres⁴³⁹, des conséquences inévitables de l'emprisonnement⁴⁴⁰. Bien que la personne continue de jouir de tous les droits à l'exception du droit à la liberté, la Cour reconnaît que toute mesure privative de liberté exerce par définition une influence sur les conditions normales de liberté et conduit nécessairement à des restrictions et au contrôle de l'exercice des droits conventionnels⁴⁴¹. Le caractère inévitable des restrictions prévoit pour l'État la mise en œuvre de mesures visant l'exercice du droit limité⁴⁴². La Cour reconnaît donc, dans les arrêts cités, que l'inhérence des limitations peut être considérée comme une raison permettant de les qualifier de justifiées.

L'arrêt *Dickson* en fournit une confirmation instructive⁴⁴³. La Cour y constate la violation de l'article 8 de la Convention, le condamné et sa femme s'étant vu refuser de procéder à une insémination artificielle. En soutenant cette interdiction, le gouvernement signifiait que la perte de possibilité de concevoir des enfants était la conséquence inévitable de l'emprisonnement. La Cour, pour sa part, disait que "bien que l'impossibilité de concevoir des enfants puisse être consécutive à l'emprisonnement, elle n'en est pas une conséquence inévitable"⁴⁴⁴. Il en découle logiquement que si le gouvernement avait prouvé que l'impossibilité de concevoir des enfants, en tant que conséquence, était inévitable en prison, la Cour aurait accepté cette justification comme étant suffisante pour reconnaître que la limitation concernée était justifiée.

Dans certains cas, la Cour peut expliquer ce qu'elle entend par limitation inévitable en raison de l'incarcération. C'est ainsi qu'elle indique dans l'affaire *Vintman contre Ukraine*, que la Convention ne garantit pas aux détenus le droit de choisir le lieu de leur détention et le fait d'être séparés de leurs familles et de se trouver ainsi à une certaine distance par rapport à elles

⁴³⁹ La justification peut s'appuyer par exemple sur des considérations de sécurité qui découlent nécessairement des conditions d'incarcération. Il peut s'agir notamment de prévenir des infractions ou des troubles (*Gulmez c. Turquie* § 46 (n° 16330/02, 20.05.2008)).

⁴⁴⁰ *Dickson c. Royaume-Uni* (GC) § 68 (n° 44362/04, 02.12.2007), *Stummer c. Autriche* [GC] § 99 (07.07.2011, n° 37452/02).

⁴⁴¹ *Dickson c. Royaume-Uni* § 27 (n° 44362/04, 18.04.2006), *Dickson c. Royaume-Uni* (GC) § 68 (n° 44362/04, 02.12.2007).

⁴⁴² *Istvan Gabor Kovacs c. Hongrie* § 35 (n° 15707/10, 17.01.2012).

⁴⁴³ *Dickson v United Kingdom* (GC).

⁴⁴⁴ *Dickson v United Kingdom* (GC) § 74. Cette thèse nous rappelle d'ailleurs tout suite les arguments cités selon lesquels toute limitation pourrait être reconnue comme n'étant pas inévitable, car il existe toujours des moyens d'assurer tout droit de la personne libre. L'on pourrait par exemple organiser la sortie au-delà de l'établissement. Nous montrent que la justification de la limitation des droits en tant que conséquence inévitable de l'incarcération permet de contester et de limiter nombre de droits qui peuvent être réalisés assez facilement en réalité.

est la conséquence inévitable de l'emprisonnement⁴⁴⁵. Toutefois, la détention à une distance trop grande par rapport à la famille peut être qualifiée de violation de la Convention⁴⁴⁶.

Bien que reconnue comme pouvant servir de justification à des restrictions, la doctrine des limitations inhérentes est rarement appliquée. L'analyse détaillée des arrêts de la Cour en matière pénitentiaire montre que cette doctrine n'exerce pas d'influence pratique⁴⁴⁷. La Cour ne fait généralement que la rappeler, mais elle n'est presque pas utilisée aux fins de motivation du bien-fondé ou du mal-fondé des limitations. De même, mis à part des cas particuliers, la Cour ne se livre pas à des considérations visant à dire quelles limitations sont inévitables et lesquelles ne le sont pas. Elle utilise plutôt la norme ordinaire de proportionnalité. Il est normal donc que les autorités nationales aient rarement recours actuellement à cette théorie pour justifier les limitations et défendre leur position à la Cour.

Il est ainsi possible d'affirmer que la doctrine des limitations inhérentes ne conserve son influence que dans le contexte de l'application de l'article 3 et qu'elle a perdu sa portée pratique pour pouvoir constater la violation d'autres articles.

2.2.1.1.3. D'autres preuves de l'approche spécifique de la CEDH en matière de limitation des droits des détenus

La Convention fut créée comme outil général de mesure de la justification des limitations appliquées à tous les citoyens sans rentrer dans la situation spécifique des détenus⁴⁴⁸. Toutefois, la jurisprudence de la Cour montre que cette approche a donné lieu et continue de produire une contradiction fondamentale: la situation des détenus exige en pratique une approche différente pour justifier la limitation de leurs droits. Cette contradiction entre le statut juridique général de la personne et l'impossibilité de l'exercer pleinement sous conditions de privation de liberté exige de constamment rectifier les normes générales de la CEDH relatives aux limitations des droits de l'homme et de les adapter aux affaires concernant les détenus. Les tentatives visant à nier cette contradiction conduisent non seulement à un rejet, de la part de la Cour, de la doctrine des limitations inhérentes à

⁴⁴⁵ Vintman c. Ukraine § 78 (n° 28403/05, 23.10.2014)

⁴⁴⁶ Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie (n° 11082/06 et 13772/05, 25.07.2013).

⁴⁴⁷ Son application à l'article 3 de la Convention est une sorte d'exception. Voir supra.

⁴⁴⁸ Tulkens F., Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, in L'Institution du droit pénitentiaire – Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus. De Schuttern O and Kaminski (eds), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 252.

l'incarcération, mais aussi dans la thèse selon laquelle il n'appartient pas à la Cour de créer une théorie générale des limitations applicables aux détenus⁴⁴⁹.

Pourtant, le problème de l'assimilation des approches vis-à-vis des limitations des droits des personnes libres et des détenus n'a pas manqué de se manifester, puisque la prison "est une sorte de prisme à travers lequel les droits de l'homme font l'objet d'une lecture spéciale"⁴⁵⁰. C'est ainsi que dès l'affaire *Golder* (§ 45), la Cour signifiait qu'elle acceptait l'argument selon lequel la "nécessité" de la limitation du droit à la correspondance du détenu devait être appréciée compte tenu "des exigences normales et raisonnables de la détention"⁴⁵¹. Il en résulte que la "défense de l'ordre" et la "prévention des infractions pénales", par exemple, peuvent justifier des ingérences (limitations des droits – N.D.L.A.) plus amples à l'égard d'un détenu que d'une personne en liberté⁴⁵².

La Cour signifie ensuite que, dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, une privation régulière de liberté, au sens de l'article 5, ne manque pas de se répercuter sur l'application de l'article 8 (art. 8). Précisons que cette opinion tient à ce que le gouvernement s'appuyait dans ses arguments contre *Golder*, justement sur le fait que l'article 5 admet la limitation du droit fixé à l'article 8, en ce sens qu'une telle limitation était admissible en raison même de la privation de liberté. C'est-à-dire que la Cour expliquait aussitôt en quoi pouvait consister l'incidence de la privation de liberté sur l'application de la norme de limitation en accord avec l'article 8, à savoir une signification plus importante du but visant à assurer l'ordre et la sécurité.

Il est indiscutable que la Cour reconnaît l'existence même de la spécificité dans son arrêt rendu dans l'affaire *Golder*. De manière ironique, l'acte de reconnaissance intervient dans l'arrêt qui vise à argumenter l'inadmissibilité de toute spécificité, puisque l'idée des "limitations inhérentes" est rejetée en tant que motif de refus de défendre les droits des détenus.

Ainsi, en évaluant si la limitation est "nécessaire" dans une société démocratique, la Cour attire-t-elle, par ailleurs, l'attention sur les exigences dites "normales et rationnelles de la

⁴⁴⁹ *Golder c. Royaume-Uni* § 39 (n° 4451/70, 21.02.1975).

⁴⁵⁰ Gouttenoire A., *Les droits de l'homme en prison*, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2005, n°1, p. 107.

⁴⁵¹ Voir aussi : *Silver et autres c. Royaume-Uni* § 98 (n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983), *Malone c. Royaume-Uni* (n° 8691/79, 02.08.1984).

⁴⁵² *Golder c. Royaume-Uni* § 45.

détention"⁴⁵³. Ces exigences sont évoquées principalement pour dire qu'un contrôle de la correspondance des détenus n'est pas incompatible avec la Convention, l'idée même étant rattachée au principe général de la jurisprudence de la CEDH⁴⁵⁴.

Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence de la Cour ne montre pas que les "exigences normales et rationnelles" puissent avoir un impact en tant qu'éléments justifiant des limitations concrètes ou permettant une ampleur plus importante de ces limitations. Il n'en existe pas moins des exceptions. Quelques arrêts indiquent directement que la prévention des troubles et des crimes peut justifier une marge discrétionnaire plus large dans l'ingérence dans les droits⁴⁵⁵. La Cour précise que ces considérations ne signifient pas que les plaintes des détenus puissent être bloquées⁴⁵⁶. Ces exigences justifient également le système des mesures disciplinaires applicables en cas de violation du régime⁴⁵⁷. Pour pouvoir reconnaître le bien-fondé de la limitation de certains droits, ces exigences sont évoquées en tant qu'éléments nécessaires à la lumière de la vie communautaire avec les autres détenus⁴⁵⁸. La Cour n'essaie pourtant pas de conclure quel pourrait être le résultat pratique de l'application des "exigences normales et rationnelles" et il n'est donc pas clairement établi quelles sont les limitations qui dépassent les limites de ces exigences⁴⁵⁹.

Les résultats de l'examen des affaires par la Cour ne sont pas, non plus, impactés par l'équivalent des exigences normales et rationnelles: les "exigences pratiques de la détention". Celles-ci sont évoquées dans les affaires relatives à la violation de l'article 3 de la Convention, ce, par une formule standard soutenant que les souffrances ne doivent pas dépasser le niveau inévitable en prison compte tenu "des exigences pratiques de la détention". Dans certains cas, la Cour précise directement que la justification des limitations des droits des détenus peut

⁴⁵³ Golder c. Royaume-Uni § 45 (n° 4451/70, 21.02.1975), Silver et autres c. Royaume-Uni § 98 (n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983), Malone c. Royaume-Uni (n° 8691/79, 02.08.1984); Campbell c. Royaume-Uni § 45 (n° 13590/88, 25/03/1992), Doerga c. Pays-Bas § 53 (n° 50210/99, 27.04.2004), Szuluk c. Royaume-Uni § 46 (n° 36936/05, 02.06.2009), Yefimenko c. Russie § 143 (n° 152/04, 12.02.2013).

⁴⁵⁴ Piechowicz c. Pologne § 232 (n° 20071/07, 17.04.2012).

⁴⁵⁵ Golder § 45; Boyle et Rice c. Royaume-Uni § 74 (n° 9659/82, 27.04.1988); Schönenberger et Durmaz c. Suisse § 25 (n° 11368/85, 20.06.1988); Dikme c. Turquie § 117 (n° 20869/92, 11.07.2000).

⁴⁵⁶ Puzanis c. Lituanie § 33 (n° 63767/00, 09.01.2007).

⁴⁵⁷ Stitic c. Croatie § 72 (n° 29660/03, 08.11.2007).

⁴⁵⁸ A. B. c. Pays-Bas § 93 (n° 37328/97, 29.01.2002); Nusret Kaya et autres c. Turquie § 42 (n° 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 et 60915/08, 22.04.2014); Hagyo c. Hongrie § 79 (n° 52624/10, 23.07.2013).

⁴⁵⁹ Toner H., Foreign National Prisoners, Deportations and Gender, Gender and migration in 21st century Europe. Stalford, H, Currie, S and Velluti, S (eds), Abingdon, Routledge, 2016, p. 189; Lazarus L., Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England, New York, Oxford University Press, 2004, p. 196.

découler, *inter alia*, des conséquences nécessaires et inévitables de la détention ou d'un lien suffisant entre la restriction et la situation du détenu en question⁴⁶⁰.

Il s'ensuit que la régularité de la limitation des droits des détenus peut être considérée sous un point de vue un peu différent par rapport à la limitation des droits des personnes libres. Ainsi qu'il a été déjà montré, cela peut concerner, en particulier, les différences en termes de marge d'interprétation du but poursuivi par les limitations. D'autres différences sont également présentes.

Les théoriciens admettent, qu'en examinant les affaires relatives aux limitations des droits des personnes privées de libertés, la CEDH ne saurait ignorer le statut juridique spécifique des personnes concernées.

Dirk Van Zyl Smit et Sonja Snacken offrent la meilleure explication de la situation. Ils soulignent que la CEDH ne s'occupe pas directement des prisons, mais que la Cour s'attache nécessairement à l'interprétation des droits conventionnels communs applicables aux prisons. Des problèmes n'en demeurent pas moins, nonobstant le fait qu'une meilleure conception des droits dont continuent de jouir les détenus et une meilleure compréhension des buts de l'emprisonnement aient aidé à l'interprétation des droits communs⁴⁶¹. Bien que chacun peut argumenter que la Cour accomplit assez bien sa mission d'interprétation de la Convention, laquelle ne vise pas directement les droits des détenus, il est probable que si elle pouvait se référer à un protocole spécial relatif aux droits des détenus, elle pourrait avancer beaucoup plus loin dans le développement du droit pénitentiaire et dans la défense des droits des détenus⁴⁶².

Il est évident que les questions de l'application efficace des dispositions générales de la Convention à l'égard de la situation spécifique des détenus portent aussi sur la nécessité de l'élaboration, au sein de la Convention, d'un protocole relatif aux droits des détenus, qui viserait la situation des personnes privées de liberté. Certains analystes concluent que le rejet de l'idée d'un protocole additionnel de la Convention consacré aux détenus démontre le refus de l'idée de reconnaissance des droits spécifiques des détenus⁴⁶³. Cela démontrerait plutôt l'absence, au sein du Conseil de l'Europe, de volonté et de ressources pour se charger d'un certain nombre d'affaires qui surgiraient nécessairement au cas où un protocole de ce genre

⁴⁶⁰ Stummer c. Autriche [GC] § 99 (n° 37452/02, 07.07.2011); Dickson c. Royaume-Uni (GC) § 68 (n° 44362/04, 02.12.2007).

⁴⁶¹ Van Zyl Smit D., Snacken S., *Ibid*, p. 265.

⁴⁶² *Ibid*, p. 377.

⁴⁶³ Enderlin S., *Ibid*, p. 422.

serait adopté. Ainsi que le remarquait bien Stefan Trechsel,⁴⁶⁴ la Cour ne pourrait toujours pas réaliser une sorte de "restructuration" des systèmes pénitentiaires européennes à cause de sa surcharge et aussi par manque de compétence et d'expérience voulue⁴⁶⁵.

Bien que la question de la nécessité d'un protocole additionnel à la Convention concernant les droits des détenus dépasse le cadre de la présente thèse, l'idée même de son élaboration témoigne finalement du potentiel insuffisant des dispositions générales de la Convention pour prendre en compte tout le caractère spécifique du milieu pénitentiaire⁴⁶⁶. Ainsi que le fait noter à juste titre Béatrice Belda, la Convention n'est pas conçue spécialement pour les détenus et à plus forte raison pour les conditions de détention. C'est pourquoi une sorte de "défense par ricochet" est mise en œuvre⁴⁶⁷. Citons, à titre d'exemple, les sphères extrêmement importantes des droits des détenus comme l'application de sanctions disciplinaires et la mise en liberté conditionnelle que la Cour considère comme ne relevant pas de la protection de la Convention (sauf quelques exceptions spécifiques).

Belda étudie spécialement, dans sa thèse l'approche spécifique de la CEDH vis-à-vis des droits des détenus. Elle estime que puisque le détenu dépend des autorités publiques, il est vulnérable. La dépendance constitue un frein inévitable à l'action interprétative de la CEDH. La personne possède donc des qualités que le juge européen devrait prendre en compte à titre obligatoire. Sur ce plan, le juge de la CEDH élabore une norme spécifique d'application de la Convention aux détenus. La Convention s'adapte à toutes les complexités du statut de la personne privée de liberté, en ce sens qu'il y a adaptation du droit textuel et de la jurisprudence au statut effectif et juridique du requérant. Les droits conventionnels sont appliqués en prenant en considération le contexte d'exécution des peines, les missions de cet environnement social et, notamment, la sécurité de la société. Il en résulte une sorte de "droit commun" de la détention animé par le juge européen, qui mobilise divers modes

⁴⁶⁴ Second vice-président de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme.

⁴⁶⁵ Trechsel S., *Droits de l'homme des personnes privées de leur liberté. Les droits des détenus, Droits des personnes privées de leur liberté : égalité et non-discrimination*, 7e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Copenhague-Oslo-Lund, Conseil de l'Europe, 1990, p. 33–60.

⁴⁶⁶ A. Spielmann, ancien juge de la CEDH et juriste luxembourgeois connu, regrettait déjà en 1988 que la Convention ne prévoyait pas un texte prenant en compte la spécificité des détenus. Il faisait remarquer que selon la théorie, telle que la formule la CEDH, "la justice ne peut pas s'arrêter devant la porte de la prison". Néanmoins, en pratique la Convention se heurte parfois à de graves difficultés pour pouvoir se frayer un chemin à travers les grilles des lieux de détention (Spielmann A., *Les détenus et leurs droits (de l'homme), Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire; Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 782, 787–788).

⁴⁶⁷ Belda B., *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Établissements Evile Bruylant, 2010, p. 69.

d'interprétation pour adapter le droit conventionnel à la situation des détenus⁴⁶⁸. Dans ce contexte, la CEDH essaie de s'acquitter de sa mission fondamentale: garantir au détenu la jouissance et la défense de ses droits fondamentaux et, d'autre part, mettre cette mission en concordance avec les contraintes inévitables dans le contexte fonctionnel ou social d'interprétation. Cela concerne surtout les limitations qui sont absolument nécessaires à l'impératif des intérêts sociaux généraux⁴⁶⁹.

La prise en considération par la Cour des particularités de la situation de la personne privée de liberté, pour ce qui concerne l'adaptation des exigences de la Convention, peut se traduire par la mention d'un devoir positif de l'État, d'après l'article 1 de la Convention, d'assurer certains droits, ce qui implique la garantie de tous les droits protégés par la Convention. Compte tenu de ce facteur et dans les cas où la situation de la personne fait naître des obstacles dans l'exercice d'un droit ou d'un autre, l'État se doit d'aplanir ces obstacles. Autrement dit, la défense des droits, dans ce cas, ne consiste pas dans l'obligation passive de ne pas accomplir des actes et de ne pas s'immiscer dans ces droits, mais dans l'exigence de réaliser des actes positifs de manière à aider à les exercer. Cette technique des obligations positives permet ainsi d'adapter la défense conventionnelle traditionnelle à la situation particulière des personnes privées de libertés, cette dernière représentant elle-même une limitation de l'exercice effectif de ces droits, compte tenu des contraintes liées au milieu fermé et à la sécurité⁴⁷⁰ et au regard de la dépendance des détenus vis-à-vis de l'administration⁴⁷¹. Le meilleur exemple de ces obligations positives repose sur l'exigence pour l'État d'assurer le soutien des liens sociaux des détenus avec le monde extérieur⁴⁷². Cet exemple s'inscrit dans la logique selon laquelle l'emprisonnement exerce de par lui-même des effets négatifs sur les liens familiaux, la Cour invitant donc à faire diminuer de tels effets⁴⁷³. Un autre exemple instructif des obligations positives est fourni par l'engagement de l'État à assurer le droit du

⁴⁶⁸ Ibid, p. 26-31, 202, 262.

⁴⁶⁹ Ibid, p. 15.

⁴⁷⁰ Ibid, p. 172-173, 186.

⁴⁷¹ Enderlin S., Ibid, p. 432.

⁴⁷² Van Kempen P.H., Positive Obligations to Ensure the Human Rights of Prisoners: Safety, Healthcare, Conjugal Visits and the Possibility of Founding a Family under the ICCPR, the ECHR, the ACHR and the AfChHPR, Prison Policy and Prisoners' Rights. The protection of prisoners' fundamental rights in international and domestic law. / Tak P.J.P. & Jendly M., eds., Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 21-44.

⁴⁷³ Herzog-Evans M., Droit civil commun, droit européen et incarcération, *in* Droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, F. Sudre (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 242.

détenu de saisir la Cour (art. 34 de la Convention) et de faire des copies des documents nécessaires⁴⁷⁴.

Le caractère spécifique d'application de la Convention dans le contexte pénitentiaire peut donc se traduire par une interprétation édictant que les détenus sont dotés de droits complémentaires par rapport aux citoyens libres. Bien que, selon les théoriciens, la CEDH ait rejeté la doctrine aux termes de laquelle les détenus jouissent de droits spécifiques⁴⁷⁵, la pratique démontre l'inverse.

Conclusions du sous-chapitre 2.2.1.1

La doctrine des limitations inévitables en prison fut pratiquée dès le début de l'acceptation des plaintes émanant des détenus relativement à la violation de la Convention. L'une des principales causes cachées de la non-application de celle-ci a consisté à faciliter le travail du juge strasbourgeois, qui devait justifier le rejet des plaintes des détenus. La doctrine permettait notamment de refuser de constater les violations de la Convention et de qualifier des restrictions comme non justifiées, non pas compte tenu des raisons formulées dans la Convention elle-même, mais en se référant à ce que la limitation était inévitable (inhérente) en situation de privation de liberté. La Cour abandonna cette doctrine après son arrêt de 1975 dans l'affaire *Golder*.

Par ailleurs, après avoir subi quelques transformations, l'idée des "limitations inévitables" continue d'exercer une certaine influence sur la jurisprudence de la Cour. En examinant les affaires portant sur la violation de l'article 3 de la Convention, la Cour établit si les souffrances de l'intéressé ont dépassé le niveau inévitable en prison. Dans la négative, la violation de l'article 3 n'est pas constatée. Reste à discuter si la notion de "niveau inévitable de souffrances" peut servir de motif pour limiter le droit prévu à l'article 3 : la limitation de ce droit est interdite par la Convention elle-même. La réponse à cette question est fonction de la théorie de limitation des droits à appliquer et renvoie à la dichotomie théorie externe et théorie interne⁴⁷⁶.

Dans tous les cas, la limite entre la définition interprétative par la Cour du contenu du droit fixé à l'article 3 de la Convention et la limitation de ce droit n'est pas nette. En pratique,

⁴⁷⁴ Naydyon c. Ukraine §§ 64-69 (n° 1647/03, 14.10.2010).

⁴⁷⁵ Enderlin S. Ibid. – P. 420.

⁴⁷⁶ Voir chapitre 1.4 "Limites des droits subjectifs".

L'application de l'idée des "souffrances inévitables en prison" prive la personne de la défense accordée par l'article 3, quel que soit le nom pouvant être attribué à cette privation: la limitation du droit de ne pas être soumis à la torture ou à un autre mauvais traitement ou interprétation du contenu de ce droit. S'agissant donc du contexte de l'article 3, il convient d'admettre que la théorie des limitations inhérentes trouve un écho dans la théorie des souffrances inhérentes, ce qui ne change pourtant pas l'essentiel: la Cour évalue toujours l'inhérence des effets de l'incarcération. Cela se répercute sur le degré de protection de la personne par la Convention. Cette approche représente une tentative mal réussie de la Cour de surmonter la difficulté immanente dans l'application de la norme de défense des droits de l'homme à l'égard des personnes emprisonnées. Il s'ensuit que le contenu du droit prévu à l'article 3 reste indéterminé, une approche spécifique étant pratiquée par la Cour vis-à-vis des personnes privées de liberté par rapport aux citoyens libres.

Certains arrêts de la Cour montrent qu'elle reconnaît actuellement la doctrine des limitations inhérentes, ce, non seulement dans le contexte du droit garanti par l'article 3, mais aussi dans le contexte d'autres droits conventionnels. Il est vrai que cette doctrine n'est qu'évoquée dans les arrêts concernés et qu'elle n'est pas appliquée de manière explicite aux fins de motivation du bien-fondé ou du mal-fondé des limitations. Il en est de même en ce qui concerne ce qu'on appelle les "exigences normales et raisonnables de la détention", dont la Cour tiendrait compte en statuant sur la violation des droits conventionnels. En réalité, elles ne sont que mentionnées et ne semblent pas avoir une incidence effective sur la jurisprudence.

La possibilité d'une application intégrale de la norme générale de justification des limitations à l'égard des restrictions relatives aux droits des détenus semble être incertaine. Une telle application est objectivement impossible tant que l'incarcération reste un attribut de la prison. Les buts des limitations (la sécurité et l'ordre) peuvent, suivant la position de la Cour, justifier des ingérences plus amples à l'égard d'un détenu que d'une personne en liberté. La particularité de l'approche vis-à-vis des limitations, dans les affaires concernant des détenus, peut se traduire aussi par l'attribution à ceux-ci de droits positifs complémentaires, par l'individualisation des limitations, ce, compte tenu du comportement antérieur de la personne, etc. L'insuffisance du potentiel des dispositions générales de la Convention pour la prise en compte de toute la spécificité de l'environnement pénitentiaire est confirmée par les initiatives visant à élaborer un protocole additionnel à la Convention relatif aux droits des détenus.

2.2.1.2. Exigences de la Convention vis-à-vis des limitations justifiées

Nombre des droits protégés par la Convention sont des droits conditionnels, en ce sens qu'ils peuvent faire l'objet d'ingérences (ou limitations) dans certaines circonstances. Une telle ingérence doit cependant répondre à certaines caractéristiques pour pouvoir être reconnue d'après la Convention et sa jurisprudence. Toute limitation qualifiée d'ingérence dans le droit⁴⁷⁷, doit être prévue par la loi, être nécessaire dans une société démocratique pour protéger un ou plusieurs buts énoncés à l'article qui établit la possibilité de limitation⁴⁷⁸. Cette approche de la CEDH peut être qualifiée de test à trois composantes, lequel implique: la préconisation de la limitation par la loi ; la présence de buts justifiant la limitation ; la proportionnalité de la limitation à ses buts (nécessité dans une société démocratique).

Il suffit qu'une seule de ces composantes ne soit pas respectée pour qu'il soit considéré que la limitation ait été adoptée en violation de la Convention.

Nous avons déjà fait remarquer que, bien que la Cour n'ait pas élaboré une norme spéciale relative aux limitations des droits des détenus, il existe néanmoins certaines particularités dans son approche⁴⁷⁹. L'analyse de l'application du test à trois composantes, aussi bien que l'approche citée dans l'application de l'article 3 et les particularités d'application d'autres articles de la Convention, permettent de constater le caractère spécifique d'application de la norme générale relative aux limitations concernant les affaires des détenus. Nous y voyons une confirmation de plus des considérations énoncées plus haut en ce qui concerne le caractère spécifique des normes de la Cour relatives aux détenus.

⁴⁷⁷ D'habitude, la Cour statue catégoriquement à la présence d'une ingérence dans le droit, c'est-à-dire à la limitation du droit. Les cas où la Cour ne constate pas l'ingérence dans le droit sont extrêmement rares. Les parties ne contestent généralement pas que l'ingérence a eu lieu ce que la Cour signifie souvent spécialement dans ses arrêts. Toutefois, de telles affaires ont lieu dans des cas exceptionnels. C'est ainsi que dans l'affaire *Raninen contre Finlande*, la Cour constate, contrairement à sa jurisprudence antérieure et postérieure, que le menottage ne constituait pas une limitation du droit puisque le niveau d'incidence de cette mesure sur l'intégralité physique et psychique n'était pas suffisant (*Raninen c. Finlande* § 55 (n° 20972/92, 16.12.1997)).

⁴⁷⁸ Foster S., *Human Rights and Civil Liberties*, 2nd ed., Dorchester, Pearson Education, 2008, p. 54.

⁴⁷⁹ Човган В. Стандарти обмежень прав засуджених у практиці Європейського суду з прав людини // Проблеми законності. – 2013. – Вип. 122. – С. 251–258 (Chovgan V., Normes de limitations des droits des détenus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Problèmes de la légalité, 2013, Fasc. 122, p. 251–258).

2.2.1.2.1. Préconisation par la loi

La définition de ce qu'il convient d'entendre par préconisation par la loi revêt une importance particulière pour le droit pénitentiaire. Ce domaine prête souvent à des discussions visant à identifier les textes dans lesquels il est admissible de déterminer les limitations des droits des détenus. Cela tient au fait que le rôle des activités normatives des administrations pénitentiaires dans la réglementation des droits des détenus est essentiel et parfois déterminant. Cette activité normative devient souvent arbitraire ou est contraire aux lois et aux normes des droits de l'homme.

La notion de "loi" est présente dans beaucoup d'articles de la Convention. Elle énonce par exemple, en son article 2, 1^{er} al., que le droit de chacun à la vie est protégé par la loi. L'article 5 traite de l'arrestation régulière, de la décision régulière, de l'exécution des obligations prescrites par la loi. L'article 6 impose qu'intervienne un tribunal indépendant établi par la loi. L'article 7 stipule qu'il doit pas y avoir de peine sans loi. D'autre part, les articles 8 à 11 qui, comme il a été déjà noté, fixent des droits conditionnels, énoncent que les limitations de ceux-ci doivent être prescrites par la loi.

La Cour a eu à traiter de la notion "prévues par la loi" dans beaucoup de dossiers. Elle fait remarquer qu'il n'est pas absolument nécessaire de rattacher l'exigence d'un cadre législatif approprié aux formules différentes de la version anglophone de la Convention («prescribed by law» et «in accordance with law») ⁴⁸⁰, en reconnaissant ainsi de fait la signification identique de ces termes. D'autant plus que la version française de la Convention comporte la formulation "prévues par la loi" qui est identique aux expressions anglaises "prescribed by law" et "in accordance with law"⁴⁸¹. Cela veut dire que l'application d'une limitation doit être établie par la loi ou admise par elle.

La Cour a développé un test à quatre composantes⁴⁸² pour déterminer ce qui est entendu par ces notions aux fins des articles 8 à 11 de la Convention.

1. Premièrement la limitation doit être prévue par la législation interne (nationale).

⁴⁸⁰ Silver et autres c. Royaume-Uni (n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983), Malone c. Royaume-Uni (n° 8691/79, 02.08.1984).

⁴⁸¹ Dijk P., Hoof G..J.H, Van Hoof J.G.F., Heringa A.W., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd ed., The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 766.

⁴⁸² Greer S., The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 201–203.

La notion de législation intérieure peut changer selon le pays. Comme les gouvernements nationaux sont mieux placés pour déterminer ce qui doit être considéré comme loi interne ou non, et pour savoir si la procédure législative nationale a été respectée ou non, la Cour leur attribue une large marge de manœuvre sur ce plan⁴⁸³. Cela ne signifie cependant pas que les "Institutions de Strasbourg doivent tout simplement accepter la position de l'État défendeur... La Cour peut et doit examiner la conformité de ces "faits" à la Convention. Ce qui prête à discussion à cette étape, ce n'est pas l'interprétation ni l'application de la législation interne mais l'interprétation et l'utilisation des expressions "prévus par la loi" et "en accord avec la loi"⁴⁸⁴.

Comme souligné précédemment, une question importante, pour le droit pénitentiaire, est de savoir s'il est admissible d'instaurer des limitations par des textes d'application. D'après notre analyse, cette question est propre tant aux pays d'Europe de l'Est que de l'Ouest. La réponse est tout à fait claire et elle a été donnée par la Cour elle-même à l'occasion d'affaires "pénitentiaires".

Dans l'affaire *Lavents contre Lettonie*⁴⁸⁵, la Cour a rappelé que les mots « prévue par la loi », au sens de l'article 8 § 2 de la Convention, signifient en premier lieu que la mesure incriminée doit avoir une base en droit interne. A cet égard, la Cour a toujours entendu le terme « loi » dans son acception matérielle et non formelle ; elle y a également inclus des textes de rang infralégislatif, édictés par les autorités compétentes sur la base d'un pouvoir normatif délégué⁴⁸⁶ (§ 135). Cela veut dire que, conformément à cet arrêt et, contrairement à l'interprétation doctrinale de la Convention⁴⁸⁷, les limitations peuvent être prévues aussi par des textes dits infralégislatifs.

Cette approche est confirmée de manière catégorique dans l'affaire *Biržietis contre Lituanie*⁴⁸⁸. Le requérant se plaignait que l'interdiction de porter la barbe en prison affectait son droit à la vie privée. La Cour a reconnu à la violation de l'article 8, mais a rejeté

⁴⁸³ Chorherr c. Autriche § 26 (n° 13308/87, 25.08. 1994), Kokkinakis c. Grèce § 40 (n° 14307/88, 25.05.1993).

⁴⁸⁴ Dijk P., Hoof G..J.H, Van Hoof J.G.F., Heringa A.W., Ibid, p. 766; voir aussi: Doebbler C.F., International Human Rights Law: Cases and Materials. Volume 1, Washington, CD Publishing, 2004, p. 391.

⁴⁸⁵ Lavents c. Lettonie §§ 134-135 (n° 58442/00, 28.11.2002).

⁴⁸⁶ La Cour se réfère ici aux arrêts: Silver et autres c. Royaume-Uni §§ 85-90 (n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983), Huvig c. France §§ 27-30 (n° 11105/84, 24.04.1990).

⁴⁸⁷ Seriaux A., Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1979, p. 464.

⁴⁸⁸ Biržietis c. Lituanie (n° 49304/09, 14.06.2016).

l'argument du requérant disant que cette restriction n'était pas prévue dans un texte législatif de niveau suffisant. L'interdiction de porter la barbe était contenue notamment dans le Règlement de l'établissement dans lequel le condamné était détenu (ce Règlement avait été validé par le chef d'établissement) et non dans le Code d'exécution des peines ou dans le Règlement intérieur des établissements pénitentiaires validé par le Ministère de la justice. La Cour devait rappeler que la notion de "loi" devait être considérée d'après son essence et non de manière formelle. Cette notion comprend donc non seulement les lois votées par le Parlement, mais aussi d'autres textes réglementaires établis par les autorités auxquelles des pouvoirs normatifs sont délégués ainsi que le droit non écrit. Même si le droit national prévoit que les limitations des droits ne peuvent être instaurées que par des textes réglementaires d'une certaine valeur, l'article 8 de la Convention ne comporte pas cette exigence (§ 50). L'important était que le texte réglementaire établissant les limitations fût accessible aux détenus et que ses règles fussent suffisamment claires et prévisibles (§ 47).

De même, l'arrêt *Silver* montre que les normes contenues dans les Règlements intérieurs des établissements pénitentiaires ou dans d'autres textes réglementaires sont considérées par la Cour comme relevant de la notion "prévues par la loi", puisqu'il serait difficile d'imaginer que la loi (par opposition aux textes d'application) puisse fixer tous les détails nécessaires relatifs aux limitations⁴⁸⁹. Cela n'en signifie pas moins que la non-conformité des règlements aux critères qualitatifs de la "loi" ne puisse être constatée⁴⁹⁰.

En plus, la notion de "loi" ne concerne pas que la législation, mais inclut aussi le droit commun (la jurisprudence). Sinon il faudrait restreindre l'accès à la protection par la Convention pour les pays à droit jurisprudentiel⁴⁹¹.

2. Les dispositions normatives instaurant les limitations **doivent être accessibles aux citoyens.**

La "loi" ne doit pas être forcément publiée dans des sources nationales pour être accessible. Il suffit que la personne concernée par le document en prenne connaissance comme dans le cas de l'affaire *Biržietis* évoquée ci-dessus⁴⁹². Nous pouvons affirmer que la prise de connaissance prévoit non seulement une communication du contenu du document, mais aussi la possibilité de l'obtenir et de le conserver.

⁴⁸⁹ *Silver* et autres c. Royaume-Uni § 88-89 (n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983).

⁴⁹⁰ Voir ci-bas.

⁴⁹¹ *Sunday Times* c. Royaume-Uni § 47 (n° 6538/74, 26.04.1979).

⁴⁹² *Biržietis* c. Lituanie (n° 49304/09, 14.06.2016).

La Cour peut également admettre que le document qui n'a pas été publié comme faisant partie des lois de l'État défendeur est "accessible", puisqu'il était conçu premièrement pour les spécialistes qui savaient comment obtenir l'information voulue, fournie dans le corps officiel des lois. La Cour se fonde sur le fait que l'idée de la prévisibilité et de l'accessibilité dépend de l'affaire concrète, de la sphère qu'il fallait traiter, du nombre et du statut des personnes que visaient les normes concernées⁴⁹³. Ce dernier élément est surtout important pour les personnes condamnées. Il est nécessaire, à notre avis, de fournir des garanties supplémentaires d'accès aux textes concernant les limitations de leurs droits par rapport aux citoyens libres, compte tenu de leur situation spécifique et des difficultés éventuelles pour obtenir l'accès aux documents.

Dans son arrêt *Ciorap contre Moldavie*⁴⁹⁴, la Cour a constaté la violation du droit à la vie privée du fait que l'administration pénitentiaire installait une paroi de verre pendant les visites des parents du requérant. La législation signifiait que l'administration pénitentiaire pouvait contrôler les visites. La possibilité de placer une cloison était prévue par les Statuts pénitentiaires N° 13 qui n'étaient jamais publiés, n'étaient jamais invoqués par les juges nationaux et ne furent même pas communiqués à la CEDH (§113). Cet arrêt atteste de l'inadmissibilité de l'établissement de causes et de modalités de la restriction des droits dans des textes qui sont classés secrets ou qui sont inaccessibles pour les personnes qu'ils concernent.

Dans le contexte ukrainien, cela signifie que les documents classés "réservés au service" ne peuvent contenir des normes portant sur des limitations des droits. Par ailleurs, à notre connaissance, certaines notes de service classées "réservées au service" comportent de telles règles. Elles portent généralement sur les aspects de procédure pour l'application des mesures de contrainte, telles que le menottage.

L'exigence de l'accessibilité concerne non seulement la publication du document, mais aussi le contenu de celui-ci. La Cour constate que, d'après cette exigence, les citoyens doivent être dûment informés sur les normes législatives applicables dans l'affaire donnée; celles-ci doivent être formulées avec suffisamment de clarté pour que la personne puisse adapter son comportement et en prévoir les suites⁴⁹⁵. Une norme ne peut pas être considérée comme "loi" si elle n'est pas formulée clairement: la personne doit pouvoir prévoir les conséquences de ses

⁴⁹³ Loukaides L.G., *Essays on the Developing Law of Human Rights*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 187.

⁴⁹⁴ *Ciorap c. Moldavie* (n° 12066/02, 19.06.2007).

⁴⁹⁵ *Silver et autres c. Royaume-Uni* § 88 (n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983), *Sunday Times c. Royaume-Uni* § 49.

actes dans la mesure où cela serait rationnel dans les circonstances données⁴⁹⁶. Cette partie du test peut être rattachée à la deuxième et à la troisième composante.

3. Les dispositions normatives doivent **permettre de prévoir avec suffisamment de précision les conséquences légales du comportement de l'intéressé.**

La Cour constate que le degré voulu de concrétisation dépend de chaque cas⁴⁹⁷. Il dépend aussi du domaine d'application concerné: s'agissant notamment de l'article 8 de la Convention, la loi doit comporter une terminologie précise pour déterminer les circonstances et les conditions à respecter par les autorités pour pouvoir s'ingérer dans un droit⁴⁹⁸. La position de la Cour selon laquelle la loi qui attribue le pouvoir discrétionnaire doit en déterminer l'étendue est particulièrement importante dans le contexte pénitentiaire⁴⁹⁹.

Ainsi, lorsque la loi autorise l'ingérence dans les communications téléphoniques des détenus par l'écoute, en limitant par là leur droit à la vie privée, la possibilité d'une telle ingérence peut-elle être concrétisée au maximum, compte tenu de la gravité de l'ingérence dans la vie privée, de l'insuffisance du contrôle public et du risque des abus de pouvoirs, surtout eu égard aux techniques modernes qui deviennent rapidement de plus en plus sophistiquées⁵⁰⁰. La règle étant formulée avec tant d'imprécision que sa signification et sa portée ne peuvent pas être rationnellement prévues, elle ne peut pas être considérée comme la loi exigée par la Convention, et l'ingérence sera illégale⁵⁰¹.

L'absence de mention relative aux motifs admissibles à l'application d'une restriction au détenu ou la durée de celle-ci suffisent pour qualifier la loi d'insuffisamment claire et à constater que la restriction n'était pas prévue par la loi⁵⁰².

La troisième exigence est étroitement liée à la quatrième.

4. Les dispositions normatives doivent **assurer une protection sûre contre l'ingérence arbitraire dans le droit.**

⁴⁹⁶ Silver et autres c. Royaume-Uni § 88.

⁴⁹⁷ Vogt c. Allemagne § 68 (n° 17851/91, 26.09.1996), Malone c. Royaume-Uni § 68 (n° 8691/79, 02.08.1984).

⁴⁹⁸ Lavents c. Lettonie § 135 (n° 58442/00, 28.11.2002).

⁴⁹⁹ Malone c. Royaume-Uni § 68 (n° 8691/79, 02.08.1984).

⁵⁰⁰ Doerga c. Pays-Bas §33 (n° 50210/99, 27.04.2004); Kruslin c. France §33 (n° 11801/85, 24.04.1990).

⁵⁰¹ Foster S., Human Rights and Civil Liberties, 2nd ed., Dorchester, Pearson Education, 2008, p. 56.

⁵⁰² Lavents c. Lettonie § 136.

Cette exigence revêt une importance particulière pour les détenus, parce qu'elle se focalise sur la nécessité de déterminer nettement l'étendue du pouvoir discrétionnaire attribué au personnel pénitentiaire pour l'application des limitations. Connaissant la tension existante entre les compétences discrétionnaires du personnel et la résistance à celles-ci de la part des détenus⁵⁰³, il n'est pas étonnant que ce soit cette exigence qui fournisse des raisons pour statuer aux violations dans les affaires des détenus.

La Cour spécifie dans l'affaire *Malone* que la phrase "prévues par la loi" signifie que le droit national doit comporter des mesures de protection légale contre l'ingérence arbitraire des administrations et que la loi doit déterminer l'étendue de tout pouvoir discrétionnaire attribué aux autorités compétentes et les modes d'exercice de ce dernier avec toute la netteté suffisante, compte tenu du but légitime poursuivi pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire⁵⁰⁴. Pour qu'une limitation puisse être considérée comme étant "prévues par la loi", la loi doit elle-même prévoir la possibilité de recours. La limitation du droit des détenus à la correspondance dans la loi doit prévoir la possibilité de recours, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être "non assujettie à des voies de recours"⁵⁰⁵, car la possibilité de recourir contre une décision est l'un des aspects de la garantie du niveau minimum de protection voulue par la prééminence du droit dans une société démocratique⁵⁰⁶.

Dans l'affaire *Messina contre Italie*⁵⁰⁷, la violation de l'article 8 de la Convention fut retenue en raison du contrôle de la correspondance par l'administration pénitentiaire. En dépit du fait que la possibilité du contrôle fût prévue par la législation nationale, il était constaté que les règles concernées ne réglementaient ni la durée des mesures de contrôle de la correspondance des détenus, ni les motifs pouvant les justifier, et n'indiquaient pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes dans le domaine considéré (§ 81).

L'affaire *Moiseyev contre Russie*⁵⁰⁸ constitue encore un exemple parlant montrant comment un grand nombre de restrictions à la vie privée du requérant sont contraires à la Convention parce qu'elles ne sont pas prévues par la loi.

⁵⁰³ Noali L., *Les résistances carcérales du comment au pourquoi. Une approche juridique et pluridisciplinaire*. Préface de Martine Herzog-Evans Martine. Postface de Reynald Ottenhof, Paris, L'Harmattan, 2012.

⁵⁰⁴ *Malone c. Royaume-Uni* §§ 66-68.

⁵⁰⁵ *Petra c. Roumanie* § 37 (n° 27273/95, 23.09.1998), *Puzinas c. Lituanie* (No. 2) § 32 (n° 63767/00, 09.01.2007).

⁵⁰⁶ *Petra c. Roumanie* § 39.

⁵⁰⁷ *Messina c. Italy* (n° 2) (n° 25498/94, 28.09.2000).

⁵⁰⁸ *Moiseyev c. Russie* (n° 62936/00, 09.10.2008).

Le requérant, qui était placé en détention provisoire, s'était vu interdire toutes visites de sa famille pendant plusieurs périodes d'une durée d'un an chacune. Cette interdiction était appliquée par l'agent enquêtant sur son affaire, conformément à l'article 18 de la loi sur la détention provisoire. La Cour spécifia que cette loi avait été publiée officiellement et était donc accessible au requérant. Toutefois, elle ne répondait pas à l'exigence de la préconisation par la loi, parce qu'accordant à l'agent d'enquête une marge d'appréciation trop large pour interdire le droit aux visites pendant l'enquête. La loi se bornait à mentionner la possibilité d'une telle interdiction, sans fixer sa durée ni les motifs de son application. Elle ne comportait pas non plus de dispositions relatives à la possibilité de se pourvoir contre le refus d'autoriser les visites. Le requérant ne bénéficiait donc pas de protection convenable contre le pouvoir d'appréciation qui, d'ailleurs, était trop vaste. La "préconisation par la loi" était ainsi absente à cause d'une qualité insuffisante des normes de la loi.

Dans ce même arrêt, invoquant le non-respect de l'exigence relative à la préconisation par la loi, la Cour devait qualifier de non justifiées deux autres restrictions: l'utilisation de la paroi de verre pendant les visites et le contrôle systématique de la correspondance.

En ce qui concerne la paroi de verre, cette restriction n'était pas "prévue par la loi", puisque la règle appropriée n'existait pas dans la législation nationale. C'est que le requérant était détenu dans le centre de détention provisoire du Service de sécurité, qui ne relevait pas du Règlement intérieur des établissements de détention provisoire du Service fédéral d'exécution des peines, ledit Règlement prévoyant justement la règle en question. Bien que ce fait fût suffisant pour conclure au mal-fondé de la restriction, la Cour alla jusqu'à signifier que la séparation physique pendant les visites devait se baser sur des considérations de sécurité à la lumière des circonstances individuelles. L'installation de la paroi ne pouvait pas être considérée comme nécessaire en l'absence d'un risque établi pour la sécurité (§§ 257-258)⁵⁰⁹.

La limitation du droit à la correspondance consistait dans l'ouverture et la lecture systématique du courrier. La Cour a estimé que cette limitation s'appuyait sur les dispositions de la législation nationale. Cependant, l'article concerné était formulé en termes trop généraux en admettant le contrôle routinier du courrier. La situation était, en outre, aggravée par le fait que la législation attribuait aux autorités pénitentiaires un pouvoir d'appréciation trop large sur ce point et qu'elle ne comportait pas de normes relatives au recours, à l'étendue et à la durée des mesures de censure. D'autre part, la législation nationale ne prévoyait pas de mesures

⁵⁰⁹ La Cour se référerait, entre autres, aux arrêts rendus dans les affaires *Van der Ven c. Pays-Bas* § 71 (n° 50901/99, 04.02.2003), et *Lorsé et autres c. Pays-Bas* § 85 (n° 52750/99, 04.02.2003), *Ciorap c. Moldavie* § 117 (n° 12066/02, 19.06.2007).

convenables de protection pour attaquer l'application arbitraire des limitations de la correspondance (§ 266).

L'arrêt *Moiseyev* fixe donc des exigences précises envers la norme "prévue par la loi" dans le contexte pénitentiaire. Les dispositions législatives doivent être non seulement écrites et accessibles, mais elle doivent aussi avoir la qualité voulue en prévoyant notamment des raisons claires, la durée et les modalités de leur application, de manière à ne pas laisser de place à un pouvoir d'appréciation excessif des autorités pénitentiaires. Il convient, par ailleurs, de prévoir des mesures convenables de recours contre de telles restrictions.

Il est à noter que l'exigence de la règle relative à la possibilité et aux modalités du recours ne s'inscrit pas tout à fait dans l'exigence "prévue par la loi". Elle représente plutôt un aspect de procédure qui servirait de garantie supplémentaire contre les restrictions non justifiées. Elle n'en continue pas moins d'être utilisée par la Cour pour établir si une restriction était "prévue par la loi". Cette exigence semble être une "copie incorporée" réduite du droit à un recours effectif prévu à l'article 13 de la Convention. La CEDH constate elle-même cet aspect de l'exigence "prévue par la loi"⁵¹⁰.

Un autre exemple de combinaison d'exigences variées visant à déterminer la qualité de la loi vient de l'arrêt rendu dans l'affaire *Mesut Yurtsever et autres contre Turquie*⁵¹¹. Dans cette affaire collective qui regroupe plus d'une dizaine de requérants, l'administration pénitentiaire turque avait limité le droit des condamnés de recevoir un magazine au motif qu'il était publié en langue kurde et non en turque.

La Cour rappelait que les termes « prévue par la loi » non seulement imposent que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause : ainsi, celle-ci doit être accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets (§ 103)⁵¹². Elle signifiait, par ailleurs, que l'existence du cadre législatif pour l'ingérence dans cette affaire, de même que l'accessibilité de celui-ci, ne suscitait pas de discussion. Le problème résidait pourtant dans la condition de prévisibilité de la loi quant au sens et à la nature des mesures applicables (§104). La Cour soulignait, dans ce contexte, que la norme était "prévisible" lorsqu'elle offrait une garantie certaine contre les atteintes arbitraires de la puissance publique

⁵¹⁰ Silver et autres c. Royaume-Uni § 90.

⁵¹¹ Mesut Yurtsever et autres c. Turquie (n° 14946/08, 20.01. 2015).

⁵¹² La Cour se référait au § 52 de l'arrêt Rotaru c. Roumanie [GC] (n° 28341/95, 04.05.2000).

et contre une application extensive d'une restriction faite au détriment des justiciables (§ 103)⁵¹³.

Défendant la justification des restrictions, le pouvoir public se référait à l'article 62, § 3, de la Loi N° 5275, qui disposait : "Aucune publication contenant des informations, des écrits, des photographies et des commentaires obscènes ou de nature à mettre en péril la sécurité de l'établissement ne peut être remise au condamné" (*in* § 78). La Cour observe que, bien que se référant à la norme susindiquée, les autorités refusaient de remettre des publications en kurde, non point parce que le contenu de celles-ci aurait été obscène ou de nature à mettre en péril la sécurité au sein de l'établissement pénitentiaire, mais en raison de l'incapacité de ces instances à apprécier la teneur des publications en cause (§ 106). Les instances nationales tentèrent, par ailleurs, de se défendre en arguant que la présence dans le contenu de publications interdites d'informations soutenant une organisation terroriste et les actions de celle-ci, laquelle menaçait la réputation de la Turquie et de ses militaires. La Cour rejeta cet argument en observant que cette motivation ne découlait d'aucune décision des instances nationales examinées dans cette affaire (§ 106).

Finalement, la Cour conclut à la violation de l'article 10 de la Convention. La cause principale en était le fait que la législation ne prévoyait pas, parmi les raisons de retrait de publications, leur impression en langues étrangères, ainsi que le fait que le pouvoir ait pris sa décision sans avoir apprécié au préalable le contenu des publications, en limitant l'accès des détenus à certaines catégories de publications et en appliquant ainsi l'approche discrétionnaire (§ 109). C'est-à-dire que le motif selon lequel une publication en langue étrangère puisse menacer la sécurité de l'établissement était insuffisant pour être qualifié de prévu par la loi. Cette dernière thèse fait transparaître une allusion à l'attitude sceptique de la Cour vis-à-vis du motif aussi répandu pour les restrictions que "menace à la sécurité de l'établissement" quand celui-ci n'est pas concrétisé.

La Cour avait déjà fait preuve d'une démarche de pensée semblable, dans une affaire similaire liée à la traduction. L'arrêt *Mehmet Nuri Ozen et autres contre Turquie*⁵¹⁴ soulevait la question de la saisie des lettres envoyées et reçues par les détenus au motif qu'elles étaient écrites en kurde. Or, la législation nationale n'autorisait la saisie du courrier des détenus qu'en raison de son contenu: lorsque les lettres pouvaient nuire à l'ordre et à la sécurité de l'établissement, étaient dirigées contre le personnel, permettaient des échanges d'informations

⁵¹³ La Cour se référait au § 143 de l'arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie* [GC] (n° 38433/09, 07/06/2012).

⁵¹⁴ *Mehmet Nuri Özen et autres c. Turquie* (n° 15672/08, 11/01/2011).

entre les organisations terroristes ou autres organisations à tendance négative ou criminelle, contenaient des informations fausses ou mensongères susceptibles de provoquer la panique de personnes ou d'institutions ou encore contenaient des menaces ou des insultes (§ 30). Toutefois, comme la législation ne prévoyait pas que le courrier puisse être saisi pour avoir été écrit en langue étrangère, cette question relevait totalement du pouvoir discrétionnaire de l'administration pénitentiaire (§ 60). La Cour statuait donc à la violation de l'article 8 de la Convention⁵¹⁵.

En ce qui concerne la clarté des motifs des restrictions, la Cour leur reconnaît un caractère flou⁵¹⁶. Dans ses arrêts relatifs à cette question (par exemple deux arrêts contre la Turquie évoqués ci-dessus), la Cour se réfère souvent à son arrêt *Silver*. Elle y observe notamment : " Une loi conférant un pouvoir d'appréciation doit en fixer la portée, mais la Cour a déjà reconnu l'impossibilité d'arriver à une certitude absolue dans la rédaction des lois et le risque de voir le souci de certitude engendrer une rigidité excessive [...]. Il ne saurait guère possible de libeller une loi capable de parer à toute éventualité [...]. Dès lors, la Cour souligne à nouveau que "beaucoup de lois se servent", inévitablement, "de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique"⁵¹⁷.

Tout en acceptant cette approche, la Cour observe qu'un pouvoir discrétionnaire trop vaste des autorités nationale n'est pas admissible non plus. Ce fut le cas de l'affaire *Calogero Diana contre Italie*⁵¹⁸. La loi invoquée ici ne définissait que la catégorie des détenus dont la correspondance pouvait être contrôlée et le service compétent habilité au contrôle, ni ne fixait la durée admissible de cette mesure, pas plus que les motifs pouvant justifier l'application de celle-ci.

La Cour estimait insuffisants les arguments du gouvernement, lequel avançait que la décision sur le contrôle de la correspondance relevait de la compétence exclusive des juges et que ceux-ci étaient tenus à l'obligation spéciale de motiver leurs décisions, ce qui excluait l'arbitraire (§ 29). L'absence de raisons claires sur le contrôle de la correspondance (bien que la législation contînt la norme autorisant le contrôle) conduisit à la conclusion selon laquelle la discrétion des autorités concernées n'avait pas été fixée par la loi et que le détenu n'avait donc pas bénéficié du niveau minimum de protection dont jouissaient les citoyens libres dans

⁵¹⁵ La Cour qualifia de contraire à la Convention la pratique visant à obliger les détenus à faire traduire le courrier à leurs propres frais (§ 60) et devant combler la lacune dans les motifs légaux pour la saisie du courrier écrit en langue étrangère.

⁵¹⁶ *Domenichini c. Italie* § 32 (n° 15943/90, 15.11. 1996).

⁵¹⁷ *Silver et autres c. Royaume-Uni* § 88.

⁵¹⁸ *Calogero Diana c. Italy* (n° 15211/89, 15.11. 1996).

une société démocratique (§ 32-33). La Cour utilisa la même motivation dans d'autres arrêts similaires en consacrant ainsi des exigences concrètes à l'égard de la clarté des normes législatives servant de raisons pour les restrictions⁵¹⁹.

Il est à noter que, même sous réserve du respect des autres normes relatives aux limitations des droits, la Cour constate la violation de la Convention lorsque le motif pour l'application d'une restriction n'est pas prévu par la loi. C'est ainsi que dans son arrêt *Enea contre Italie*⁵²⁰, la Cour a apprécié les efforts du juge en charge du contrôle de l'exécution des peines visant à respecter les normes de la Convention relatives au contrôle de la correspondance, telles que la détermination de l'étendue et de la durée du contrôle. Elle a toutefois observé que la législation pénitentiaire concernée ne réglementait ni la durée du contrôle de la correspondance, ni les motifs pouvant justifier cette mesure et qu'elle ne déterminait pas avec suffisamment de précisions, l'étendue et les modalités de l'exercice par les autorités de leur pouvoir discrétionnaire. Elle a dès lors conclu à la violation de l'exigence de la préconisation par la loi et de l'article 8 de la Convention (§ 143-144).

Nombre d'autres arrêts attestent que la Cour attire l'attention sur le fait qu'elle ne reconnaît pas la limitation du droit à la correspondance comme étant "prévue par la loi" si la loi ne fixe pas la durée pendant laquelle le contrôle de la correspondance doit être exercé, les modalités de cette ingérence, si ce contrôle se fait de façon automatique et que les autorités ne sont pas tenues de prendre des décisions motivées et de justifier les causes du contrôle⁵²¹. De même, pour se fixer sur la qualité d'une loi, il importe de savoir si elle prévoyait des moyens de défense spécifiques pour former le recours contre l'étendue d'application des mesures obligatoires de contrôle⁵²². Il est important aussi de savoir si la législation avait prévu la possibilité d'associer le détenu au contrôle à l'une des étapes de celui-ci et si elle faisait une distinction du contrôle selon le type des correspondants avec lesquels le détenu communiquait⁵²³. Pour conclure, la limitation n'est pas "prévue par la loi" dans le cas où

⁵¹⁹ Domenichini c. Italie § 32-33 (n° 15943/90, 15.11. 1996); Rinzivillo c. Italie (n° 31543/96, 21.12.2000).

⁵²⁰ Enea c. Italie (n° 74912/01, 17.09.2009).

⁵²¹ Onoufriou c. Chypre § 109 (n° 24407/04, 07.01.2010), Niedbała c. Pologne §§ 81-82 (n° 27915/95, 04.07.2000), Sałapa c. Pologne §§ 97-102 (n° 35489/97, 19.10.2002), Vintman c. Ukraine § 128 (n° 28403/05, 23.10.2014), Sergey Volosyuk c. Ukraine §§ 85-86 (n° 1291/03, 12.04.2009), Labita c. Italie (GC) § 176, 180 (n° 26772/95, 06.04.2000).

⁵²² Belyaev et Digtyar c. Ukraine § 53 (n° 16984/04 et 9947/05, 16.02.2012), Vintman c. Ukraine § 130-131.

⁵²³ Niedbała c. Pologne §§ 81, Sergey Volosyuk c. Ukraine § 85, Belyaev et Digtyar c. Ukraine § 53.

l'imprécision des normes législatives n'assure pas à l'individu le niveau minimum de protection exigé par la suprématie du droit dans une société démocratique⁵²⁴.

La limitation peut être qualifiée aussi de non "prévue par la loi" lorsque les normes du droit national n'ont pas été respectées. Dans son arrêt *Ciorap contre Moldavie*⁵²⁵, la Cour constate que l'ingérence dans le droit du détenu à la correspondance n'était pas justifiée, parce que la législation concernée ne l'autorisait que sur le fondement d'une décision judiciaire alors que la correspondance était contrôlée sans cette décision (§§ 103-104).

Une conclusion importante s'ensuit: ***bien que la Cour soit censée n'examiner que les questions relatives à la violation de la Convention, et non celle de la législation nationale, elle peut statuer à une limitation non justifiée de la Convention en cas de violation de la législation nationale en matière d'instauration des limitations des droits prévus par la Convention.*** C'est que la limitation n'est pas "prévue par la loi" dans ce cas de figure. Cela signifie que, concernant un cas concret, contrairement à l'avis généralement admis, selon lequel la Cour n'est pas compétente pour traiter des questions de violation de la législation nationale et ne doit se pencher que sur les violations de la Convention, elle décide nécessairement, de manière indirecte, des questions de violation de la législation nationale.

Cet exemple fait apparaître la possibilité de faire appel à la CEDH sur les cas où la limitation était appliquée en violation de la législation nationale. Le cas échéant, une telle limitation ne serait pas non plus "prévue par la loi".

Ainsi la Cour s'attache-t-elle dans ces affaires, non seulement à établir si une restriction est prévue par la loi mais aussi à apprécier si la qualité d'une telle loi existe. Il ressort de ce qui précède que la qualité de la loi, telle que la Cour l'entend, se caractérise par la présence de garanties pratiques de non-application des limitations non justifiées. Ces garanties revêtent, pour la plupart, un caractère de procédure: raisons précises ; existence et motivation de la décision ; durée ; mode d'application ; possibilité de faire recours contre la limitation ; etc. Quant à la loi, elle ne doit pas être nécessairement constituer une loi au sens propre, au regard de sa source organique. Cette notion peut porter sur des textes réglementaires (infralégislatifs).

Il est important que la CEDH considère comme suffisant le constat que la restriction n'est pas "prévue par la loi" pour conclure à son mal-fondé et, respectivement, à la violation

⁵²⁴ Belyaev et Digtyar c. Ukraine §53 (n° 16984/04 et 9947/05, 16.02.2012), Vintman c. Ukraine § 130-131.

⁵²⁵ Ciorap c. Moldavie (n° 12066/02, 19.06.2007).

de la Convention. S'il est établi à cette première étape que la restriction n'a pas été " prévue par la loi", l'analyse de la restriction concernée n'est plus menée à la deuxième étape (existence de buts légitimes de la restriction) et à la troisième étape (proportionnalité de la restriction).

2.2.1.2.2. Légitimité des objectifs

L'article 18 de la Convention dispose que les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues. Normalement, ces buts permettant de limiter un droit sont prévus dans la deuxième partie de l'article établissant le droit pouvant être limité. Par ailleurs, les buts admissibles des restrictions ne sont pas définis pour certains droits prévus par la Convention. Il s'agit notamment de droits prévus par les protocoles additionnels à la Convention (droit de vote, droit à l'instruction...) adoptés après la Convention. Aussi bien dans les cas où les buts admissibles de restrictions des droits sont déterminés dans la Convention que dans les cas où ils ne le sont pas, la constatation des restrictions des droits des détenus et de leur conformité aux buts invoqués se fonde sur la jurisprudence de la Cour en matière de compréhension de ces buts.

La Cour n'attache généralement pas beaucoup d'attention à cette partie du test. Ainsi que l'observe James Sweeney, la partie correspondante de l'arrêt est toujours l'une des plus succinctes, parce que la Cour tend à déterminer si les mesures (restrictions) appliquées répondant au but fixé⁵²⁶, c'est-à-dire à établir si elles sont proportionnelles au but (troisième composante du test qui va être examiné plus bas) et non si le but lui-même est justifié. Quant à l'établissement du bien-fondé du but, cela ne pose normalement aucun problème sérieux, ce qui serait lié au contenu large des formulations générales des buts pouvant justifier les restrictions. Ceci fait que la résolution par la Cour de cette question pose rarement problème⁵²⁷. Il s'ensuit que les gouvernements n'éprouvent pas de difficultés particulières pour prouver que la restriction vise un but justifié.

⁵²⁶ Sweeney J.A., *Margins of Appreciation, Cultural Relativity and the European Court of Human Rights: a thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy*, Hull, The University of Hull, 2003, p. 198.

⁵²⁷ Dijk P., Hoof G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Boston, Kluwer, 1990, p. 606.

Il existe plusieurs explications permettant de voir pourquoi l'établissement de la présence du but de la restriction en tant que condition du bien-fondé de celle-ci ne crée pas de difficultés notables. Premièrement, cela s'explique par le niveau de gestion démocratique dominant dans les Parties contractantes. Aucun pays se voulant démocratique ne souhaite être accusé d'inclure dans sa législation des buts despotiques⁵²⁸. Deuxièmement, il est possible de relier la restriction au but justifié de manière artificielle (par exemple, il est facile de considérer toute limitation comme nécessaire pour prévenir des infractions). Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de prouver que ce rapport était pertinent. La pertinence est évaluée à l'étape suivante (composante du test): l'établissement de la nécessité dans une société démocratique, que nous examinons plus loin. Aussi, la Cour attache-t-elle beaucoup plus d'importance à la troisième étape de justification des restrictions.

Par ailleurs, il arrive toutefois à la Cour d'adopter une attitude critique à l'égard des buts de restriction des droits des détenus. C'est ainsi que dans l'arrêt *Khoroshenko contre Russie*⁵²⁹ la Cour observe que les buts posés par le gouvernement pour les limitations du droit du détenu aux visites (interdiction de visites de longue durée et caractère trop restrictif de la fréquence et des modalités des visites) étaient contestables à la lumière de l'article 8, 2^e al., de la Convention. Le gouvernement justifiait les buts des restrictions tout d'abord par les buts de la peine: redressement de la justice ; amendement du condamné ; et prévention d'autres infractions pénales. Or, il découle du contenu de l'arrêt que la Cour est critique, non pas à l'égard de ces buts, mais vis-à-vis des buts énoncés par le représentant du gouvernement russe pendant l'audience devant la Cour. Il s'agit d'une précision du gouvernement selon laquelle la législation relative aux restrictions du droit aux visites ne vise pas la réinsertion sociale mais se borne plutôt au but de séparation de la personne concernée par rapport à la société (§§ 99, 113). Cependant, bien que faisant part de ses doutes quant à la conformité de ces buts à l'article 8, 2^e al., de la Convention, la Cour n'a pas jugé utile d'analyser en détail le bien-fondé des buts, puisque cela n'était plus nécessaire à la lumière de l'analyse de la proportionnalité (troisième étape de l'analyse) qui fut tout de même effectuée dans l'arrêt (§§ 114-115)⁵³⁰.

⁵²⁸ Arai-Takahashi Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford-New York, Innersintia, 2001, p. 11.

⁵²⁹ *Khoroshenko c. Russie* (GC) (n° 41418/04, 30.06.2015)

⁵³⁰ Dans leurs dissents concordant les juges Pinto de Albuquerque et Turkovic critiquent la Cour pour ne pas faire cette analyse. Ces juges estiment que la Cour aurait dû indiquer clairement que le but de la punition et de l'incarcération ne pouvait pas être justifié au sens de l'article 8 de la Convention, sachant surtout que les autorités russes ne fournirent aucune preuve attestant que les restrictions automatiques et sévères avaient d'autres buts que des buts punitifs. De l'avis des juges, les buts du pouvoir russe n'étaient pas justifiés puisqu'ils ne répondaient pas au principe de réinsertion sociale qui jouit d'une priorité dans la politique pénitentiaire européenne.

En évaluant la proportionnalité dans l'arrêt évoqué, la Cour soulignait, par ailleurs, quelques aspects des buts des limitations des droits des détenus. Elle faisait remarquer que l'approche de l'évaluation de la proportionnalité des restrictions en référence aux "buts punitifs" a évolué au cours de ces dernières années. Elle a indiqué qu'il faudrait davantage mettre l'accent sur l'équilibre convenable entre la punition et la réhabilitation (l'amendement) des condamnés⁵³¹. Évoquant les arrêts antérieurs qui insistaient sur le besoin de faire dominer la politique pénitentiaire de réhabilitation sur la politique punitive⁵³², la Cour a rappelé son scepticisme envers les buts punitifs des restrictions et sa préférence pour les buts de réintégration et de réhabilitation (§ 121). Cette approche fait allusion à ce que les restrictions appliquées dans des buts purement punitifs ont peu de chances d'être qualifiées de justifiées. Nous pouvons admettre aussi qu'une restriction aurait beaucoup moins de chances d'être sanctionnée par la Cour si son but avait un caractère punitif et ne visait pas la réhabilitation.

Selon un avis, il est plus facile pour les instances nationales de justifier devant la Cour la conformité des restrictions des droits des détenus aux buts justifiés que celles des droits des personnes libres. Citons, à titre d'exemple, le but visant à prévenir des troubles, ce qui justifie certaines limitations du droit à la correspondance⁵³³. Ce but fait écho à la thèse déjà avancée d'après laquelle, malgré la position générale de la Cour disant que le statut spécial du détenu ne peut justifier d'exception à la doctrine des limitations des droits de l'homme d'après la Convention, la situation particulière de ces personnes n'en permet pas moins de considérer un peu différemment certains éléments de la justification par rapport aux personnes libres. Cette idée trouve sa confirmation dans la jurisprudence de la Cour⁵³⁴.

L'établissement du but légitime est facilité par le fait que la Convention autorise un grand nombre de buts relativement large autorisant des restrictions aux droits qu'elle prévoit: les intérêts de la sécurité nationale et publique ou du bien-être économique du pays ; la prévention des troubles ou des infractions ; la protection de la santé ou de la morale ; la défense des droits et libertés d'autrui (pour la restriction du respect de la vie privée et familiale) ; les intérêts de la sécurité publique ; la protection de l'ordre public, de la santé ou de la morale ; ou la défense des droits et libertés d'autrui (pour la restriction de la liberté de

⁵³¹ La Cour se réfère aux arrêts *Mastromatteo c. Italie* [GC] § 72 (n° 37703/97, 24.10.2002); *Schemkamper c. France* § 31 (n° 75833/01, 18.10.2005); *Maiorano et autres c. Italie* § 108 (n° 28634/06, 15.12.2009).

⁵³² *Vinter et autres c. Royaume-Uni* [GC] §§ 111-116 (n° 66069/09, 130/10 et 3896/10); *Harakchiev et Tolumov c. Bulgarie* §§ 243-246 (n° 15018/11 et 61199/12).

⁵³³ *Gomien D., Harris D.J., Zwaak L.*, *Ibid.*, p. 218.

⁵³⁴ *Golder c. Royaume-Uni* § 45 (21.02.1975, n° 4451/70), *Boyle et Rice c. Royaume-Uni* § 74 (n° 9659/82, 27.04.1988); *Schönenberger et Durmaz c. Suisse* § 25 (n° 11368/85, 20.06.1988); *Dikme c. Turquie* § 117 (n° 20869/92, 11.07.2000).

pensée, de conscience et de religion) ; les intérêts de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale ou de la sécurité publique ; la prévention des troubles ou des infractions ; la protection de la santé ou de la morale ; la défense de la réputation ou des droits d'autrui ; la prévention de la diffusion d'informations confidentielles ; ou le maintien de l'autorité et de l'impartialité du tribunal (pour limiter la liberté d'expression) ; les intérêts de la sécurité nationale ou publique ; la prévention des troubles ou des infractions ; la protection de la santé ou de la morale ; la défense des droits et libertés d'autrui (pour limiter la liberté de réunion et d'association). D'autre part, certains buts des restrictions sont parfois définis dans les protocoles à la Convention.

La jurisprudence de la Cour montre qu'une restriction peut porter à la fois sur plusieurs buts fixés par la Convention. Toutefois, pour pouvoir constater la légitimité de l'application de la restriction, il suffit d'établir la présence d'un seul but. Très souvent, ce but représente en fait la sécurité, matière dans laquelle les États-membres du Conseil de l'Europe disposent d'un pouvoir d'appréciation assez peu défini⁵³⁵.

D'autre part, comme énoncé plus haut, les buts admissibles de limitation de certains droits d'après la Convention ne sont pas définis et peuvent comprendre un large cercle de ces buts. Cela concerne notamment le droit à des élections libres (article 3, Protocole N° 1 à la Convention), le droit à l'instruction (article 2, Protocole N° 1 à la Convention). Dans ces cas, la Cour analyse le bien-fondé des buts qui sont présentés par le gouvernement, au cours de la communication dans l'affaire, en tant que buts des restrictions appliquées. C'est ainsi que dans l'affaire *Hirst contre Royaume-Uni* le gouvernement alléguait que la limitation du droit de vote des condamnés avait pour but de prévenir des infractions et d'améliorer leur sens de responsabilité civile et le respect de la suprématie du droit. La Cour observait toutefois, qu'au moment où devait être adoptée la loi prévoyant l'interdiction de voter des condamnés, le gouvernement invoquait en guise de but la punition supplémentaire des condamnés, ce qui signifiait que la privation du droit de vote était considérée comme une peine additionnelle à l'incarcération. La Cour rejetait donc l'idée estimant que l'emprisonnement implique la perte des droits au-delà de celle du droit à la liberté (beyond the right to liberty)⁵³⁶. Elle formulait ainsi une position incitant les pratiques nationales à chercher à supprimer les restrictions superflues appliquées aux détenus, puisque l'incarcération constitue par lui-même une punition suffisante. Toutefois, il découle de la position juridique de la Cour un certain degré

⁵³⁵ Rubi-Cavagna E., *Le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu*, Thèse, Montpellier, Université Montpellier I, 1995, p. 113.

⁵³⁶ *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) (GC) §75 (n° 74025/01, 06.10.2005).

d'ambiguïté, car celle-ci n'est pas allée jusqu'à condamner formellement le but punitif de la privation de liberté.

La conception de l'incarcération en tant que punition en elle-même est maintenant généralement admise et elle tient son origine de l'expression connue d'Alexander Paterson selon qui les personnes sont envoyées en prison en tant que punition et non pour subir une punition⁵³⁷. Par ailleurs, ainsi que nous le démontrons dans le présent travail, la réponse à la question de savoir ce qu'il faut entendre par aller "au-delà" de la limitation du droit à la liberté n'est pas suffisamment précise.

2.2.1.2.2.1 Harmonisation des buts des limitations à la lumière de divers textes normatifs

Une place particulière revient à la question de l'harmonisation des buts des restrictions à la lumière de divers textes normatifs réglementant les finalités de la politique pénale et pénitentiaire de l'État.

Le problème de la corrélation des buts des restrictions des droits des détenus tient à ce que les exigences vis-à-vis de ces buts sont formulées directement ou indirectement dans plusieurs textes normatifs à la fois. Premièrement, ce sont les exigences générales à l'égard des limitations des droits énoncées dans les constitutions. Deuxièmement, ce sont celles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Troisièmement, ce sont les buts de la peine au plan pénal et les buts de l'emprisonnement (ou de l'exécution de la peine en tant que telle) fixés dans la législation d'exécution des sanctions pénales.

Dans l'arrêt rendu par la Grande chambre de la Cour dans l'affaire *Dickson contre Royaume-Uni*⁵³⁸, après l'examen des arguments du gouvernement soutenant que la limitation de la vie familiale (refus de la fécondation artificielle) avait pour but la punition, la Cour a répondu qu'elle admettait la punition comme l'un des but de l'emprisonnement, tout en observant que la politique pénale européenne s'orientait vers une augmentation de

⁵³⁷ Angl. « Men are sent to prison as a punishment, not for punishment ».

⁵³⁸ *Dickson c. Royaume-Uni* (GC) (n° 44362/04, 02.12.2007).

l'importance du but réhabilitatif de la peine (§ 75). La Cour reconnaissait ainsi indirectement comme recevables les arguments du gouvernement lorsqu'il affirmait que l'application d'une restriction pouvait avoir un but punitif. Toutefois, elle observait aussi qu'il était souhaitable d'appliquer les restrictions aux fins de réhabilitation (de l'amendement). Nous pouvons en conclure que la CEDH admet que les restrictions des droits des détenus peuvent avoir des buts punitifs, bien que ce but ne soit pas reconnu comme souhaitable.

Cet arrêt nous amène à l'idée que les buts des restrictions des droits des détenus admissibles, selon la Convention, sont en corrélation avec les buts de la peine qui peuvent être énumérés dans le code pénal. Il est, en outre, évident qu'il est nécessaire de résoudre la question de leur harmonisation, ce qui constitue une tâche difficile étant donné le caractère contradictoire de certains buts.

Selon l'article 130-1 du Code pénal français, afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : (1) de sanctionner l'auteur de l'infraction et (2) de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. Nous voyons ainsi une liste des indications concernant les finalités de la peine. Il est possible d'y reconnaître une certaine confusion, étant donné que cet article annonce d'abord des finalités « ultimes » (prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime) ainsi que ce que nous pouvons appeler les « sous-finalités » (déguisées comme « fonctions »), qui sont censées faciliter la réalisation des finalité « ultimes ».

Quels que soient les termes utilisés, il est possible d'identifier les catégories qui définissent à quoi doit parvenir la peine, même si chacune d'entre elles permet de parvenir à une autre. Par exemple, la finalité de protection de la société est assurée par la prévention de la commission de nouvelles infractions. Cette dernière peut être, en partie, facilitée par l'amendement, l'insertion et la réinsertion du détenu. De même, la finalité de restauration de l'équilibre social est en partie assurée par la sanction de l'auteur de l'infraction.

Il s'ensuit que ces finalités sont étroitement liées. Par ailleurs, elles s'équilibrent l'une l'autre et sont limitées par elles-mêmes. Par exemple, il peut sembler que la réclusion à perpétuité pourrait être le meilleur choix pour protéger la société, mais il ne faut pas perdre de vue la « fonction » (sous-finalité selon nous) d'amendement du détenu et sa réinsertion. Il en va de même pour la sous-finalité de sanction du détenu, celle-ci étant liée par la finalité de restauration de l'équilibre social, ce qui est peu probable dans le cas où la sanction serait

exagérée. Il est possible de noter d'autres contradictions entre ces finalités qui existent de manière déguisée. Ainsi, le respect des intérêts de la victime peut-il être facilement mobilisé pour renforcer la finalité de punition et pour contredire la finalité de réinsertion. De surcroît, dans le cas où une finalité facilite l'autre, cette dernière peut être considérée comme contraire aux finalités et donc comme contredisant la première.

Nous pouvons donc admettre que les finalités mentionnées à l'article 130-1 du CP sont dans une certaine mesure contradictoires. Cela étant dit, se pose la question de l'équilibre entre celles-ci et les objectifs des limitations appliquées aux droits des détenus. Selon nous, ces dernières doivent poursuivre non seulement les objectifs prévus (permis) par la Convention, mais aussi les finalités de la peine. Cette conclusion se fonde sur l'idée que les finalités (buts) de la peine sont au moins partiellement atteintes par les restrictions qui font partie de son contenu (ainsi que par l'application de la peine elle-même). De ce point de vue, la Convention restreint les finalités de la peine, parce qu'elle établit les objectifs que peuvent et doivent poursuivre les limitations qui font partie du contenu de la peine, laquelle se traduit, en revanche, par le régime pénitentiaire et d'autres aspects de l'emprisonnement.

Pour illustrer cette idée, prenons un autre exemple.

Aux termes de l'article 50, 1^{er} al., du Code pénal de l'Ukraine, la peine représente une mesure de contrainte appliquée au nom de l'État par jugement du tribunal à l'égard de la personne reconnue coupable d'avoir commis une infraction et qui **consiste dans la limitation** prévue par la loi des droits et libertés du condamné (souligné par nous). Autrement dit, la peine consiste dans la limitation des droits et libertés.

En même temps, les restrictions traduisant le contenu de la peine (par exemple, la limitation de la liberté de circulation, l'interdiction des téléphones portables, la limitation des sommes d'argent permises, la limitation des visites, et de la vie privée etc.) doivent répondre aux dispositions de la Convention quand elles touchent aux droits garantis par elle⁵³⁹. Néanmoins, elles doivent également poursuivre les buts de la peine retenus dans le CP de l'Ukraine, soient la rétribution (punition), l'amendement (réhabilitation) et la prévention spéciale et générale). Cela s'explique par le fait que les restrictions constituent le contenu de la peine, c'est-à-dire qu'elles en sont les composantes et, en même temps, les moyens dont l'effet cumulatif doit permettre d'atteindre les buts de la peine. Cette idée est confirmée par le

⁵³⁹ Cette hypothèse est confirmée par l'article 18 de la Convention qui dispose que « les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ».

philosophe américain Richard Lippke qui écrit: "Pour chaque droit, nous devons réfléchir si sa limitation ou sa perte peut contribuer à atteindre les buts de la peine"⁵⁴⁰.

Établir quelles sont les finalités que doit/peut poursuivre la limitation du droit du condamné est un problème difficile. Ne serait-ce que parce qu'il est délicat de déterminer l'une des quelques finalités poursuivies par la peine que doit viser une restriction. Une restriction devrait-elle viser à la fois toutes les finalités de la peine ou certaines d'entre elles seulement? Est-il possible, généralement, qu'une même restriction atteigne des finalités différentes? Par exemple, l'interdiction faite aux condamnés de consommer des boissons alcoolisées doit-elle punir et, en même temps, prévenir des infractions, redresser ou seulement prévenir les infractions?

Les différentes réponses à ces questions peuvent être proposées: 1) les restrictions constituant la peine visent à mesure égale toutes les finalités de celle-ci; 2) chaque restriction peut/doit poursuivre une seule finalité de la peine; 3) la restriction peut/doit poursuivre plusieurs finalités à la fois et ne pas en viser une autre/d'autres; 4) certaines restrictions n'ont qu'une seule finalité alors que d'autres peuvent/doivent poursuivre à la fois plusieurs ou toutes les finalités de la peine; 5) chaque restriction particulière a une sorte d'accent, c'est-à-dire vise en premier lieu certaines finalités de la peine.

La première approche semble être logique, mais elle ignore les cas où le contenu des restrictions appliquées aux condamnés peut être diamétralement opposé.

La deuxième, la troisième et la quatrième approches présentent une certaine contradiction logique. Dès lors que les quatre buts de la peine sont déclarés, tous les éléments constituant celle-ci, y compris les restrictions, devraient aussi viser tous ces buts à la fois. Dans ce cas, les buts de la peine sont à considérer comme caractéristiques de la peine en tant que phénomène entier, ces buts devant être propres, dans une mesure ou une autre, à tous ses éléments.

La quatrième approche permet d'affirmer que la limitation de la liberté de circulation épuise le but de la punition, toutes les autres restrictions ne pouvant plus avoir pour but la punition et devant donc viser d'autres buts de la peine. Il faut savoir aussi, à ce propos, comme il était déjà dit, que toute restriction traduit la peine, mais cela ne veut pas dire nécessairement que la punition constitue leur but.

⁵⁴⁰

Lippke R.L., *Toward a Theory of Prisoners' Rights*, Ratio Juris, 2002, Vol. 15.2, p. 125.

La cinquième approche, qui porte sur "l'accentuation" des buts, prévoit l'identification de buts prioritaires poursuivis par certaines restrictions: l'incarcération vise la punition et la prévention, tandis que les sanctions disciplinaires et le régime de la journée visent l'amendement du détenu. Elle permet d'éviter les contradictions logiques évoquées *supra*, mais ne donne aucune possibilité pratique de contenir, d'une manière ou d'une autre les pratiques législatives et celles d'application du droit. Cette "accentuation" des buts, qu'il est à l'évidence impossible d'instituer par une norme, dépend totalement de l'appréciation de celui qui applique la loi et laisse un large champ d'interprétation de la fonction de chaque limitation et, par conséquent, tant à leur élargissement qu'à leur rétrécissement maximum. Cela pourrait rapprocher la politique de l'État de l'approche ressemblant à "l'utilité socialiste", lorsque le droit est interprété et écrit comme le veut l'État, ce qui est inadmissible dans le domaine des droits de l'homme.

Le problème se compléfixie du fait des contradictions existant entre les buts eux-mêmes de la peine, puisque celle-ci est censée punir et réhabiliter en même temps⁵⁴¹. Certains spécialistes ont qualifié de "collision" cette corrélation entre les buts de la peine⁵⁴². D'autres ont montré du doigt la contradiction entre les buts de la peine sous forme de privation de liberté et la nature même de cette peine, car le "bon sens" atteste qu'il est impossible de préparer l'individu à la vie dans la société lorsqu'il en est isolé ou de lui apprendre des comportements utiles en le maintenant dans le milieu de ses semblables⁵⁴³. La réinsertion, la protection, le rétablissement de l'équilibre social et de la dignité de la personne et l'intimidation: tous ces buts de la peine sont contraires les uns aux autres⁵⁴⁴.

La question posée se complique aussi à la lumière de la présence de buts attributifs qu'il ne faut pas perdre de vue. De tels buts sont inclus, par exemple, dans l'article 707 du CPP français, qui énonce que le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions.

⁵⁴¹ Bageric M., *Punishment & Sentencing: A Rational Approach*, London, Routledge, 2001, p. 157.

⁵⁴² Natachev A.E., Stroutchkov N.A., *Ibid*, p. 136.

⁵⁴³ Хохряков Г.Ф. Парадоксы тюрьмы. – М.: Юрид. лит., 1991. – С. 5 (Khokhoriakov G.F., *Paradoxes de la prison*, Moscou, Jurid. lit., 1991, p. 5).

⁵⁴⁴ Valloton A., *La protection de la dignité en prison – brève approche analytique des agences de régulation en Europe*, in *L'Administration pénitentiaire face aux principes de la nouvelle gestion publique. Une réforme en question(s)*, Sous la direction de J.-C. Froment et M. Kaluszynski, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2011, p. 204.

Comme les limitations constituant la peine sont le plus souvent retenues justement dans la partie « législation » qui régit les questions du régime, elles doivent ainsi répondre au but et aux objectifs de celle-ci. Il s'ensuit que, l'article 707 du CPP français peut être considéré comme un texte qui crée un surplus de confusion dans la détermination des limites des restrictions des droits des condamnés dans la détermination des caractéristiques quantitatives et qualitatives de ces restrictions. C'est ainsi que les moyens d'atteindre le but visant à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée peuvent être perçus différemment par des spécialistes en fonction de la théorie criminologique qu'ils favorisent. Ceci amène à ce que les caractéristiques voulues des limitations de droits à l'aide desquelles ce but devrait être atteint peuvent être interprétées de manière opposée par les représentants de diverses écoles criminologiques, juridiques ou par les praticiens.

Au vu de ce qui précède, il est possible de prétendre à l'existence d'un lien obligatoire entre la Convention et la Constitution, d'une part, et le contenu de la peine, d'autre part. Les éléments composant le contenu de la peine représentent les limitations des droits qui doivent répondre aux buts fixés dans la Constitution et dans la Convention. De plus, elles doivent répondre à d'autres exigences les concernant retenues dans la Convention, comme, par exemple, leur nécessité dans une société démocratique (proportionnalité). La Constitution et la Convention comportent donc des exigences qui déterminent indirectement le contenu admissible de la peine ainsi que les finalités de celle-ci. Nous sommes donc en droit de parler de la réalité d'un potentiel modérateur de la Convention et de la jurisprudence de la Cour concernant la politique pénale et la politique en matière d'exécution des peines, parce que les deux touchent directement ou indirectement aux limitations des droits des personnes condamnées⁵⁴⁵. C'est ainsi que le fait que les limitations constituant la peine doivent répondre aux buts de la Convention pourrait à l'avenir mettre en doute la conformité à la Convention du but de la peine retenu en Ukraine, tel que la punition. Cependant, la CEDH n'a pas pour l'instant fait un tel pas à l'égard des pays attribuant des buts punitifs à la peine.

La thèse selon laquelle la limitation des droits des détenus doit poursuivre des buts complémentaires par rapport aux citoyens libres indique la source des différences d'approches vis-à-vis de la limitation de leurs droits. Ceci permet de mieux comprendre la spécificité de la nature juridique de telles limitations.

⁵⁴⁵ Човган В.О. Співвідношення цілей обмежень прав засуджених // Проблеми законності. – 2014. – Вип. 126. – С. 160-161 (Chovgan V.O., Corrélation des buts des restrictions aux droits des condamnés, Problèmes de la légalité, 2014, Fasc. 126, p. 160-161).

2.2.1.2.3. Nécessité dans une société démocratique

Le plus souvent, les limitations des droits des détenus sont qualifiées de non justifiées à l'étape destinée à établir si elles étaient nécessaires dans une société démocratique. Cette étape suit la constatation de deux autres exigences: être prévue par la loi et viser un but justifié. La nécessité dans une société démocratique est étroitement liée à la proportionnalité. L'idée maîtresse de la proportionnalité consiste en ce que la limitation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre un but justifié.

La conception de la proportionnalité par la Cour est formulée dans l'affaire *Silver et autres contre Royaume-Uni*⁵⁴⁶. L'arrêt rendu dans cette affaire est considéré comme une décision clé dans l'établissement de la norme de la nécessité dans une société démocratique. Le requérant se plaignait de restrictions non justifiées à sa correspondance qui se traduisaient par l'arrêt de la transmission de ses lettres au Ministre de l'Intérieur par l'administration pénitentiaire. La Cour retient la violation de la Convention et à la non-conformité de cette restriction à la condition de nécessité dans une société démocratique.

Il est intéressant de citer la partie de l'arrêt relative à la norme de proportionnalité:

"97. La Cour a plusieurs fois précisé comment elle comprend les termes "nécessaire dans une société démocratique", la nature de ses fonctions lors de l'examen des questions les concernant et la manière dont elle s'en acquitte. Il suffit ici de résumer certains principes:

[...](b) les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation - non illimitée - en matière de recours à des restrictions, mais la décision finale sur la compatibilité de celles-ci avec la Convention appartient à la Cour;

(c) "nécessaire dans une société démocratique" signifie que, pour se concilier avec la Convention, l'ingérence (la restriction – N.D.L.A.) doit notamment correspondre à un "besoin social impérieux" et être "proportionnée au but légitime poursuivi";

(d) appellent une interprétation restrictive de celles des clauses de la Convention qui ménagent une exception à un droit garanti (c'est-à-dire des clauses limitatives – N.D.L.A.)."

Un critère nécessaire d'une "société démocratique" est représenté par le pluralisme, la tolérance, l'ampleur de la liberté de pensée⁵⁴⁷, sans lesquels il ne peut pas y avoir une "société

⁵⁴⁶ *Silver et autres c. Royaume-Uni* (n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983).

⁵⁴⁷ *Bayatyan c. Arménie* § 126 (n° 23459/03, 07.07.2011).

démocratique"⁵⁴⁸. Ces indices deviennent essentiels dans l'établissement de l'équilibre entre les intérêts sociaux et individuels. Ils doivent être pris en compte en cas de concurrence entre intérêts individuels et sociaux. Cela signifie, en fait, que la préférence doit être donnée au maximum à l'intérêt individuel.

La "nécessité" d'une restriction implique l'existence d'un "besoin social impérieux"⁵⁴⁹ pour la restriction d'un droit. Cela étant, les pays bénéficient d'une certaine marge d'appréciation dans la détermination de la réalité d'un tel besoin. Néanmoins, la doctrine appliquée de la "marge d'appréciation" peut être appréciée par la Cour du point de vue des normes établies.

On estime par ailleurs que son application ne convient probablement pas à tous les cas de restrictions. Les spécialistes du droit conventionnel observent, par exemple, que lorsque la police s'immisce dans la vie privée par le suivi d'informations confidentielles, il peut effectivement s'agir d'un "besoin social impérieux", mais la pertinence de ce terme à l'égard d'autres droits retenus dans la Convention est en question⁵⁵⁰. La Cour utilise, par ailleurs, cette catégorie pour les affaires relatives à la vie privée des détenus; elle prévoit, notamment, l'obligation de l'État de démontrer la pertinence de ce but pour s'ingérer dans les droits des détenus⁵⁵¹.

Steve Foster décrit, dans son livre, le procédé général dont use la Cour pour constater si une restriction était nécessaire dans une société démocratique⁵⁵². La Cour cherche à savoir d'abord s'il y a un besoin social impérieux pour la restriction. Si un tel besoin existe, il convient ensuite d'établir si la restriction répond à ce besoin. Au cas où cette condition est satisfaite, il convient de voir si la restriction répondrait à ce besoin dans d'autres circonstances, et si les motifs invoqués par les autorités sont pertinents.

La question peut alors se poser de savoir en quoi diffèrent le principe de « besoin social impérieux » et le but justifié de la restriction, dont l'existence constitue la deuxième composante du test évoqué à trois éléments. Au fond, le besoin social impérieux est aussi un but déterminé, que le pouvoir doit poursuivre en appliquant des restrictions à la personne.

⁵⁴⁸ Handyside c. Royaume-Uni § 49 (n° 5493/72, 07.12.1976).

⁵⁴⁹ Polat c. Turquie § 43 (n° 23500/94, 08.07.1999).

⁵⁵⁰ Cooper J., *Understanding Human Rights Principles*, Portland, Hart Publishing, 2001, p. 75.

⁵⁵¹ Khoroshenko c. Russie (GC) § 118 (n° 41418/04, 30.06.2015), Biržietis c. Lituanie § 55 (n° 49304/09, 14.06.2016).

⁵⁵² Foster S., *Human Rights and Civil Liberties: 2008 and 2009*, New York, Oxford University Press, 2008, p.42.

Le fait de constater l'existence d'un but justifié ne signifie pas encore l'existence d'un besoin social impérieux de la restriction. Autrement, nous n'aurions plus besoin de la deuxième composante du test à trois éléments. La différence réside en ce que le gouvernement doit démontrer pourquoi la restriction vise un besoin social impérieux, ce, dans chaque cas concret⁵⁵³. Cette thèse était devenue *particulièrement importante depuis que la Cour ne se prête plus à l'analyse critique des arguments de l'État sur l'existence de buts justifiés*, c'est-à-dire de l'autre composante du test à trois éléments qui a été nivelée avec le temps.

En appréciant si la restriction est "nécessaire" dans une société démocratique, la Cour se penche aussi sur ce qu'on appelle les "exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement"⁵⁵⁴. Ce concept n'exerce toutefois pas un effet sensible sur la jurisprudence de la Cour⁵⁵⁵.

L'élément peut-être le plus important, dans l'établissement de la nécessité de restreindre le droit du détenu dans une société démocratique, consiste dans l'établissement de la **proportionnalité** entre la restriction appliquée et le but de celle-ci. Pour analyser cette condition, la Cour se sert depuis longtemps du test précis de proportionnalité qui comprend les réponses aux questions de savoir si l'ingérence dans le droit de la personne (la restriction) était convenable et pertinente, s'il y avait un "besoin social impérieux" pour l'ingérence, si l'ingérence *répondait* au but justifié qui était poursuivi. Dans ses arrêts plus récents, la Cour utilise un test moins rigoureux: l'ingérence était-elle "justifiée sur le fond et proportionnée?", Y avait-il un "rapport justifié de proportionnalité" entre la restriction et le but justifié poursuivi?⁵⁵⁶.

En appréciant la proportionnalité de l'ingérence dans le droit, il convient d'examiner l'impact de cette ingérence sur le droit, les motifs de l'ingérence, l'effet produit et le contexte de l'application de la restriction. Depuis l'adoption de l'idée selon laquelle c'est à l'État qu'il appartient de justifier de la nécessité de l'ingérence, la Commission et la Cour ont utilisé d'expressions variées à ce propos. C'est ainsi que les motifs doivent être "convenables et pertinents", la nécessité de la restriction doit être "établie de manière concluante", les

⁵⁵³ Guild E., Minderhoud E.P., *Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 30–31.

⁵⁵⁴ Szuluk c. Royaume-Uni § 46 (n° 36936/05, 02.06.2009).

⁵⁵⁵ Supra.

⁵⁵⁶ Dijk P., Hoof G.J.H, Van Hoof J.G.F., Heringa A.W., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 3rd ed., The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 94.

exceptions doivent être formulées de la manière la plus stricte possible et l'ingérence doit répondre au "besoin social impérieux"⁵⁵⁷.

Bien que non évoqué, ni dans la Convention, ni dans ses Protocoles, le principe de proportionnalité occupe toutefois une place clef dans la jurisprudence de la Cour. C'est pourquoi l'examen de la proportionnalité de la restriction par rapport au but représente un sujet extrêmement volumineux, la détermination de la proportionnalité se basant sur la vaste doctrine s'y référant. Quant à la conception du principe, elle est toujours variable chez les théoriciens du droit. Il est admis qu'il est assez difficile de "deviner" quand la Cour est susceptible de constater la proportionnalité ou le défaut de celle-ci, car son expérience antérieure dans ce domaine montre une différence notable d'approches selon le cas à examiner. Les chercheurs en déduisent même qu'il est difficile de prévoir quels peuvent être les résultats de requêtes particulières, notamment pour savoir en quoi l'idée de la proportionnalité aurait "une valeur déductive faible en tant que principe général"⁵⁵⁸.

L'on comprend ainsi que l'absence de doctrine claire de la Cour permettant de déterminer avec précision la proportionnalité d'une restriction fait et fera naître des problèmes pour les Parties contractantes de la Convention. Lord Lester, théoricien de l'application de la Convention, propose une métaphore à ce propos: "Si la trompette lance un son incertain de Strasbourg, qui parmi les Parties Contractantes se préparera à la bataille?"⁵⁵⁹.

Malgré le fait que la théorie du droit conventionnel tende à établir une approche uniforme dans l'appréciation de la proportionnalité, il est extrêmement important de mentionner la liste précise des critères et leur ordre invariable en tant que caractéristique généralisée des approches de la Cour. Ainsi que l'observe à juste titre Jonas Christoffersen, analyste connu du principe de proportionnalité, "le principe de proportionnalité dans la Convention est bien loin de pouvoir retracer son interprétation doctrinale. Il est très douteux qu'un tel test à trois éléments conçu à l'avance puisse être jamais créé. Le principe de proportionnalité détermine l'interprétation et l'application du droit international et national dans un grand nombre de domaines, et il serait contre-intuitif de penser que les décisions

⁵⁵⁷ Greer S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No.17, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, p. 20.

⁵⁵⁸ Viljanen J., *The European Court of Human Rights as a Developer of General Doctrines of Human Rights Law — A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, Tampere, Tampere University Press, 2003, p. 339.

⁵⁵⁹ Lester A., *Universality versus Subsidiarity: A Reply*, *European Human Rights Law Review*, 1998, p. 81.

concernant les droits internationaux de l'homme puissent être réduites à une formule simple pouvant être appliquée pour résoudre tous les litiges et chacun d'eux"⁵⁶⁰.

La Cour examine tantôt trois éléments de proportionnalité tantôt deux éléments. Le premier cas comprend la pertinence de la restriction, sa nécessité et le caractère non disproportionné (proportionnalité au sens strict). Le second cas comprend l'exigence de la conformité de la restriction à *l'importance* du but poursuivi et la *nécessité* de la restriction pour atteindre le but visé. Nous ne voyons toutefois pas comment les éléments de l'approche à deux composantes sont corrélés avec les éléments de l'approche à trois composantes. C'est que la conformité à l'importance du but peut être rattachée tant au premier élément, la pertinence, qu'au troisième élément, le caractère non disproportionné⁵⁶¹. En ce qui concerne l'approche à trois composantes, des formules d'orientation peuvent être utilisées pour comprendre ses éléments: "Les mesures ont-elles été pertinentes et nécessaires pour réaliser le but légitime ?", Y avait-il des restrictions alternatives moins accablantes ? Dans l'affirmative, la préférence aurait dû être donnée à la restriction la moins limitative", "les privations causées par la restriction ne peuvent pas être incompatibles avec le but visé"⁵⁶².

Le contenu du principe de proportionnalité pourrait être synthétisé en quelques mots. Selon la définition trouvée par certains chercheurs, la proportionnalité de la restriction signifie que "la restriction ne doit pas être supérieure à ce qui est nécessaire pour atteindre un but justifié"⁵⁶³. La proportionnalité concerne généralement la question de savoir s'il était possible d'atteindre le but légitime poursuivi par des moyens moins restrictifs ou si la restriction a causé au titulaire du droit un préjudice qui peut outrepasser le profit d'une telle restriction, laquelle aurait pu être réalisé en poursuivant un but justifié⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ Christoffersen J., *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, The Hague, BRILL, 2009, p. 71.

⁵⁶¹ Van Gerven W., *The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, *The Principle of Proportionality in Laws of Europe*. Ed. by E.Ellis, Portland, Hart Publishing, 1999, p. 38.

⁵⁶² La Cour a sa propre vision de la proportionnalité alors que des approches plus originales existent par ailleurs. A. Barak estime que la proportionnalité exige un équilibre entre l'importance sociale maximale de la réalisation du but de la loi et l'importance de pouvoir prévenir un préjudice au droit du fait de sa restriction (Barak A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 11, 350-353). D'autres spécialistes considèrent que la proportionnalité peut découler de l'importance de la valeur (Verdussen M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*. Préface de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 140).

⁵⁶³ Webley L., Samuels H., *Complete Public Law: Text, Cases, and Materials*. 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 254 ; Malloy R.P., Diamond M.R., *The Public Nature of Private Property*, Surrey, Ashgate Publishing, Ltd., 2011, p. 113.

⁵⁶⁴ Feldman D., *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 57.

La possibilité de mettre en œuvre des mesures moins accablantes pour atteindre les mêmes objectifs représente la question centrale dans la doctrine de proportionnalité de la CEDH, l'application d'une restriction non proportionnée étant comparée à l'écrasement d'une noix à l'aide d'une massue⁵⁶⁵. Une autre analogie semblable est fournie par l'expression "tirer au canon sur des moineaux" ou, en français « écraser une mouche avec un marteau ». Parlant du degré admissible de restriction des droits des détenus, Lippke fait une comparaison avec le médecin. Pareil au médecin auquel nous donnons le "mandat" de causer de la douleur avec un but déterminé au cours d'une opération, le pouvoir ne doit causer que la "douleur" (les restrictions) qui soit nécessaire pour atteindre les buts voulus⁵⁶⁶.

En appréciant si la restriction était démesurée, la forme de la restriction, sa procédure⁵⁶⁷ et sa durée⁵⁶⁸ sont prises en compte. La restriction ne serait être proportionnée que lorsque le but de la restriction justifie l'ingérence dans le droit. Il doit y avoir un lien rationnel entre le but et la restriction, les moyens mis en œuvre ne devant pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre le but⁵⁶⁹.

L'analyse de la restriction au regard de la proportionnalité implique l'examen de la question du rapport entre les intérêts individuels et sociaux. En comparant, d'une part, le préjudice causé à l'individu par la restriction et, d'autre part, le profit ainsi obtenu, il est nécessaire de s'interroger sur ce que doit être un rapport raisonnable, justifié. Cela s'explique par le fait que le préjudice causé aux intérêts individuels par la restriction des droits pourrait toujours être placé au-dessous des intérêts de la société. Pour l'éviter, il faut que ce rapport soit nécessaire dans une société démocratique, ce, en tant que caractéristique qualitative de la société qui prône la liberté individuelle la plus large possible. En appréciant l'existence d'un équilibre, l'existence d'un *juste* équilibre est ainsi apprécié.

La définition du juste équilibre dépend, pour sa part, des facteurs qui ne sont pas invariables et qui sont pris en compte différemment dans chaque affaire individuelle. C'est pourquoi, pour pouvoir caractériser le juste équilibre, il est intéressant de suivre la jurisprudence de la Cour dans les affaires où elle constatait l'altération de ce juste équilibre.

⁵⁶⁵ Brems E., 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 2015, n° 15 (1), p. 139–168.

⁵⁶⁶ Lippke R.L., *Criminal Offenders and Right Forfeiture*, *Journal of Social Philosophy*, 2001, Vol. 32, 1, p. 80.

⁵⁶⁷ Reid K. A., *Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. 4th ed., London: Sweet & Maxwell, 2012, p. 67.

⁵⁶⁸ Istvan Gabor Kovacs c. Hongrie § 38 (n° 15707/10, 17.01.2012).

⁵⁶⁹ Ormerod D., Hooper A., *Blackstone's Criminal Practice 2012*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 122.

La violation de la proportionnalité peut ainsi se traduire par les cas de figure suivants: une limitation alternative moins restrictive pouvait être appliquée; la restriction appliquée ne prenait pas en compte les cas individuels, mais limitait les droits de manière automatique; la restriction n'était pas justifiée par des motifs pertinents; les procédures appropriées à l'aide desquelles la restriction aurait pu être minimisée faisaient défaut, etc.⁵⁷⁰. La proportionnalité est appréciée, selon le contexte, en prenant en compte, dans chaque cas individuel, les effets négatifs de la restriction pour l'intéressé ainsi que les autres facteurs⁵⁷¹.

L'un des arrêts clefs de la Cour relatif à la mise en place de la norme de "nécessité dans une société démocratique" est celui qu'elle a rendu dans l'affaire *Handyside contre Royaume Uni*⁵⁷². La Cour y observe que toute restriction doit répondre clairement au but légitime qu'elle vise et que la restriction ne doit pas aller plus loin que ce qui est strictement nécessaire pour atteindre ce but. L'aptitude de la Cour à examiner la restriction au regard de la proportionnalité peut dépendre d'un grand nombre de facteurs, tels que l'importance du droit limité, l'ampleur de cette limitation, l'urgence du besoin social impérieux et la sanction appliquée au titulaire du droit, y compris la question de savoir si la restriction appliquée est la moins limitative parmi les alternatives dont dispose le pouvoir⁵⁷³.

Il apparaît ainsi que la *question peut-être la plus importante pouvant surgir en appréciant la proportionnalité d'une restriction consiste à s'interroger sur la nécessité minimale de celle-ci (et sur sa nécessité en général) pour atteindre un but justifié*. Dans le contexte des droits des détenus, cette question acquiert une signification particulière s'agissant du but qui justifie le plus souvent la restriction de ces droits, à savoir la sécurité et l'ordre. La restriction concernée était-elle nécessaire et minimale pour atteindre le but visé ou y avait-il une alternative moins lourde ? A notre avis, la CEDH risque de ne pas se retrouver dans la meilleure position pour répondre à cette question si elle porte sur le domaine pénitentiaire.

Le dernier exemple instructif vient de l'arrêt rendu dans l'affaire *Kalda contre Estonie*⁵⁷⁴. Le détenu s'était vu refuser l'accès à Internet. La question principale discutée était de savoir si l'accès au réseau mettrait en péril la sécurité. La Cour rejetait les arguments du gouvernement, en observant que des condamnés avaient déjà, dans ce pays, accès à des sites web et il n'y avait donc pas de raison de penser que l'accès à plusieurs autres sites à contenu

⁵⁷⁰ Davis H., *Human Rights Law: Directions*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 12.

⁵⁷¹ *Shahanov et Palfreeman c. Bulgarie* (n° 35365/12 et 69125/12, 21.07. 2016).

⁵⁷² *Handyside c. Royaume-Uni* (n° 5493/72, 07.12.1976).

⁵⁷³ Foster S., *Human Rights and Civil Liberties: 2008 and 2009*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 43.

⁵⁷⁴ *Kalda c. Estonie* (n° 17429/10, 19.01.2016).

juridique constituerait un tel danger. Le gouvernement, quant à lui, invoquait la difficulté de contrôler cet accès.

Le juge Kjølbrot faisait noter, dans son opinion dissidente, que la Cour n'avait pas de raisons plausibles pour mettre en doute l'évaluation des risques et de la menace à la sécurité effectuée par les instances nationales (§ 7 du dissentiment). Il observait, à juste titre, que pour pouvoir faire de telles conclusions la Cour devrait disposer de preuves tirées de la pratique et du droit comparé sur la sécurité d'accès des condamnés à Internet. Ce dissentiment du juge souligne, à notre avis, la quintessence du problème: la carence des juristes pour répondre à la sécurité de certaines restrictions des droits des détenus. Nous sommes convaincus que ces réponses devraient être données par les criminologues, les spécialistes de techniques informatiques, d'autres scientifiques réalisant des études empiriques, les comparativistes⁵⁷⁵.

L'arrêt cité permet d'opérer la meilleure démonstration des capacités limitées de la CEDH et des juristes en général pour apprécier la nécessité et le niveau minimum des restrictions applicables dans le domaine pénitentiaire pour atteindre les buts visés par le gouvernement. Souvent, le recours à la logique et aux arguments rationnels ne suffirait pas pour évaluer la sécurité de l'annulation des restrictions des droits dans les établissements pénitentiaires. A défaut de pouvoir confirmer cette sécurité par l'expérience ou des données empiriques, l'arrêt de la Cour aura un niveau bas de légitimité parmi les pays – membres du Conseil de l'Europe. Cela est particulièrement vrai des restrictions à propos desquelles ces pays ne sont pas parvenus à un accord. Elles ne se limitent pas aux questions de sécurité dans les établissements pénitentiaires ou de prévention des infractions en général, mais elles couvrent toutes les affaires présentant des doutes sur la proportionnalité de la restriction pour la réalisation d'un but justifié.

2.2.1.2.3.1. Proportionnalité dans les arrêts de la CEDH

En décidant du bien-fondé des restrictions appliquées aux détenus, la Cour prend même en compte les informations pénitentiaires relatives à l'intéressé, et notamment quant à son comportement antérieur pendant l'exécution de la peine.

⁵⁷⁵ Chovgan V., L'accès des détenus à internet devant la Cour EDH (commentaire de l'arrêt Kalda c. Estonie du 19 janvier 2016), *Actualité juridique pénal*, 2016, n° 4, p. 225–226.

Ainsi, dans l'affaire *Julin contre Estonie* (§§ 191-192)⁵⁷⁶, le requérant se plaignait-il qu'après être reconduit de l'audience judiciaire en prison, où il devait être soumis sans raison à une fouille et contraint à se dévêtir en présence de cinq agents de l'établissement. En déterminant à quel point cette restriction à la vie privée (art. 8 de la Convention) était justifiée, la Cour observa qu'il était nécessaire de voir si le procédé par lequel la fouille du requérant était pratiquée était proportionné au but posé. La Cour examina la question de savoir si ces actes constituaient des mesures minimales nécessaires dans le cas présent et elle constata que compte tenu du fait que l'intéressé s'était déjà fait prendre par le passé, pour la conservation d'objets interdits et qu'il avait déclenché, à maintes reprises, des conflits avec l'administration de l'établissement, cette ingérence (en présence de cinq personnes) n'était pas injustifiée, eu égard à l'évaluation du risque individuel et pour assurer les exigences de sécurité dans l'établissement.

Outre le comportement de la personne lors de l'exécution de la peine (caractéristique pénitentiaire de l'individu), les facteurs qui influent sur l'appréciation de la restriction par la Cour comprennent le type d'infraction que l'intéressé a commis ou qu'il est soupçonné d'avoir commis (caractéristique pénale). Concernant l'affaire *Erdem contre Allemagne*⁵⁷⁷ par exemple, la Cour constatait que le soupçon portant sur la commission d'une infraction liée au terrorisme justifiait le contrôle de la correspondance du détenu avec son avocat. Il est vrai que cette reconnaissance du bien-fondé de la restriction à la lumière d'infractions commises, si inhabituelle pour la Cour, était facilitée par deux autres facteurs: a) le contrôle de la correspondance n'était pas opéré par l'administration pénitentiaire, mais par le tribunal qui était tenu de garder la confidentialité sur le contenu de la correspondance; b) la norme motivant ce contrôle était formulée avec une grande précision. Cet arrêt devait d'ailleurs susciter des doutes chez les spécialistes quant à la compatibilité de cette approche avec le traitement égal des détenus⁵⁷⁸, puisque la justification de la restriction du droit dépendait du type d'infraction commise. Malheureusement, ce doute absolument logique ne contribua pas à essayer de mettre en rapport l'individualisation des restrictions dans le domaine pénitentiaire et le principe d'égalité des droits des personnes condamnées pour des infractions différentes⁵⁷⁹. Nous sommes d'avis que l'infraction commise ne peut déterminer l'appréciation

⁵⁷⁶ *Julin c. Estonie* (n° 16563/08, 29.05.2012).

⁵⁷⁷ *Erdem c. Allemagne* (n° 38321/97, 05.07.2001).

⁵⁷⁸ Hild B., *La liberté de correspondance des personnes détenues : étude de la correspondance épistolaire en prison : Mémoire de recherche réalisé sous la direction des Pr. A. Darsonville et J. Fernandez*, Année 2012-2013, Lille, Université Lille 2, 2013, p. 70.

⁵⁷⁹ Ceci nous fait penser que l'individualisation des restrictions en tant que composante nécessaire du principe de proportionnalité comprend la classification des condamnés pour leur faire purger leur

de la restriction du droit pendant l'exécution de la peine que lorsqu'elle a une incidence directe sur l'évaluation des risques. Ce facteur ne devrait pas être sans alternative, et d'autres circonstances telles que le comportement au sein de l'établissement devraient être prises en compte.

En ce qui concerne les affaires portant sur les restrictions des droits des détenus en cas de fouille, la Cour tient toujours compte du mode de la fouille ce qui permet d'établir la nécessité minimale de restriction du droit en tant que composante de l'exigence de la nécessité dans une société démocratique. Parfois, en cas de violation grossière de ces exigences, la Cour considère de tels cas comme traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention. C'est ainsi qu'il fut établi dans l'affaire *Malenko contre Ukraine*⁵⁸⁰ qu'à l'entrée et à la sortie de la zone de travail de l'établissement pénitentiaire, le condamné était soumis à la fouille par déshabillage en présence d'autres détenus et dans des locaux non spécialement aménagés. La Cour ne reçut aucun détail concernant par exemple les particularités des activités de production dans cet établissement ou toute autre information expliquant la justification de cette ingérence. Par conséquent, et compte tenu des autres circonstances (mauvaises conditions de détention et mauvaise assistance médicale), la Cour a conclu à la violation de l'article 3 de la Convention (§ 61).

Un autre exemple de mode inadmissible de restriction des droits des détenus pendant la fouille est fourni dans l'affaire *Valašinas contre Lituanie*⁵⁸¹. Le détenu fut fouillé (avec déshabillage complet) en présence d'une personne de sexe féminin. Les agents touchaient avec des mains nues ses organes génitaux ainsi que les aliments qu'il avait sur lui (§ 117). De plus, pour être justifiée la fouille devait être considérée comme étant imposée par les besoins de la sécurité dans l'établissement pénitentiaire dans chaque cas concret⁵⁸². C'est pourquoi les fouilles hebdomadaires sans une justification valable sont également considérées comme violant la Convention⁵⁸³.

peine dans des établissements à types de sécurité (régime) différents selon des critères formels, tels que l'infraction commise. Une telle classification devrait être appliquée généralement selon l'évaluation individuelle des risques. L'auteur peut inclure l'objectif visant ce problème au Plan d'action relatif à la mise en œuvre de la stratégie nationale en matière de droits de l'homme (cf.: Човган В. Ключові напрями пенітенціарної реформи як складові національного Плану дій у сфері прав людини // Chovgan V., Axes clefs de la réforme pénitentiaire en tant que composantes du Plans d'action nationale en matière de droits de l'homme), disponible sur : http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#_ftn1 (accédé le 29.11.2016).

⁵⁸⁰ Malenko c. Ukraine (n° 18660/03, 19.02.2009).

⁵⁸¹ Valašinas c. Lituanie (n° 44558/98, 24.07.2001).

⁵⁸² Valašinas c. Lituanie § 117, Iwańczuk c. Pologne § 59 (n° 25196/94, 15.11. 2001), McFeeley et autres c. Royaume-Uni §§ 60-61 (n° 8317/78, 15.05.1980).

⁵⁸³ Lorsé et autres c. Pays-Bas §74 (n° 52750/99, 04/02/2003).

Nous pouvons supposer que si la restriction sous forme de fouille était justifiée dans les cas cités, la Cour aurait constaté probablement la légitimité de son application en accord avec l'article 8, 2^e al., de la Convention (raisons et conditions de la limitation du droit à la vie privée). Cela veut dire que la restriction du droit peut être examinée non seulement à la lumière de l'article 8 "spécialisé" ou d'un autre article comportant une clause limitative, mais aussi à la lumière de l'article 3. Ceci peut se produire lorsque la non-justification de la restriction, y compris au vu du mode humiliant de sa mise en oeuvre, atteint un tel niveau qu'elle est en violation de l'article 3. Le niveau de non-proportionnalité de la restriction étant trop élevé, la Cour peut renoncer à examiner la justification de la restriction au titre du test à trois composantes, en constatant d'emblée la violation de l'article 3. Les restrictions des droits peuvent, par ailleurs, servir de facteur à prendre en compte pour constater la violation de l'article 3⁵⁸⁴. De plus, la restriction n'atteignant pas le niveau de sévérité suffisant pour la violation de l'article 3, sa justification peut être examinée au titre de l'article 8 de la Convention⁵⁸⁵.

Comme déjà indiqué, il est important, pour déterminer la proportionnalité, d'établir un juste équilibre entre l'intérêt social de la restriction et les limitations des droits individuels.

Dans l'affaire *Yankov contre Bulgarie*⁵⁸⁶, le requérant se plaignait, entre autre, d'avoir été placé dans la cellule disciplinaire pour sept jours au motif d'avoir essayé de transmettre par l'intermédiaire de son avocat le manuscrit d'un livre, qui critiquait le système pénitentiaire du pays et notamment la prison où il était détenu, ainsi que son personnel. De plus, l'administration pénitentiaire lui avait interdit de transmettre le manuscrit. Les autorités prétendaient que cette restriction avait pour but de soutenir la réputation de la justice et de défendre celle des fonctionnaires. La Cour a toutefois insisté sur l'absence d'un juste équilibre entre la restriction appliquée au requérant et les buts déclarés. La diffusion du manuscrit et même son édition ne pourraient pas constituer une menace grave à la réputation de l'administration pénitentiaire (§ 143). La Cour a retenu la violation de la liberté d'expression visée à l'article 10 de la Convention.

Saisie de l'affaire *Marin Kostov contre Bulgarie*, la Cour a constaté que l'application au détenu de la sanction maximale, prévoyant son placement dans la cellule disciplinaire pour quatorze jours, n'était pas proportionnée à l'infraction invoquée (tentative d'envoyer au

⁵⁸⁴ En plus de la surface habitable insuffisante c'est le manque d'activités utiles hors de cellules qui peut être un de ces facteurs. *Truten c. Ukraine* §§ 52-54 (n° 18041/08, 23.06.2016).

⁵⁸⁵ *Raninen c. Finlande* § 63 (n° 20972/92, 16.12.1997).

⁵⁸⁶ *Yankov c. Bulgarie* (n° 39084/97, 11.12.2003).

procureur la plainte qui, de l'avis du personnel pénitentiaire, contenait des griefs faux concernant la non-remise d'un colis) et au but de protection de la réputation du personnel pénitentiaire défendu par le gouvernement⁵⁸⁷. La Cour devait statuer aussi sur la violation de l'article 10 de la Convention au motif que la restriction du droit n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

Il ressort des exemples cités que, s'agissant du contexte des droits des détenus, la proportionnalité des restrictions peut porter sur celle de la sanction appliquée pour le manquement aux normes de conduites en vigueur dans l'établissement, c'est-à-dire sur la proportionnalité de la responsabilité disciplinaire. Cette thèse est confirmée par un autre arrêt récent de la Cour contre la Bulgarie⁵⁸⁸.

L'absence de juste équilibre (en tant que partie du principe de proportionnalité) était constatée par ailleurs dans l'affaire *Horych contre Pologne*⁵⁸⁹. Le requérant se plaignait de restrictions injustement accablantes du droit au respect de la vie privée, en particulier au droit aux visites. Étant donné la gravité de l'infraction commise, un régime spécial était appliqué au condamné. Il était, de ce fait, plus limité en nombre de visites et dans l'ordre de celles-ci, ce qui se traduisait par l'absence de contact direct avec ses parents pendant les visites. Une paroi de verre était placée entre le requérant et sa famille ainsi qu'une grille supplémentaire. L'administration pénitentiaire n'avait pas créé des conditions convenables pour la visite des filles du requérant qui devaient passer par un long couloir à l'intérieur de l'établissement le long des cellules avec les détenus qui réagissaient avec forte agitation à la présence de mineures. Cet ordre était à tel point accablant pour les filles du requérant qu'il dut renoncer à leurs visites. En examinant les circonstances de l'affaire, il fut constaté que les restrictions appliquées au requérant n'exprimaient pas le juste équilibre entre les exigences du régime spécial, d'une part, et le droit du requérant au respect de sa vie familiale, d'autre part (§ 132), ce qui se traduisit par la violation de l'article 8 de la Convention.

L'absence d'appréciation individuelle des risques précédant l'application d'une restriction peut aussi conduire au constat de la violation de l'exigence de nécessité dans une société démocratique. La mise en place de cloisons pendant les visites, par exemple, n'est admissible qu'après une évaluation individuelle des risques et n'est pas admissible sur une base routinière. C'est ainsi que, dans l'affaire déjà citée *Ciorap contre Moldavie*⁵⁹⁰, la Cour

⁵⁸⁷ Marin Kostov c. Bulgarie §§ 48-51 (n° 13801/07, 24.07.2012).

⁵⁸⁸ Shahanov et Palfreeman c. Bulgarie (n° 35365/12 et 69125/12, 21.07.2016).

⁵⁸⁹ Horych c. Pologne (n° 13621/08, 17.07.2012).

⁵⁹⁰ Ciorap c. Moldavie (n° 12066/02, 19.06.2007).

relevait l'absence dans les tribunaux locaux de tentatives d'établissement de l'existence d'un risque pour la sécurité de l'établissement, qui avait servi à justifier l'aménagement de la cloison, à la lumière des caractéristiques individuelles du requérant. La Cour constata donc la violation de l'exigence de nécessité dans une société démocratique. La Cour observait, par ailleurs, que le requérant avait même bénéficié auparavant de visites de longue durée qui admettaient un contact physique. Il était donc d'autant moins logique d'invoquer les considérations de sécurité pour lui interdire ce type de contact pendant les visites de courte durée (§§ 117-118). Cette logique concerne d'ailleurs pleinement la pratique pénitentiaire ukrainienne, en vertu de laquelle une cloison est mise en place à titre obligatoire pendant les visites de courte durée, alors que tous les condamnés ont droit à des visites de longue durée (visites familiales)! La seule justification consiste dans un cercle plus large de personnes pouvant avoir des visites de courte durée.

Dans l'affaire *Donaldson contre Royaume-Uni*⁵⁹¹, le condamné se plaignait de l'administration pénitentiaire, qui lui interdisait de porter sur ses vêtements la fleur de lys de Pâques, symbole spécial étroitement lié au conflit militaire et politique en Irlande du Nord. Comme il y avait dans l'établissement des condamnés qui soutenaient les parties opposées de ce conflit, la démonstration de ce symbole aurait pu provoquer des réactions agressives et des violences. La Cour constata que cette restriction de la liberté d'expression des opinions politique était justifiée, parce qu'elle avait pour but de prévenir des infractions, des troubles et de protéger les droits d'autrui, c'est-à-dire les buts pour lesquels la Convention permet de limiter la liberté d'expression. Cela était nécessaire, notamment pour éviter le port en milieu pénitentiaire de signes figurant l'une des parties au conflit en Irlande du Nord. L'intérêt social devait ainsi dominer l'intérêt individuel.

L'affaire *Dickson contre Royaume Uni* revêt une grande importance pour la théorie des restrictions des droits des détenus⁵⁹². Dans cette affaire, le condamné se plaignait de la prohibition qui lui avait été faite de recourir à l'insémination artificielle pour concevoir un enfant. La Cour a constaté que l'absence de condition de proportionnalité au regard de chaque cas individuel de refus constituait une violation du juste équilibre des intérêts de la personne et de la société (§§ 83-85). Cela veut dire que la non-pondération des intérêts individuels et sociaux dans chaque cas concret peut signifier, par elle-même, la dérogation au juste équilibre. L'argument selon lequel les restrictions contestées ne concernaient que quelques affaires individuelles n'était pas convainquant (§ 84).

⁵⁹¹ Donaldson c. Royaume-Uni § 32 (n° 56975/09, 25.01.2011, décision).

⁵⁹² Dickson c. Royaume-Uni (GC) (n° 44362/04, 02.12.2007).

D'autre part, la Cour a mis en doute les intérêts de l'État que celui-ci invoquait pour justifier les restrictions. Le gouvernement avait notamment affirmé que la restriction du droit de concevoir un enfant était une conséquence inévitable et nécessaire de la privation de liberté (§ 74). Le gouvernement insistait qu'en autorisant les détenus à concevoir un enfant l'on risquait d'ébranler la confiance envers le système pénitentiaire, parce que les éléments punitifs et préventifs de la peine aurait été négligés (§ 75). Le gouvernement alléguait, en outre, que l'autorisation d'insémination artificielle aurait mis en danger les intérêts de l'enfant à venir lui-même, car son développement en l'absence de père aurait pu être déficient.

La Cour devait toutefois répondre au premier argument que, bien que l'impossibilité d'avoir des enfants *puisse être une conséquence de la détention, elle n'est pas inévitable*, puisque nul ne prétend que le fait d'accueillir la demande d'insémination artificielle impliquerait une charge importante en matière de sécurité ou sur les plans administratif ou financier pour l'État (§ 74). Cette dernière thèse montre aussi que la nécessité d'appliquer une restriction (dans le cas donné par le refus de l'administration pénitentiaire de réaliser des actes positifs) peut être justifiée par des considérations administratives et, curieusement, par des considérations financières. L'admissibilité des motifs financiers en tant que justification des restrictions des droits détenus est directement admise aussi dans d'autres arrêts de la Cour⁵⁹³. A ce propos, il convient de noter une certaine discordance de cette thèse par rapport à la recommandation des Règles pénitentiaires européennes rappelant que la violation des droits ne saurait être justifiée par des motifs financiers⁵⁹⁴.

Quant à la deuxième argumentation, la Cour observait que, dans un pays où la tolérance et la bienveillance à l'égard des opinions et des jugements les plus différents sont des traits reconnus d'une société démocratique⁵⁹⁵, la Convention ne laisse pas de place pour la privation automatique des droits appliqués aux condamnés, même si leur exercice peut ne pas concorder avec les jugements de la société (§ 75). Concernant le troisième argument relatif à une possible menace sur l'avenir de l'enfant, il a été indiqué que l'État a pour devoir d'assurer le bien-être des enfants et que, dans tous les cas, l'un des futurs parents était en liberté.

⁵⁹³ Kalda c. Estonie § 53 (n°17429/10, 19.01.2016); Chovgan V. L'accès des détenus à internet devant la Cour EDH (commentaire de l'arrêt Kalda c. Estonie du 19 janvier 2016), Actualité juridique pénale, 2016, n° 4, p. 224–226.

⁵⁹⁴ Règle 4 de RPE.

⁵⁹⁵ Ainsi qu'il a été dit, la tolérance d'après la jurisprudence de la Cour est un signe inaliénable d'une société démocratique, du fait de quoi le troisième élément du test à trois composantes: la nécessité dans une société démocratique implique d'étudier la question de la compatibilité de la restriction avec la tolérance de la société et la bienveillance envers les jugements différents. La Cour insiste sur cette idée en faisant noter que la détermination de ce qui est inévitable en conditions d'emprisonnement ne peut se fonder sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique (Dickson, § 68).

2.2.1.2.3.2. Le caractère automatique des limitations en tant que violation de la proportionnalité

Ainsi qu'il ressort de ce qui précède, la non-proportionnalité de la restriction peut consister en ce que celle-ci est appliquée à la personne de façon automatique, sans prendre en compte les considérations de sécurité et l'évaluation du risque individuel dans chaque cas concerné.

Ce problème est d'une actualité particulière dans le cadre pénitentiaire, considérant le grand nombre de restrictions des droits au titre de la loi, sans aucune appréciation individuelle de la part de l'administration de l'établissement. Les organisations internationales connues, qui luttent contre la torture, estiment que les restrictions automatiques résultent du fait que le travail dans les établissements pénitentiaires finit par devenir routinier de sorte que les détenus commencent à perdre leur statut d'individus aux yeux du personnel en se transformant en "objets inanimés"⁵⁹⁶.

Nous pensons que la cause de l'application automatique des restrictions tient aussi au fait que la mise en équilibre des intérêts individuels du condamné et de l'intérêt général de la société, dans chaque affaire particulière, dans le contexte pénitentiaire est assez pénalisante du point de vue pratique. Dans le même temps, l'exigence de proportionnalité de la limitation du droit est inévitable pour un système pénitentiaire qui affirme le primat des droits de l'homme. Cette exigence demande une approche individuelle dans l'appréciation de la justification des limitations des droits⁵⁹⁷. Elle est d'une actualité particulière pour l'Ukraine, compte tenu de son passé soviétique, lorsque l'approche consistant à "mettre tout le monde dans le même sac" constituait le fondement de la philosophie collectiviste de l'État, ce qui influençait et continue d'influencer l'attitude envers les droits en prison⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ Institutional Culture in Detention: A Framework for Preventive Monitoring. Association for the Prevention of Torture, Penal Reform International. 2nd ed. – London: PRI, APT, 2015. – P. 8.

⁵⁹⁷ La nécessité d'appréciation de la limitation du droit sur la base individuelle est considérée comme l'un des traits les plus importants de la jurisprudence de la CEDH concernant les droits des détenus (Easton S., Ibid, p. 245).

⁵⁹⁸ Човган В. О. Усіх засуджених під одну гребінку або Проблеми індивідуалізації обмежень прав в'язнів у пенітенціарних установах України // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина. – Харків: Права людини, 2015. – С. 489–494 (Chovgan V., Tous les détenus dans le même bain ou Problèmes d'individualisation des restrictions des droits des détenus dans les établissements pénitentiaires de l'Ukraine, Principes théoriques de garantie et de défense des droits et libertés de l'homme et du citoyen, Kharkiv, Droits de l'homme, 2015, p. 489-494).

Selon la jurisprudence de la Cour, l'absence de juste équilibre entre le but poursuivi et la restriction, peut provenir de la non-proportionnalité entre l'intérêt attendu du but poursuivi et le préjudice causé aux intérêts individuels. Néanmoins, le fait, pour l'autorité appliquant la restriction, de ne pas même *essayer* d'apprécier cette proportionnalité ou d'évaluer l'équilibre des intérêts individuels et sociaux, peut constituer la violation de l'exigence de nécessité dans une société démocratique. Le caractère automatique des restrictions peut attester de l'absence d'une telle tentative.

L'arrêt *Dickson* constate qu'en examinant la possibilité d'accorder au condamné et à son épouse la possibilité de réaliser l'insémination artificielle, les circonstances individuelles de l'affaire n'avaient pas été prises en compte. Le gouvernement affirmait, toutefois, que les textes normatifs intérieurs prévoyaient la possibilité, pour chaque condamné, de demander à bénéficier de ce droit, tout en prouvant le caractère exceptionnel des circonstances pouvant servir de raison pour exercer concrètement ce droit. C'est-à-dire que le gouvernement niait de fait que les restrictions au droit de concevoir un enfant fussent automatiques et il prouvait que l'éventualité d'une telle restriction était déterminée au cas par cas. La Cour jugea pourtant que ces arguments n'étaient pas convaincants dans la mesure où il appartenait au requérant, et non point à l'Etat, de démontrer la nature exceptionnelle des circonstances, et compte tenu aussi des statistiques fournies lesquelles attestaient que la grande majorité des demandes d'insémination artificielle émanant de détenus avaient été rejetées (§§ 60, 84).

Il était observé, dans l'affaire citée, qu'il existe une différence entre les dérogations à l'exigence d'évaluation nécessaire dans chaque cas déterminé et la situation où les restrictions sont définies comme étant automatiques dans la législation. Un exemple de ce type de restriction automatique est présent dans de l'affaire *Hirst contre Royaume-Uni*⁵⁹⁹, où la limitation des droits électoraux était consacrée dans la législation.

Il était constaté dans l'affaire *Hirst* que la privation automatique du droit de vote appliquée aux condamnés n'était pas proportionnée au but poursuivi. Le défaut de proportionnalité tenait au fait que la restriction était automatique et que sa nécessité n'était pas examinée dans chaque cas. En conséquence, le droit de vote était retiré aussi bien aux personnes condamnées à un jour de privation de liberté qu'à celles qui purgeaient la peine de réclusion à perpétuité; et aussi bien aux personnes condamnées pour avoir commis les infractions les moins graves qu'à celles ayant commis les infractions les plus graves. L'arrêt

⁵⁹⁹ Hirst c. Royaume-Uni (n°. 2) (GC) (n° 74025/01, 06.10.2005).

se réfère aussi aux normes de la Commission de Venise⁶⁰⁰, selon lesquelles les limitations des droits politiques ne peuvent être appliquées que par le tribunal dans chaque cas concret (§ 32). Ainsi, lorsque la limitation d'un droit politique tel que le droit de voter aux élections parlementaires est appliquée sur une base législative, cela signifie qu'il n'y a pas d'approche individuelle.

Dans l'affaire *Hirst*, la non-proportionnalité de la restriction découlait, d'autre part, de l'absence de tentatives de pondération des intérêts publics et individuels concurrents, ce qui pouvait constituer un défaut de justification de la restriction du point de vue de la proportionnalité. Compte tenu de tous ces faits, la Cour devait constater que la restriction donnée avait été appliquée en violation de l'article 3 du Protocole N° 1 à la Convention (§ 85).

Inversement, lorsque l'État arrive à prouver qu'il avait essayé de résoudre la question de la nécessité de restreindre un droit dans chaque cas concret, la Cour conclue à la non-violation de la Convention. C'est ainsi que dans l'affaire *Messina contre Italie*⁶⁰¹, la Cour a pris en compte l'évaluation par le gouvernement de la nécessité de soumettre le condamné à un régime spécial, qui prévoyait des restrictions considérables des visites eu égard à la situation donnée (le condamné appartenait à la mafia italienne). La Cour a également apprécié les tentatives de l'État d'accorder au condamné des visites supplémentaires. La non-violation de la Convention a donc été retenue, en raison de la détention sous un régime spécial, qui comprenait des règles spécifiques comportant des restrictions considérables de visites de la famille (§§ 70-74).

Ainsi, dans le cadre de sa jurisprudence relative aux restrictions automatiques, la Cour a-t-elle élaboré une approche visant à ce que les restrictions soient individualisées au maximum du point de vue de leur ampleur, de leur quantité et de leur contenu. Cela signifie que les voies de résolution du problème des restrictions non fondées peuvent inclure l'individualisation maximale de l'exécution de la peine dès lors qu'une telle approche exclut la privation automatique d'un droit (en l'occurrence du droit de vote)⁶⁰².

Le caractère automatique de l'application des restrictions est particulièrement illustratif dans les affaires relatives aux limitations des droits électoraux. Sans entrer dans les différences d'une série d'arrêts similaires concernant la limitation automatique des droits

⁶⁰⁰ Code of Good Practice in Electoral Matters, Adopted by the Venice Commission at its 52nd session (Venice, 18-19 October 2002), Opinion no. 190/2002.

⁶⁰¹ *Messina c. Italie* (No. 2) (n° 25498/94, 28.09.2000).

⁶⁰² Martucci F., *Le détenu-citoyen, Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire* du 24 novembre 2009, Paris, Dalloz, 2013, p. 225.

électorales des condamnés, il convient de prêter une attention particulière à la manière dont, de l'avis de la Cour, la limitation du droit de vote peut être appliquée pour ne pas être qualifiée d'automatique. Il est notamment important de savoir si les autorités doivent prendre une décision individuelle sur l'application d'une restriction pour que celle-ci ne soit pas qualifiée d'automatique. Cela nous fournirait aussi une base méthodologique importante pour comprendre la logique du procédé devant servir à instaurer des restrictions normatives, de manière à ce qu'elles ne soient pas qualifiées de non justifiées par la Cour européenne.

Saisie de l'affaire *Frodl contre Autriche*⁶⁰³, la Cour a constaté que la décision portant restriction du droit de vote devait être prise par le juge et présenter les motifs permettant de voir pourquoi la limitation du droit dans une affaire donnée était justifiée (§§ 34-35). Cependant, par la suite, dans l'arrêt *Scoppola contre Italie*⁶⁰⁴, la Grande chambre de la Cour a abandonné cette vision au profit d'une approche nouvelle vis-à-vis du caractère "non-automatique" de la restriction. La raison résidait en ce que, de l'avis de la Grande chambre, dans l'affaire *Frodl*, la Cour était allée plus loin que la norme retenue dans l'arrêt *Hirst*, ayant manqué de "faire une observation évidente à propos de l'ingérence du juge, parmi les critères essentiels pour déterminer la proportionnalité de la restriction du droit de vote. Les critères correspondants ne concernent que la question de savoir si la mesure était appliquée sous forme générale, de manière automatique et sans distinction entre les catégories différentes des personnes au sens de la Cour. Dès lors que l'action de la Cour a en principe une haute probabilité de garantir la proportionnalité des limitations des droits des condamnés de voter, ces limitations ne seraient pas automatiques, générales et ne distinguant pas les catégories différentes des personnes si elles ne sont pas appliquées par le juge. Bien plus, les **circonstances où le droit de vote retiré peuvent être détaillées dans la loi** (souligné par nous) l'application d'une telle privation de droit dépendant alors de la nature et de la gravité de l'infraction commise" (§ 99). Il en découle que les autorités nationales des pays membres du Conseil de l'Europe "... peuvent décider si la limitation du droit de vote des condamnés devrait être laissée à la discrétion des juges ou **s'il faut inclure dans la législation les dispositions qui détermineraient les circonstances dans lesquelles de telles mesures devraient être appliquées** (il s'agit des restrictions, souligné par nous). Dans ce dernier cas il appartient au législateur de mettre en la juste équilibre les intérêts opposés pour éviter des restrictions automatiques et sans distinction entre les catégories différentes de personnes" (§ 102).

⁶⁰³ Frodl c. Autriche (n° 20201/04, 08.04.2010).

⁶⁰⁴ Scoppola c. Italie (n° 3) [GC] (n° 126/05, 22.05.2012).

La position de la Cour dans l'arrêt *Scoppola* montre que l'État n'est pas obligé de prendre une décision individuelle pour appliquer des restrictions, afin que celles-ci soient qualifiées de non-automatiques. Nous pouvons supposer que cette vision ne concerne pas que les limitations du droit de vote, mais aussi toutes les autres limitations des droits. Il en ressort que, lorsque la législation comporte des dispositions qui individualisent dûment telle ou telle restriction, cela peut tout à fait satisfaire les exigences de la Convention. Dans le cas contraire, l'absence de reconnaissance pleine et entière des restrictions automatiques frise la non-reconnaissance de toutes restrictions normatives qui ne comportent pas d'élément de limitations pratiques, c'est-à-dire qui ne comportent pas de bases pour une application flexible en pratique. Il semble donc que la jurisprudence de la Cour fait justement preuve de cette vision: la Convention exige un élément de flexibilité dans les restrictions normatives.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour révèle qu'elle privilégie les décisions individuelles sur l'application des restrictions afin de qualifier celles-ci de proportionnées⁶⁰⁵. Il est difficile de dire comment cette manière d'agir s'accorde avec la thèse de la Cour, évoquée ci-dessus, relativement à la possibilité de juger les restrictions au niveau de la législation comme étant non-automatiques, sans prendre des décisions individuelles. Nous pensons que l'exigence maintes fois soulignée de prise de décisions individuelles, comme faisant partie du caractère "non-automatique" des restrictions, nécessiterait un nouveau débat dans la jurisprudence de la Cour.

Dans l'affaire *Trosin contre Ukraine*⁶⁰⁶, le condamné à la réclusion à perpétuité se plaignait des conditions dans lesquelles lui étaient accordées les visites de sa famille et de la fréquence extrêmement réduite de ces visites conformément à la législation (au début, une visite tous les six mois et ensuite, après l'amendement de la loi, tous les trois mois). La Cour observait que les "dispositions appropriées de la législation intérieure prévoient des restrictions automatiques de la fréquence et de la durée des visites de tous les condamnés à perpétuité sans admettre aucun degré de souplesse pour déterminer si ces restrictions sévères étaient conformes et si elles étaient effectivement nécessaires dans chaque cas même si elles étaient appliquées aux personnes condamnées à la peine la plus sévère conformément à la loi pénale. La Cour estime que la réglementation de ces questions ne **pourrait relever des**

⁶⁰⁵ Ainsi qu'il était déjà noté, l'exigence de la qualité de la loi admettant les limitations des droits comprend parfois des exigences portant sur la nécessité d'indiquer les motifs et les modalités, les exigences de décisions individuelles sur l'application des restrictions et l'inadmissibilité de restrictions automatiques en général (voir sous-chapitre 2.2.1.2.1 "Précoisation par la loi").

⁶⁰⁶ Trosin c. Ukraine (n° 39758/05, 23.02.2012).

restrictions non souples⁶⁰⁷ (souligné par nous), et que les États devraient développer leurs propres techniques d'évaluation de la proportionnalité des restrictions, ce qui permettrait au pouvoir d'équilibrer les intérêts individuels et sociaux concurrents, ainsi que de prendre en compte les particularité de chaque cas concret". L'arrêt observait ensuite qu'il fallait constater l'absence de considérations justifiées permettant de limiter les visites de famille au requérant à tous les six mois (c'était le cas avant l'amendement du Code d'exécution des peines en 2010 – N.D.L.A.). D'autre part, la Cour observait que, malgré l'augmentation du nombre de visites au profit des condamnés à perpétuité, la nouvelle règle de fréquence des visites était toujours appliquée à tous les condamnés, sans évaluation de la nécessité d'une telle restriction au vu des circonstances concrètes de chaque condamné.

Des irrégularités étaient constatées aussi dans les conditions des visites. Il était observé que, concernant l'affaire du requérant, la législation interdisait la présence dans le parloir de plus trois adultes à la fois, ce qui privait le condamné de voir toute sa famille⁶⁰⁸. Les visites se déroulaient en présence d'un agent de l'établissement pénitentiaire, qui écoutait les conversations, alors que le requérant était placé derrière une paroi de verre. Du point de vue de la Cour, ce procédé n'admettait aucune intimité et excluait tout contact physique entre le condamné et ses visiteurs. Finalement, ces conditions de visites furent qualifiées de "non souples" car leur nécessité n'était pas déterminée pour chaque cas concret. La Cour ne trouva aucune preuve disant que ces restrictions étaient nécessaires dans le cas de ce requérant.

Compte tenu de la totalité des circonstances évoquées, l'arrêt constatait que l'État n'avait pris aucune mesure permettant d'apprécier le rapport entre les intérêts individuels du

⁶⁰⁷ Les phrases de cette sorte insistent à penser que la Cour peut considérer certaines restrictions selon qu'elles nécessitent de la souplesse et inversement. Nous y voyons un argument de plus à l'appui de notre thèse selon laquelle cette question aurait besoin d'être précisée par la Cour à l'avenir.

⁶⁰⁸ Sur notre insistance, le Service pénitentiaire d'État promettait de modifier cette règle en élaborant le nouveau Règlement intérieur. Toutefois, nos recommandations n'ont pas été prises en compte entièrement. Par contre, le par. 14.1 du nouveau Règlement intérieur prévoit que le nombre de personnes pouvant être présentes en même temps à la visite du détenu est déterminé selon la capacité des parloirs en conformité avec les normes en vigueur ainsi que selon les possibilités d'assurer leur sécurité. Bien que présentant des possibilités de souplesse en déterminant le nombre maximum toléré des personnes présentes, cette disposition comporte des risques d'abus. Ce risque est évoqué par des chercheurs ukrainiens qui estiment qu'une telle formulation de la norme peut aboutir à une restriction plus grande des droits des détenus (Яковець І.С. Сімейні права засуджених // Права і законні інтереси засуджених до позбавлення волі в умовах реформування Державної кримінально-виконавчої служби України: моногр. / К. А. Автухов, А. П. Гель, О. Г. Колб, І.С. Яковець ; за заг. ред. А. Х. Степанюка. – Х. : Право, 2015. – С. 165 / Iakovets I.S., Droits familiaux des condamnés, Droits et intérêts légitimes des personnes condamnées à la privation de liberté dans le contexte de la réforme du Service d'exécution des peines de l'Ukraine: monogr., K.A. Avtoukhov, A.P. Gel, O.G. Kolb, I.S. Iakovets, sous la dir. de A.Kh. Stepankouk, Kharkiv, Droit, 2015, p. 165). Un exemple similaire concerne la France où chaque prison peut limiter le nombre de visiteurs présents lors d'une visite.

condamné et les intérêts sociaux correspondants. En résumant toutes les considérations, la violation de l'article 8 de la Convention (respect de la vie privée) fut retenue, puisque les intérêts privés du condamné n'avaient pas été convenablement équilibrés avec l'intérêt social de restriction du droit des condamnés aux contacts avec l'extérieur (§§ 39-47).

Une fois encore, s'agissant de cet arrêt et à la lumière de l'arrêt *Scoppola*, il n'est pas évident comment peut être effectuée l'appréciation des risques pour l'application des restrictions, sans que soit prise une décision individuelle justifiant de la nécessité de restreindre le droit au vu de cette appréciation.

Dans tous les cas, malgré la position claire de la Cour sur l'irrégularité de l'instauration de restrictions automatiques au droit aux visites des condamnés à perpétuité, en ce qui concerne notamment, la fréquence, les modalités et les conditions de ces visites, la législation ukrainienne en matière d'exécution des peines n'a toujours pas été convenablement modifiée. Cela signifie que les dispositions du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine et celles du Règlement intérieur relatives aux visites se trouvent en état de violation permanente de la Convention. Cela concerne également les personnes condamnées aux peines privatives de liberté⁶⁰⁹. A ce propos, il convient d'insister particulièrement sur l'inadmissibilité de l'approche automatique répandue vis-à-vis de la fixation de la fréquence et de la durée des visites.

Un autre exemple parlant de l'attitude sceptique de la Cour à l'égard des restrictions automatiques et non souples est fourni par l'affaire *Khoroshenko contre Russie*⁶¹⁰. Le requérant était condamné à la réclusion à vie et il purgeait sa peine de dix ans sous un régime sévère qui ne l'autorisait qu'à une seule visite de courte durée (jusqu'à 4 heures) tous les six mois, limitée à deux personnes, à travers une cloison de verre et en présence d'un employé de l'établissement. Il était interdit de communications téléphoniques (sauf en cas de circonstances

⁶⁰⁹ Para 98, Report to the Russian Government on the visit to the Russian Federation carried out by the CPT from 21 May to 4 June 2012, disponible sur : <https://rm.coe.int/1680697bd6> (accédé le 16.07.2017).

⁶¹⁰ *Khoroshenko c. Russie* (GC) (n° 41418/04, 30.06.2015)

exceptionnelles) et de visites de longue durée. Ces interdictions étaient fixées par la loi sans individualisation et sans aucune possibilité de souplesse pour les modifier (§§ 128-129)⁶¹¹.

Se référant à l'arrêt *Trosin* en ce qui concerne la limitation automatique et inadmissible de la fréquence, de la durée et des modalités des visites au condamné, la Cour a observé que l'État n'était pas libre dans l'instauration des restrictions à titre général et devait agir avec souplesse pour déterminer si ces restrictions étaient adéquates et nécessaires (§ 126). La Cour en est arrivée à se prononcer sur la non-proportionnalité des restrictions visées aux buts déclarés. Il convient d'attirer l'attention sur l'absence, dans l'arrêt, de motivation concernant l'équilibre des intérêts individuels et sociaux. La Cour a conclu au défaut de proportionnalité par référence aux normes internationales. Elle s'est aussi appuyée sur sa propre jurisprudence en matière d'inadmissibilité des restrictions automatiques, sur la base de la seule peine prononcée et sans évaluation du risque individuel⁶¹², ainsi que sur l'analyse comparée de différents systèmes pénitentiaires⁶¹³ et au regard de l'importance du but de réintégration⁶¹⁴. Même l'absence d'équilibre des intérêts ou de rapport entre les restrictions et les buts poursuivis, constitue un défaut évident de la détermination de la proportionnalité dans l'arrêt en cause. En conséquence, le juste équilibre entre la restriction et les buts poursuivis par le gouvernement n'avait pas été respecté (§ 148).

Une thèse importante sur ce plan concerne le fait que la Russie avait ignoré les intérêts de la famille du requérant, alors que la Convention demande aux États contractants de tenir compte des intérêts des condamnés et de leurs familles (§ 142). Cette position accentue encore le fait que la mise en équilibre des intérêts sociaux et de ceux du condamné en appliquant des restrictions de droits doit comprendre les intérêts des tiers, les membres de famille. Généralement, les intérêts de ces derniers ne sont pas examinés en pondérant les

⁶¹¹ La Cour observait qu'elle était frappée par la sévérité et la durée de toutes ces restrictions et, surtout, par le fait que les visites de courte durée n'étaient autorisées que deux fois par an (§ 140). Les juges Pinto de Albuquerque et Turkovic estiment dans leurs opinions concordantes que la Cour devait insister d'une manière plus précise sur le fait qu'une telle fréquence était inhumaine *per se*. Ils observent en outre que la Cour aurait dû être plus pointue en disant que les autorités pénitentiaires devaient examiner toutes les demandes portant sur les visites de famille dans chaque cas concret et sur la base de l'évaluation individuelle des risques et besoins. Le manque de souplesse constaté en Russie était à leur avis l'antithèse des techniques d'appréciation (des risques) qui sont exigées par les normes pénologiques européennes actuelles.

⁶¹² L'analyse de l'arrêt permet d'estimer que c'était là le facteur principal ayant servi à établir le défaut de proportionnalité entre la restriction et les buts.

⁶¹³ La Cour faisait remarquer que la Russie était probablement le seul pays au sein du Conseil de l'Europe à pratiquer des restrictions des droits aussi sévères (§ 135).

⁶¹⁴ Malgré le fait que le gouvernement affirmât que ce but ne concernait pas les condamnés à perpétuité, la Cour se référait à la législation russe qui admettait la possibilité de demander la mise en liberté avant terme au bout de 25 ans de détention (§ 144).

intérêts individuels des condamnés et les intérêts de la société. Cela est surprenant car la limitation des droits des condamnés aux contacts avec l'extérieur produit un effet négatif, non moindre, sinon plus grand, sur les parents qui sont également membres de la société dont les intérêts sont en jeu⁶¹⁵.

Dans son arrêt *Jankauskas contre Lituanie*⁶¹⁶, la Cour constatait la violation de la Convention en raison du contrôle routinier des correspondances pendant la détention provisoire du requérant. Malgré la nature spécifique des infractions (abus de pouvoir et corruption) incriminées, la Cour qualifiait de non justifié le contrôle automatique (la lecture) de sa correspondance avec des organisations non gouvernementales, les administrations et des personnes privées. Il était observé notamment qu'il n'y avait aucune raison de contrôler le courrier adressé aux administrations saisies par le requérant. La Cour signifiait que les buts du gouvernement consistant à prévenir que l'intéressé se dérobat à l'enquête ou influence celle-ci pouvaient être valables pour justifier la restriction, mais qu'ils n'étaient pas suffisants en eux-mêmes pour justifier le contrôle total de la correspondance. En conséquence, le contrôle total de la correspondance fut qualifiée de "non nécessaire dans une société démocratique" (§§ 22-23).

Dans un autre arrêt contre la Lituanie rendu dans l'affaire *Ciapas*⁶¹⁷, la Cour abordait, d'une manière plus concrète, la détermination du problème des limitations du droit à la correspondance pendant la détention provisoire. Il était notamment observé que l'autorisation du contrôle de la correspondance ne précisait pas en quoi ce contrôle devait consister (lecture, saisie ou une autre forme). Cela revenait *de facto* à donner aux autorités « carte blanche » pour des restrictions excessives. Pour s'en tenir aux règles de la clause limitative de l'article 8 de la Convention, il fallait indiquer avec précision le type du contrôle et la période pendant laquelle ce contrôle pouvait être opéré (§ 25)⁶¹⁸.

⁶¹⁵ M. Herzog-Evans signale un autre aspect important de l'incidence des restrictions pénitentiaires sur les tiers en liberté. La limitation de la correspondance des détenus par l'administration pénitentiaire peut être justifiée par la sécurité et le fonctionnement normal des établissements pénitentiaires. Cependant, il est beaucoup plus difficile de justifier par cette considération les limitations correspondantes inévitables des tiers consécutives aux restrictions des droits des détenus (Herzog-Evans M., *L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 49). Cela attire l'attention sur la double nature des restrictions des droits des détenus et pose la question de la nécessité de prendre en compte les différences de justification des limitations correspondantes des personnes libres. Il semble pourtant que même la jurisprudence de la CEDH ne tient pour l'instant pas compte de cet aspect.

⁶¹⁶ *Jankauskas c. Lituanie* (n° 59304/00, 24.02.2005).

⁶¹⁷ *Ciapas c. Lituanie* (n° 4902/02, 16.11.2006).

⁶¹⁸ L'arrêt de la Cour ne permet pas de voir clairement s'il a été dérogé à la condition de la préconisation par la loi ou à celle de la nécessité dans une société démocratique.

De la même manière, l'arrêt *Moiseyev contre Russie*⁶¹⁹ constate des irrégularités à cause du défaut de souplesse des restrictions appliquées selon la procédure générale. Pendant une période de détention, le requérant n'avait eu droit qu'à deux visites par mois au maximum de la part de sa femme et de sa fille. La Cour observait que cette restriction aurait pu être justifiée, par exemple, dans des circonstances spécifiques en Italie, où cela aurait pu être nécessaire pour prévenir des crimes de la mafia à laquelle pourraient appartenir des membres de famille. Toutefois, l'espèce ne présentait pas de motifs permettant de supposer que l'épouse du détenu ou sa fille mineure pussent être mêlées à des activités criminelles. Tout en acceptant le but de cette restriction (la prévention d'infraction et la sécurité publique), la Cour attirait l'attention sur la détermination automatique de la fréquence des visites, sans qu'il soit possible de la modifier selon le cas concret. C'est pourquoi la restriction était beaucoup plus importante que ce qui était justifié par les limitations inévitables de la vie familiale ou ce qui était nécessaire pour atteindre le but visé (§§ 254-255). L'autorité nationale ne parvint pas à démontrer le juste équilibre entre la restriction et le but que l'on se proposait d'atteindre.

L'un des procédés permettant de déterminer la présence de l'indice de proportionnalité dans la restriction consiste à établir s'il y avait *d'autres mesures, alternatives à la restriction* (souligné par nous) à l'aide desquelles la restriction aurait pu être évitée ou allégée au maximum pour l'intéressé.

Dans l'affaire *Ploski contre Pologne*⁶²⁰, le requérant se plaignait de n'avoir pas été autorisé à quitter temporairement l'établissement pénitentiaire pour assister à l'enterrement de ses parents morts au cours du mois. Dans les deux cas, la demande du requérant avait été rejetée. En défendant l'administration pénitentiaire, le gouvernement arguait que ce refus était justifié par le danger qui pouvaient menacer la société, du fait de la sortie des condamnés hors de la prison, et qu'il n'y avait pas de garantie que le condamné, un récidiviste, retournerait à l'établissement après l'enterrement. La Cour observait que cette argumentation n'était pas pertinente, tout d'abord, compte tenu de la conduite irréprochable du condamné et, ensuite, parce que le gouvernement n'avait pas examiné la possibilité de faire accompagner le condamné par des employés de l'établissement⁶²¹.

Il était souligné que même si le condamné pouvait être, de par la nature de sa situation, sujet à diverses limitations de ses droits et libertés, chacune de ces limitations n'en devrait pas

⁶¹⁹ Moiseyev c. Russie (n° 62936/00, 09.10.2008).

⁶²⁰ Płoski c. Pologne (n° 26761/95, 12.11.2002).

⁶²¹ Tout comme dans les affaires Dickson et Messina, on voit ici, l'exemple qui confirme qu'en établissant la proportionnalité de la restriction, la Cour prend en compte la souplesse et la réalité des tentatives du gouvernement de trouver des moyens d'éviter l'application de telle restriction.

moins être justifiée comme étant nécessaire dans une société démocratique⁶²². L'État devait démontrer que cette nécessité était bien réelle en démontrant le besoin social impératif. Toutefois, en prenant en considération la situation donnée, à savoir le refus de laisser le requérant assister à l'enterrement de ses parents, la Cour a estimé que l'État défendeur n'aurait à opposer ce refus qu'en présence de motifs très graves et à défaut de pouvoir trouver une solution alternative, telle que la sortie de l'établissement sous escorte (§ 39). La violation de l'article 8 de la Convention fut donc constaté dans cette affaire, puisque la restriction en question n'était pas nécessaire dans une société démocratique et qu'elle n'était pas proportionnée au but poursuivi. La cause principale en résidait dans l'existence d'alternatives moins accablantes à la restriction appliquée.

Dans l'affaire *Hagyó contre Hongrie*⁶²³, le requérant se plaignait de l'interdiction qui avait été faite pendant trois mois, de recevoir des visites et de profiter de communications téléphoniques avec sa concubine. Selon l'administration pénitentiaire, le requérant et sa concubine abusaient du droit aux visites privilégiées, du fait que ladite concubine était devenue son conseil légal et représentait les intérêts juridiques de M. Hagyo. D'autre part, ils avaient tenté de contourner certaines règles des visites. Une enquête pénale fut engagée et, selon le gouvernement, les restrictions appliquées visaient à éviter un complot (§ 82). La Cour observait que ces restrictions n'étaient pas nécessaires dans une société démocratique et ne répondaient pas à la condition du juste équilibre entre ces restrictions et les buts poursuivis, puisque la possibilité de mettre en œuvre des mesures alternatives moins contraignantes n'avait pas été examinée (§ 88). Il pourrait s'agir, par exemple, du contrôle des visites et de l'écoute des communications téléphoniques (§ 87).

Le non-respect de la proportionnalité entre la limitation du droit et les buts qu'elle vise peut être attesté aussi par le fait que *la limitation frappe l'essence même du droit* (souligné par nous), c'est-à-dire qu'elle restreint le droit à tel point que celui-ci perd son essence. Cette norme fut élaborée dans l'affaire *Hamer contre Royaume Uni*⁶²⁴ où le condamné se plaignait de l'interdiction légale de se marier appliquée aux condamnés. L'arrêt constatait que l'interdiction faite aux condamnés de se marier détruisait l'essence même du droit retenu à l'article 12 de la Convention. Le fait de constater l'ingérence dans l'essence même du droit

⁶²² Ceci nous renvoie encore à notre thèse disant que même en admettant l'incarcération comme origine de certaines restrictions, celles-ci n'en devraient pas moins être justifiées, car toute restriction de ce genre peut être surmontée avec la volonté de l'autorité pénitentiaire.

⁶²³ Hagyo c. Hongrie (n° 52624/10, 23.07.2013).

⁶²⁴ Hamer c. Royaume-Uni §§ 71-72 (n° 7114/75, 13.12.1979).

signifie la non-proportionnalité de la restriction⁶²⁵. L'ingérence dans l'essence du droit ne peut donc pas avoir lieu si la restriction est proportionnée.

Dans l'ensemble, la Cour donne une appréciation négative des restrictions automatiques, de la non-évaluation des risques et du manquement à la mise en équilibre des intérêts individuels et sociaux. La violation de la règle d'individualisation des restrictions et le caractère automatique de celles-ci conduisent à les qualifier de non proportionnées, c'est-à-dire non nécessaires dans une société démocratique.

Cependant, manquer à la condition d'individualisation ne signifie pas toujours qu'il y a manquement à la troisième composante du test de la Cour relatif au bien-fondé des restrictions, à savoir la proportionnalité. Notre analyse montre que l'application automatique des restrictions pourrait aussi être examinée à travers le prisme de la première composante du test de la Cour, c'est à dire la préconisation par la loi. La loi est reconnue de mauvaise qualité lorsque la restriction qu'elle prévoit est automatique et n'admet pas la souplesse compte tenu de l'individualisation. Une telle loi ne serait pas donc conforme aux exigences avancées à l'égard de la "loi" au sens de la Convention. Il s'ensuit ainsi que, s'agissant des affaires à restrictions automatiques, la Cour peut suivre deux voies: soit constater que la restriction n'est pas prévue par la loi, soit constater que la restriction n'est pas nécessaire dans une société démocratique.

Ce n'est pas pour rien que la condition d'individualisation des restrictions est l'un des traits principaux de la jurisprudence de la CEDH dans les affaires intéressant des détenus. Les systèmes pénitentiaires tendent à instaurer des restrictions automatiques parce que les prisons abritent des collectivités entières et il est donc beaucoup plus simple, au plan pratique, d'appliquer des restrictions d'un même type pour tous. Dans le cas contraire, l'exigence de l'évaluation individuelle constante des risques pour l'application de chaque restriction particulière risque de surcharger le personnel pénitentiaire. D'un autre côté, il ne faudrait pas oublier que l'individualisation aide à "diviser pour mieux gérer". Il est vrai que ceci n'est possible qu'à la condition d'un développement convenable des techniques nationales d'individualisation des restrictions⁶²⁶.

⁶²⁵ Goss R., *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Portland, Hart Publishind, 2014, p. 198.

⁶²⁶ Ces techniques doivent prendre en compte le risque d'abus dans le cas d'une flexibilité extrême et, pour cette raison, doit prévoir les garanties contre lui. Nous allons discuter deux techniques opposées dans le chapitre 3.3. intitulé « Grande-Bretagne ».

L'utilisation pratique de l'exigence d'individualisation en accord avec la jurisprudence de la CEDH sera un sujet complexe pour les chercheurs du futur. Il est difficile d'imaginer que l'individualisation vise toutes les restrictions applicables aux détenus. Toutefois, l'état actuel de la jurisprudence de la CEDH, les problèmes liés au respect de la règle d'individualisation des restrictions des droits des détenus se limitent essentiellement à un cercle étroit de questions en rapport avec le droit à la vie privée, à savoir la correspondance et les visites.

Il est difficile, pour l'instant, de prévoir comment évoluera la vision négative par la Cour des restrictions automatiques d'autres droits qui engloberaient un nombre beaucoup plus important d'aspects de la vie en prison. La question la plus discutable est celle de pouvoir déterminer les cas où les décisions individuelles sont à prendre conformément à la Convention à partir de l'évaluation individuelle des risques et les cas où cela ne se ferait pas. Il est difficile de deviner la réponse à la question de savoir comment devrait être formulée la norme de la loi pour pouvoir être qualifiée de norme ne contenant pas de restrictions automatiques. Il s'agit particulièrement de la question de savoir à quel point le caractère non automatique des restrictions des droits des détenus, d'après la Convention, exige de prendre des décisions individuelles pour restreindre les droits.

Conclusions du sous-chapitre 2.2.1.2

En décidant de la justification des restrictions des droits des détenus, la CEDH emploie un test dit à trois composantes. Dans l'ensemble, il s'agit du même test que pour les citoyens libres. Notre analyse n'en montre pas moins qu'il présente des particularités compte tenu de la situation spécifique des détenus. Dans tous les cas, les restrictions des droits des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires : 1) doivent être prévues par la loi ; 2) doivent poursuivre des buts justifiés ; 3) être nécessaires dans une société démocratique (être proportionnées).

1) "Prévue par la loi". S'agissant du contexte pénitentiaire, une importance particulière appartient à la question de reconnaissance par la Cour des textes réglementaire en tant que documents relevant de la catégorie "loi". Malgré l'idée bien assise selon laquelle les documents internes de l'administration pénitentiaire et d'autres textes d'application ne relèvent pas de la catégorie "loi", nous avons trouvé confirmation du contraire. L'accès des détenus aux documents justifiant les restrictions des droits acquiert également une grande importance.

La pratique montre que les restrictions des droits sur la base des documents inaccessibles de l'administration pénitentiaire seront qualifiées de non justifiées.

La condition principale de l'admission des normes instaurant des restrictions "prévues par la loi" consiste en la qualité de telles normes. Lorsque les normes attribuent au personnel pénitentiaire un pouvoir discrétionnaire excessif pour l'instauration de restrictions éventuelles ou lorsque les raisons pour l'application des restrictions sont insuffisamment concrètes ou n'existent pas du tout, les restrictions seront qualifiées de non justifiées. Un certain niveau d'imprécision est toutefois admis, lorsque des garanties suffisantes protègent des abus du pouvoir discrétionnaire. La qualité de la loi prévoit l'existence de garanties procédurales concrètes qui sont formulées par la Cour.

2) But légitime. Cette composante du test est la moins souvent transgressée. La détermination de la justification du but et de la réalisation de celui-ci par la restriction ne suscite généralement pas de doute pour la Cour. Les doutes tenant à la réalisation du but se manifestent principalement dans la troisième composante du test, la proportionnalité.

Le caractère spécifique de cette composante consiste en ce qu'il est parfois plus facile pour les États de justifier, devant la Cour, la conformité des buts déterminés s'agissant de restrictions des droits des détenus que des droits des personnes libres. Cela concerne, en premier lieu, le but de sécurité dans les établissements pénitentiaires. Le fait qu'il justifie les restrictions qui ne seraient peut-être pas justifiées dans les affaires concernant des personnes libres est confirmé par la Cour elle-même.

Un intérêt particulier revient au lien entre buts de la peine et de l'incarcération et buts des restrictions d'après la Convention. Les restrictions constituent le contenu de la peine et elles doivent donc, de ce fait, viser non seulement les buts retenus à la Convention mais aussi les buts de la peine. Une question difficile est de savoir si la restriction peut/doit viser un seul but ou plusieurs buts de la peine à la fois. Cette question se complique par les contradictions entre les buts mêmes de la peine, parce que celle-ci peut punir et réhabiliter en même temps; une autre complication vient de la nécessité de subordonner la restriction aux buts de l'emprisonnement ou de l'exécution de la peine si ceux-ci existent réellement. Dans ce sous-chapitre, nous avons examiné les différentes réponses pouvant être apportées à ces questions. Nous en sommes venu à la conclusion que, puisque les buts de la peine et de l'emprisonnement au niveau national ont une incidence directe sur les exigences vis-à-vis des limitations des droits, ces buts doivent s'accorder avec la Convention. C'est là l'une des

illustrations de notre thèse soutenant que la Convention exerce une influence modératrice sur les politiques pénales et pénitentiaires.

La diversité des buts à prendre en compte en appliquant des restrictions aux détenus ainsi que leurs contradictions internes confirment, une fois de plus, le caractère spécifique de la nature juridique des restrictions des droits des détenus par rapport aux citoyens libres.

3) Nécessité dans une société démocratique. La nécessité dans une société démocratique suppose que la restriction vise un but social impératif et qu'elle soit proportionnée à ce dernier. Ceci dit, l'existence d'un but justifié (2^e élément du test à trois composantes) ne signifie pas que le but soit impérieux. L'impériosité est évaluée à la lumière de la proportionnalité.

La proportionnalité comprend les conditions déterminées dans la jurisprudence de la Cour: la pertinence de la restriction ; le caractère non disproportionné ; la conformité de la restriction au but poursuivi ; et sa nécessité pour atteindre le but visé. La Cour peut, en outre, évaluer si des restrictions moins accablantes étaient accessibles pour atteindre le même but, tout comme elle peut poser la question du juste équilibre entre les intérêts individuels et collectifs.

La question la plus difficile concernant les limitations des droits des détenus peut être celle qui porte sur la nécessité et l'ampleur de la restriction à appliquer pour atteindre les buts visés. Dès lors que ces buts consistent souvent dans l'ordre, la sécurité et la prévention des infractions, le rôle de la Cour dans l'évaluation de la restriction ne pourrait qu'être limité. Cela concerne surtout les cas où l'on ne dispose pas de données appropriées concernant la jurisprudence et du droit comparé, qui permettent d'anticiper les conséquences possibles de l'abrogation des restrictions. Il s'ensuit que pour que l'appréciation juridique de la proportionnalité soit légitime pour les pays-membres du Conseil de l'Europe et les praticiens pénitentiaires, elle devrait se fonder non seulement sur des arguments logiques et rationnels, mais aussi sur des données empiriques et l'expérience concrète.

L'un des problèmes spécifiques de la proportionnalité dans l'application des restrictions aux droits des détenus tient à l'utilisation de restrictions dites automatiques. Souvent, des restrictions de droits sont appliquées de façon automatique à un groupe ou à tous les détenus, ce, sans évaluation individuelle des risques et sans motifs appropriés. Une telle évaluation et leur motivation constituent un vrai défi pour les pratiques pénitentiaires, car il est, en réalité, difficile d'assurer une évaluation convenable des risques dans chaque cas

d'application des restrictions. Aussi, les restrictions automatiques sont-elles beaucoup plus commodes pour l'administration pénitentiaire.

Le recours aux restrictions automatiques démontre l'absence de tentatives pour analyser la nécessité et la proportionnalité de la restriction au but visé. C'est en cela que consiste la violation de la proportionnalité par la restriction automatique. Dans les établissements pénitentiaires, les restrictions automatiques sont appliquées le plus souvent à l'égard du droit à la vie privée et prennent la forme de contrôles et de conditions à la correspondance et aux communications téléphoniques, d'autorisation et de contrôle des visites, ou encore d'isolement supplémentaire. Il est pourtant inadmissible que ces restrictions ne soient pas souples et qu'elles s'appliquent sans prendre en compte les particularités de chaque cas donné.

La jurisprudence de la Cour montre que l'application des restrictions automatiques peut enfreindre tant la règle d'instauration de la restriction par la loi, que la règle de proportionnalité (nécessité dans une société démocratique). Le caractère automatique des restrictions peut donc témoigner, non seulement, de leur non-proportionnalité, mais aussi de la mauvaise qualité de la loi en tant que fondement aux limitations des droits.

La résolution du problème de l'individualisation des restrictions participe, à notre avis, de la mission principale du système pénitentiaire, qui essaie de mettre en œuvre les normes des restrictions justifiées des droits. La jurisprudence de la Cour ne comporte que des repères isolés, mais loin d'être suffisants pour pouvoir déterminer les normes fondant les restrictions des droits, afin que celles-ci ne soient pas qualifiées d'automatiques et, par conséquent, de non proportionnées. Le même caractère ambivalent est propre à l'exigence de la Convention relative à la prise de décision individuelle dans chaque cas d'application de restriction, le respect de cette exigence étant confirmé par nombre d'arrêts de la Cour, mais étant contesté dans des cas isolés.

En complément, l'utilisation de cette composante du test de justification des restrictions implique nécessairement que l'exigence de la différenciation constante de l'exécution de la peine, selon les risques pour la sécurité et l'ordre, soit associée à l'application d'une même peine à des personnes différentes. Il convient d'insister également sur le besoin de mise en accord du principe d'individualisation des restrictions et de prise en compte du type d'infraction commise par la personne soumise à la restriction. La question se pose donc de savoir quelle est le lien entre le principe de proportionnalité et le principe de l'égalité dans le domaine pénitentiaire. C'est là où le droit de common law, lequel se concentre sur

l'individualisation entre en collision avec les systèmes du droit écrit destiné à créer des règles applicables à tous. Nous allons analyser cet aspect de l'individualisation dans le chapitre consacré à la Grande-Bretagne.

2.2.2. Droit mou du Conseil de l'Europe

2.2.2.1 Normes du CPT en matière de limitations des droits des détenus

Notre étude sur l'état de la mise en œuvre des recommandations du CPT en Ukraine montre que ce sont justement les recommandations relatives aux limitations des droits des détenus dont la mise en œuvre s'effectue le moins bien⁶²⁷. Cela pourrait peut-être s'expliquer par le fait que ces recommandations font augmenter notablement la responsabilité et compliquent les missions des autorités pénitentiaires, alors que le mode de leur réalisation n'est pas toujours indiqué par le CPT et reste donc laissé à la discrétion des autorités nationales. Toutefois, même si le Comité propose des voies concrètes d'exécution des recommandations cela ne garantit pas leur mise en œuvre adéquate.

Le Comité formule sa position concernant les restrictions des droits en partant du principe que les "détenus sont envoyés en prison en tant que punition et non pour subir une punition"⁶²⁸. Il se base ainsi sur le principe de minimisation et de prévention des restrictions inutiles, non nécessaires du point de vue de la sécurité.

L'approche du CPT envers les limitations des droits des détenus se base sur les normes de la Cour européenne (mais elles ne le limitent pas). Le Comité l'indique lui-même de façon explicite dans ses propres normes: "Afin de vérifier si l'imposition particulière d'une mesure est justifiée, il convient d'appliquer les critères traditionnels consacrés dans les articles de la Convention européenne des droits de l'homme et développés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme"⁶²⁹.

Par ailleurs, le Comité propose une vision assez spécifique des normes de la Cour qu'il interprète à sa manière. Cette norme a été décrite de la façon la plus complète s'agissant

⁶²⁷ Ashchenko O., Chovgan V., *Ukrainian Penitentiary Legislation in the Light of the Standards of the UN and Council of Europe Anti-torture Committees*. Preface by M. Gnatovskyy. Ed. by E. Zakharov, Kharkiv, Prava Ludyny, 2014, disponible sur : <http://library.khpg.org/files/docs/1413663931.pdf> (accédé le 01.07.2017).

⁶²⁸ Ce principe est évoqué au par. 56 de son 21er Rapport général relatif à la détention en régime d'isolement renforcé. Il est par ailleurs évoqué dans les rapports sur des pays concernant les limitations des droits de toutes les catégories des détenus.

⁶²⁹ Para 55, 21e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er août 2010 au 31 juillet 2011 (CPT/Inf (2011) 28).

des restrictions consécutives à la détention⁶³⁰. Elle donne des repères, non seulement en matière d'isolement, mais aussi concernant les restrictions en général. En voici un résumé:

1. Les restrictions doivent être proportionnées : toute restriction supplémentaire des droits d'un détenu doit être en rapport avec les dommages potentiels ou réels causés par le détenu ou qu'il causera par ses actes (ou le dommage potentiel auquel il est exposé) dans l'environnement carcéral. Le niveau des dommages potentiels ou réels doit être au moins aussi grave et pouvoir être traité seulement par ce moyen. Plus la durée de la mesure se prolonge, plus les raisons qui la motivent doivent être importantes et plus il faut veiller à ce qu'elle atteigne son objectif⁶³¹.

2. Les restrictions doivent être légales: des dispositions doivent être prises, en droit interne, pour chacun des différents types de placement à l'isolement autorisés dans un pays, et ces dispositions doivent être raisonnables. Elles doivent être communiquées de façon compréhensible à toute personne qui peut y être soumise. La loi doit spécifier dans quelles circonstances précises chaque forme d'isolement (et donc d'autres restrictions, N.D.L.A.) peut être appliquée, les personnes compétentes pour l'imposer, les procédures à suivre par ces personnes, le droit du détenu concerné d'exprimer son point de vue dans le cadre de la procédure, l'obligation de communiquer au détenu les motivations les plus détaillées possibles de la décision, la fréquence et les modalités de réexamen de la décision et les voies de recours à l'encontre de celle-ci

Ces exigences concernent, dans une mesure égale, le placement à l'isolement et d'autres restrictions des droits et elles reflètent directement la première composante du test de la CEDH de justification des limitations: l'instauration des restrictions dans une loi de bonne qualité. Par rapport à la Cour, le CPT impose des conditions complémentaires à cette exigence: la nécessité d'une réglementation la plus précise possible de l'application des restrictions; une attention particulière à prêter concernant la fixation des garanties procédurales telles que la possibilité d'être représenté par un conseil ; et la communication des motifs détaillés de la décision. Ces conditions sont dues à la nature spécifique de la sanction disciplinaire sous forme d'isolement cellulaire et ils y sont directement liés. Notre analyse

⁶³⁰ Ibid.

⁶³¹ Le Comité développe à sa manière la norme de proportionnalité en faisant noter, à part la nécessité de mettre en équilibre les intérêts individuels et ceux de la sécurité, que les restrictions devraient être compensées par des privilèges. Cela peut signifier, par exemple, qu'étant interdits de communiquer avec les autres détenus, ils devraient pouvoir avoir des contacts avec le personnel pénitentiaire pour compenser le manque de communication (Morgan R., Evans M., *Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*, Strasbourg, Council of Europe, 2001, p. 119).

suivante montrera pourtant que le caractère détaillé de la procédure d'application des restrictions et de leur motivation est souligné par le CPT s'agissant aussi des limitations d'autres droits, notamment des droits aux contacts avec le monde extérieur.

3. Les restrictions doivent être justifiables : il convient d'établir des notes détaillées (enregistrées) concernant toutes les décisions sur l'application des restrictions (souvenons-nous qu'il s'agit justement de l'isolement cellulaire en tant que forme de restrictions). Les notes doivent contenir des informations sur les facteurs et les informations qui sont prises en compte. Il convient de mentionner aussi le refus du détenu de participer à la procédure relative à son affaire. De même, les commentaires du détenu concerné ou son refus d'en formuler dans le processus de décision doivent être consignés.

S'agissant d'un contexte plus large d'application d'autres restrictions, ces exigences démontrent la nécessité de refléter le plus pleinement possible, dans les décisions portant sur les restrictions, toutes les informations et tous les faits ayant été pris en compte pour l'adoption de la décision concernée.

4. Les restrictions doivent être nécessaires: ne sont autorisées que les restrictions qui sont nécessaires à une détention en sécurité et en bon ordre et pour les besoins de la justice. Par conséquent, il ne peut pas y avoir de privation automatique de droit aux visites, aux communications téléphoniques, à la correspondance ou d'accès à des loisirs généralement à la disposition des détenus (tels que la lecture)⁶³². Le régime doit être suffisamment flexible pour permettre la levée de toute restriction qui n'est pas nécessaire dans un cas individuel.

La nécessité de la souplesse des restrictions signifie que, même lorsque l'application automatique d'une restriction a lieu contrairement aux normes, il faut que des procédures soient prévues pour son annulation dans des cas individuels. Sur ce plan, le CPT (tout comme la CEDH) tend à attribuer un pouvoir discrétionnaire aussi important que possible, non seulement dans les cas où il s'agit de la possibilité d'alléger les limitations des droits, mais aussi dans tous les cas où la possibilité d'application d'une restriction est en jeu. Notons que

⁶³² La législation et les pratiques ukrainiennes sont directement contraires à cette règle. C'est ainsi que les condamnés placés en cellule disciplinaire se voient interdire les visites (sauf celles des avocats), l'achat des denrées alimentaires et des objets de première nécessité, les colis (art. 134, 11^e al., du Code d'exécution des peines de l'Ukraine). La restriction tout aussi non justifiée pour des motifs semblables concerne l'interdiction des visites des condamnés lors de leur maintien dans le bloc de quarantaine, de diagnostic et d'affectation (sauf les visites de l'avocat). Ces condamnés n'ont pas droit à l'accès aux documents de lecture et à beaucoup d'autres qui sont accessibles aux autres condamnés. Il est à noter que le CPT a exorté l'Ukraine à maintes reprises, bien que sans effet, à abroger cette restriction (voir rapports des visites en 1999 (par. 53), 2002 (par. 131), 2005 (par. 141), 2009 (par. 149)).

des garanties procédurales convenables d'application de la restriction devraient servir de contrepoids au pouvoir discrétionnaire.

5. Les restrictions doivent être non discriminatoires: il convient non seulement de veiller à prendre en compte toutes les questions importantes pour l'affaire donnée, mais encore de s'assurer que les éléments non pertinents ne soient pas pris en compte. Les autorités doivent surveiller l'application de tout type d'isolement pour s'assurer que cette mesure ne soit pas appliquée de manière disproportionnée, sans une justification objective et raisonnable, ni ne vise un détenu concret ou un groupe de détenus.

S'agissant de l'applicabilité de ces normes aux détenus qui ne sont pas placés en isolement, une conclusion peut être tirée du paragraphe 61 de ce même Rapport: "Comme pour tous les régimes appliqués aux détenus, le principe selon lequel les détenus placés à l'isolement ne doivent pas être soumis à davantage de restrictions que ce qui est nécessaire pour un confinement sûr et correctement mis en œuvre, doit être respecté".

L'inadmissibilité du caractère automatique des restrictions est à nouveau soulignée: "Par ailleurs, des efforts spéciaux doivent être faits pour améliorer le régime de ceux qui sont maintenus à l'isolement pour une longue durée, lesquels ont besoin d'une attention particulière afin de minimiser les dommages que cette mesure peut leur causer. Il n'est pas nécessaire d'adopter une approche "tout ou rien" de cette question. Chaque restriction particulière ne devrait être appliquée qu'en réponse, appropriée, à une évaluation du risque d'un détenu individuel".

Dans ce cas, on entend par "tout ou rien" l'approche où tous les détenus sans exception se voient interdire d'accomplir tel ou tel acte, de posséder des objets et, ce, sans aucune individualisation, c'est-à-dire sans égard pour l'exigence d'application de ces restrictions uniquement lorsqu'elles sont effectivement nécessaires dans chaque cas concret. Au lieu de chercher un compromis pour une application souple des restrictions, on met en œuvre une restriction automatique de certains droits à l'égard de tous les détenus à statut particulier (par exemple ceux qui sont maintenus en cellule disciplinaire, en quartier disciplinaire).

C'est ce qui a été souligné dans le Rapport sur la visite en Ukraine en 2009 (par. 150): "Il convient d'ajouter que les détenus qui sont maintenus en cellule disciplinaire et en quartier disciplinaire sont en général privés de contacts avec le monde extérieur (visites, correspondance et communications téléphoniques). **Le CPT recommande aux autorités ukrainiennes de prendre des mesures de manière à ce que le maintien des détenus en cellule disciplinaire et en quartier disciplinaire ne comprenne pas l'interdiction totale**

des contacts familiaux (voir aussi règle 60 (40 des Règles pénitentiaires européennes). **Toute restriction des contacts familiaux en tant que forme de sanction n'est à appliquer que là où le manquement disciplinaire est lié à ces contacts** (souligné par nous)". La dernière phrase précise que si la sanction disciplinaire est appliquée à cause de la dérogation à la procédure des visites, l'intéressé peut être limité de manière justifiée dans les visites (cette interprétation découle des rapports du CPT)⁶³³.

Le droit aux contacts familiaux convient le plus pour analyser les normes de limitation des droits. Cela concerne également l'analyse des normes correspondantes du CPT. Le Comité attire l'attention, par exemple, sur l'inadmissibilité du caractère automatique de ces restrictions. Elles sont considérées comme faisant partie de la peine, parce qu'étant appliquées de manière automatique sur la base de la peine appliquée à une catégorie particulière des détenus⁶³⁴. Pour le CPT, le système où **l'ampleur des contacts des détenus avec le monde extérieur est déterminé de façon automatique en tant que partie de la peine appliquée est foncièrement erroné** (souligné par nous)⁶³⁵. "L'autorisation des contacts avec le monde extérieur doit être une norme, leur interdiction devant être une exception", observe le CPT après une visite au Liechtenstein⁶³⁶. Ces principes, qui découlent de la jurisprudence de la CEDH et des RPE⁶³⁷, sont suivis par le Comité de manière infaillible pour évaluer la justification des limitations des contacts avec le monde extérieur.

En visitant la Finlande en 2014⁶³⁸, le Comité observait que les détenus des prisons Riihimäki et Vantaa se plaignaient de ne pas être autorisés à toucher leurs proches et/ou enfants pendant les visites. Ils se plaignaient aussi que ces restrictions étaient appliquées

⁶³³ Dans son rapport sur la visite à Monaco en 2012, le CPT observait que "... toute restriction de ces contacts ne devrait être imposée que lorsque l'infraction ayant été à l'origine de la sanction disciplinaire a un lien avec ces contacts (comme, par exemple, la remise de stupéfiants lors d'une visite)" (par. 54, Rapport au Gouvernement de la Principauté de Monaco relatif à la visite effectuée à Monaco par le CPT du 27 au 30 novembre 2012 (CPT/Inf (2013) 39).

⁶³⁴ Voir par exemple par. 98 du Rapport sur la visite en Russie en 2012 (Report to the Russian Government on the visit to the Russian Federation carried out by the CPT from 21 May to 4 June 2012 (CPT/Inf (2013) 41)).

⁶³⁵ Par. 90 du Rapport sur la visite de la Géorgie en 2007 (Report to the Georgian Government on the visit to Georgia carried out by the CPT from 21 March to 2 April 2007 (CPT/Inf (2007) 42)).

⁶³⁶ Par. 43 du Rapport sur la visite de 2007 au Liechtenstein (Report to the Government of the Principality of Liechtenstein on the visit to Liechtenstein carried out by the CPT from 5 to 9 February 2007 (CPT/Inf (2008) 20).

⁶³⁷ Les RPE ne prévoient pas directement l'interdiction des restrictions automatiques, bien que le commentaire à la règle 4 déclare que les politiques et les pratiques pénitentiaires qui permettent des ingérences systématiques dans les droits ne sont pas admissibles (Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules).

⁶³⁸ Rapport sur la visite de la Finlande en 2014 (Report to the Finnish Government on the visit to Finland carried out by the CPT from 22 September to 2 October 2014 (CPT/Inf (2015) 25)).

automatiquement. Cela pouvait être dû au fait que le détenu avait été condamné pour des infractions liées au trafic de la drogue, sans tenir compte de sa conduite dans l'établissement pénitentiaire. Le Comité insistait d'une manière assez pondérée sur sa norme. Il observait "qu'en acceptant que certains détenus devraient être soumis, pendant une période déterminée, à des restrictions concernant la procédure des visites, le CPT recommande que la pratique actuelle soit révisée de manière à garantir que ces restrictions soient appliquées dans une mesure et pendant une période qui soit justifiée par le danger (telle que la pénétration de substances illégales ou d'objets interdits) que représente le détenu concerné" (par. 84).

Les motifs types qui permettent, de l'avis du CPT, des restrictions du droit à la visite sont la sécurité⁶³⁹ et les intérêts justifiés de l'enquête (s'agissant des personnes en détention provisoire)⁶⁴⁰. Toutefois, les restrictions ne devraient rester qu'une exception qui ne s'applique que dans des affaires individuelles particulières (par. 56)⁶⁴¹. Cela souligne la nécessité de prendre en compte le principe de proportionnalité et sa composante: nécessité minimale de la restriction.

Par ailleurs, le fait que le Comité admette la possibilité de limiter un droit eu égard "aux considérations tenant aux ressources disponibles" semble être quelque peu contradictoire⁶⁴². Il est à noter que les Règles pénitentiaires européennes dénie cette justification dans le principe retenu à la règle 4, qui prévoit que les conditions de détention violant les droits des détenus ne sauraient être justifiées par le manque de ressources. Sur le plan formel, cette règle ne concerne que les conditions, mais l'esprit de ce principe n'est manifestement pas favorable aux restrictions des droits, autres que le droit d'être détenu dans des conditions convenables, au motif du manque de ressources. Ainsi que l'observent les auteurs des RPE, cette règle va au-delà des conditions de détention et concerne les limitations des droits en exigeant de l'État d'affecter des ressources suffisantes pour assurer un régime capable de garantir l'exercice des droits. Bien plus, compte tenu de l'existence de sanctions

⁶³⁹ Les motifs de sécurité doivent permettre leur évaluation (Par. 43 du Rapport sur la visite au Liechtenstein en 2007 (Report to the Government of the Principality of Liechtenstein on the visit to Liechtenstein carried out by the CPT from 5 to 9 February 2007 (CPT/Inf (2008) 20)). Par des précisions de ce genre, le Comité souligne suffisamment dans ses rapports la nécessité du caractère concret et l'inadmissibilité du caractère non concret des motifs de sécurité.

⁶⁴⁰ Rapport sur la visite de l'Islande en 2004 (Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the CPT from 3 to 10 June 2004 (CPT/Inf (2006) 3)).

⁶⁴¹ Ibid.

⁶⁴² Par. 51, 2e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1991 (CPT/Inf (92) 3); par. 56 Rapport sur la visite de la Géorgie en 2012 (Report to the Georgian Government on the visit to Georgia carried out by the CPT from 19 to 23 November 2012 (CPT/Inf (2013) 18)).

alternatives, l'État ne devrait pas avoir un système pénitentiaire ne permettant pas d'assurer l'exercice des droits des détenus⁶⁴³.

Le Comité renvoie parfois directement à la jurisprudence de la CEDH en formulant sa position relative à telle ou telle restriction. C'est ainsi que dans son rapport sur la visite en Arménie en 2014⁶⁴⁴, il se référait à l'arrêt *Trosin contre Ukraine*, dans lequel la Cour statuait à la violation de la Convention car "des dispositions pertinentes du droit interne imposaient des restrictions automatiques à la fréquence et à la durée des visites familiales pour tous les détenus à perpétuité et ne permettaient aucune souplesse pour déterminer si de telles restrictions draconiennes étaient pertinentes ou nécessaires dans chaque cas individuel, même nonobstant le fait qu'elles étaient appliquées aux personnes condamnées à des peines les plus sévères". En conséquence, le Comité recommandait aux autorités arméniennes que tous les condamnés à perpétuité "eussent droit à des visites de courte durée en conditions ouvertes (c'est-à-dire visite à table) et que les visites à travers la paroi ne fussent appliquées que sur la base de l'évaluation individuelle des risques" (par. 22). Le Comité déclare même sans ambiguïté que les visites à tables (sans paroi) devraient être la règle et les visites à travers la paroi l'exception⁶⁴⁵.

Le Comité prend en compte, traditionnellement, la question de la sécurité en tant que facteur pouvant justifier des restrictions critiquées des droits. Il use souvent de formules du type "Le Comité est totalement conscient de la nécessité de certaines restrictions". Cela concerne tant les restrictions concrètes des droits que les mesures excessives de sécurité qui peuvent limiter les droits de manière indirecte.

En visitant l'une des prisons slovaques, le Comité a attiré l'attention sur la vitre spéciale de la fenêtre de la cellule qui ne permettait pas de voir l'environnement hors de la cellule et produisait, de l'avis du Comité, un effet déprimant. Le Comité observait: "Le CPT est pleinement conscient que certaines mesures spécifiques de sécurité qui visent la prévention du risque de conspiration et/ou d'infractions peuvent être nécessaires à l'égard de certains détenus. Toutefois, l'application des mesures de ce genre devrait être plutôt une exception qu'une règle. Cela signifie que l'autorité concernée doit examiner le cas de chaque

⁶⁴³ Van Zyl Smit D., Snacken S., *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 103.

⁶⁴⁴ Rapport sur la visite de l'Arménie en 2014 (Report to the Armenian Government on the visit to Armenia carried out by the CPT from 20 to 23 May 2014 (CPT/Inf (2015) 10)).

⁶⁴⁵ Par. 43, Rapport sur la visite des Pays-Bas en 2012 (Report to the Government of the Netherlands on the visit to the Caribbean part of the Kingdom of the Netherlands carried out by the CPT from 12 to 22 May 2014 (CPT/Inf (2015) 27)).

détenu pour s'assurer si les mesures spécifiques de sécurité sont vraiment justifiées en ce qui le concerne"⁶⁴⁶.

Parfois, lorsqu'il s'agit des questions de sécurité, le CPT fait état de cas concrets où l'application de restrictions peut être justifiée. Pendant la visite en Italie en 2012⁶⁴⁷, il était observé que "le CPT comprend que la vidéosurveillance dans les cellules peut être justifiée dans des cas individuels, par exemple lorsque l'intéressé est considéré comme pouvant risquer à se blesser volontairement ou à se suicider ou lorsqu'il y a un soupçon concret que le détenu s'adonne dans la cellule à des actes qui peuvent nuire à la sécurité. La décision d'appliquer la vidéosurveillance au détenu concret doit se fonder toujours sur l'évaluation individuelle des risques et elle doit être régulièrement révisée" (par. 60)⁶⁴⁸. Outre l'exigence traditionnelle de l'évaluation individuelle, des risques le Comité évoque ainsi une autre garantie procédurale: la révision régulière de la restriction. Cette exigence se retrouve assez souvent dans les rapports du CPT, mais principalement dans le contexte des garanties des personnes maintenues en isolement complémentaire, et non comme exigence à l'égard d'autres restrictions.

Néanmoins, quelque soit le risque, « compte tenu du caractère particulièrement intrusif de la mesure, le CPT considère que les détenus soumis à une vidéosurveillance devraient bénéficier d'une intimité raisonnable lorsqu'ils utilisent les toilettes, les lavabos et la douche »⁶⁴⁹. Toutefois, selon l'autorité française le détenu actuellement soumis à un placement sous vidéosurveillance voit son intimité préservée grâce à l'installation dans sa cellule d'un pare-vue cachant le bas de son corps lors de l'utilisation du coin sanitaire⁶⁵⁰.

Tout comme les autres mesures portant sur la sécurité, les restrictions sous forme de menottage doivent être réduites au minimum. Nous lisons ainsi au par. 33 du 11^e Rapport général du CPT relatif aux condamnés à perpétuité⁶⁵¹: "... nombre de ces détenus étaient soumis à des restrictions spéciales de nature à exacerber les effets délétères associés à un emprisonnement de longue durée ; des exemples de ces restrictions sont la séparation

⁶⁴⁶ Par. 74, Rapport sur la visite de la République slovaque en 2013 (Report to the Government of the Slovak Republic on the visit to the Slovak Republic carried out by the CPT from 24 September to 3 October 2013 (CPT/Inf (2014) 29)).

⁶⁴⁷ Rapport sur la visite de l'Italie en 2012 (Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the CPT from 13 to 25 May 2012 (CPT/Inf (2013) 32)).

⁶⁴⁸ Le CPT estime que même dans ce cas il convient de préserver l'intimité lors de l'usage des toilettes et de l'endroit de lavage.

⁶⁴⁹ Par. 61, Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le CPT du 15 au 27 novembre 2015 (CPT/Inf (2017) 7)

⁶⁵⁰ Page 52, Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du CPT relatif à la visite effectuée en France du 15 au 27 novembre 2015 (CPT/Inf (2017) 8)

⁶⁵¹ 11^e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2000.

permanente du reste de la population pénitentiaire, le menottage du détenu à chaque extraction de cellule, l'interdiction de communiquer avec les autres détenus, et des droits de visite limités. Le CPT n'entrevoit aucune justification pour une application de restrictions indifféremment à tous les détenus soumis à un type donné de peines, sans que l'on tienne dûment compte des risques qu'ils peuvent (ou ne peuvent pas) présenter à titre individuel".

Le par. 102 du Rapport sur la visite en Ukraine en 2002⁶⁵² spécifie: "Le CPT rappelle que la pratique consistant à systématiquement menotter des condamnés à perpétuité lorsqu'ils sont hors cellule est hautement contestable, ce d'autant plus si cela est effectué dans un environnement déjà sécurisé. Une telle mesure ne peut être vue que comme étant disproportionnée et punitive. Enfin, recevoir une visite en étant menotté doit à l'évidence être considéré comme dégradant tant pour le détenu que son visiteur. Le CPT recommande aux autorités ukrainiennes de mettre immédiatement un terme aux pratiques décrites ci-dessus". La nécessité d'évaluer le risque individuel concerne aussi la séparation d'autres condamnés, l'interdiction de communiquer avec eux, etc.

La même chose concerne l'utilisation des chiens dans les établissements pénitentiaires. Dans son Rapport sur la visite en Ukraine en 2012, le CPT se prononce sur l'utilisation systématique des chiens (par. 49): "Le CPT constate avec préoccupation qu'aucune révision des mesures excessives de sécurité appliquées aux hommes condamnés à perpétuité n'a été opérée depuis les visites précédentes. Les détenus de cette catégorie continuent d'être systématiquement menottés lors de l'extraction de cellule par le personnel qui doit être toujours accompagné d'un maître-chien et d'un chien de garde. Les chiens de garde, comme il a été déjà constaté, étaient sans muselière et étaient incités parfois à aboyer. Le Comité invite à nouveau les autorités ukrainiennes à mettre un terme au menottage systématiques des hommes condamnés à perpétuité détenus... **Le Comité recommande de mettre un terme à la pratique systématique d'utilisation des chiens de service dans les circonstances décrites ci-dessus**" (souligné dans l'original – N.D.L.A.).

⁶⁵²
2002.

Rapport relatif à la visite effectuée en Ukraine par le CPT du 24 novembre au 6 décembre

Les fouilles systématiques, notamment avec déshabillage, sans évaluation individuelle du risque ne sont pas non plus compatibles avec les normes du CPT⁶⁵³. Par exemple, le fait que les détenus fassent systématiquement l'objet d'une fouille intégrale après les parloirs a été critiqué comme étant peu conforme à la Loi pénitentiaire française par le Comité lors de sa visite en France⁶⁵⁴. De plus, le CPT estime qu'une fréquence élevée des fouilles à corps (avec mise à nu systématique) dans ce pays comporte un risque élevé de traitement dégradant⁶⁵⁵. Le Comité s'exprime d'ailleurs logiquement sur l'inadmissibilité des fouilles collectives⁶⁵⁶.

L'individualisation des restrictions au moyen de l'hébergement des détenus en cellule est tout aussi justifiée. Dans son 11^e Rapport général⁶⁵⁷ le Comité critiquait le principe même des modalités d'hébergement dans de grands dortoirs, parce que, souvent, les dortoirs en question hébergent des détenus dans des espaces extrêmement exigus et insalubres. En plus du manque d'intimité, le Comité constatait un grand risque d'intimidation et de violence à l'égard de détenus et des problèmes de contrôle pour le personnel. Bien plus, l'hébergement convenable des détenus selon leur risque individuel devenait quasiment impossible. L'abandon de l'hébergement collectif est l'une des conditions de la non-application des restrictions automatiques, collectives. Il est, par exemple, difficile d'imaginer l'individualisation des restrictions du droit à l'intimité dans un local abritant de 50 à 100 personnes.

Dans son document "Espace vital par détenu dans les établissements pénitentiaires: normes du CPT", le Comité résume qu'au vu des problèmes d'hébergement collectif massif en dortoirs, il se prononce depuis longtemps pour remplacer les dortoirs collectif par des locaux moins grands⁶⁵⁸. Ces normes sont d'une actualité particulière pour les pays post-soviétiques,

⁶⁵³ Voir par ex. par. 86, Rapport sur la visite de la République tchèque en 2015 (Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic carried out by the CPT from 1 to 10 April 2014 (CPT/Inf (2015) 18)). Le Comité commente parfois avec retenue les fouilles systématiques en acceptant le fait qu'elles sont répandues mais en observant qu'elle doivent être opérées en respectant au maximum la dignité des détenus (par. 101, Report to the Government of "the former Yugoslav Republic of Macedonia" on the visit to "the former Yugoslav Republic of Macedonia" carried out by the CPT from 15 to 26 May 2006 (CPT/Inf (2008) 5)).

⁶⁵⁴ Par. 111, Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le CPT du 28 novembre au 10 décembre 2010 (CPT/Inf (2012) 13).

⁶⁵⁵ Par. 168, Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le CPT du 27 septembre au 9 octobre 2006 (CPT/Inf (2007) 44).

⁶⁵⁶ Par. 57, Rapport sur la visite de la République slovaque en 2009 (Report to the Government of the Slovak Republic on the visit to the Slovak Republic carried out by the CPT from 24 March to 2 April 2009 (CPT/Inf (2010) 1)).

⁶⁵⁷ Par. 29, 11^e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2000 (CPT/Inf (2001) 16).

⁶⁵⁸ Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards (CPT/Inf (2015) 44, 15.12.2015).

notamment pour l'Ukraine, où l'hébergement collectif engendre nombre de problèmes sous l'angle des droits de l'homme et du management pénitentiaire⁶⁵⁹.

Dans son Rapport général de 2015, le CPT examine les normes d'exécution des peines à perpétuité, en attirant une attention particulière sur la nécessité d'individualiser les restrictions. Tout comme les condamnés à des peines à durée limitée, les condamnés à perpétuité ne doivent pas être soumis à des restrictions qui ne soient pas nécessaires au maintien de l'ordre, de la sécurité ou de la discipline en prison⁶⁶⁰. Le niveau de sécurité applicable à chaque individu doit être proportionnel au risque individuel que présente l'individu. Ceci étant, l'infraction commise par l'individu n'est qu'un seul des facteurs à prendre en compte pour cette évaluation. L'application du régime doit toujours se baser sur l'évaluation individuelle et ne pas résulter de façon automatique de la peine prononcée (par. 77)⁶⁶¹.

Les normes du Comité ne permettent donc pas l'application automatique des restrictions aux détenus sans avoir procédé à l'évaluation individuelle du risque. Ces normes de restrictions sont le plus souvent évoquées dans ses rapports dans le contexte de la limitation du droit à la vie privée et familiale (droit au communications téléphoniques, à la correspondance écrite, aux visites) bien que n'ignorant pas les mesures de sécurité (menottage, utilisation des chiens).

Dans certains cas, le Comité décrit une approche plus générale des restrictions dans le contexte du régime auquel est soumis l'individu. C'est ainsi que le Rapport sur la visite en Albanie en 2010 insistait sur le fait que: "...toutes restrictions du régime appliqué aux détenus doivent se fonder sur des considérations de sécurité pouvant être évaluées et s'appliquer dans chaque cas concret par l'administration pénitentiaire au lieu d'être appliquées automatiquement en tant que partie de la peine"⁶⁶². Dans l'ensemble, la critique par le Comité

⁶⁵⁹ Alternative interim report by Ukrainian Helsinki Human Rights Union on implementation of recommendations, provided by the Committee against Torture based on the consideration of the sixth periodic report of Ukraine (CAT/ C/UKR/6), Blaga A., Martynenko O., Telychkin I., Chovgan V., Ed. by A. Bushchenko, Kyiv, KIT, 2015, p. 14–16.

⁶⁶⁰ Cette thèse suscite un malentendu car elle contient la liste exhaustive des buts justifiant les restrictions. La liste des buts qui sont pleinement applicables aux détenus est beaucoup plus large dans la Convention.

⁶⁶¹ 25e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2015 (CPT/Inf (2016) 10).

⁶⁶² Par. 60, Rapport sur la visite de l'Albanie en 2010 (Report to the Albanian Government on the visit to Albania carried out by the CPT from 10 to 21 May 2010 (CPT/Inf (2012) 11); voir aussi par. 55, Rapport sur la visite de l'Ukraine en 2012 (Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the CPT from 01 to 10 December 2012 (CPT/Inf (2013) 23).

des restrictions automatiques et l'exigence de l'individualisation s'inscrit dans la continuation logique des approches de la CEDH vis-à-vis du principe de proportionnalité dans les prisons.

Le Comité porte un intérêt particulier à la *restriction des droits pendant la détention provisoire*. De l'avis du Comité, l'évaluation du régime des personnes en détention provisoire doit avoir pour point de départ la présomption d'innocence et le principe selon lequel les détenus ne doivent pas être soumis à plus de restrictions que ce qui est strictement nécessaire à leur détention en termes de sécurité et des intérêts de la justice. Toutes restrictions doivent être réduites au minimum et avoir une durée la plus courte possible⁶⁶³. Le Comité estime aussi que les personnes placées en détention provisoire doivent même bénéficier de droits plus larges, notamment en ce qui concerne les visites⁶⁶⁴.

Conformément à l'article 12 de la Loi de l'Ukraine "Sur la détention provisoire", les visites des parents ou d'autres personnes peuvent⁶⁶⁵ être accordées aux personnes en détention provisoire par l'administration de l'établissement seulement avec l'autorisation écrite de l'enquêteur ou du juge d'instruction. Cela signifie que s'il n'y a pas d'autorisation de l'enquêteur ou du juge chargé de la procédure, les visites sont interdites.

Voyons cette « présomption de non contact » dans d'autres pays. Par exemple, en France toute personne placée en détention provisoire peut, avec l'autorisation du juge d'instruction, recevoir des visites sur son lieu de détention ou téléphoner à un tiers (art. 145-4 du CPC français)⁶⁶⁶.

Le principe essentiel sur lequel se fondent les normes du CPT consiste en ce que les "personnes placées en détention provisoire doivent bénéficier généralement des visites et pouvoir communiquer avec leurs familles et d'autres personnes (y compris par téléphone) de la même manière que les condamnés; cette position est exprimée également dans les Règles pénitentiaires européennes"⁶⁶⁷.

⁶⁶³ Par. 60, Rapport sur la visite de la Serbie en 2007 (Report to the Government of Serbia on the visit to Serbia carried out by the CPT from 19 to 29 November 2007 (CPT/Inf (2009) 1).

⁶⁶⁴ Morgan R., Evans M., *Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*, Strasbourg, Council of Europe, 2001, p. 89.

⁶⁶⁵ Le terme "peuvent" est, dans ce cas, inacceptable et nécessite une attention particulière à cause d'un niveau excessif de la marge discrétionnaire, d'où le risque d'abus.

⁶⁶⁶ D'ailleurs, cette règle semble contradictoire étant donné que le même article prévoit que « le juge d'instruction peut prescrire à son encontre l'interdiction de communiquer pour une période de dix jours. Cette mesure peut être renouvelée, mais pour une nouvelle période de dix jours seulement ». D'un côté l'article 145-4 prévoit la possibilité d'interdire des visites, de l'autre il établit la possibilité de communiquer avec le monde extérieur seulement sous la condition de présence d'une autorisation.

⁶⁶⁷ Par. 95, Rapport sur la visite de la Pologne en 2013 (Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the CPT from 5 to 17 June 2013 (CPT/Inf (2014) 21).

Dans son Rapport relatif à la visite en Ukraine en 2012, le Comité observe au par. 50: «...malgré les recommandations concrètes faites par le Comité après toutes les visites précédentes en Ukraine, des restrictions sévères sont souvent appliquées, comme auparavant, aux contacts avec l'extérieur des prévenus. Beaucoup de personnes placées en détention provisoire n'étaient pas autorisées à avoir des visites de personnes qui ne sont pas leur avocat (ou représentant officiel), à passer des communications téléphoniques pendant une longue période de temps; dans certains cas, cette situation durait déjà depuis plus d'un an. Cet état de choses est inacceptable.

Tout refus d'accorder l'autorisation à la visite ou à l'expédition/réception de lettre doit être spécialement justifiée par les besoins de l'enquête, être validé par l'autorité non liée à l'affaire concernée et être appliquée pendant la durée déterminée avec indication des motifs. Au besoin, la législation et les règles correspondantes sont à modifier".

L'exigence de la motivation des décisions constitue une garantie substantielle de prévention des abus et de l'arbitraire, de la possibilité de se pourvoir contre la décision (le détenu étant au courant des motifs de la décision concernée) et de sa légitimité. Conscient de l'importance extraordinaire de la motivation régulière, le CPT souligne particulièrement cette exigence dans le contexte de l'appréciation de certaines restrictions des droits. Dans certains cas, il précise en détails sa recommandation. C'est ainsi que le Rapport relatif à la visite en Islande en 2004⁶⁶⁸ attire l'attention sur les formulations trop générales des motifs de l'interdiction des contacts avec l'extérieur et sur la nécessité de "l'exposition par écrit des motifs spécifiques qui justifient l'application des restrictions à la personne en détention provisoire, sur la nécessité d'informer le détenu sur ces motifs (évidemment ces motifs peuvent ne pas comporter les détails que l'on aura intérêt à ne pas communiquer aux détenus dans l'intérêt de l'enquête). Ces recommandations ont pour objectif de faire en sorte que les tribunaux puissent opérer une *évaluation pertinente* de la nécessité des restrictions spécifiques. Les restrictions doivent être réduites aux situations présentant un risque réel de nuisance dans le contexte de l'enquête pénale concernée et lorsque ce risque est suffisant pour garantir l'application de restrictions concrètes dans une affaire concrète".

On ne saurait passer outre les références du Comité aux Règles pénitentiaires européennes, qui s'appliquent dans une mesure égale aux prévenus. Il s'agit notamment de la règle 24.1, qui est ainsi libellée: "Les détenus doivent être autorisés à communiquer aussi fréquemment que possible - par lettre, par téléphone ou par d'autres moyens de communication - avec leur famille, des tiers et des représentants d'organismes extérieurs,

⁶⁶⁸ Par. 58, Rapport sur la visite de l'Islande en 2004 (Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the CPT from 3 to 10 June 2004 (CPT/Inf (2006) 3).

ainsi qu'à recevoir des visites desdites personnes", et de la règle 99: " À moins qu'une autorité judiciaire n'ait, dans un cas individuel, prononcé une interdiction spécifique pour une période donnée, les prévenus : a) doivent pouvoir recevoir des visites et être autorisés à communiquer avec leur famille et d'autres personnes dans les mêmes conditions que les détenus condamnés ; b) peuvent recevoir des visites supplémentaires et aussi accéder plus facilement aux autres formes de communication ; et c) doivent avoir accès aux livres, journaux et autres moyens d'information".

En règle générale, le CPT observe que les restrictions à appliquer aux personnes en détention provisoire doivent être validées par l'autorité judiciaire. Toutefois, des recommandations un peu différentes sont formulées dans certains cas. C'est ainsi que l'on relève la recommandation suivante au par. 137 du Rapport relatif à la visite en Azerbaïdjan en 2002⁶⁶⁹: "Tout refus opposé par l'enquêteur à la demande de visite doit être spécialement justifié par les besoins de l'enquête et nécessite d'être validé par l'autorité non liée à l'affaire donnée, cette interdiction devant être appliquée pour une période déterminée". La même recommandation est formulée au par. 152 du Rapport sur la visite en Ukraine en 2009⁶⁷⁰.

Dans tous les cas, lorsque l'autorité compétente valide les limitations des contacts avec l'extérieur, celles-ci doivent être strictement nécessaires et être appliquées pendant une période la plus courte possible⁶⁷¹. Outre ceci, les restrictions applicables en détention provisoire et leur justification doivent être révisées régulièrement, les détenus devant pouvoir former un recours devant un tribunal ou devant une autre autorité indépendante⁶⁷².

⁶⁶⁹ Rapport sur la visite en Azerbaïdjan en 2002 (Report to the Azerbaijani Government on the visit to Azerbaijan carried out by the CPT from 24 November to 6 December 2002 (CPT/Inf (2004) 36).

⁶⁷⁰ Rapport sur la visite de l'Ukraine en 2009 (Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the CPT from 9 to 21 September 2009 CPT/Inf (2011) 29).

⁶⁷¹ Par. 71, Rapport au Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg relatif à la visite effectuée au Luxembourg par le CPT du 28 janvier au 2 février 2015 (CPT/Inf (2015) 30).

⁶⁷² Evans M.D., Morgan R., *Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, New York, Oxford University Press, 1999, p. 56.

Il convient de souligner aussi que la nécessité des restrictions pour les besoins de l'enquête attire toujours l'attention particulière du Comité⁶⁷³. Dans son Rapport relatif à sa visite au Danemark en 2014, il insistait sur le sens particulier des garanties visant à éviter des restrictions démesurées. Les restrictions devaient être imposées par les objectifs de l'enquête. C'est ainsi que l'enquête concernant un détenu rencontré par la délégation visait à prévenir l'intimidation des témoins, bien que, d'un autre côté, il lui fût interdit de téléphoner à sa famille. Le Comité considère ces restrictions comme excessives. Dès lors, il recommande de renforcer les garanties contre les restrictions disproportionnées, en insistant particulièrement sur la nécessité de la motivation et en précisant que l'application de restrictions concernant les visites, les communications téléphoniques et la correspondance, doit être examinée à part⁶⁷⁴. Il en découle un aspect important de la norme: l'exigence de différenciation des restrictions, mais non de leur application en tant qu'ensemble unique, même si cet ensemble est utilisé sur le fondement d'une décision motivée. La différenciation des restrictions peut s'examiner dans ce cas comme un prolongement logique de l'exigence d'approche flexible vis-à-vis des restrictions.

Ces exigences sont sans doute formulées d'une façon plus complète encore, dans le Rapport sur la visite du Comité en Suède en 2003⁶⁷⁵. Il y a particulièrement été souligné que les restrictions ne devaient être appliquées que dans les cas où le procureur, en tant qu'autorité pouvant saisir le juge pour faire valider les restrictions voulues, "pouvait convaincre le juge qu'il y avait un risque réel de nuisibilité dans le contexte de l'enquête pénale concernée et que ce risque était suffisant pour justifier la restriction donnée dans l'affaire" (par. 43). Chaque fois où le procureur saisit le juge pour pouvoir appliquer ou prolonger les restrictions, il est tenu de fournir: a) la description des restrictions spécifiques qu'il souhaite appliquer à l'individu; b) les motifs pertinents qui justifient ces restrictions à la lumière des circonstances

⁶⁷³ Cette question se posait souvent lors des visites aux pays scandinaves: Danemark, Norvège et Suède, ceux-ci pratiquant largement la limitation des contacts des prévenus en vue de prévenir la conjuration et de conserver les preuves (Morgan R., Evans M.D. *Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*. – New York: Oxford University Press, 1999. – P. 37; Tonry M., Frase R.S. *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. – New York: Oxford University Press, 2001. – P. 396). Les commentateurs des Règles pénitentiaires européennes qui examinent la règle 51 relative aux exigences en matière de mesures de sécurité observent que beaucoup de systèmes pénitentiaires se fondent sur la supposition que tous les prévenus nécessitent un niveau élevé de sécurité. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas et il faut avoir la possibilité de procéder à l'évaluation individuelle du risque pour la sécurité (Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules. *Ibid*).

⁶⁷⁴ Par. 34-35, Rapport sur la visite du Danemark en 2014 (Report to the Danish Government on the visit to Denmark carried out by the CPT from 4 to 13 February 2014 (CPT/Inf (2014) 25).

⁶⁷⁵ Par. 40-49, Rapport sur la visite de la Suède en 2003 (Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the CPT from 27 January to 5 February 2003 (CPT/Inf (2004) 32).

de l'affaire. Les documents nécessaires doivent être établis de manière à préciser les motifs justifiés pour l'application des restrictions. Les normes législatives doivent disposer que tant la première restriction que la reconduite des restrictions doivent être individualisées et pleinement justifiées (par. 49). Il est à noter que le CPT a prêté une attention aussi importante aux détails en matière d'application et de prolongement des restrictions visant les prévenus. Les juges examinaient, d'une manière très formelle, les demandes de validation des restrictions et les procureurs n'évoquaient pratiquement pas les motifs ou ne faisaient que les mentionner pour la forme en termes généraux. Les avocats rencontrés par la délégation se plaignaient donc que, par manque d'information sur les motifs des restrictions contestées, les juges ne les annulaient presque jamais.

Malgré la critique de la position suédoise relative à la restriction des droits des personnes placées en détention provisoire qui avait débuté dès la première visite du Comité en ce pays en 1991, le problème des restrictions excessive demeure. Ces dernières années, certains changements ont été opérés dans le cadre normatif, sans toutefois qu'ils aient une incidence visible sur les pratiques. Dès lors, pendant sa dernière visite en ce pays en 2015, le Comité a résolument invité la Suède à prendre les mesures nécessaires⁶⁷⁶ en recourant à une menace diplomatique implicite pour ce pays.

Il convient de remarquer que le Comité avait établi auparavant certaines preuves attestant que des restrictions étaient parfois utilisées par la police pour faire pression sur les personnes soupçonnées d'infractions. Cependant, il ne s'est pas risqué à constater l'existence de "tortures psychologiques" à ce propos, à la différence des allusions faisant voir que la détention durable en isolement pouvait se présenter, sous certaines conditions, comme traitement inhumain ou dégradant⁶⁷⁷.

Le Comité estime que, même si les restrictions (contacts avec l'extérieur) sont justifiées par la loi, elles peuvent avoir des conséquences fâcheuses qui peuvent être compensées par les mesures suivantes:

- l'examen médical de l'état physique et psychique du détenu et, au besoin, la conclusion sur les conséquences possibles de la restriction;
- des activités utiles en plus des promenades journalières⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ Par. 48-53, Rapport sur la visite de la Suède en 2015 (Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the CPT from 18 to 28 May 2015 (CPT/Inf (2016) 1).

⁶⁷⁷ Evans M.D., Morgan R., *Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, New York: Oxford University Press, 1999, p. 37.

⁶⁷⁸ Evans M., Morgan R. *Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*, Strasbourg: Council of Europe, 2001, p. 89-90.

L'analyse de toutes les normes évoquées précédemment montre que la philosophie même de la limitation des contacts en détention provisoire doit être changée. La présomption d'interdiction des contacts (visites, correspondance, téléphone) doit céder la place à la présomption d'autorisation de ces contacts. Ce n'est qu'en présence de besoins impérieux de l'enquête et sous réserve du respect du principe de proportionnalité et de justification pertinente que l'autorité concernée doit pouvoir limiter ces contacts. Ainsi que cela ressort des normes évoquées du CPT, chaque décision en matière de restriction doit être étayée par des motifs justifiés lorsqu'il y a un risque élevé de conjuration ou d'autres activités illégales de la personne prévenue, avec une fixation précise de la durée de la restriction appliquée. Évidemment, une telle décision doit pouvoir être attaquée par les détenus, cette possibilité devant être fixée dans la législation, de même que la nécessité pour l'enquêteur ou le service d'enquête de prendre des décisions individuelles justifiées et motivées.

Il convient de distinguer, à notre avis, deux types de restrictions en détention provisoire. Le premier comprend les restrictions en rapport avec l'enquête. Elles doivent être appliquées par le service chargé de l'enquête, l'administration de l'établissement pénitentiaire ne devant pas être compétente pour les appliquer. Le second type comprend les restrictions tenant à la nécessité d'assurer la sécurité et l'ordre dans l'établissement. Ces restrictions peuvent être mises en œuvre par l'administration pénitentiaire, par exemple, pour les modalités des visites⁶⁷⁹, des fouilles, etc. Le cas échéant, l'administration doit pouvoir appliquer les restrictions sans égard aux décisions de l'autorité d'enquête.

Pour le reste, demeure la question du rapport entre l'application de ces restrictions. L'administration de l'établissement devrait-elle, par exemple, prévenir le service d'enquête sur l'utilité de limiter les contacts avec tel individu si elle a des raisons de supposer la préparation de tentatives pour porter atteinte à l'intégrité de l'enquête? Cette question porte sur les limites des compétences et les missions des administrations des maisons d'arrêt, ainsi que sur leur rôle dans la conduite de l'enquête. Or, l'acceptation même d'un tel rôle devrait être mise en doute.

⁶⁷⁹ Les restrictions dans les modalités de visites peuvent elles aussi être rattachées au premier type, puisque le contrôle de l'échange d'informations pourrait être utile pour l'enquête.

Conclusion du sous-chapitre 2.2.2.1

Les normes du CPT relatives aux restrictions des droits des détenus se basent essentiellement sur les normes de la CEDH et ressemblent donc à ces dernières, tout en présentant certaines particularités.

La vision la plus complète des normes du CPT a été formulée en rapport avec les principes d'application de l'isolement individuel. Il est dit notamment que les restrictions doivent être proportionnés, légales, justifiables (une attention particulière est prêtée à la présentation juridique des restrictions et de son contrôle), nécessaires et non discriminatoires. Tout comme la CEDH, le Comité se prononce contre les restrictions automatiques et non individualisées que la loi instaure pour tous les détenus ou pour un groupe de détenus, compte tenu de leur statut (par exemple les condamnés à perpétuité). Il observe qu'il ne convient pas d'agir selon le principe "tout ou rien". Cela veut dire que les restrictions ne peuvent pas être figées une fois pour toutes, mais qu'elles doivent être flexibles, et cela signifie, en outre, qu'il doit être possible de les modifier à la lumière des circonstances données. Cela concerne tout particulièrement la restriction du droit aux contacts avec le monde extérieur.

Les normes du Comité reflètent et défendent le principe de minimalité des restrictions. La minimalité s'apprécie compte tenu des buts des restrictions comme la sécurité ou les besoins de la justice (dans le cas des prévenus).

Le Comité formule, dans ses rapports, des garanties pratiques importantes contre l'application de restrictions non justifiées. L'une de ces garanties consiste dans la fixation des limites temporelles pour l'application des restrictions. Cela peut se traduire par l'exigence de détermination de la durée d'application d'une restriction, aussi bien que par l'exigence de révision systématique d'une restriction. D'autres garanties de ce type prévoient la communication des motifs détaillés de la restriction, la détermination de la forme des restrictions, l'identification des personnes qu'elles concernent (en cas d'interdiction des visites), etc.

Les normes du CPT relatives aux restrictions ont connu un développement particulier dans le domaine de la détention provisoire. Force est de constater que, malgré la présomption d'innocence, la philosophie de la détention provisoire en usage dans nombre de pays, dont l'Ukraine, se base sur la réduction maximale des contacts avec le monde extérieur. La cause en réside dans l'injuste équilibre des intérêts de l'enquête et de l'individu, ce qui signifie en fait que les intérêts sociaux et individuels s'opposent. La limitation excessive des contacts

dans l'intérêt de l'enquête conduit justement à la présomption de restriction des contacts. Cependant, c'est la présomption d'exercice des droits qui devrait dominer, les restrictions devant constituer une exception strictement nécessaire. Un exemple parlant en est fourni par la norme du Comité relative à l'inadmissibilité des restrictions automatiques et des autorisations de l'enquêteur (ou du juge) pour les contacts avec l'extérieur. Ces contacts devraient être autorisés, à moins qu'il y ait une décision justifiée qui les interdise.

Le Comité utilise ainsi activement les idées de la norme de justification des droits de l'homme de la Cour européenne, sans toutefois appliquer le test à trois composantes en tant que tel. D'un autre côté, ses propres normes comportent des garanties spécifiques et détaillées ainsi que des mécanismes de protection contre des restrictions non justifiées des droits. La formulation de ces garanties devint une nécessité logique pour mettre en concordance les normes générales des restrictions de la CEDH et les réalités pénitentiaires constatées par le Comité. Cette expérience démontre le besoin de garanties juridiques concrètes permettant d'éviter les restrictions non justifiées des droits.

2.2.2.2. Recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe

Les recommandations du Conseil de l'Europe relèvent du droit mou et ont le caractère de recommandation. Elles exercent cependant une influence considérable sur les pratiques pénitentiaires nationales, en aidant notamment à mettre en place les normes de limitation des droits des détenus. Les Règles pénitentiaires européennes occupent une place particulière à cet égard.

2.2.2.2.1. Règles pénitentiaires européennes

Les règles pénitentiaires européennes (RPE, Règles) se présentent comme un document important pour la théorie de limitation des droits⁶⁸⁰. Déjà, le par. 2 des Règles

⁶⁸⁰ Човган В.О. Вимоги до правообмежень осіб, які позбавлені волі, за Європейськими тюремними правилами і їх втілення у національному законодавстві // Право та управління. – 2012. – №2. – С. 977–988. (Chovgan V.O., Exigences relatives aux restrictions de droits des personnes privées de liberté d'après les Règles pénitentiaires européennes et leur mise en œuvre dans la législation nationale, Droit et gestion, 2012, n° 2, p. 977–988).

énonce que les individus privés de liberté conservent tous les droits dont ils n'ont pas été légalement privés par le tribunal les ayant condamnés à une peine privative de liberté ou placés en détention provisoire. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe observe, dans son commentaire des RPE, que la règle 2 complète la règle 1, laquelle prévoit que les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits de l'homme. Le Comité estime que la règle 2 souligne aussi que les souffrances irréfutables subies par le détenu en perdant le droit à la liberté ne doivent pas impliquer automatiquement le retrait de ses droits politiques, civils, sociaux, économiques et culturels. Il est inévitable que les droits des condamnés subissent des restrictions du fait de leur privation de liberté, mais ces restrictions doivent être aussi peu nombreuses que possible. Cette règle montre quelques-unes des mesures à prendre pour réduire les effets négatifs de la privation de liberté. Toutes restrictions dérivant de l'incarcération doivent être prévues par la loi et n'être introduites que lorsqu'elles sont essentielles au maintien de l'ordre et de la sécurité dans les prisons⁶⁸¹.

La justification des restrictions des droits des détenus, contenue dans les règles 1 et 2, trouve son prolongement logique dans la règle 3, qui comporte une disposition de base pour l'établissement des normes de limitation des droits des détenus. Elle signifie que "les restrictions imposées aux personnes privées de liberté doivent être réduites au strict nécessaire et doivent être proportionnelles aux objectifs légitimes pour lesquels elles ont été imposées".

Le commentaire à la règle 3 ne comporte pas un grand nombre de détails. Il se borne à indiquer que cette règle vise à souligner le principe de proportionnalité qui doit être respecté dans les restrictions de ce type⁶⁸².

Compte tenu de l'importance de cette règle pour notre thèse, nous avons sollicité des commentaires de la part de l'un des auteurs des RPE, le professeur Dirk Van Zyl Smit⁶⁸³. Il observe notamment que cette règle fut l'une des dernières à être intégrée aux RPE. Son objectif était "de clarifier la Règle 2 qui permet la privation "légal" de droits, mais ne fournit pas de repères permettant de déterminer la mesure dans laquelle cela peut être fait et pourquoi cela doit se faire". La toute première version du commentaire des Règles comprenait une phrase qui fut retirée par la suite: "Aucune restriction non proportionnée des droits pour atteindre un objectif relativement insignifiant ne sera autorisée"⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules

⁶⁸² Ibid.

⁶⁸³ Correspondance personnelle. Nous citerons infra le message du professeur reçu le 23.08.2016.

⁶⁸⁴ Ibidem.

Il apparaît donc que la Règle 3 comporte deux exigences principales concernant les dimensions de restrictions: elles doivent être minimales et proportionnelles. Or, la minimalité est une composante de la proportionnalité, car la restriction proportionnée est une restriction appliquée en l'absence d'une restriction alternative moins grande qui pourrait servir à atteindre un même but. C'est dire que la proportionnalité de la restriction prévoit nécessairement sa minimalité, car la restriction la moins grande doit être choisie pour atteindre le but visé. C'est la raison pour laquelle nous nous intéressons surtout à la motivation de l'inclusion spéciale dans la Règle 3 des conditions de minimalité et de proportionnalité.

D. Van Zyl Smit se souvient que, pendant l'élaboration des RPE, cette approche pouvait avoir deux explications alternatives. Selon la première, la règle donnait lieu "à l'association de deux idées en une seule: l'ingérence minimale dans les droits en général et le lien spécifique de la proportionnalité et d'un objectif particulier, par exemple, tel que la réhabilitation". La seconde explication soutenait notre supposition : puisque la perception de la proportionnalité était assez difficile en pratique, la "nécessité minimale" pouvait servir de notion plus compréhensible et étayant son application pratique⁶⁸⁵.

Nous considérons qu'un tel intérêt vis-à-vis du principe de proportionnalité dans les RPE est dû à une influence importante qu'exerçait sur les auteurs de la nouvelle rédaction des RPE les formulations tirées de la jurisprudence de la CEDH⁶⁸⁶ qui, se base sur l'exigence de proportionnalité des restrictions en examinant les affaires sur les limitations des droits des détenus.

Le principe lui-même constitue le "concept clef" dans l'application du droit et de la politique pénitentiaire, car une ingérence importante et disproportionnée dans le droit, même avec des motifs acceptables, comme par exemple, la sécurité, peut nuire au statut juridique des détenus⁶⁸⁷. Il peut être vu comme un développement de l'idée d'Alexander Paterson selon qui la privation de liberté est une punition suffisante et des contraintes ou restrictions complémentaires ne devraient pas être imposées⁶⁸⁸. Cette vision reflète la théorie de l'école de

⁶⁸⁵ Une conception semblable avait lieu au Canada, où le remplacement dans la législation de l'exigence de minimalité par celle de proportionnalité mettait en danger l'exigence pratique concrète ainsi que le craignaient les spécialistes. Cela se confirme par le fait que ce remplacement était défendu par l'administration pénitentiaire canadienne qui considérait le concept de minimalité trop contraignant par rapport à la proportionnalité.

⁶⁸⁶ Eudes M., *La révision des règles pénitentiaires européennes, les limites d'un droit commun des conditions de détention*, Droits fondamentaux, 2006, n° 6, p. 10.

⁶⁸⁷ Van Zyl Smit D., Snacken S., *Ibid*, p. 99.

⁶⁸⁸ Paterson on Prisons. *The Collected Papers of Sir Alexander Paterson*. Ruck S.K. (ed.). – London: Muller, 1951., *in* Van Zyl Smit D., Snacken S. *Ibid*. – P. 99.

la "pénologie nouvelle" qui prône la réduction à une nécessité stricte des restrictions accompagnant la sanction pénale⁶⁸⁹.

Notons la présence dans la Règle 3 d'un important lien syntaxique entre la nécessité minimale et le but légitime pour lequel les restrictions sont imposées. La règle souligne que les restrictions doivent être strictement nécessaires pour atteindre un but justifié, ce qui traduit aussi l'approche de la CEDH, qui conçoit cette idée comme partie inaliénable dans l'établissement d'un équilibre équitable entre les restrictions et les buts qu'elles visent.

En ce qui concerne les objectifs des restrictions, la Règle 3 insiste sur leur conformité à "l'objectif légitime", sans que ces objectifs soient nommés directement. Il n'est pas donc précisé ce que l'on entend par "objectif légitime". Le commentaire des RPE ne donne pas non plus de réponse à cette question. Cependant, les objectifs considérés comme légitimes sont contenus en partie dans les RPE relatives à des droits particuliers⁶⁹⁰.

Les repères servant à déterminer l'objectif légitime sont fournis par la jurisprudence de la CEDH et la Convention elle-même, lesquelles définissent les buts pour lesquels des restrictions peuvent être imposées. Ce sont donc probablement ces buts qui devraient être considérés comme légitimes d'après les RPE. Aussi, les objectifs des restrictions des droits figurant dans la Convention ne concernent-ils qu'une partie des droits dont bénéficient les détenus conformément à la Convention. Pour ce qui est de l'autre partie, les objectifs les concernant ne sont pas évoqués du tout (limitation du droit de vote au Protocole N° 1 à la Convention) ou bien ces droits ne sont pas protégés par la Convention (droits sociaux) d'où l'absence de précision sur les buts légitimes de leur restriction.

Le principe de minimalité est exposé, à titre complémentaire, dans la norme générale relative à l'application des mesures liées à la sécurité. Elle prévoit, par ailleurs, des buts légitimes des restrictions. C'est ainsi que les restrictions doivent être strictement nécessaires pour assurer la sécurité de la détention (règle 51.1)⁶⁹¹. Les commentateurs de cette règle observent⁶⁹² qu'il y a trois raisons principales pour lesquelles les mesures de sécurité applicables aux détenus doivent être minimales:

⁶⁸⁹ Gontard P.-R., *L'utilisation européenne des prisons ouvertes : l'exemple de la France*, Thèse de doctorat, Avignon, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2013, p. 441.

⁶⁹⁰ Voir ci-bas.

⁶⁹¹ Les règles 53.1 – 53.7 complètent cette règle en faisant voir que les mesures particulière de haute sécurité ne doivent être appliquées que dans des cas exceptionnels et pendant une période aussi courte que possible.

⁶⁹² Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules.

- Le personnel préfère plutôt décider sans autres difficultés qui, parmi les détenus, nécessite un niveau de sécurité élevé lorsque le nombre de mesures de sécurité est limité;
- Moins élevé est le niveau de sécurité et plus forte est la probabilité d'un traitement plus humain;
- La sécurité est coûteuse et plus élevé est son niveau, plus haut en sera le prix. Il existe des motifs financiers pour ne pas appliquer aux détenus un niveau de sécurité plus élevé qu'il ne faut.

Il apparaît que la Règle 51.1 marque avant tout la nécessité d'avoir un niveau minimum de sécurité dans l'établissement de détention. Cette règle concerne toutefois les mesures de sécurité particulières. La mise en œuvre des mesures de sécurité, tant sous forme de fixation du niveau de sécurité que sous forme de mesures individuelles, correspond toujours à la restriction de certains droits. Il sera donc logique de conclure que les restrictions des droits par l'application des mesures de sécurité (aussi bien mesures individuelles que mesures d'ensemble du point de vue de la définition du niveau de sécurité) doivent être elles aussi réduites au minimum. Cette même logique peut concerner les restrictions complexes applicables à titre de sanctions disciplinaires puisque celles-ci doivent être appliquées exceptionnellement et être proportionnées (règles 56.1, 60.2).

Les trois premières règles évoquées revêtent une importance particulière pour la politique pénitentiaire européenne⁶⁹³ et trouvent, pour cette raison, leur juste place dans le chapitre "Principes fondamentaux" des RPE. Soulignons que la politique pénitentiaire européenne concerne non seulement les autorités appliquant le droit, mais aussi le législateur, dès lors que les restrictions sont imposées, non seulement par les premières, mais aussi par les organes législatifs, ce, au moyen de l'adoption des textes normatifs. À partir de notre classification des restrictions, on est en droit de considérer que la Règle 3 des RPE porte tant sur les restrictions en application de la loi que sur les restrictions normatives.

La Règle 5 (également principe fondamental) dispose que la vie en prison doit être autant que possible rapprochée des aspects positifs de la vie en société⁶⁹⁴. Elle rappelle le par. 5.1 des Règles Mandela (l'ancien par. 60.1 des RMT), qui prévoit le rapprochement maximal des conditions de vie en liberté et en prison.

⁶⁹³ Van Zyl Smit D., Snacken S., Ibid, p. 99.

⁶⁹⁴ Ce principe trouve un prolongement dans la règle 26.7 qui dispose que l'organisation et les méthodes de travail dans les prisons doivent se rapprocher autant que possible de celles qui régissent le travail analogue en société libre.

Le Comité des ministres observe que cette règle insiste sur les aspects positifs de la normalisation. Il est évident que la vie en prison ne pourra jamais être la même que la vie dans le monde libre. Toutefois, des tentatives doivent être faites de manière à rapprocher les conditions de détention en prison autant que possible des conditions de la vie normale et à veiller à ce que cette normalisation ne se traduise pas par des conditions inhumaines d'emprisonnement⁶⁹⁵. Bien plus, aux termes de la Règle 5, la vie en prison doit justement se rapprocher le plus possible des aspects positifs de la vie en société. C'est pourquoi l'idée retenue dans la Règle 5 est nommée principe de normalisation ou "principe de normalité"⁶⁹⁶.

Un rapport direct existe entre le principe de normalisation et les questions de l'imposition des restrictions⁶⁹⁷. Si la vie en prison doit s'aligner le plus possible sur les aspects positifs de la vie en liberté, le rôle clé appartient donc aux restrictions, car c'est par leur intermédiaire que se manifeste le sens de la peine. La normalisation nécessite, en conséquence, que les restrictions des droits des détenus soient rapprochées au maximum des limitations des droits des citoyens libres. Cela concerne aussi bien les motifs d'application des restrictions que l'ampleur de celles-ci.

En revenant au principe de minimalité, dont sont empreintes les RPE, nous constatons que le problème le plus important pour la législation et l'application du droit consiste à déterminer ce qu'est la restriction minimale des droits.

Cependant, la non-conformité de certaines normes de la législation nationale au principe de minimalité est évidente. Il y a des cas où l'on fait usage de la méthode logique "du contraire", car les restrictions minimales ne sont pas maximales et *vice versa*. A titre d'illustration, l'article 134 du Code d'exécution des peines ukrainien dispose en son 11e alinéa que les condamnés placés en cellule disciplinaire ou en quartier disciplinaire se voient interdire les visites, l'achat d'aliments et d'objets de première nécessité et les colis. Ces restrictions sont maximales et sont donc contraire aux RPE.

⁶⁹⁵ Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules.

⁶⁹⁶ Making Standards Work: An International Handbook on Good Prison Practice. 2nd ed., London, Penal Reform International, 2001, p. 21.

⁶⁹⁷ Voir plus détails au 3.1.3.3 "Doctrine de rapprochement avec le droit commun". Le CPT observe d'ailleurs que le principe de normalisation prévoit que les détenus ne doivent être soumis qu'aux restrictions nécessaires pour assurer la sécurité et la gestion normale de la détention (par. 74, 25e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2015 (CPT/Inf (2016) 10)).

Ajoutons aussi que la limitation totale des contacts avec l'extérieur est en contradiction directe avec les normes du CPT et la Règle 24.2 des RPE, selon lesquelles la communication et les visites peuvent être limitées ou soumis au contrôle, si cela est nécessaire pour l'enquête, le maintien de l'ordre et de la sécurité, la prévention de crimes et la protection des victimes d'infractions, mais ces restrictions, y compris les restrictions spéciales imposées par le tribunal, doivent permettre un niveau minimum de communication.

Cette règle mentionne les buts des restrictions concernées, qui visent en fait à assurer la sécurité de l'individu et aider l'enquête sur les délits commis (dans le cas des prévenus). Toutefois, s'agissant de la sécurité des personnes soumises à des sanctions disciplinaires impliquant leur placement en cellule disciplinaire ou en quartier disciplinaire, cette norme n'est pas non plus respectée au regard de la dérogation relative au niveau minimum de communication.

Il serait aussi utile de rappeler la Règle 24.1 des RPE, qui recommande d'autoriser les détenus à communiquer le plus souvent possible par lettre, par téléphone ou par d'autres moyens, ce, avec leurs familles, des tiers et des représentants d'organismes extérieurs. Cette exigence vise l'application du même principe de minimalité qui est retenu dans la Règle 3 des RPE, puisqu'elle prévoit l'orientation à la réduction maximale des restrictions. Ainsi que l'observe, dans son Commentaire, le Comité des ministres, de telles exigences vis-à-vis des restrictions sont formulées à l'article 8.2 de la Convention, qui dispose que l'ingérence dans le droit qui y est énoncé (restriction du droit à la vie privée) doit être réduite au minimum. A la lumière de cette règle, nous constatons le caractère injustifié des normes prévues à l'article 95, 3^e al., du Code d'exécution des peines qui interdisent les visites au cours des quatorze premiers jours de séjour dans l'établissement pénitentiaire (sauf les visites de l'avocat).

La Règle 24.2 des RPE signifie que les contacts et les visites peuvent être limités ou mis sous surveillance, si cela est nécessaire à la poursuite de l'enquête, au maintien de l'ordre et de la sécurité, à la prévention d'infractions pénales et à la protection des victimes, sous réserve que ces restrictions, y compris celles imposées par le juge, doivent permettre un niveau minimum de contacts. Cette règle est importante compte tenu de ce qui suit.

Premièrement, elle fixe des objectifs possibles à la limitation des contacts avec l'extérieur, à savoir: la poursuite de l'enquête ; le maintien de l'ordre et de la sécurité ; la prévention d'infractions pénales ; et la protection des victimes. Même en présence de ces objectifs, une décision de l'administration pénitentiaire est nécessaire, ce qui se trouve souvent

au-delà des connaissances que celle-ci est tenue d'avoir pour remplir ses missions⁶⁹⁸. Le Comité des ministres estime qu'une bonne politique consisterait à demander des décisions aux tribunaux avant d'imposer des restrictions sur la base des motifs évoqués⁶⁹⁹. D'autre part, en justifiant la restriction, il faut montrer que le préjudice potentiel résultant de la non-application de celle-ci serait bien réel, d'où la conclusion que, par exemple, le contrôle des lettres pendant une période indéterminée est inacceptable⁷⁰⁰.

Deuxièmement, la règle déclare que dans tous les cas, les restrictions du droit aux visites doivent admettre un niveau minimum acceptable de contacts. Cela signifie, en réalité, que l'interdiction totale des contacts des détenus avec le monde extérieur est inadmissible. Le Comité des ministres estime que lorsque les visites menacent la sécurité de l'établissement, elles devraient être soumises à un contrôle proportionné, mais non point être interdites.

Les règles comportent nombre de clauses limitatives dans les dispositions consacrant des droits. Notamment, le droit à l'information au moyen des mass media doit être assuré, sauf lorsqu'il est justifié d'imposer des restrictions pour une période déterminée. De telles restrictions ne peuvent être décidées que par le tribunal dans les cas individuels (règle 24.10). Les buts de ces restrictions ne sont pas fixés, mais ils doivent répondre, dans tous les cas, aux buts retenus à l'article 10 de la Convention. D'autre part, les détenus doivent pouvoir communiquer avec les médias, sauf dans les cas où l'interdiction vise le maintien de l'ordre et de la sécurité, les intérêts de la société ou la protection des victimes, des autres détenus ou du personnel (règle 24.12). Par ailleurs, ces buts répondent, mais ne reproduisent pas littéralement les objectifs que peuvent viser les limitations du droit à la liberté d'expression d'après l'article 10 de la Convention⁷⁰¹. D'autres normes, qui déterminent les buts de la restriction des droits dans les RPE, révèlent aussi une reproduction partielle des buts de restrictions admissibles d'après la Convention, en indiquant que leur adaptation au contexte pénitentiaire constitue un trait spécifique des RPE.

S'agissant du droit de participer aux élections et aux référendums, il est indiqué que les autorités pénitentiaires doivent veiller à ce que les détenus puissent participer aux élections, aux référendums et aux autres aspects de la vie publique, à moins que l'exercice de ce droit

⁶⁹⁸ Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules.

⁶⁹⁹ Ibid.

⁷⁰⁰ Ibid.

⁷⁰¹ C'est-à-dire "dans l'intérêt de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale ou de la sûreté publique, de la défense de l'ordre et à la prévention du crime, de la protection de la santé ou de la morale, de la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire".

par les intéressés ne soit limité en vertu du droit interne (règle 24.11). L'interprétation de cette règle pourrait être assez surprenante. En effet, elle prévoit que les détenus ont le droit sauf s'ils...ne l'ont pas. La valeur d'une telle règle est incertaine. De plus, l'établissement d'une seule exigence pour justifier les restrictions des droits électoraux, à savoir la préconisation par la loi, constitue un inconvénient majeur de cette règle. L'on peut penser que d'autres exigences de justification des restrictions, telles le caractère ciblé et la proportionnalité, ne seraient pas obligatoires, ce qui est une erreur⁷⁰². Il est vrai que la Règle 3 des RPE, qui est considérée comme une règle générale, soit une règle-principe, établit la nécessité de poursuivre un "objectif légitime" par toutes restrictions des droits, y compris celles des droits électoraux.

Les mesures de sécurité individuellement appliquées aux détenus doivent correspondre à un minimum nécessaire pour assurer la sécurité de leur détention (règle 51.1). Sans formuler directement de nouvelles exigences, cette règle ne fait que souligner le principe de minimalité des restrictions des droits sur lequel se fondent les RPE.

Les interprétations des RPE montrent qu'il n'est pas permis de limiter le droits des détenus à l'assistance médicale. La règle 40.5 indique que tous les soins médicaux, chirurgicaux et psychiatriques nécessaires, y compris ceux disponibles en milieu libre, doivent être accordés aux détenus. Les détenus doivent avoir accès aux soins médicaux disponibles dans le pays, ce, sans discrimination liée à leur statut juridique (règle 40.3). Ces règles font écho au 3^e Rapport général du CPT. Cependant, une telle approche des restrictions exige-t-elle non seulement l'accès aux mêmes soins qu'en milieu libre dans le cadre de l'établissement, mais encore le droit d'être hospitalisé dans un établissement médical civil, selon le souhait de l'intéressé ? La réponse apportée par la Cour à cette question est négative⁷⁰³ ; ce qui atteste de la restriction immanente des droits médicaux.

L'exigence de la proportionnalité et de la minimalité des restrictions se retrouve aussi dans la règle 64, qui détermine les exigences vis-à-vis de l'emploi de la force à l'encontre des détenus et qui dispose que celui-ci doit correspondre au minimum nécessaire et ne durer que

⁷⁰² Hirst c. Royaume-Uni (n° 2) (GC) (n° 74025/01, 06.10.2005).

⁷⁰³ Dans son arrêt Kudla contre Pologne, la Cour observe que l'article 3 de la Convention ne peut pas s'interpréter en tant qu'imposant le devoir général des autorités d'hospitaliser le détenu dans un hôpital civil pour bénéficier des soins voulus (Kudla c. Pologne (GC) §93 (n° 30210/96, 26.10.2000). Par ailleurs, la CEDH reconnaît le droit du détenu au même niveau et à la même méthode des soins qu'en milieu libre dans le cadre de l'établissement pénitentiaire. C'est ainsi que, dans un de ses arrêts récents, la Cour statuait que le fait de ne pas accorder à l'individu narcodépendant une thérapie opioïde de substitution dérogeant à l'article 3 de la Convention (Wenner c. Allemagne (n° 62303/13, 01.09.2016).

pendant une période aussi courte que possible. La règle 68.3. énonce que les moyens de contrainte ne doivent pas être appliqués plus longtemps qu'il est strictement nécessaire.

Les RPE comportent nombre de règles fixant les droits essentiels des détenus. Néanmoins, à la différence de la pratique qui est souvent utilisée dans les lois nationales analysées dans cette thèse sur l'exécution des peines, ces droits ne s'accompagnent généralement pas de clauses relatives aux motifs et aux modalités d'application des restrictions de ces droits. Cela ne veut pas dire que de telles restrictions ne pourraient pas être appliquées d'après la Convention, par exemple, lorsqu'il s'agit de la liberté d'expression, de conscience et de confession (sauf la communication avec les médias, dont la limitation était évoquée ci-dessus), le droit à l'instruction, aux loisirs, à la propriété, au travail. Quant aux normes relatives aux fouilles, elles indiquent directement la nécessité de mettre en équilibre, d'une part, le devoir de l'administration de protéger la sécurité et, d'autre part, l'intimité de la personne. Cependant, cette exigence de juste équilibre n'est mentionnée que pour les fouilles des visiteurs (règle 54.9). Les règles de fouille des détenus ne comportent pas non plus de mentions relatives au motif et au but de la restriction du droit à l'intimité.

Certes, la Règle 3 contient un principe général, qui détermine l'application des restrictions de tous les droits sans exception retenue dans les RPE. Elle ne prend toutefois pas en compte la nature spécifique des restrictions de chaque droit particulier, celle-ci déterminant le caractère spécifique de la réalisation de la restriction donnée. Les imperfections des RPE touchant les restrictions des droits des détenus, y compris la concrétisation insuffisante des garanties pratiques de leur justification peuvent être compensées par les normes des restrictions contenues dans la jurisprudence de la CEDH et dans les recommandations du CPT. Il semble donc que les auteurs des RPE ont manqué l'occasion de préciser et de développer davantage ces normes compte tenu du contexte pénitentiaire.

2.2.2.2. Normes des limitations des droits des détenus dans les autres recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe

Les principes et les prescriptions des RPE, qui concernent les limitations des droits des détenus, rejoignent de manière importante les dispositions d'autres recommandations du Conseil de l'Europe. Outre son effet synergique, cela nous apporte la confirmation du caractère polyvalent de certaines normes de restrictions émanant de cette organisation.

Déjà en 1962, la Recommandation sous le titre "Droits électoraux, civils et sociaux du détenu"⁷⁰⁴ posait une base solide pour les normes de limitation des droits des détenus. Bien avant le progrès visible de la Cour européenne dans l'évaluation critique du principe des restrictions inhérentes à l'emprisonnement, cette recommandation entérinait le principe qui rejetait cette doctrine sans ambiguïté. C'est ainsi que le par. 3 explique le contenu de ce principe: le seul fait de l'incarcération n'enlève pas au détenu ses droits électoraux, civils et sociaux, leur exercice pouvant, cependant, être limité lorsqu'il est incompatible avec les buts de la privation de liberté ou avec le maintien de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement pénitentiaire.

Malgré l'instauration d'un principe de limitation des droits assez progressiste pour son temps, il fut relativement nivelé pour certaines catégories de droits. Le par. 8 de la Recommandation disposait, par exemple, que l'administration pénitentiaire pouvait interdire au détenu d'exercer ses droits civils: a) lorsque cet exercice est incompatible avec les buts de la détention ou du traitement pénitentiaire; (b) lorsque, dans le cas d'un détenu, cet exercice peut être différé sans péril jusqu'à sa mise en liberté sans nuire à ses intérêts. Ce dernier motif, contrairement au principe déclaré au par. 4. de la Recommandation, légitimait indirectement la limitation des droits en raison de l'emprisonnement.

En ce qui concerne les droits sociaux, un chapitre spécial citait certaines normes relatives à leurs restrictions. Le détenu ne devait pas perdre le droit aux prestations de sécurité sociale du fait de son emprisonnement, du moment qu'il en bénéficiait avant son incarcération (par. 9). Le droit à la sécurité sociale devait être maintenu autant que possible, et l'État devait prendre les mesures nécessaires dans ce sens (par. 10).

Le contenu de la Recommandation montre qu'une attention particulière est attachée à la question d'exercice d'un droit plutôt qu'à celle de sa possession. La Recommandation contenait même des dispositions permettant l'exercice des droits du détenu en son nom par l'intermédiaire d'un représentant et elle précisait la question de la participation personnelle au procès portant sur la défense des droits concernés (par. 7, 12-17).

Une attention notable était prêtée aux possibilités de restreindre l'exercice des droits. Cela ne signifie toutefois pas qu'il s'agissait de mettre l'accent sur la nécessité des limitations. Au contraire, le but visé portait sur la garantie de la protection des droits contre des

⁷⁰⁴ Résolution (62) 2 (adoptée par les Délégués des Ministres le 1er février 1962) Droits électoraux, civils et sociaux du détenu – Recommandation No. 195.

restrictions superflues, bien que les normes de l'époque ne permissent pas d'imposer des normes analogues à celles d'aujourd'hui.

En 1982 déjà, la Recommandation relative à la détention et au traitement des détenus dangereux (Rec. R (82) 17) faisait noter l'attachement au principe de minimalité des restrictions imposées aux détenus⁷⁰⁵. Le par. 2 disposait, notamment, que les mesures de sécurité devaient être appliquées uniquement dans les limites où elles s'imposaient. La Recommandation insistait, par ailleurs, sur l'approche individuelle des restrictions, étant donné que les mesures de sécurité devaient prendre en compte divers types de dangerosité (par. 4). Il était recommandé également que la nécessité des mesures de sécurité fût révisée de manière régulière afin que la durée de détention de sécurité n'excède pas les besoins (par. 8).

Le paragraphe 5 de la Recommandation comporte, par ailleurs, une disposition qui invite à alléger autant que possible les effets négatifs de la sécurité renforcée. C'est-à-dire que sont acceptées, d'une part, les restrictions préjudiciables aux droits de l'homme, alors que, d'autre part, on insiste aussi sur la nécessité d'atténuer ces effets. C'est ainsi que, dans l'une des recommandations anciennes relative aux détenus étrangers, (No. R (84) 12) 1984), il était énoncé que pour adoucir le sentiment d'incarcération chez les détenus étrangers il y aurait intérêt à faciliter leur communication avec les personnes de la même nationalité, langue, religion ou culture, par exemple, en les autorisant à passer ensemble leur temps libre. De même, la règle 24.2 des RPE admet les restrictions des contacts avec le monde extérieur tout en acceptant un niveau minimal de contacts.

L'exigence de la minimalité de l'effet répressif est visible dans d'autres textes relatifs au traitement des délinquants dangereux. C'est ainsi que la Recommandation la plus récente relative aux délinquants dangereux (Rec. (2014)3) dispose que les mesures restrictives ne devraient pas disproportionnées par rapport au niveau du risque. Il convient d'appliquer la mesure la moins restrictive possible de nature à protéger la société et à réduire le risque (par. 4). L'évaluation des risques devrait servir à établir l'interprétation la moins restrictive de la mesure ou de la sanction (par. 29). Le commentaire à cette Recommandation observe que ces

⁷⁰⁵ Ce principe ne concerne pas que les mesures liées à la privation de liberté. L'application des sanctions n'impliquant pas la privation de liberté doit également suivre ce principe. La règle 21 de la Recommandation No. R (92) 16 (relative aux règles européennes concernant les mesures non liées à la privation de liberté) dispose que les droits de la personne soumise aux sanctions appropriées ne doivent pas être limités plus qu'il n'en découle nécessairement de la décision les imposant. Cette Recommandation déterminait d'ailleurs des normes plus concrètes relatives à la limitation de certains droits. Les droits sociaux, par exemple, ne doivent pas être limités du fait de l'application de sanctions n'impliquant pas la privation de liberté (règle 28).

normes sont commandées par les exigences de la proportionnalité formulées dans la jurisprudence de la CEDH⁷⁰⁶.

Comme nous le voyons, la nécessité de prendre en compte les circonstances individuelles dans chaque cas concret de restrictions est assez souvent soulignée dans diverses recommandations thématiques du Comité des ministres et dans les normes du CPT et de la CEDH. Citons en complément la Recommandation Rec(2012)12 relative aux détenus étrangers qui signifie qu'à moins de considérations de sécurité spécifiques, les détenus étrangers doivent être autorisés, dans des cas particuliers, à communiquer dans leur langue natale pendant leurs contacts avec la famille (par. 22.2).

Le principe de minimalité retenu dans les principes fondamentaux des RPE est évoqué spécialement, non seulement à l'égard des délinquants dangereux, mais aussi à l'égard d'autres catégories spécifiques des détenus. C'est ainsi que la Recommandation Rec. (2008)11 Sur les Règles européennes pour les délinquants mineurs faisant l'objet de sanctions ou de mesures, dispose en son par. 53.2 que les institutions pour mineurs doivent disposer des équipements de sécurité et de contrôle les moins restrictifs possibles, nécessaires pour empêcher les mineurs de se nuire à eux-mêmes ou de faire du tort au personnel ou aux autres⁷⁰⁷.

Le principe de minimalité des restrictions consistant dans l'emploi de mesures de contrainte (dont les mesures de contrainte physique) est particulièrement accentué. Il est souligné aussi que de telles mesures doivent être appliquées pendant une durée la plus courte possible, être les moins intenses possibles et n'être employées que dans des cas exceptionnels, lorsque d'autres mesures s'avèrent être inefficaces (chapitre E.13.3 des Règles européennes relatives aux délinquants mineurs).

Le principe selon lequel la détention dans des conditions violant les droits de l'homme ne peut pas se justifier par le manque de ressources (Règle 4 des RPE), non seulement, concerne les violations des droits, mais encore, peut aussi toucher les limitations des droits. Cette vision est confirmée par le fait que, conformément à la Recommandation Rec (2008)11

⁷⁰⁶ Commentary to Recommendation CM/Rec(2014)3, disponible sur: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2014\)14&Language=lanEnglish&Ver=add1&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2014)14&Language=lanEnglish&Ver=add1&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383) (accédé le 10.11.2015).

⁷⁰⁷ D'après le Commentaire à cette règle, elle reflète le principe de minimalité des restrictions des droits qui est lié au principe de proportionnalité inclut dans nombre de Constitutions nationales (Commentary to the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures // http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Commentary_Rec_2008_11E.pdf (accédé le 10.11.2015).

relative aux mineurs évoquée ci-dessus, le manque de ressources ne saurait jamais justifier les atteintes (restrictions) N.D.L.A.) aux droits des mineurs (par. 19)⁷⁰⁸.

Tout comme pour les mineurs, un accent particulier est mis sur les normes de limitation des droits des personnes placées en détention provisoire, ce qui s'explique par leur statut à la lumière de la présomption d'innocence. La Recommandation Rec. (2006)13 concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre des abus⁷⁰⁹ mentionne le principe selon lequel « les personnes placées en détention provisoire doivent être soumises aux conditions appropriées liées à leur statut juridique ; cela suppose l'absence de restrictions autres que celles nécessaires pour l'administration de la justice, la sécurité de l'institution, la sûreté des détenus et du personnel et la protection des droits d'autrui ... » (par. 5). La formulation de la Recommandation est dans le cas cité, particulièrement rigoureuse: il ne peut y avoir aucune autre restriction que celles qui sont nécessaires aux objectifs légitimes mentionnés. Il convient d'insister qu'à la différence d'autres normes semblables dans les autres recommandations du Comité des ministres, ces objectifs légitimes comportent la garantie des droits d'autrui. C'est-à-dire que l'on prévoit ainsi, non seulement un processus assez difficile de mise en équilibre des intérêts institutionnels et des intérêts individuels, mais aussi celle des intérêts individuels d'une personne avec ceux d'autrui.

Conclusion du sous-chapitre 2.2.2.2

Les Règles pénitentiaires européennes représentent la recommandation principale du Conseil de l'Europe fixant les normes des droits des détenus, y compris les normes de ses restrictions.

Ce document expose, entre autres, un principe essentiel selon lequel les détenus continuent, en règle générale, de bénéficier de tous les droits dont jouissent les citoyens libres sous réserve d'exceptions légales nécessaires (Règle 2) 2); le principe de minimalité et du caractère bien déterminé des restrictions (Règle 3), qui incarne en fait le principe de

⁷⁰⁸ Les auteurs relient cette règle à la Règle 4 des RPE (cf. Commentary to the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures. – Ibid.), bien que ces dispositions ne soient pas identiques.

⁷⁰⁹ Recommandation Rec (2006)13 du Comité des Ministres concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus, 27 septembre 2006.

proportionnalité; et le principe de normalité, qui exige de rapprocher la vie en prison des aspects positifs de la vie en société (Règle 5) et prévoit ainsi le rapprochement du niveau de restrictions en prison et en liberté. Le principe de minimalité a été introduit sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH. Le fait de le placer parmi les normes principales distingue les RPE des autres normes internationales. De plus, dans la mesure où la compréhension du principe de proportionnalité aurait été assez difficile en pratique, les RPE s'appuient sur le concept de "nécessité minimale" en tant que notion plus compréhensible de son application pratique.

Les RPE soulignent également que les restrictions relatives à la sécurité doivent être minimales. Cette accentuation renforce la signification du principe de minimalité, car ce sont les considérations de sécurité qui servent souvent à justifier les ingérences excessives dans les droits.

Les Règles comportent, par ailleurs, nombre de clauses limitatives dans les dispositions fixant certains droits, tout en présentant des divergences avec les stipulations de la Convention européenne, même lorsqu'il s'agit des mêmes droits. Ces divergences ne contribuent pas à la cohérence des normes de restrictions dans la politique pénitentiaire européenne. Nous pouvons supposer que les auteurs se proposaient de préciser les normes de limitations de la Convention applicables au domaine pénitentiaire. Toutefois, au lieu de préciser et de développer les clauses limitatives de la Convention, en prenant en compte les recommandations du CPT, certains de ses aspects importants ont été mal formulés, voire ne l'ont pas été du tout. De la même manière, l'occasion a été manquée de systématiser les garanties pratiques de la justification des restrictions.

D'autres recommandations du Conseil de l'Europe concernant certains droits des détenus mentionnent par endroits les limitations des droits. Dès 1962, la Recommandation Rec. (62)2 relative aux "Droits électoraux, civils et sociaux" observait que le seul fait de l'incarcération n'enlève pas au détenu ses droits électoraux, civils et sociaux, leur exercice pouvant, cependant, être limité lorsqu'il est incompatible avec les buts de la privation de liberté ou avec le maintien de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement pénitentiaire. D'un autre côté, cette Recommandation contenait des motifs très larges permettant des restrictions considérables.

La Recommandation de 1982 sur la détention et le traitement des délinquants dangereux (Rec. R(82)17) comporte des dispositions incitant à individualiser et aussi à réduire au minimum les restrictions relatives à la sécurité (y compris en réduisant au

minimum la durée de la restriction). L'exigence des mesures répressives minimales, même à l'égard des personnes ayant commis les crimes les plus graves, est également inscrite dans la nouvelle Recommandation sur le traitement des délinquants dangereux (Rec. (2014)3). Le principe de minimalité et de l'individualisation des restrictions est inclus dans d'autres recommandations récentes concernant des groupes de détenus tels que les mineurs ou les étrangers (Rec. (2012)12, Rec. (2008)11, Rec. (2006)13).

Conclusion (Partie II)

Les dispositions relatives aux limitations des droits des détenus font autant partie des normes internationales générales en matière de droits de l'homme que de normes spéciales contenues dans les documents internationaux portant sur les droits des détenus. Certaines d'entre elles comportent des clauses limitatives générales et/ou spéciales, alors que d'autres ne comprennent que des normes particulières entérinant indirectement les normes des restrictions justifiées.

Toutes les normes analysées s'en tiennent au principe reconnu selon lequel les détenus doivent pouvoir jouir au maximum des mêmes droits que les citoyens libres. Les exceptions à cette règle doivent être réduites au minimum, les restrictions elles-mêmes devant être strictement nécessaires.

Une autre idée universellement reconnue réside dans la doctrine des "restrictions inhérentes", qui suppose que les détenus continuent de bénéficier des droits dont la restriction ne "découle pas nécessairement" de l'emprisonnement. Nous la critiquons néanmoins pour son incapacité à constituer une garantie complémentaire de la non-application des restrictions non justifiées, voire à susciter le contraire.

Les normes générales des restrictions formulées dans les documents de l'ONU (pour l'essentiel dans la Déclaration et le Pacte relatif aux droits civils et politiques) concernent entièrement les droits des détenus. Or, elles sont concrétisées dans le droit mou: les Règles minimales des Nations Unies pour le traitement des détenus et d'autres textes onusiens. Le droit mou développe les dispositions générales citées, tout en insistant sur la minimisation des restrictions des droits des détenus.

La contribution principale au développement de la théorie et des pratiques de restriction des droits des détenus appartient au Conseil de l'Europe. La Cour européenne s'est au départ servi de la théorie des restrictions inhérentes à l'incarcération, qui permettait de priver les droits des détenus de la protection conventionnelle. Par la suite, la Cour a accepté intégralement le test à trois composantes pour évaluer le bien-fondé des limitations des droits des détenus. Toutefois, la doctrine des restrictions inhérentes continue toujours d'exercer une influence sur la jurisprudence de la Cour, notamment dans le contexte des souffrances

inévitables liées à l'incarcération faisant l'objet d'affaires portant sur la violation de l'article 3 de la Convention.

Tout comme dans les autres domaines de la jurisprudence de la Cour, la norme de proportionnalité est devenu la norme clé dans le domaine pénitentiaire. Néanmoins, notre analyse de la jurisprudence révèle des traits spécifiques d'utilisation dudit test dans le contexte pénitentiaire. Dans l'ensemble, ces traits démontrent que la Cour est mieux disposée à faire des concessions en matière d'atteintes aux droits des détenus. De plus, le caractère spécifique du cadre pénitentiaire mène à des situations où les normes de restriction des droits dépendent des buts de la peine et de l'incarcération, tels qu'énoncés dans la législation nationale. Nos conclusions confirment le fait que, malgré les efforts de la CEDH pour maintenir son approche générale vis-à-vis des limitations des droits de l'homme dans le domaine pénitentiaire, il est possible d'observer une adaptation de celle-ci compte tenu des spécificités de ce domaine.

S'agissant du droit mou du Conseil de l'Europe, il s'appuie largement sur la jurisprudence de la CEDH. Les normes du CPT, pour leur part, présentent néanmoins une vision quelque peu différente de la norme des restrictions, le CPT lui-même n'appliquant pas le test à trois composantes de la Cour. Par ailleurs, le Comité a développé nombre de garanties pratiques qui contribuent à la mise en œuvre de la norme de la Cour dans les réalités carcérales. Citons, en particulier, l'exigence d'établissement de la durée exacte d'application des restrictions, des personnes qu'elles concernent, de prise de décisions individuelles pour l'application des restrictions, et l'exigence de motivation de celles-ci, etc.

Aussi bien les normes du CPT que les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sont imprégnées de l'idée selon laquelle les restrictions doivent être minimales. Elles doivent être aussi individualisées, ce qui réprimerait la tendance négative à appliquer l'approche "tous dans le même panier", soit le fait d'imposer les mêmes restrictions à tous les détenus ou à un groupe d'entre eux. Les principes de minimalité et d'individualisation reflètent le principe plus général de proportionnalité. Le principe de minimalité est déterminé dans la Règle 3 des RPE et il est aussi exprimé dans d'autres dispositions concernant certains droits. Le principe d'individualisation est reflété dans beaucoup de dispositions des RPE et d'autres recommandations du Conseil de l'Europe.

Notre analyse montre une certaine incohérence entre la jurisprudence de la CEDH et le droit mou du Conseil de l'Europe en matière de norme de restriction des droits des détenus. Cette incohérence se manifeste principalement dans une vision un peu différente de la

proportionnalité et des buts légitimes des restrictions. Néanmoins, les deux types de normes s'accordent en ce qu'il est nécessaire de réduire au minimum l'action punitive de l'État par la minimisation des restrictions.

À la différence des normes de l'ONU, celles du Conseil de l'Europe ne prêtent pas une attention particulière à la doctrine des restrictions inhérentes à l'incarcération. Par contre, ces normes insistent beaucoup plus sur les principes de minimalité (en tant qu'aspect majeur de la proportionnalité) et d'individualisation. Il est, de plus, particulièrement important que ces principes soient reflétés dans des normes concrètes à orientation pratique, qui sont développées au cours de l'application des normes du Conseil de l'Europe par la Cour européenne et le CPT.

Les exigences portant sur l'individualisation et la minimisation des restrictions, sur le rapprochement maximum du statut juridique des détenus et des citoyens libres et sur la limitation de l'action répressive de l'État visant à limiter les droits, sont devenus en fait des impératifs déterminant le contenu et l'orientation des normes pénitentiaires internationales. Il n'en demeure pas moins qu'il reste, dans ces normes, peu de repères pour comprendre dans quelles mesure les restrictions peuvent/doivent être minimalisées. À notre avis, c'est l'aspect de sécurité qui va jouer le rôle principal dans l'avenir de la proportionnalité au sein du contexte pénitentiaire, alors que les données empiriques et études comparatives sont insuffisantes pour faciliter l'application des normes internationales à cet égard.

Partie III : Limitations des droits des détenus: expérience par pays

3. 1. France

3.1.1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

La France a une histoire du droit particulière qui a touché la question de la limitation des droits des citoyens. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, fondée sur les idées philosophiques progressistes de l'époque, sert d'exemple et de promotion de la conception des restrictions des droits à travers le monde entier. Cependant, en pratique, son influence ne s'observe pas, étant donné qu'elle n'est pas en général appliquée par les tribunaux. La raison en est le statut peu clair de la Déclaration, qui est attachée à la Constitution d'une manière juridiquement imprécise. Par conséquent, les juristes français ne l'utilisent en général pas en tant qu'instrument juridique efficace et préfèrent se référer aux règles juridiques. Néanmoins, la Déclaration reste un « instrument philosophique » quant il s'agit du domaine des droit de l'homme.

L'article 4 de la Déclaration énonce que la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

La norme qui porte la définition de la liberté fut qualifiée d'une "des clauses les plus sacrées" pour le contrat social⁷¹⁰. Les spécialistes considèrent cet article comme "probablement le plus théorique" de toute la Déclaration. Elle comporte plus d'abstraction que de pragmatisme⁷¹¹ et engendre plus de questions que de réponses concernant les problèmes des limites réciproques des droits de l'individu dans les rapports sociaux⁷¹².

Il est à noter que les auteurs de l'époque voyaient avant tout, dans cet article, le fondement des restrictions en matière pénale, c'est-à-dire en tant que points de repère pour

⁷¹⁰ De Clermont-Tonnerre S., *Analyse raisonnée de la Constitution Française décrétée par l'Assemblée Nationale*, Paris, L'Imprimerie de Migneret, 1791, p. 37-38.

⁷¹¹ Costa J.-P. Article 4, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires* sous la direction de Conac G., Deben M., Teboul G., Paris, Economica, 1993, p. 101.

⁷¹² Jeanneau B., *Juridictionnalisation et actualisation de la Déclaration des Droits de l'Homme*, *Revue de Droit public*, 1969, p. 659.

déterminer les raisons des punitions⁷¹³, et non comme restrictions des droits en tant que telles. Or, on observe actuellement un impact direct de la Déclaration sur la détermination des limites de la liberté au travers la détermination de la responsabilité dans le droit civil, pénal et les autres domaines du droit qui entérinent les libertés individuelles⁷¹⁴. L'impact de la Déclaration atteint également le domaine pénitentiaire.

Cet article n'a pu éviter des critiques acerbes émanant de penseurs en vue. J. Bentham, juriste anglais connu, observait que l'article se composait de trois parties et il y faisait les remarques suivantes⁷¹⁵:

1) "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui". J. Bentham affirme, s'adressant aux auteurs, qu'ils ont recours à un "petit artifice" pour donner à ce grand mot (liberté) une définition fautive. D'après cette définition, on ne saurait jamais si l'on a la liberté de faire une chose avant d'avoir examiné toutes ses conséquences. Si telle action paraissait nuisible à un seul individu, fût-elle permise par la loi, on ne serait pas libre de la faire. Il cite l'exemple selon lequel l'officier de justice n'aurait pas la liberté de punir un voleur, à moins d'être sûr de ne pas nuire à celui-ci. Il s'agit là, pour cet auteur, d'une absurdité extrême mais, elle est nécessairement impliquée dans cette définition de la liberté.

2) "L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits". Bentham dit que s'il y avait une telle législation dans le monde, elle serait arrivée à la perfection absolue.

3) " Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi". Citons une partie de son commentaire: "Vous me parlez d'une liberté qui était mon droit naturel et vous me dites maintenant que c'est à la loi seule à régler l'usage de ma liberté. Vous m'avez trop donné et vous m'ôtez trop⁷¹⁶. Vous avez commencé par établir mon indépendance absolue, et vous me replacez dans une dépendance totale. N'est-ce pas me traiter comme un prince imbécile à qui l'on accorderait une pleine puissance, à condition de ne s'en servir que d'après un code qui réglerait les moindres actions? [...] Voici ce qu'on aurait pu dire dans cet article: "La loi doit

⁷¹³ Cabet M., Histoire populaire de la Révolution Française de 1789 à 1830. Tome 1, Paris, Pagnerre éditeur, 1839, p. 270.

⁷¹⁴ Costa J.-P., Ibid, p. 106-113.

⁷¹⁵ Bentham J., Dumont E., Tactique des assemblées législatives, suivie d'un traité des sophismes politiques : ouvrages extraits des manuscrits. Tome second, Paris, Bossange frères, libraires-éditeurs, 1822, p. 289-292.

⁷¹⁶ L'auteur cite ensuite une expression métaphorique à ce propos: "Pourquoi transporter les hommes sur le sommet d'une montagne et de là leur montrer tout le domaine de leurs droits, puisque nous sommes obligés de les en faire redescendre, d'assigner les limites et de les rejeter dans le monde réel, où ils trouveront des bornes à chaque pas?".

laisser aux sujets une liberté entière, concernant les actes dont l'exercice n'a rien de préjudiciable à la communauté, soit immédiatement, soit par des conséquences éloignées. L'exercice des droits accordés à chaque individu ne doit avoir d'autres bornes légales que celles qui sont nécessaires pour maintenir chaque individu dans la possession et l'exercice des mêmes droits, autant que le plus grand bien de la communauté le permet ainsi. Il ne doit appartenir qu'au législateur suprême de déterminer ces bornes: cela ne doit être permis à aucun autre individu, soit qu'il possède ou non quelque autorité subordonnée"⁷¹⁷.

D'ailleurs, c'est justement l'article 4 qui est considéré comme expression formelle du principe selon lequel "tout ce qui n'est pas interdit est permis", l'un des principes essentiels concernant la détermination des limitations des droits de l'homme. Il est aussi vrai que certains auteurs de l'époque étaient d'un autre avis et indiquaient qu'il existait des domaines et des activités qui ne préoccupaient pas la société directement et dans lesquels l'État ne pouvait pas s'ingérer. C'est la raison pour laquelle cet article ne dit pas que tout ce qui n'est pas interdit par la loi est permis, en disant que l'on ne peut pas interdire ce qui n'est pas interdit⁷¹⁸.

Les craintes des pères de la Déclaration de voir les lois aller au-delà de ce qui était juste devait se confirmer par la suite⁷¹⁹. Ce fut le résultat de l'imprécision, propre notamment à cette norme-ci. La définition du concept de "préjudiciable à la société", en tant que détermination des limites des droits, a été critiquée. Il a été observé que ce qui est nuisible à la société ne doit pas toujours être interdit⁷²⁰.

De nos jours, l'interprétation de cet article continue d'attirer l'attention de spécialistes français. Ainsi que le fait noter Jean-Paul Costa, "Seul Robinson sur son île – avant l'apparition de Vendredi... - serait parfaitement libre, n'ayant pas d'autrui à lui nuire: dans un monde de plus de cinq milliards d'humains et où les interrelations sont innombrables, la liberté se trouve, semble-t-il, fort limitée: d'ailleurs qu'est-ce que nuire? Faire du tort à quelqu'un, le gêner? Singulière liberté que celle qui dépend de la subjectivité des autres, de leur propre appréciation, de leur humeur peut-être [...] On pourrait sans peine en déduire que cette définition négative n'apporte à l'affirmation de la liberté qu'un progrès modeste, qu'un

⁷¹⁷ Bentham J., Dumont E., *Ibid*, p. 291.

⁷¹⁸ Merlin M., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Troisième édition, Paris, Carnery, 1808, p. 444.

⁷¹⁹ Rivero J., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25-26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 75-76.

⁷²⁰ *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour*. Tome 8. Années 1791-1792, Paris, Alexis Eymery, Libraire de la Minerve française et Correard, 1819, p. 174-175.

mince contenu"⁷²¹. Cet auteur insistait encore sur le caractère théorique de l'article 4, dont l'application pratique était difficile à imaginer.

La force juridique et l'efficacité pratique de la Déclaration étaient limitées et restent toujours discutables⁷²². Cela concerne aussi son application aux droits autres que ceux de la première génération, qui, à l'époque, abandonna les idées du droit naturel⁷²³. Dans le même temps, son importance pour le développement de l'idéologie de la Première République est difficile à surestimer. Elle fixa trois repères méthodologiques pour la politique en matière de concordance des libertés en conflit (mention du préjudice à autrui, constance du sens des libertés et recherche de l'équilibre entre droits), sans qu'il désignât toutefois une voie concrète d'harmonisation, puisqu'il ne faisait qu'affirmer le principe d'une telle harmonisation⁷²⁴. L'absence de détermination des limites aux restrictives de droits constitue l'une des raisons pour lesquelles la Déclaration a créé, en même temps que la définition des principes de limitation des droits, un champ pour des abus du pouvoir discrétionnaire dans l'imposition des restrictions. Par la suite, ces idées se sont traduites par des discussions nombreuses portant sur la conception de l'harmonisation des droits des individus différents.

La Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est devenu un monument juridique de l'histoire, entre autre, grâce à sa célèbre disposition relative à la limitation des droits. L'article 4 souligne que les limites des droits sont celles qui sont nécessaires pour assurer les droits d'autrui; toute limitation doit être ordonnée par la loi. La Déclaration envisageait pourtant, au travers de l'article 4, les fondements des limitations en matière pénale, soit servant de fondement à la sanction pénale en tant que telle ; elle ne servait pas de fondement à la restriction de tous les droits en tant que tels. D'un autre côté, l'article 4 de la Déclaration a joué un rôle important, non seulement sur le terrain juridique mais, autant et même plus, sur le terrain philosophique et politique du domaine des droits de l'homme.

Toutefois, la formulation des normes spécifiques concernant les restrictions des droits des détenus interviendra beaucoup plus tard.

⁷²¹ Costa J.-P., Article 4., Ibid., p. 102.

⁷²² Voir chapitre "L'ineffectivité juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789", in Machelon J.-P. *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques.* – Paris, Presses de la Fondation Nationale Des Sciences Politiques, 1976, p. 33-40.

⁷²³ Saint-James V., *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français.* Thèse pour le Doctorat en Droit Public, Université de Limoges, Limoges, Presses universitaires de France, 1995, p. 63-66.

⁷²⁴ Ibid, p. 75-77.

3.1.2. Loi pénitentiaire de 2009

La société française attendait une loi pénitentiaire spéciale depuis près de dix ans, lorsque son élaboration fut entamée à la suite d'arrêts de la CEDH contre la France⁷²⁵. La problématisation de la prison à la lumière des droits de l'homme avait fait de la résolution des questions pénitentiaires une mission "noble" pour le Parlement⁷²⁶, la loi jouissait d'un intérêt considérable. Malgré cela le Parlement avait joué un rôle très limité dans sa rédaction. Le rôle principal était attribué à l'administration pénitentiaire. Le Parlement avait quelques jours pour analyser le projet et soumettre des amendements pertinents alors que sa préparation par l'Administration pénitentiaire s'étendait sur plusieurs années. Nous pouvons y reconnaître l'origine d'un nombre important de problèmes de la loi du point de vue des droits de l'homme dont il s'agira infra.

L'objectif principal de la loi était de rendre les normes nationales appliquées dans le domaine pénitentiaire conformes aux normes internationales⁷²⁷. Elle devait devenir une sorte de complément à la législation française volumineuse régissant le domaine pénitentiaire et celui de l'exécution des peines. Elle complète parfois, par ses normes et règle, d'une nouvelle manière les rapports concernant les questions d'exécution des peines, lesquelles avaient été déjà réglées par le CPP en France.

La loi ne devint pas toutefois le régulateur intégral des rapports complexes qui se créent dans le domaine pénitentiaire, car elle devait même parfois embrouiller le cadre réglementaire. En réalité, le pays discutait déjà depuis longtemps de la nécessité d'un code⁷²⁸, mais l'éloignement de la Loi par rapport à la perspective de marquer un pas dans la codification et de combler les lacunes dans le domaine de l'exécution des peines étant très

⁷²⁵ Cliquennois G., Herzog-Evans M., *European Oversight of Belgian, French and British Prison Policies*, *Prison Service Journal*, 2016, n° 227, p. 28.

⁷²⁶ Chabbal J., *Changer la prison : la cause du parlement. L'intrusion parlementaire dans les politiques pénitentiaires françaises (1999-2009)*, Thèse, doctorat de sciences politiques, Paris, Université Paris-Dauphine, 2014, p. 624.

⁷²⁷ Herzog-Evans M., *Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées*, *Actualité juridique familiale*, 2009, n° 12, p. 484.

⁷²⁸ *La France face à ses prisons, rapport de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, 2000* et *Prisons : une humiliation pour la République, rapport de la Commission d'enquête du Sénat, Document du Sénat n° 449, 2000.*

important dès son étape de conception⁷²⁹. Comme résultat, en reprenant les termes de Juliette Lelieur qui critique le processus législatif en matière de procédure pénale française⁷³⁰, il nous semble approprié de qualifier cette loi de "réformette", le législateur en ayant "manifestement perdu – ou détourné – le fil directeur".

Toutefois, cette loi présente une grande importance pour notre thèse par sa clause limitative relative aux droits des détenus. Elle est formulée à l'article 22 ainsi libellé: "L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection des intérêts des victimes. Ces restrictions tiennent compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue".

Par ailleurs, d'autres normes de la loi comportent des règles complémentaires qui fixent d'une manière ou d'une autre, les limites des actions étatiques en matière de limitation des droits des détenus.

Nous analyserons ci-après cette loi sur le plan des idées portant sur les limitations des droits déterminées tant dans une clause limitative générale que dans les clauses faisant partie de normes particulières.

3.1.2.1. Clause limitative générale (article 22 de la Loi pénitentiaire)

3.1.2.1.1. Critique de l'article 22 de la Loi pénitentiaire

La clause générale fit l'objet de critiques virulentes de la part de spécialistes français comme il sera vu *infra*. Les observations principales portaient sur les motifs d'application des restrictions (ou les buts de celles-ci), de même que sur les facteurs à prendre en compte pour pouvoir appliquer cette clause.

⁷²⁹ Herzog-Evans M., Vers une codification de l'exécution des peines, *Revue pénitentiaire et du droit pénal*, 2009, n° 1, p. 121-132 ; Herzog-Evans M., Les grandes lignes de la codification, *in* Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal (dir. M. Danti-Juan), Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, Paris, Cujas, 2006, p. 187-222 ; Herzog-Evans M., *Droit. Citoyenneté. Prison*, disponible sur : <http://www.revue-projet.com/articles/2002-1-le-droit-en-prison/#noteno6> (accédé le 27.01.2015).

⁷³⁰ Lelieur J., L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne: une chance pour un droit probatoire français en crise?, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, n° 1, p. 591.

L'article 22, qui comporte la clause limitative générale provoqua des débats sérieux et des modifications dès l'étape du projet de loi en sa première rédaction⁷³¹. Il disposait simplement que "l'administration pénitentiaire garantit à tout détenu le respect des droits fondamentaux inhérents à la personne". Au moment du dépôt du projet de loi, cette norme avait disparu du texte, ayant cédé la place à une norme semblable pour la version de l'article 22 évoquée ci-dessus. C'est-à-dire que le projet de loi comprenait une norme qui admettait les restrictions et déterminait les conditions de celles-ci.

Cette norme fut intensément critiquée, surtout par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)⁷³² qui accusait cette version de préférer les restrictions en tant que principe plutôt que les droits eux-mêmes⁷³³. L'exercice des droits par les détenus devenait ainsi une exception et les restrictions, une règle⁷³⁴. De ce fait, la Commission des lois du Sénat observait, elle aussi, qu'il lui semblait "préférable de poser d'abord l'obligation pour l'administration pénitentiaire de garantir les droits des détenus avant d'en rappeler les limites". Elle ajoutait, par ailleurs, que l'invocation de la sécurité de la personne en tant que circonstance à prendre en considération pour l'application des restrictions n'était pas nécessaire et elle concrétisa sa critique en apportant des modifications au texte de l'article examiné⁷³⁵. Par la suite, l'état de santé de la personne compléta les circonstances à prendre en compte.

Ainsi que le fait noter le professeur M. Herzog-Evans, dans son commentaire à la loi nouvellement adoptée, et à son article 22 en particulier, "Après une vaguissime et expéditive proclamation de droits [...] et de la dignité, un long pan de phrases et une seconde phrase permettent d'y porter atteinte pour des motifs aussi flous et compréhensifs que l'ordre interne

⁷³¹ Assemblée Nationale, Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No. 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, par M. J.-P. Garraud, p. 141–147.

⁷³² Organisme administratif indépendant consultant le parlement et le gouvernement français en matière des droits de l'homme.

⁷³³ S'agissant de la mise en place continue d'exceptions possibles sur les droits dans cet article et d'autres, l'organisation non gouvernementale GENEPI, bien connue dans le domaine pénitentiaire, faisait observer à juste titre qu'elle réprouvait cette loi du "sauf si" et exigeait que les restrictions pouvant être ou ne pas être appliquées par l'administration pénitentiaire aient une durée admissible précise et les motifs de leur application (Position du Genepi sur la loi pénitentiaire de 2009 Adoptée par l'assemblée générale du 12 juin 2010 suite à un travail de consultation et de concertation, par boucles mail, avec l'ensemble des bénévoles de l'association, disponible sur : <http://www.genepi.fr/upload/files/2009%20-%20Position%20du%20Genepi%20sur%20la%20loi%20p%20C3%A9nitentiaire%20de%202009.pdf> (accédé le 28.01.2015)).

⁷³⁴ Commission consultative nationale des droits de l'Homme, avis sur le projet de loi pénitentiaire adopté par l'Assemblée plénière le 6 novembre 2008, p. 4.

⁷³⁵ Rapport (n° 143, session ordinaire de 2008-2009) de M. Jean-René Lecerf, au nom de la commission des Lois du Sénat sur le projet de loi pénitentiaire, p. 93.

des établissements pénitentiaires"⁷³⁶. Dans son interview sous le titre "La sécurité pénitentiaire est l'ennemie de la sécurité publique"⁷³⁷, elle indiquait: "Le but (de cette norme – N.D.L.A.) est clair: il s'agit de donner un fondement légal aux atteintes aux droits des détenus. On a donc d'authentiques régressions (en ce qui concerne les droits dans les autres articles dont la liste suit – N.D.L.A.)..."⁷³⁸. Par exemple, cet article donna le ton à l'article 43 de la loi qui, prévoit l'accès des détenus aux publications écrites et audiovisuelles. Selon cet article l'autorité administrative peut interdire l'accès des personnes détenues aux publications du motif tel que les "menaces précises contre la sécurité des personnes ou celle des établissements pénitentiaires", qui figurait auparavant à l'art. 444 du CPP français. Nous savons que l'administration pouvait déjà en interdire l'accès, non en présence de menaces graves précises, mais simplement en présence de menace grave ainsi que lorsque les publications contiennent "des propos ou signes injurieux ou diffamatoires à l'encontre des agents et collaborateurs du service public pénitentiaire". De tels pouvoirs sont choquants par rapport au droit commun en liberté⁷³⁹.

Cette même auteure estime que l'approche exposée dans la loi privilégie les restrictions aux droits et le pose en principe; l'exercice des droits par les détenus constitue une exception. En ce qui concerne l'affirmation des droits et libertés, la loi les diminue et elle vise à permettre l'ingérence dans les droits au nom de motifs vastes qui ont trait à l'ordre à la sécurité et que le service pénitentiaire maîtrise parfaitement en tant qu'outil⁷⁴⁰. Dans tous les cas, les droits sont déduits des restrictions⁷⁴¹; cela est un fait malgré la formulation assez prudente choisie par le législateur.

Néanmoins, ainsi que le font remarquer à juste titre des auteurs français, malgré la formulation apparemment restrictive de l'article 22, l'exercice des droits ne pourrait être soumis à des restrictions "autres que...", les raisons légitimes d'appliquer ces restrictions aux droits des détenus restent nombreuses, surtout s'agissant des impératifs de sécurité, qui

⁷³⁶ Herzog-Evans M., Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative, Recueil Dalloz, 2010, n° 1 (janvier), p. 31-32.

⁷³⁷ Cela veut dire que les régimes trop sévères dont l'application était allégée par la Loi produisent davantage de récidivistes.

⁷³⁸ Herzog-Evans M., La sécurité pénitentiaire est l'ennemie de la sécurité publique (Entretien réalisé par Stéphane Laurent), Dedans Dehors, 2009, n° 70-71, p. 15.

⁷³⁹ Herzog-Evans M., Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative, Recueil Dalloz, 2010, n° 1 (janvier), p. 32-33.

⁷⁴⁰ Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd. - Paris: Dalloz, 2012. – p. 92.

⁷⁴¹ Ibid, p. 103.

tendent à entraver l'exercice des droits proclamés comme fondamentaux⁷⁴². En conséquence, les détenus ne pourraient pas espérer exercer totalement les droits qu'ils essayent d'obtenir, cette norme remplaçant systématiquement l'obligation de l'administration pénitentiaire de garantir au détenu le respect de sa dignité et de ses droits⁷⁴³.

Par ailleurs, déjà pendant l'examen du projet de loi, les députés proposaient le principe selon lequel les détenus bénéficieraient des mêmes droits que les citoyens libres, mises à part quelques restrictions. Il était considéré que cela permettrait de mettre plus d'ordre dans l'univers pénitentiaire⁷⁴⁴. Il était proposé ainsi d'énoncer explicitement que les restrictions n'étaient qu'une exception et l'exercice des droits une règle. Cependant, cette idée ne fut pas prise en compte.

La clause limitative de la loi a été critiquée sous de nombreux angles.

C'est ainsi que la norme énonçant que la personnalité du détenu doit être prise en considération en appliquant les restrictions, avait un but plus global servant notamment à établir la base des régimes différenciés au sein de l'établissement pénitentiaire⁷⁴⁵. L'idée trouva son prolongement dans l'article 89, qui prévoyait que le détenu arrivant dans l'établissement pénitentiaire serait soumis à un examen pluridisciplinaire de personnalité pour en dresser le bilan. C'est donc cette évaluation qui devrait être prise en considération en imposant des restrictions ainsi qu'en différenciant le régime de chaque détenu. Une telle différenciation présentait des risques notables, puisque, à défaut d'être détaillée dans la loi, elle était laissée totalement à la discrétion de l'administration pénitentiaire, ce qui faisait dire que "l'administration pourrait faire ce qu'elle voudrait"⁷⁴⁶. Signalons à ce propos qu'avant cette loi, il n'y avait pas de normes contenant des dispositions aussi larges en matière de compétences portant sur la différenciation.

Commentant l'article 22, Samantha Enderlin souligne son imperfection et attire

⁷⁴² Lochak D., *Défendre en justice la cause des détenus, défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences*, *Défendre en justice la cause des personnes détenues*. Colloque, CREDOF-CNCDDH-OIP, 25-26 janvier 2013, Palais du Luxembourg. La Documentation française (ed.), Paris, Commission nationale consultative des Droits de l'homme, 2014, p. 98–100.

⁷⁴³ Touillier M., *L'effectivité des droits des personnes détenues à l'aune des évolutions récentes du droit français*, *Enfermements. Populations, Espaces, Temps, Processus, Politiques*. Sous la direction de Tournier P.V., Préface de Serge Blisko, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 167.

⁷⁴⁴ Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*. 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 146.

⁷⁴⁵ *Ibid*, p. 15.

⁷⁴⁶ *Ibid*.

l'attention sur des points fondamentaux⁷⁴⁷:

a) En ce qui concerne les citoyens libres, les restrictions ne peuvent être appliquées que pour atteindre des objectifs tels que la protection des droits et libertés d'autrui et poursuivre des buts à valeur constitutionnelle tels que l'ordre public.

De cette façon, estime-t-elle, le droit pénitentiaire pourrait limiter les droits des détenus en invoquant les mêmes buts sans préjudice pour l'ordre et la sécurité de l'établissement. Fort inutile est la mention de buts aussi imprécis que la prévention des évasions, des infractions et la protection des intérêts des victimes, puisque le but de l'ordre public les intègre inévitablement⁷⁴⁸;

b) L'article ne comporte pas l'exigence de la stricte nécessité et de la proportionnalité des restrictions compte tenu du but poursuivi⁷⁴⁹.

D'ailleurs la nécessité de cette exigence de la Commission des lois constitutionnelles était signalé dans l'avis de Michel Vaxès, qui observait que les restrictions devaient être exceptionnelles et proportionnées et qui proposait aussi des critères de non-discrimination. Cependant, la Commission les rejeta en avançant comme argument que "l'article 1^{er} de la

⁷⁴⁷ Enderlin S., Droit constitutionnel et droit pénitentiaire. Les prémices de la protection constitutionnelle des personnes détenues, *in* Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement. Sous la direction de Pierre V. Tournier, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 59–60.

⁷⁴⁸ Il est à noter que les RPE admettent aussi le but des restrictions visant la protection des droits des victimes (règle 24.2 relative aux contacts avec le monde extérieur). La CEDH semble montrer, par sa jurisprudence, qu'elle cherche à équilibrer les droits des délinquants avec ceux des victimes (Snacken S., *Legitimacy of Penal Policies: Punishment Between Normative and Empirical Legitimacy, Legitimacy and Compliance in Criminal Justice*, Ed. by A. Crawford and A. Hucklesby, Abingdon, Routledge, 2013, p. 56). S. Snacken, professeur belge de criminologie, observe à juste titre qu'il y a des victimes qui peuvent détester les délinquants, comme il y en a d'autres qui leur pardonner. Elle laisse entendre qu'il est inadmissible que des peines différentes soient appliquées par l'État pour une même infraction selon le type de chaque individu victime (Honorary Doctorates 2009 - Prof Sonja Snacken about the honorary doctorate title of David Garland (à partir de 02:55), disponible sur : https://www.youtube.com/watch?v=fE_Ct-DxHF0 (accédé le 30.11.2016).

Il existe par ailleurs la position selon laquelle le but de la protection des droits des victimes ne s'inscrit dans aucun des buts légitimes de restrictions dans le droit constitutionnel et européen (Enderlin S., *Ibid*, p. 444).

Un tel but suscite plus de questions qu'il ne donne de réponses. S. Garkawe s'interroge à juste titre: "Les droits des victimes ont-ils une incidence négative sur l'équilibre qui devrait être établie entre les droits de la victime et du condamné?" (Garkawe S., *Crime Victims and Prisoners Rights, Prisoners as Citizens. Human rights in Australian Prisons*, Ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 263). Cette question pourrait être complétée par une question plus complexe encore: est-il admissible que la prise en compte des droits des victimes influe sur les restrictions des droits des détenus plus que la prise en compte des droits de toute autre personne?

⁷⁴⁹ Le problème d'absence de mention de la nécessité des restrictions dans une société démocratique (qui se fonde sur la norme de proportionnalité) est aussi signalé par M. Herzog-Evans: Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 104.

Constitution suffit à garantir les principes de non-discrimination, et l'article 10 du texte prévoit un encadrement suffisant des restrictions aux libertés"⁷⁵⁰.

L'absence totale d'argumentation de la part de la Commission, à l'appui de la position visant à ignorer le principe de proportionnalité, attire nécessairement l'attention du fait de son contraste sensible avec les considérations du rapporteur exposées dans l'introduction au rapport sur le projet de la loi donnée. Il citait notamment la Règle 3 des RPE (qui suppose la stricte nécessité et l'ampleur minimale des restrictions – N.D.L.A.) et observait qu'elle n'avait pas trouvé son expression juridique et était inconnue du droit pénitentiaire français, lequel tendait à privilégier les considérations de sécurité au détriment de l'exercice des droits, au risque d'imposer à certaines personnes des contraintes disproportionnées⁷⁵¹. D'autre part, les députés proposaient de mentionner que les restrictions "doivent être exceptionnelles, justifiées et proportionnelles au but poursuivi"⁷⁵². Cependant, l'exigence de proportionnalité ne fut pas incluse dans la clause limitative.

Le constat de ce que le principe de proportionnalité n'a pas été énoncé est particulièrement pertinente et demande certaines explications.

La proportionnalité est l'exigence qui protège de l'arbitraire et de la domination du principe d'utilité dans les administrations servant à réaliser leurs propres buts au détriment des droits de l'homme. Elle offre en même temps la possibilité de concilier les intérêts de l'administration et du détenu, en assurant un équilibre de ces intérêts, ce, sans privilégier l'une des parties. Or, la formulation des buts des restrictions et l'orientation de celles-ci à la réalisation de ces buts, non seulement ne garantissent pas suffisamment contre les restrictions excessives des droits des détenus, mais, bien au contraire, légitiment des activités restrictives démesurées des autorités pénitentiaires.

C'est ainsi que, sous prétexte que la restriction vise à assurer l'ordre dans l'établissement, on pourrait admettre la limitation absolue du droit à la correspondance écrite ou téléphonique avec le monde extérieur. Il serait même possible d'interdire les promenades journalières, les divertissements collectifs des détenus, etc. Il est vrai que ces mesures peuvent réduire jusqu'à une certaine mesure les risques pour la sécurité et l'ordre de l'établissement et elles pourraient donc théoriquement être imposées aux détenus en vertu d'une clause

⁷⁵⁰ Assemblée Nationale, Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No. 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, par M. J.-P. Garraud, p. 145.

⁷⁵¹ Ibid, p. 21

⁷⁵² Ibid, p. 538.

limitative pareille à celle qui figure à l'article 22 de la loi. C'est-à-dire que du point de vue théorique, à défaut d'exigence de proportionnalité, le pouvoir public ne se limite pas réellement dans sa politique répressive par la mise en œuvre de restrictions des droits des détenus dès lors qu'il peut, sans grande difficulté, affirmer qu'il poursuit l'un des buts compris dans la clause limitative générale.

D'autre part, l'absence de proportionnalité dans l'article 22⁷⁵³ produit des conséquences négatives graves pour la défense en justice des droits des détenus. N'importe quel argument du détenu réclamant l'invalidation de la restriction de ses droits, pourrait être contesté par l'État affirmant que la restriction donnée vise en réalité un but légitime.

L'absence d'exigence de proportionnalité des restrictions conduit à une autre conséquence négative: le manque de base pour le développement de la jurisprudence en matière de droits des détenus. La théorie de justification des restrictions a plus de raisons d'évoluer quand les tribunaux sont obligés de mettre en équilibre les intérêts individuels et institutionnels en prenant en compte les exigences de proportionnalité. Cela permet de développer l'argumentation juridique et contribue indirectement à développer les techniques de motivation et de justification des restrictions par les administrations pénitentiaires pour défendre leur position en justice. Par ailleurs, la motivation appropriée de la décision sur l'application d'une restriction, tout comme la motivation de n'importe quelle décision déterminant l'étendue des droits et libertés fera que la personne concernée prendrait, de manière adéquate, les motifs et les causes de cette décision, ou bien, au cas où l'intéressé serait mécontent de la décision, il pourrait l'invoquer pour son recours.

D'autres défauts de l'article 22 ont été signalés dans l'étude spéciale du projet de loi pénitentiaire réalisée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁷⁵⁴. Dans ses critiques, la Commission mettait en relief les préconisations d'une autre commission (commission Canivet) qui observait que "le défaut de praticabilité des règles et la trop grande marge d'appréciation qu'elles laissent à l'administration [pénitentiaire] sont à l'origine de

⁷⁵³ Il convient d'observer que le CPP français connaît le principe de proportionnalité dans la détermination des restrictions justifiées imposées aux détenus. Témoin l'article D 242 du CPP qui fut annulé en 2010. Il disposait notamment: "L'ordre et la discipline doivent être maintenus avec fermeté, mais sans apporter plus de contraintes qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité et d'une bonne organisation de la vie en collectivité". Cette norme traduit la proportionnalité. La phrase "sans apporter plus de contraintes qu'il n'est nécessaire" est essentielle pour la proportionnalité. Cette norme reproduisait d'ailleurs presque littéralement la règle 27 des Règles minima pour le traitement des détenus de 1977.

⁷⁵⁴ Étude sur le projet de la loi pénitentiaire. Commission nationale consultative des droits de l'homme, disponible sur : http://prison.eu.org/IMG/pdf/Etude_CNCDH_projet_de_loi_penitentiaire.pdf (accédé le 28.06.2016)

litiges et de frustrations"⁷⁵⁵. Quant à l'article, il abusait des formulations du type "contraintes inévitables dans l'emprisonnement", "maintien de la sécurité et du bon ordre de l'établissement", "prévention des infractions", "protection des intérêts" des victimes, ce qui n'assure ni une réglementation juridique précise, ni une prévisibilité⁷⁵⁶. Du point de vue de la Commission, la règle de l'article 22 précisant que les restrictions "tiennent compte de l'âge, de l'état de santé, de la dangerosité et de la personnalité des détenus" est inadmissible⁷⁵⁷. Si l'âge peut être considéré comme un élément légitime au regard de la nécessaire distinction entre les individus majeurs et mineurs, les autres facteurs peuvent être considérés comme discriminatoires, à cause de critères flous et subjectifs de personnalité et de dangerosité. La commission exprima sa préoccupation concernant les possibilités qui s'ouvraient ainsi pour l'administration pénitentiaire de restreindre, de manière discrétionnaire, les droits fondamentaux des détenus sur une base éminemment incertaine⁷⁵⁸. La contre-argumentation portait, en partie, par exemple, sur le fait que la signification du concept de dangerosité qui pouvait acquérir un sens le plus varié, selon qu'elle est vue sous l'angle criminologique ou pénitentiaire⁷⁵⁹. Une référence apparaît dans l'observation du Comité des droits de l'homme de l'ONU qui critiquait l'absence de critères de dangerosité en France⁷⁶⁰. Finalement, il était proposé de supprimer les formulations qui tenaient compte de l'âge, de la personnalité et de la dangerosité des détenus⁷⁶¹.

Un autre inconvénient majeur de l'article 22 consiste dans l'admissibilité des restrictions de fait. Une fois inscrit dans la loi, ce concept, déjà critiqué par nous⁷⁶², eut une grande influence sur la justification des restrictions des droits en France.

⁷⁵⁵ Rapport Canivet, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, mars 2000, *in* Le nouveau guide du prisonnier. Observatoire international des prisons, Paris, Éditions de l'Atelier, 2000, p. 181.

⁷⁵⁶ Étude sur le projet de la loi pénitentiaire, *Ibid*, p. 15.

⁷⁵⁷ La rédaction définitive de la loi ne comportait plus la "dangerosité" en tant facteur à prendre en compte pour imposer des restrictions.

⁷⁵⁸ Étude sur le projet de la loi pénitentiaire, *Ibid*, p. 15.

⁷⁵⁹ *Ibid*, p. 15.

⁷⁶⁰ Observations finales du Comité des droits de l'homme 93ème session CCPR/C/FRA/CO/4 du 22 juillet 2008 recommandation n°16.

⁷⁶¹ Étude sur le projet de la loi pénitentiaire, *Ibid*, p. 15. La Commission était si critique envers cette norme qu'elle usa d'une conception "radicale" des droits des détenus et insistait sur le fait que ceux-ci "ne doivent souffrir d'aucunes restrictions" (Étude sur le projet de la loi pénitentiaire, *Ibid*, p. 8.). Les auteurs de ces documents voulaient probablement souligner l'idée d'inadmissibilité de nouvelles restrictions par rapport au statut juridique des citoyens libres.

⁷⁶² Voir 1.3.2 "Classification selon l'origine de la limitation. Restrictions des droits découlant de l'incarcération".

3.1.2.1.1.1. Limitations inhérentes à l'incarcération en tant que dérogations admissibles au principe de légalité

Aux termes de l'article 22 de la loi pénitentiaire, "l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des **contraintes inhérentes à la détention** (souligné par nous – N.D.L.A.), du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection des intérêts des victimes". Cela signifie en fait que les détenus peuvent être soumis à des restrictions qui sont inévitables dans le contexte de l'emprisonnement.

En instaurant cette norme, le législateur n'en ignorait pas moins ses propres observations relatives aux restrictions des droits. L'une des explications de ce fait est le rôle principal de l'Administration pénitentiaire dans la préparation du projet de la loi. C'est ainsi que le rapport sur la loi pénitentiaire adressé à la Commission législative des lois constitutionnelles et à l'administration de la République en général, et qui fut adopté par le Sénat, faisait noter qu' "en l'état actuel du droit, la plupart des normes régissant les droits et obligations des personnes détenues sont de nature réglementaire. Les restrictions apportées aux droits fondamentaux induites par la privation de liberté doivent être fixées par le législateur"⁷⁶³. D'autre part, sans doute à l'opposé de la proposition énoncée, était rejetée l'observation des députés à propos du projet qui visait à énoncer clairement que les restrictions n'étaient fixées que par la loi. Il était souligné que cela permettrait de se mettre en conformité avec les suggestions évoquées ci-dessus de la commission Canivet⁷⁶⁴.

Dans le même temps, l'article 22 permet d'ignorer la loi. Car dès lors qu'il est nécessaire de niveler les droits au profit de l'administration pénitentiaire, le juge peut toujours appliquer la norme de cet article précisant que les restrictions peuvent être imposées au regard des contraintes inévitables de l'emprisonnement. A ce propos, l'ancien juge de la Commission européenne, M. Petiti, observait à juste titre: "Dire que le détenu a tous les droits sauf ceux qui s'opposeraient aux contraintes (inévitables – N.D.L.A.) de la détention me paraît une formule un peu brutale, car chaque État peut fixer certaines limitations à condition qu'elles soient conformes aux principes de nécessité et de proportionnalité admis dans les sociétés

⁷⁶³ Assemblée Nationale, Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No. 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, par M. J.-P. Garraud, p. 13.

⁷⁶⁴ Ibid, p. 146.

démocratiques: la Convention n'interdit pas ces limitations si elle ne sont pas exorbitantes"⁷⁶⁵. En outre, le terme de "restrictions inhérentes à la détention" est "éminemment flou"⁷⁶⁶, ce qui concerne d'ailleurs les notions de "protection des victimes" et "prévention de la récidive"⁷⁶⁷. Il n'en reste pas moins que l'idée formalisée de l'admissibilité de la justification de l'ingérence dans les droits subjectifs, compte tenu des restrictions inhérentes à la détention, a été réaffirmée par le Conseil constitutionnel⁷⁶⁸. Ce dernier n'a toutefois jamais ce qu'il fallait entendre par "restrictions inhérentes à la détention"⁷⁶⁹.

Malgré l'attachement de la France à l'idée que les restrictions doivent être fixées par la loi, l'article 22 n'évoque absolument pas la nécessité de fixer les restrictions par la loi ou par un autre texte. L'absence de mention de la source admissible de la restriction peut être compensée évidemment par les prescriptions de la Convention européenne mais, ce fait témoigne encore une fois du problème de qualité rédactionnelle de l'article 22 de la Loi.

Notons qu'une autre rédaction de cet article avait été proposée au cours de l'élaboration du projet de loi, mais elle fut rejetée. Elle reflétait une idée française populaire mais, bien éloignée de la pratique, soutenant que les détenus ne sont privés que de liberté de circulation tout en conservant les autres droits. La proposition était ainsi libellée: "Les droits et garanties du détenu, autres que sa liberté d'aller et venir, ne peuvent recevoir de restrictions que de la loi"⁷⁷⁰. Cette idée est non seulement détachée de la pratique, mais elle n'a pas de perspectives sous l'angle de la protection des droits de l'homme contre les restrictions non justifiées. Nous proposons de l'analyser plus bas.

⁷⁶⁵ Les droits du détenu et la convention européenne des droits de l'homme, Séance de section du 9 mai 1981 (1), sous la présidence de Monsieur Ancel, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1981, n° 3 (juillet-septembre), p. 324.

⁷⁶⁶ Herzog-Evans M., Droit pénitentiaire, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 226.

⁷⁶⁷ Ibid.

⁷⁶⁸ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, cons. 4 et 6 ; Conseil Constitutionnel, Décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires.

⁷⁶⁹ Slama S., Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlisement du statut constitutionnel des personnes détenues, La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, disponible sur : <http://revdh.revues.org/652> (accédé le 27.01.2015)

⁷⁷⁰ Amendement N° 289 (Rejeté). Discuté en séance le 16 septembre 2009 // <http://2007-2012.nosdeputes.fr/amendement/1899/289> (accédé le 28.01.2015).

3.1.2.1.1.2. Sécurité et ordre en tant que raisons (objectifs) des limitations des droits des détenus

Les spécialistes sont aussi critiques à l'égard des notions de "sécurité" et d'"ordre" en tant motifs (buts) de restrictions des droits conformément à l'article 22. Ces deux formulations sont même dénommées "antédiluviennes" ou "diptyque antédiluvien"⁷⁷¹ par l'histoire de leur application, ce qui atteste le flou de ces termes en tant base du pouvoir discrétionnaire exercé par l'administration pénitentiaire. La Loi ne sut pas remédier au problème de ces termes qui, de ce fait, peuvent être facilement utilisés pour réduire des droits⁷⁷².

Les deux catégories peuvent être rapportées aux indices qui distinguent l'ampleur des restrictions des droits des détenus par rapport à celles des droits des citoyens libres. Ce sont elles qui justifient régulièrement une plus large limitation des droits des détenus. Elles sont utilisées aussi bien au niveau national que pour justifier la position de l'État lors de l'examen par la CEDH des affaires portant sur la restriction des droits des détenus. Elles sont acceptées, par ailleurs, dans le droit mou du Conseil de l'Europe⁷⁷³.

Deux aspects de sécurité sont distingués dans la langue anglaise. Parfois « sécurité » (security) est appelée « l'incarcération » et on la considère comme aspect externe de l'emprisonnement (par exemple, prévention des évasions). La sûreté (safety) est appelée « l'ordre » qui représente l'aspect interne de gestion des détenus⁷⁷⁴. Des avis sont exprimés pour que la notion de sécurité comprenne aussi bien l'aspect externe (concernant le monde extérieur) que l'aspect interne (concernant la vie derrière les murs de la prison)⁷⁷⁵.

L'on entend aussi par sécurité le résultat-objectif et le droit de l'individu: "[la sécurité désigne] une situation dans laquelle un individu ou une collectivité a le sentiment d'être plus ou moins objectivement à l'abri d'un danger, d'une menace ou d'un risque... elle peut être

⁷⁷¹ Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 104.

⁷⁷² Céré J.-P., *Virage ou mirage pénitentiaire? - À propos de la loi du 24 novembre 2009*, La Semaine Juridique Edition Générale, 2009, n° 50 (décembre), p. 552 ; Herzog-Evans M., *Ibid*, p. 107.

⁷⁷³ Il est curieux que les Règles pénitentiaires européennes placent la sécurité et la sûreté parmi les buts admissibles de la restriction des droits aux contacts et à la communication (Règle 24.2). Dans ce contexte, il convient de souligner le manque d'accord entre les RPE et la Convention. La Règle 24.2 ne reprend pas littéralement les buts légitimes des restrictions fixés dans la Convention. Au lieu des termes "sécurité nationale" ("national security") et "sûreté publique" ("public safety") utilisés dans les clauses limitatives de la Convention, les RPE les adaptent aux réalités pénitentiaires et n'utilisent que "sécurité" et "sûreté".

⁷⁷⁴ Van Zyl Smit D., Snacken S., *Ibid*, p. 267.

⁷⁷⁵ Pédron P., *La prison et les droits de l'homme*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 44.

appréhendée simultanément comme un objectif et un droit"⁷⁷⁶. Le Code de la sécurité intérieure de la France⁷⁷⁷ donne la définition suivante de la sécurité: "La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives" (article L111-1).

Citons une thèse importante selon laquelle la sécurité n'est pas qu'un objectif, mais qu'elle comprend les moyens qui aident à la réaliser⁷⁷⁸. Cette idée pourrait être développée en ajoutant que la sécurité elle-même est parfois considérée comme un moyen⁷⁷⁹. Elle constitue par exemple un moyen (ou une condition) nécessaire pour une bonne organisation de la réalisation d'autres objectifs liés à la réinsertion.

Dans l'ensemble, la sécurité et l'ordre sont des notions très floues quand il s'agit des limitations des droits de l'homme dans les établissements pénitentiaires⁷⁸⁰. Les spécialistes des questions de l'ordre dans les prisons observent que l'ordre constitue une notion complexe difficile à mesurer⁷⁸¹.

La conception des exigences de sécurité diffère selon les approches principales : statique et dynamique. Par exemple, une approche statique qui est basée sur le contrôle physique peut justifier des restrictions dans la vie normale, alors qu'une approche dynamique, se fondant sur les contacts poussés entre le personnel et les détenus, ne pourrait jamais le justifier. Au contraire, la sécurité dynamique exige que les restrictions visant à prévenir des comportements indésirables soient remplacées par d'autres mesures, moins restrictives mais

⁷⁷⁶ Dieu F., L'administration pénitentiaire : une force de sécurité intérieure ? , Administration pénitentiaire et justice. Un siècle de rattachement. Sous la direction de P. Mbanzoulou et F. Dieu, Paris, Harmattan, 2013, p. 156.

⁷⁷⁷ Code de la sécurité intérieure.

⁷⁷⁸ Falxa J., Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme, Thèse, Pau, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014, p. 443.

⁷⁷⁹ Sens de la peine et droits de l'homme, Actes du colloque international inaugural de l'École Nationale d'Administration Pénitentiaire, Agen, École Nationale d'Administration Pénitentiaire, 2000, p. 183.

⁷⁸⁰ Souvent ces deux termes sont utilisés pour signaler ordinairement l'absence de désordre et d'insécurité. C'est-à-dire que leur conception est plutôt négative et tend à une définition *a contrario*. J. Falxa le rappelle dans son observation relative à la définition de l'ordre interne dans des sources variées (Falxa J., Ibid, p. 443.)

⁷⁸¹ Bennett J., Measuring Order and Control in HM Prison Service, *in* Handbook on prisons, Ed. by Y. Jewkes, Cullompton, Willan publishing, 2007, p. 535.

non moins efficaces⁷⁸². A ce propos, Joanna Falxa observe, à bon droit, que l'utilisation de la sécurité statique, par opposition à la sécurité dynamique, s'effectue aux dépens des droits des détenus⁷⁸³. Bien que les normes internationales préconisent les deux types de sécurité sous réserve de leur bon équilibre⁷⁸⁴, il serait logique de supposer que certaines restrictions, qui étaient justifiées conformément à la seule vision administrative de la sécurité, ne pourraient pas l'être conformément à la seconde vision. L'ampleur des restrictions liées à la sécurité et à l'ordre dépend sensiblement de notre conception et des approches de la politique pénitentiaire.

L'ordre et la sécurité peuvent être facilement utilisés comme buts des restrictions des droits pour aider à justifier les restrictions. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faudrait renoncer pour cette raison à justifier les restrictions des droits sur la base de ces motifs. Penser autrement signifierait ne pas tenir compte des réalités pratiques de l'univers pénitentiaire. La nécessité de l'ordre et de la sécurité existe sans égard à ce qu'elle menace constamment les droits de l'homme en prison et les subordonne aux larges pouvoirs discrétionnaires. Il faudrait, en revanche, développer les garanties des droits qui établissent un équilibre entre les restrictions et la sécurité et l'ordre. De telles garanties pourraient être assurées par la mise en œuvre du principe de proportionnalité.

Il semblerait que la définition de la sécurité et de l'ordre puisse être donnée par la législation. Cela faciliterait, d'une certaine manière, la pratique de leur utilisation en tant qu'objectif, mais il s'agit là d'une tâche délicate, puisque chaque prison est un "État particulier" avec ses règles et ses besoins propres pour s'adapter à ses missions quotidiennes. Il est difficile de définir les notions de sécurité et d'ordre sans préciser ce que doivent être la sécurité et l'ordre dans chaque établissement. En outre, toute tentative de définir la sécurité ou l'ordre au plan juridique pour les rendre utilisables en tant que justification rationnelle de l'appréciation officielle, en cas d'application des restrictions des droits de l'homme, serait

⁷⁸² Un milieu pénitentiaire moins restrictif s'associe à une diminution de la résistance de la part des détenus et favorise une meilleure atmosphère de rapports, bien qu'un régime trop allégé puisse mener à un effet contraire, soit l'épanouissement de la sous-culture (Liebling A., Crewe B. *Prison Life, Penal Power, and Prison*, *The Oxford Handbook of Criminology*, Ed. by M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 914-915). A. Symkovytch, chercheur à l'Institut de criminologie de Cambridge, qui a étudié les réalités pénitentiaires en Ukraine, émet la supposition que l'humanisation et l'assouplissement du régime pénitentiaire réalisés ces dernières années en Ukraine, font diminuer l'attraction des détenus par la sous-culture pénitentiaire. Cette adhésion servait au passé de réponse des détenus aux conditions dures d'exécution des peines et au traitement dont ils étaient l'objet (Symkovych A., *Sex in Prisoner Power Relations: Attitudes and Practices in a Ukrainian Correctional Colony for Men*, *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2016, DOI:10.1111/hojo.12177, First published: 19 September 2016, p. 9).

⁷⁸³ Falxa J., *Ibid*, p. 447.

⁷⁸⁴ *Handbook on Dynamic Security and Prison Intelligence*. Criminal justice handbook series (UNODC), New York, United Nations, 2015, p. 5–6.

vaine, sachant que toute définition juridique serait interprétée différemment et *a fortiori* s'agissant de notions comme "sécurité" et "ordre". Citons, à ce propos, l'observation pertinente du professeur Plawski: "[...] il faut, certes, assurer l'ordre et la sécurité, mais un simple catalogue de règles sécuritaires n'y suffit pas en même temps parce que trop de sécurité tue la sécurité"⁷⁸⁵.

Les catégories de sécurité et d'ordre sont souvent perçues comme étant des motifs justifiant en pratique des restrictions supplémentaires. D'un autre côté, leur rôle est sous-évalué dans le processus législatif, bien qu'il doive être reconnu, mais sous réserve de proposer des définitions et les règles de leur utilisation claires pour justifier les restrictions.

La condition de proportionnalité se présente, ainsi qu'il a déjà été démontré, en limitation efficace et garantie contre les effets négatifs du recours aux notions de sécurité et d'ordre. Dans ce cas, ces deux notions peuvent servir de buts des restrictions ou à élaborer les buts correspondant à leur réalisation. Il convient de rappeler, par ailleurs, que la proportionnalité exige absolument que les restrictions soient minimales afin d'atteindre les buts déclarés. Dans le contexte de la Convention européenne, les objectifs de sécurité et d'ordre ne peuvent être considérés comme objectifs effectifs que lorsqu'ils sont intégrés au sein de buts plus larges déterminés dans les clauses limitatives des articles fixant des droits. La Cour admet la sécurité et l'ordre comme motifs acceptables des restrictions, étant donné que la sécurité comprend la prévention des infractions et des troubles (qui sont des buts admissibles des restrictions – N.D.L.A.)⁷⁸⁶. Les objectifs de sécurité et/ou d'ordre peuvent être englobés par d'autres buts légitimes autorisés par la Convention: sécurité publique et protection de l'ordre public en vue de prévenir des troubles ou des infractions.

Ainsi que nous le démontrons, l'existence d'un but légitime ne suffit pas pour se protéger contre les restrictions non justifiées des droits, bien que nécessaire pour la norme de proportionnalité. Des problèmes plus sérieux surgissent lorsqu'il s'agit d'établir le niveau minimal de la restriction et le rapport rationnel entre les restrictions et leurs buts.

L'administration pénitentiaire privilégie habituellement la sécurité et l'ordre en tant qu'objectifs de la restriction et non les formulations des buts telles que fixées dans la Convention, car les premiers sont un peu plus larges et assurent à l'administration davantage de pouvoirs discrétionnaires. Il est, toutefois, peu probable que les restrictions justifiées par les objectifs de sécurité et d'ordre soient qualifiées par la Cour de non justifiées sous l'angle

⁷⁸⁵ Les droits sociaux du détenu, Séance de section du 13 mars 1982, sous la présidence de M. Ancel, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1982, n° 3 juillet-septembre, p. 261.

⁷⁸⁶ Voir par ex.: *Hirst c. Royaume-Uni* § 69 (n° 2) (GC) (n° 74025/01, 06.10.2005).

des intérêts de prévention des infractions ou des troubles, de la sécurité nationale, de la sécurité publique ou de la protection des droits et libertés d'autrui. Dans cette situation, le débat sur la sécurité et l'ordre, en tant que buts admissibles des restrictions, n'a pas de grande valeur pratique sous l'angle de l'étude de la proportionnalité des mesures applicables pour atteindre les buts visés. Nous l'avons déjà confirmé par notre conclusion sur le peu d'importance que la Cour européenne attache à la présence du but légitime en tant qu'élément pour évaluer le bien-fondé de la restriction et par la grande importance de l'établissement de la proportionnalité.

3.1.2.2. Clauses limitatives des autres droits prévues par la Loi pénitentiaire

L'article 22 de la loi a donné le ton pour tous ses autres articles concernant les restrictions des droits. Ces derniers reflètent tous, d'une manière ou d'une autre, la norme que cet article prévoit, tout en comportant des exigences spécifiques liées au caractère des droits et à leurs modalités d'exercice. Ceci a demandé une adaptation des restrictions de ces droits et la détermination des modalités de leur application compte tenu des réalités carcérales.

De nombreux articles comportent des clauses limitatives justifiée par le biais d'une variété des justification, soient : pour la liberté d'opinion, de conscience et de religion – la sécurité et le bon ordre de l'établissement (art. 26) ; pour le droit de visite – le maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions (art. 35) ; pour l'accès au téléphone – le maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions (art. 39) ; pour la correspondance écrite – la réinsertion ou le maintien du bon ordre et la sécurité (art. 40) ; pour la diffusion ou à l'utilisation de l'image ou de la voix – l'ordre public, la prévention des infractions, la protection des droits des victimes ou de ceux des tiers ainsi que la réinsertion de la personne concernée (art. 41) ; pour l'accès aux publications écrites et audiovisuelles – la sécurité des personnes et des établissement ou des propos ou signes injurieux ou diffamatoires (art. 43) ; pour le droit à la vie privée (limité en cas de fouilles) – la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement (art. 57).

Outre le fait que toutes les clauses limitatives citées n'évoquent pas le principe de proportionnalité, elles présentent toutes un autre trait commun: la mention de l'ordre et/ou de la sécurité en tant que buts admissibles pour appliquer des restrictions. Les buts complémentaires, que certaines d'entre elles fixent, portent sur la protection de l'information, la réinsertion, l'ordre public, la protection des droits des victimes ou des tiers.

Il est intéressant de mentionner deux types de buts figurant dans les clauses limitatives: le but positif, lorsqu'il est dit que la restriction peut être appliquée "pour" assurer un élément déterminé (par exemple la sécurité) ; et le but négatif, lorsqu'il est dit que les restrictions peuvent être introduites pour "éviter quelque chose" (par exemple pour ne pas compromettre la réinsertion). Évidemment, les buts positifs comprennent des buts négatifs et inversement, les formulations différentes ne traduisent pas de différence au fond.

En fait, il est difficile de savoir quelle était la logique du législateur en sélectionnant des buts différents pour des droits différents. Pourquoi, par exemple, l'objectif de protection des droits des victimes est-il mentionné en tant que but admissible de la restriction du droit à la diffusion d'informations sur la personne détenue (art. 41), mais n'est pas mentionné comme but admissible de la restriction du droit d'accès à l'information (art. 43)? Pourquoi la prévention des infractions mentionnée en tant que but admissible des restrictions aux côtés de l'objectif de bon ordre et de sécurité pour la restriction du droit de visite (art. 35) n'est pas mentionnée également s'agissant du droit à la vie privée dans le cas du contrôle de la correspondance (art. 40)?

Il ne semble pas que les auteurs de ces règles aient réfléchi à la corrélation des buts différents. Peut-être, est-ce dû au manque d'attitude sérieuse à l'égard de la portée pratique que devrait avoir l'exigence légale de la nature ciblée des restrictions. L'incohérence dans la définition des objectifs engendre davantage de problèmes lorsque l'on analyse leurs rapports avec la clause limitative générale.

3.1.2.2.1. Question de la corrélation des objectifs des limitations d'après l'article 22 et les clauses limitatives d'autres articles

La comparaison des objectifs des limitations énoncés à l'article 22, qui se présente en référence pour les actes restrictifs de droits dans le domaine pénitentiaire et des objectifs contenus dans d'autres articles, démontre leurs différences. Ces articles peuvent comporter aussi bien les objectifs non indiqués à l'article 22 que ceux qui y figurent ou seulement quelques-uns.

L'administration pénitentiaire peut limiter, par exemple, le droit à la correspondance écrite en saisissant les lettres reçues ou envoyées au cas où celles-ci pourraient compromettre gravement la réinsertion (art. 40). Or, ce but des restrictions n'est pas prévu à l'article 22. Nous pouvons supposer que le souci de réinsertion du condamné puisse faire partie d'un

objectif plus large qui permet d'appliquer des restrictions d'après l'article 22 en vue de la prévention de la récidive notamment. Cependant, cette précision faite dans l'article 40 ne paraît dès lors pas logique. Pourquoi ne pas garder la formulation plus large de l'article 22?

De même, l'article 41 permet d'interdire la diffusion, par exemple, de photos de détenus, ce qui peut signifier, en fait, l'interdiction de les interviewer en vue de protéger l'ordre public, les droits des victimes ou des tiers ou encore de faciliter la réinsertion du détenu concerné. Dans le même temps, l'objectif de protection de l'ordre public est plus large que celui énoncé à l'article 22, qui ne vise que l'objectif de "bon ordre dans l'établissement". Une interprétation logique fait penser que l'article 41 comporte un but plus large pour les restrictions et permet donc théoriquement des restrictions plus larges que l'article 22.

La question relative au rapport entre l'ordre public et l'ordre pénitentiaire interne prête à discussion. Eric Péchillon estime, par exemple, que "l'ordre public, largement employé en droit public, est une formule trop générale, trop imprécise pour qualifier la sécurité pénitentiaire"⁷⁸⁷. Il observe qu'il est "possible de distinguer deux degrés dans l'ordre public: l'ordre public général et un ordre public pénitentiaire. Le premier, plus global, et faisant des règles de principe, suit les variations de l'intérêt général. Le second est plus rigoureux et microcosme clos, dont les orientations sont prédéfinies. La notion de sécurité, au cœur de ces deux ordres publics, est également différente dans chacun des cas"⁷⁸⁸.

Samantha Enderlin examine l'ordre interne et l'ordre public sous un angle critique et considère, en fait, que l'ordre interne peut même ne pas faire partie de l'ordre public. Elle cite l'exemple du détenu qui refuse de retourner dans sa cellule après la promenade. Dans ce cas-ci, estime-t-elle, il ne peut s'agir de l'ordre public, vu qu'une telle infraction n'existe pas dans l'ordre public général, ce dernier ne pouvant donc pas justifier la restriction du droit (par application d'une sanction disciplinaire – N.D.L.A.)⁷⁸⁹.

D'autre part, le maintien de la sécurité, qui est également cité comme but admissible des restrictions à l'article 41, est lié à l'objectif d'ordre public. Citons, à titre d'exemples, les cas d'ingérence dans l'intégrité physique des détenus, du personnel pénitentiaire, des visiteurs de l'établissement, l'atteinte à la propriété publique ou privée, les menaces ou la rébellion⁷⁹⁰. E. Péchillon indique aussi que "la sécurité constitue avant tout une notion particulière

⁷⁸⁷ Péchillon E., Sécurité et droit du service public pénitentiaire, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 59.

⁷⁸⁸ Ibid, p. 64.

⁷⁸⁹ Enderlin S., Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté, Ibid, p. 444-445.

⁷⁹⁰ Ibid, p. 444.

composant l'ordre public". Cette mesure sert à maintenir la stabilité publique⁷⁹¹. La sécurité pourrait se concevoir comme une simple fraction de l'ordre public⁷⁹².

L'article 41 comporte un autre but complétant ceux figurant à l'article 22: il s'agit non seulement de la protection des victimes, comme à l'article 25, mais aussi de celle des tiers. L'article 43 complète l'objectif de "sécurité des établissements", tel qu'il est formulé à l'article 22, par l'objectif de sécurité des personnes. L'article 57, qui fixe la norme relative aux fouilles spécifique, renvoie non point à la sécurité des établissements, mais seulement à celle des personnes.

Il découle de ce qui précède, que la loi présente certaines incohérences entre les buts généraux d'application des restrictions des droits et les buts spéciaux de restriction de droits particuliers.

Des questions difficiles surgissent à ce propos. Les buts de restrictions de certains droits, tels qu'ils sont énoncés dans certains articles, constituent-ils des buts exhaustifs qui permettent les restrictions appropriées ou, au contraire, complètent-ils les buts fixés à l'article 22? L'article 22 a-t-il une signification juridique en tant que repère pour d'autres articles qui comportent les buts de restriction des droits? Dans l'affirmative, les buts des restrictions figurant dans ces articles ne devraient-ils pas correspondre littéralement aux formulations de l'article 22? Sinon, l'article 22 ne sert-il pas de fondement complémentaire pour les restrictions des droits au lieu d'être une barrière contre les restrictions non justifiées?

Nous pouvons affirmer que l'administration pénitentiaire peut restreindre un droit subjectif ou un autre en se référant tant à la clause limitative spéciale relative à chaque droit qu'à la clause générale de l'article 22. Dès lors, le fait de reprendre plusieurs fois l'objectif de maintien de la sécurité et de l'ordre dans l'établissement est inutile, l'invocation de cet objectif au titre des restrictions admissibles de l'article 22 ainsi que dans les clauses limitatives spéciales ne saurait démontrer rien d'autre que la volonté de rappeler son importance. S'il n'y avait que l'article 22, cette norme suffirait à elle seule pour justifier les restrictions par les objectifs d'ordre et de sécurité⁷⁹³. Sa reprise dans les autres buts ne répond pas au principe de concision de l'action législative et semble être superflue.

⁷⁹¹ Péchillon E., Sécurité et droit du service public pénitentiaire, Ibid, p. 60.

⁷⁹² Ibid.

⁷⁹³ Notons que certains auteurs peuvent ne pas accepter ce point de vue. M. Herzog-Evans observe, par exemple, que le droit des détenus à l'information est un principe absolu (c'est-à-dire le même droit que pour les citoyens libres), étant donné que la Loi pénitentiaire de 2009 ne prévoit pas spécialement d'exceptions pour ce droit (Herzog-Evans M., Droit pénitentiaire, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 104). Cela veut dire que la clause limitative générale de l'article 22 ne suffit pas elle seule pour justifier la restriction.

D'un autre côté, tous les buts contenus à l'article 23 ne se répètent jamais totalement dans aucune autre clause limitative. Ceci peut signifier que le législateur a voulu choisir les buts "convenant le plus" pour les restrictions de chaque droit subjectif particulier. Cela ne veut pas dire, toutefois, que les buts non énumérés dans la clause limitative spéciale ne pourraient être utilisés avec une simple référence aux buts figurant à l'article 22, en tant que clause limitative générale. Cette thèse pourrait cependant être mise en doute au regard du principe *lex specialis derogat generali*.

Cependant, en supposant que les buts de la clause générale puissent être utilisés en même temps que ceux de la clause spéciale, il serait justifié d'élargir les motifs des restrictions des droits en se servant des buts de la clause qui seraient plus utiles à l'autorité chargée de l'application de la loi.

Dès lors, se pose la question de l'exclusion réciproque des buts admissibles des restrictions dans la clause générale et dans la clause spéciale. Compte tenu de ce qui précède, les buts des restrictions inclus dans la loi ne deviennent pas des barrières complémentaires pour les restrictions non justifiées. C'est que la loi elle-même prévoit, en son article 22, que les restrictions ne peuvent être imposées que pour les buts qu'il énonce, mais cette règle est aussitôt enfreinte dans les articles suivants. Outre ceci, il existe beaucoup de contradictions entre les buts et leur formulation est trop floue, ce qui offre de larges possibilités pour le pouvoir discrétionnaire de l'administration pénitentiaire et pour l'utilisation de celui-ci en vue de justifier les restrictions les plus variées devant les juridictions nationales.

Ajoutons aussi que l'article 22 peut être invoqué aussi en cas de limitation d'autres droits non énumérés dans la loi elle-même. A la différence de la Convention européenne, la loi suit la voie du "fractionnement" des droits en leurs composantes avec, par la suite, l'admission de leur restriction. C'est ainsi que le droit à la vie privée comprend *inter alia* le droit au téléphone, le droit aux visites, et le droit à la correspondance. Or, en fixant les buts concernant chacune de ces restrictions, la loi définit des buts différents (ce qui pourrait d'ailleurs être en contradiction avec la Convention qui comporte des buts unifiés pour la restriction du droit à la vie privée). Par ailleurs, il aurait suffi de définir la liste non exhaustive des droits composant les droits plus globaux en mentionnant l'approche générale à l'égard des restrictions de ce droit global (droit à la vie privée ou à la liberté d'expression). Cela permettrait d'appliquer la clause limitative unifiée à toutes les composantes du droit global.

Dans le même temps, tous les buts des restrictions du droit à la vie privée doivent répondre aux buts unifiés à l'article 8 de la Convention européenne. Ils sont formulés si

largement qu'ils peuvent inclure théoriquement quasiment tous les buts fixés comme admissibles dans la loi. Aussi, leur fixation par rapport à chaque droit particulier au niveau de la législation nationale ne pouvait-il avoir qu'un but: donner aux formulations générales de la Convention une tonalité plus pratique.

Il convient de rappeler que l'absence de mention de la proportionnalité des restrictions aux buts qu'elles visent nivèle par elle-même la portée de l'article 22. En l'absence de proportionnalité, quasiment chaque but peut justifier n'importe quelle restriction. L'établissement ne serait-ce que d'un seul lien entre la restriction et son but est une tâche très facile, car en réalité ce lien existe presque toujours. C'est tout autre chose que de déterminer quel est le niveau de rationalité de ce lien⁷⁹⁴.

Ce qui précède nous amène à la conclusion que l'article 22 dispose d'un potentiel très limité pour garantir la non-application des restrictions non justifiées des droits. Ceci tient tant au manque de concordance entre les buts des restrictions qu'à l'absence de la norme de proportionnalité des restrictions aux buts visés⁷⁹⁵. Tel qu'il est, cet article facilite plutôt le travail du personnel des établissements pénitentiaires qu'il ne favorise la protection des droits contre des ingérences excessives et non rationnelles. Arnaud Deflou s'interroge à ce propos: cet article n'est-il destiné à devenir une base pour les ingérences dans les droits des détenus au lieu de les protéger⁷⁹⁶?

Le problème du rapport des buts des restrictions des droits devient encore plus complexe lorsque l'on traite non plus de la loi pénitentiaire, mais des autres textes normatifs, tels ceux figurant dans CPP français. Ce code contient, lui aussi, des clauses limitatives relatives aux restrictions des droits des détenus.

Conformément à l'article R53-8-66 dudit code, "l'exercice des droits reconnus aux personnes retenues ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles strictement nécessaires au maintien de l'ordre et de la sécurité dans les centres, à la protection d'autrui, à la prévention

⁷⁹⁴ Citons à ce propos l'exemple des États-Unis où l'application de la norme de proportionnalité revêt un caractère limité, les juges constatant et soulignant normalement non seulement la nécessité d'un rapport entre les restrictions des droits des détenus et les buts, mais surtout celle d'un rapport rationnel (voir chapitre 3.2 "États-Unis").

⁷⁹⁵ Nous nous rendons compte que la tradition juridique française n'appréhende pas la proportionnalité comme l'une de ses doctrines majeures. Son application serait compliquée au vu de l'histoire et de la culture juridique. En revanche, le fait que la France soit sous la juridiction de la CEDH et qu'elle soit liée par la Convention implique la nécessité d'attribuer plus d'importance à ce principe. La CEDH vérifie si les autorités nationales le respectent, c'est à dire que le refus d'examiner son respect est égal au refus d'implémenter la Convention.

⁷⁹⁶ Deflou A. La justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons : le Conseil d'État et les détenus, *Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion ?* Sous la direction de A. Deflou. avec les contributions de C. Allain, A. Deflou, J. Andriantsimbazovina [et al.], Paris, Dalloz, 2010, p. 79.

des infractions et de toute soustraction des personnes retenues à la mesure dont elles font l'objet". L'article R53-8-68 présente la liste des droits des personnes concernées, en rappelant que les restrictions imposées par le responsable de l'établissement doivent être dûment justifiées dans le respect des dispositions de l'article R53-8-66.

Comme on le voit, en plus des buts pouvant justifier les restrictions, cette norme comporte la protection des tiers, et non point seulement des victimes, ainsi que la prévention des restrictions inutiles à l'égard des personnes retenues à titre préventif. Par ailleurs, la norme omet de souligner que sont admises les restrictions résultant des contraintes inhérentes à l'emprisonnement, comme c'est le cas de l'article 22 de la loi pénitentiaire. La disposition de l'article R53-8-68 n'exige pas que les restrictions soient conformes aux prescriptions de l'article 22 de la loi pénitentiaire.

Le Code comporte d'autres clauses limitatives. L'article 706-53-22 dispose que le Conseil d'État doit émettre un document qui déterminerait les conditions dans lesquelles s'exercent les droits des personnes retenues, y compris en matière d'emploi, de formation, de visites, de correspondance, d'exercice du culte, de permission de sortie sous escorte ou sous surveillance électronique. Il précise aussi qu'il est inadmissible d'apporter à l'exercice de ces droits des restrictions autres que celles strictement nécessaires aux exigences de l'ordre public.

L'article R57-6-18, qui régit le contenu du Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, reproduit entièrement l'article 22 en ce qui concerne les buts des restrictions des droits.

Il est impossible de ne pas voir le lien de l'article 22 avec le 2^{ème} alinéa de l'article 717-1 du CPP, qui dispose que les détenus sont répartis par établissements compte tenu de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité. Leur régime de détention est "déterminé en prenant en compte leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale". Il est à signaler, par ailleurs que ces critères d'individualisation existent en parallèle avec le principe d'égalité des détenus⁷⁹⁷.

Il est à remarquer que ce même article précise en outre que "le placement d'une personne détenue sous un régime de détention plus sévère ne saurait porter atteinte aux droits visés à l'article 22 de la loi pénitentiaire". L'article 22 ne propose cependant pas une liste bien définie des droits et ne fait que signifier le "respect de la dignité et du droit du détenu". Une analyse logique aboutit à une conclusion intéressante: l'article 717-1 du CPP interdit que le

⁷⁹⁷ Duroché J.-P., Pédrón P., Droit pénitentiaire, 2e éd., Paris, Vuibert, 2013, p. 150.

placement sous un régime plus sévère affecte quelques-uns (!) des droits des détenus. Il est probable que le législateur ait eu une conception illusoire du lien entre les restrictions et le régime, car un régime plus sévère implique nécessairement des restrictions plus sévères ou nouvelles des droits.

L'on pourrait supposer que le législateur s'est trompé de formulation, en voulant prévoir que les restrictions applicables aux détenus en raison de leur placement sous un régime plus sévère doivent obéir aux exigences fixées à l'article 22 et ne doivent donc pas s'ingérer dans les droits de manière **non justifiée**. Par contre, la lecture littérale de la formulation de l'article 717-1 permet de présumer que le législateur a commis une erreur grossière.

La formulation du 2^e al. dans l'article 726-1 du CPP contient aussi une erreur. Il énonce notamment: "Le placement à l'isolement n'affecte pas l'exercice des droits visés à l'article 22 de la loi pénitentiaire, sous réserve des aménagements qu'impose la sécurité". L'article 726-1 se réfère ainsi à une liste concrète des droits qui n'existe pas dans l'article 22. Il évoque donc tous les droits des détenus, parce que c'est de cette façon que sont mentionnés les droits à l'article 22.

3.1.2.3. Jurisprudence relative à l'application de l'article 22

La jurisprudence des juridictions françaises confirme certaines de nos conclusions sur le caractère problématique de l'article 22: absence d'exigence de proportionnalité et confusion des buts dont le contenu, de plus, n'est pas bien clair. Analysons certaines décisions.

L'arrêt du Conseil d'État du 24.10.2014⁷⁹⁸ porte sur la demande de l'organisation non gouvernementale "Observatoire pénitentiaire international" exigeant la suppression de certaines règles types du Règlement intérieur qui étaient incluses dans le décret n° 2013-368 du 30.04.2013. Ces règles permettaient, entre autre, de pratiquer des fouilles fréquentes et minutieuses de la cellule en l'absence de la personne détenue et elles contenaient l'exigence d'obtention de l'autorisation du directeur interrégional des services pénitentiaires pour la publication ou la diffusion des textes écrits par le détenu.

Les règles en question ont été qualifiées de justifiées. Le Conseil d'État, en tant que juridiction administrative supérieure, ne faisait pas preuve d'une originalité particulière en se

⁷⁹⁸ CE, 6ème / 1ère SSR, 24/10/2014, 369766, Inédit au recueil Lebon.

référant par ailleurs à l'article 22 de la loi pénitentiaire pour motiver la légalité de la règle relative aux fouilles. S'agissant de la possibilité pour l'administration pénitentiaire de saisir les œuvres écrites, le Conseil mentionne la norme qui faisait partie du Règlement intérieur et qui autorisait une telle saisie "pour des raisons d'ordre". Le Conseil a pris en compte cette norme en la combinant avec les dispositions de l'article 22 de la loi pénitentiaire, ce qui lui permet de dire que les motifs de retrait des écrits étaient suffisants (par. 6).

Dans les deux cas, l'article 22 a servi de justification complémentaire des restrictions des droits. De plus, dans le second cas, il a été utilisé pour compléter l'argumentation sur la précision suffisante des motifs pour l'ingérence dans le droit à la vie privée au moyen des fouilles.

Malgré notre thèse énoncée ci-dessus, selon laquelle la loi pénitentiaire ne comporte pas d'exigence de proportionnalité, le Conseil d'État n'en a pas moins confirmé l'idée qu'il convenait de vérifier si une restriction n'était pas excessive. Par ailleurs, la vérification du caractère excessif des restrictions, qui ne répond qu'en partie aux exigences de contrôle de la proportionnalité, a été opérée en vertu des exigences appropriées contenues aux articles 8 et 10 de la Convention européenne (par. 3 et 6 de l'Arrêté cité).

Les juges se réfèrent, dans certains jugements, à l'équilibre entre les intérêts individuels et ceux de l'administration pénitentiaire, ce qui représente une composante de l'exigence de proportionnalité. Cela se confirme, par exemple, dans une décision de la Cour d'appel de Lyon⁷⁹⁹. L'autorité française concernée contestait, dans cette affaire, le jugement de la juridiction administrative de première instance, lequel donnait satisfaction aux réclamations d'un détenu et obligeait le directeur de l'établissement pénitentiaire de Saint-Quentin-Fallavier à approvisionner les détenus de confession musulmane en viande halal au lieu de viande ordinaire. La Cour d'appel a annulé ce jugement, ainsi que l'obligation d'approvisionner les détenus de confession musulmane en viande halal.

La Cour argumentait son arrêt notamment comme suit (par. 3): a) l'administration pénitentiaire fournissait trois menus: ordinaire, végétarien et sans porc (sans une signification religieuse spéciale); b) ceci permettait aux détenus de n'être pas obligés de consommer les aliments interdits par leur religion; c) les musulmans détenus avaient la possibilité de recevoir des menus adaptés à l'occasion des fêtes religieuses, ce qui veut dire qu'ils pouvaient se faire approvisionner en viande halal; d) les détenus pouvaient s'approvisionner en cette viande par le système de la cantine.

⁷⁹⁹ CAA de Lyon N° 14LY00113 4ème chambre - formation à 5 Inédit au recueil Lebon.

Ces arguments ont permis à la Cour de conclure à l'existence d'un équilibre juste (justifié) "entre les nécessités du service public et les droits des personnes détenues en matière religieuse" (par. 3)⁸⁰⁰. Par ailleurs, la Cour ne s'est pas appuyée sur la norme de proportionnalité de la Cour européenne. De même, elle ne s'est pas référée, ne serait-ce qu'à un seul but des restrictions des droits figurant dans la liste exhaustive de l'article 22 de la loi pénitentiaire et de l'article 26 de cette même loi, alors qu'elle concerne pourtant spécialement les restrictions des droits religieux. La référence faite portait sur les "nécessités du service public" en tant que motif de la restriction.

Les juges s'interrogent parfois sur les excès des restrictions, sans se référer à la Convention européenne, mais aussi sans se référer à l'article 22 de la loi pénitentiaire. C'est ainsi que le Conseil d'État signifiait dans son arrêt du 11.07. 2014⁸⁰¹ qu'il devait être refusé de satisfaire à la demande faite au ministère de la Justice d'annuler l'article R. 57-7-44 du Code de procédure pénale de la France qui interdisait l'accès à toute activité, y compris les activités culturelles (sauf certains cas rarissimes) aux détenus placés en cellule disciplinaire. Les arguments principaux portaient sur le fait que cette disposition visait à l'intérêt général de protection de la sécurité et du bon ordre, qu'elle prenait en compte la durée de la sanction infligée et les autres droits dont les détenus continuent à bénéficier lors de leur séjour dans les établissements pénitentiaires, de même que le fait que la sanction **n'était pas excessive** (souligné par nous - N.D.L.A.).

Ce faisant, l'excès de limitation n'est pas regardé sous l'angle de la nécessité d'atteindre certains buts. Bien au contraire, il découle de ce contexte que l'existence même de ces buts est devenue l'une des raisons de ne pas qualifier la restriction d'excessive. C'est-dire que l'excès est traité par la juridiction comme une notion amorphe, sans égard pour les objectifs, ce qui ne rappelle que de loin la norme de proportionnalité.

De même, le Conseil d'État observait, dans sa décision du 17.07.2013⁸⁰², que les restrictions imposées au détenu pour ses achats au magasin de la prison (sauf les produits d'hygiène, les objets nécessaires à la correspondance et le tabac) pendant l'exécution de la sanction disciplinaire étaient justifiées. Cette conclusion découlait du fait que l'interdiction

⁸⁰⁰ L'argument principal de cet arrêt consistait en fait en ce que la distribution de la viande halal était trop onéreuse du point de vue financier (nécessité d'avoir un personnel spécialement formé, des équipements, y compris pour la conservation des produits, etc.). Le motif financier représente un facteur assez douteux qui devrait être pris en compte en appliquant le test de proportionnalité à la lumière de la Règle 4 des RPE selon laquelle le manque de ressources ne saurait justifier des conditions de détention violant les droits de l'homme.

⁸⁰¹ CE, 6ème / 1ère SSR, 11/06/2014, 365237

⁸⁰² CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 17/07/2013, 357405, Inédit au recueil Lebon.

appliquée ne limitait pas les droits plus que nécessaire (par. 6). La décision n'indiquait pourtant pas le but pour lequel c'était "nécessaire". Bien que la décision mentionnât l'ordre et la sécurité comme motif admissible de la restriction appliquée d'après la Convention européenne, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'art. 22 de la loi pénitentiaire (par. 5), il ne ressort pas de cette décision avec évidence qu'une analyse organisée et structurée ait été faite au sujet de la nécessité de la sanction pour atteindre des objectifs **concrets** (par. 7) (souligné par nous – N.D.L.A.). La seule chose à remarquer concerne l'attention attachée au fait qu'en adoptant cette norme du CPP, le Premier ministre n'avait pas dépassé les pouvoirs qui lui avaient été accordés par le législateur. Il n'en reste pas moins que la notion amorphe de "nécessité" est évaluée sans mesurer cette nécessité et dépend totalement de ce que chaque juge concerné considérerait comme nécessaire. En fait, le but pour lequel la restriction est "nécessaire" relève dans chaque cas de la sphère subjective de chaque juge particulier.

Le caractère excessif de la restriction doit être apprécié par les juridictions, étant donné que les juges administratifs se servent de la technique générale de contrôle administratif. En appliquant cette technique, l'intensité du contrôle juridictionnel dépend de la nature des mesures contestées, et les juges opèrent un contrôle particulier lorsque le litige concerne les droits de l'homme⁸⁰³. Cependant, la pratique enseigne que le contrôle de la proportionnalité des restrictions par les juridictions administratives revêt plutôt un caractère déterminé par la situation et, est non systématique.

La jurisprudence confirme d'ailleurs notre supposition sur le caractère complémentaire des clauses limitatives de l'article 22 de la loi pénitentiaire. La décision du Conseil d'État du 06.06.2013⁸⁰⁴ portait sur la justification de la restriction du détenu à l'intimité qui se traduisait par des fouilles permanentes. Le détenu contestait la décision du directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, qui mettait en place un régime de trois mois prévoyant des fouilles complètes et systématiques de chaque détenu après les visites, ainsi que la décision du directeur en vertu de laquelle ce détenu devait être soumis aux fouilles après chaque visite au parloir.

Se référant d'abord à la formulation de l'article 22, le Conseil d'État constatait que les "nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire peuvent légitimer

⁸⁰³ Labetoulle D., *Regard du juge administratif, in La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 101.*

⁸⁰⁴ CE, Juge des référés, 06/06/2013, 368875.

l'application aux détenus d'un régime de fouilles corporelles intégrales" et, qu'à défaut de pouvoir utiliser les portiques de sécurité à l'époque à cause des travaux de rénovation, ces mesures étaient justifiées "par la nécessité d'assurer la sécurité ainsi que le maintien de l'ordre du sein de l'établissement, mais que, toutefois l'exigence de proportionnalité des modalités selon lesquelles les fouilles intégrales sont organisées implique qu'elles soient strictement adaptées non seulement aux objectifs qu'elles poursuivent, mais aussi à la personnalité des personnes détenues" (par. 6). Ensuite, le détenu fut débouté de sa demande compte tenu de l'argument principal: son comportement antérieur négatif, qui démontrait la nécessité des fouilles corporelles intégrales. Le Conseil d'État appliqua ainsi les possibilités de l'article 57 de la loi pénitentiaire, qui dispose que la nature et la fréquence des fouilles doivent être adaptées (prendre en compte) aux buts de sécurité des personnes et de maintien du bon ordre, ainsi qu'à la personnalité des personnes détenues. La prise en considération de la personnalité ne pourrait évidemment pas être considérée dans le cas donné comme objectif de la restriction, mais elle a déterminé des règles complémentaires relatives à l'application de la restriction du droit telle que la fouille. Dans la décision analysée, c'est justement la prise en considération de la personnalité, qui a été utilisée pour justifier la restriction. Ceci confirme la thèse selon laquelle il est possible d'appliquer en même temps les dispositions fixées dans plusieurs clauses limitatives en tant qu'outil additionnel servant à justifier la légitimité des restrictions des droits des détenus.

Nous observons une certaine incohérence concernant l'énoncé exhaustif des motifs (buts) pour les restrictions des droits dans les clauses limitatives générales et spéciales de la loi pénitentiaire. C'est ainsi que la décision du Conseil d'État du 20.02. 2013⁸⁰⁵ note que le détenu invoquait le 2^e alinéa de l'article 35 de la loi pénitentiaire⁸⁰⁶ faisant remarquer son caractère trop général et imprécis en ce qui concernait les compétences de la direction des établissements pénitentiaires. Il estimait que l'article 34 de la Constitution était transgressé, puisque des garanties solides n'étaient pas prévues contre l'ingérence non justifiée dans le droit fondamental de maintien des liens familiaux (par. 4). La Cour objectait que les dispositions légales contestées énuméraient quand même d'une manière précise et exhaustive les motifs qui permettaient à l'autorité administrative de limiter ou de retirer le permis de visite.

La cour a indiqué, par la suite, que les motifs pour de telles restrictions étaient

⁸⁰⁵ CE, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 20/02/2013, 364081.

⁸⁰⁶ Rappelons qu'elle prévoit que l'administration ne peut pas refuser le permis de visite aux membres de famille du condamné, d'ajourner ou d'annuler ce permis dans un but autre que le maintien du bon ordre et de la sécurité ou la prévention des infractions.

consignés à l'article 22 avec l'article 35. Il en ressort que "les restrictions susceptibles d'être apportées aux droits des détenus, notamment en matière de permis de visite des détenus, sont inhérentes au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions et que les décisions de refus, de suspension ou de retrait d'un permis de visite ne peuvent intervenir que pour l'un de ces motifs" (par. 8). À l'évidence, la Cour estime que les articles 22 et 35 font apparaître **seuls** (souligné par nous – N.D.L.A.) les buts admissibles des restrictions comme le bon ordre, la sécurité ou la prévention des infractions. Ce faisant, elle ne prend pas en compte tous les buts fixés à l'article 22. La protection des intérêts des victimes, par exemple, en tant que but admissible des restrictions, n'est pas mentionnée. Une telle association des exigences de restrictions fixées dans les articles 22 et 35 semble illogique et démontre une nouvelle fois l'ambiguïté de leur application simultanée pour légitimer les restrictions des droits.

Nous pouvons arguer de l'existence d'un problème de mise en concordance des buts d'après la clause limitative de l'article 22 et de ceux des clauses spéciales. Tantôt les juges évoquent la nécessité de restrictions pour atteindre les buts d'un seul article, tantôt ils combinent des exigences concernant les buts des plusieurs articles. Il manque une vision précise permettant de savoir si les buts des seules normes spéciales sont exhaustifs pour pouvoir limiter un droit concret ou s'il faut aussi prendre en compte la norme générale de l'article 22 de la loi pénitentiaire. Nous y voyons une conséquence logique des insuffisances de la loi elle-même.

La jurisprudence ne manifeste pas un respect net du principe par lequel les restrictions ne sont admissibles qu'avec des buts concrets. Même si les juges le disent, leur motivation ne touche pratiquement pas à l'existence de la justification des buts et à leur réalisation au moyen des restrictions. Autrement dit, la question n'est pas posée à savoir si la restriction visait justement le but autorisé par les normes légales relatives aux restrictions. Du reste, à défaut d'appliquer la norme de proportionnalité, le fait de poser cette question aurait, dans tous les cas, un caractère très limité pour protéger des droits contre les restrictions non justifiées.

D'habitude les tribunaux n'analysent pas si les limitations respectent les exigences de l'article 22. Cet article n'est que peu cité et, dans la plupart des cas, son incidence sur le résultat du jugement n'est pas examinée. Malgré l'évocation devenue traditionnelle de l'article 22 dans les jugements, les juges s'y réfèrent pour considérer l'ingérence dans les droits des

détenus comme légitime⁸⁰⁷.

En ce qui concerne la jurisprudence du Conseil d'État en matière pénitentiaire, elle fait apparaître un certain nombre d'imperfections. Celles-ci portent sur la non-application du principe de proportionnalité des restrictions, sur la reconnaissance du type spécial de la réglementation juridique dans ces affaires (ce qui n'est pas permis est interdit) et sur la reconnaissance et l'application d'une doctrine imprécise aux termes de laquelle les détenus sont soumis aux restrictions inhérentes à l'emprisonnement⁸⁰⁸. La fixation des restrictions inhérentes à l'emprisonnement dans la loi pénitentiaire est due aussi au Conseil d'État⁸⁰⁹.

Conclusion du sous-chapitre 3.1.2

La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 était attendue par la société française en tant que texte pouvant aider à rapprocher sensiblement les normes pénitentiaires nationales des exigences internationales. Ce rapprochement devait passer notamment par la mise en conformité des clauses limitatives relatives aux droits des détenus. À cette fin, des exigences étaient formulées envers les restrictions de certains droits ainsi que l'exigence générale concernant les restrictions légitimes.

L'article 22 de la loi dispose en particulier que l'exercice des droits des détenus ne pouvait être soumis à des restrictions autres que celles résultant des contraintes inhérentes à l'emprisonnement, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection des intérêts des victimes. Ces restrictions doivent prendre en considération l'âge, la santé, le handicap et la personnalité des personnes détenues.

La formulation de cette clause limitative a subi d'amères critiques dès son élaboration. Les critiques ont principalement porté sur l'imprécision de la norme elle-même, des motifs et des buts admissibles des restrictions. Il lui a été reproché aussi l'ambiguïté des buts des restrictions (surtout celui de protection des intérêts des victimes), la mention des facteurs à prendre en compte en appliquant les restrictions, la conception ambiguë des restrictions inhérentes à l'emprisonnement, l'absence de mention sur la proportionnalité des restrictions.

⁸⁰⁷ Voir par ex.: CAA de Bordeaux, 20/11/2013, 13BX01140, Inédit au recueil Lebon; CAA de Nantes, 3ème Chambre, 20/06/2013, 12NT01050, Inédit au recueil Lebon; CAA de Paris, 1ère chambre, 31/07/2014, 13PA04134, Inédit au recueil Lebon; Cour Administrative d'Appel de Nantes, 3ème Chambre, 31/12/2014, 13NT02085, Inédit au recueil Lebon.

⁸⁰⁸ Enderlin S., Ibid, p. 468-470.

⁸⁰⁹ Ibid, p. 470.

Malgré ces observations, le projet de loi n'a subi que des modifications insignifiantes et ne n'a presque pas tenu compte des remarques des experts.

Nous estimons que l'absence de référence relative à l'exigence de proportionnalité des restrictions constitue le défaut majeur de l'article 22. Le fait de n'énoncer que les buts admissibles des restrictions et l'exigence de viser ces buts par les restrictions ne fournit pas une garantie suffisante contre les restrictions excessives des droits mais, bien au contraire, légitime les actions restrictives excessives des autorités pénitentiaires. Des garanties contre les restrictions excessives ne sont pas non plus définies. Or, la proportionnalité vise à prévenir ces excès. L'orientation des restrictions sur les buts légitimes est assez aisée à prouver ainsi que le montre notre analyse de la jurisprudence de la CEDH présentée dans les chapitres précédents. La fixation de l'exigence de proportionnalité est nécessaire pour le développement de la jurisprudence en matière de justification des restrictions des droits, car elle crée des bases pour ce qu'on appelle "équilibre entre les droits individuels et les intérêts de la société/de l'État". Même si la tradition juridique française n'appréhende pas la proportionnalité comme l'une des ses doctrines majeures, le fait que la France est sous la juridiction de la CEDH et qu'elle est liée par la Convention implique la nécessité d'attribuer plus d'importance à ce principe.

Un autre défaut notable de l'article 22 porte sur la fixation de la doctrine des restrictions inhérentes à l'emprisonnement. Cette disposition a donné lieu à de multiples débats pendant l'élaboration du projet de loi. Notre avis s'accorde avec celui de certains juristes français estimant que la doctrine des restrictions inhérentes fournit des conditions pour les abus du pouvoir discrétionnaire dans l'imposition des restrictions, étant donné que cette notion est extrêmement floue du point de vue théorique et, à plus forte raison, du point de vue pratique. Aussi, est-elle probablement peu suffisante pour la protection contre de telles restrictions (ce qui est confirmée par la jurisprudence), mais elle peut devenir, en revanche, un prétexte pour des restrictions non justifiées.

Un défaut particulier de la norme consiste en l'absence de référence à la loi en tant que base formelle obligatoire des restrictions. De ce fait, l'admission par l'article 22 des restrictions inhérentes à la détention crée des conditions particulièrement favorables pour les dérogations au principe de légalité.

La sécurité et l'ordre sont des objectifs permettant les restrictions des droits des détenus. Ces deux notions suscitent les soupçons des juristes français quant à leur impact négatif potentiel sur le niveau des droits des détenus. Ils sont associés à l'arbitraire de

l'administration pénitentiaire dans la limitation des droits individuels. Bien plus, la sécurité et l'ordre ne sont définis clairement, ni dans la législation pénitentiaire, ni dans la doctrine, ce qui en fait des buts encore plus discutables pour les restrictions. Elles sont considérées aussi comme différant des buts semblables des restrictions dans la Convention européenne (par exemple, la prévention des infractions ou des troubles, la sécurité publique, la sécurité nationale ou la protection des droits et libertés d'autrui), bien que, à notre avis, ces différences soient sur-évaluées. Quant à la fixation de la sécurité et de l'ordre en tant que buts légitimes des restrictions, elle ne semble pas être aussi critique que l'absence d'exigence de proportionnalité des restrictions.

Outre la clause limitative générale de l'article 22, la loi comporte des clauses limitatives spécifiques relatives à des droits particuliers. Une observation importante porte sur la non-conformité des motifs et des buts des restrictions de certains droits aux buts qui sont fixés dans la clause limitative générale. Une question difficile est celle de l'invocation des motifs des restrictions dans les cas où la norme spéciale ne comprend pas les buts définis des restrictions contenus dans la norme générale (article 22). C'est ainsi que les buts énoncés à l'article 22 ne sont jamais reproduits complètement dans aucune autre clause limitative. L'application du principe *lex specialis derogat generali* peut fournir la réponse à la question posée: son application doit permettre de considérer comme admissibles les buts de la norme spéciale qui excluent les exigences relatives aux buts de la norme générale. Par ailleurs, la concurrence des normes produit des suites juridiques qui n'apportent pas de clarté dans la législation en ce qui concerne le problème d'imposition des restrictions. De plus, la clause limitative de la loi ne présente pas une bonne corrélation avec les clauses limitatives de la Convention européenne et du CPP français.

Une analyse détaillée des clauses limitatives de la loi et de l'article 22, en particulier, démontre leur imperfection considérable. Cette analyse signale les erreurs à éviter en élaborant les clauses de ce type: défaut de corrélation entre la clause limitative générale et les clauses spéciales; buts nébuleux; absence d'exigence de proportionnalité; motifs imprécis des restrictions; et caractère discutable du contenu des facteurs à prendre en compte pour pouvoir limiter les droits.

Notre bref aperçu de la jurisprudence confirme aussi ces conclusions. Les jugements attestent une application parallèle de la clause limitative générale et des clauses spéciales. Quant à l'analyse elle-même de la conformité des restrictions aux clauses limitatives, elles laisse à désirer.

D'un autre côté, en dépit de l'absence dans la loi d'exigence de proportionnalité des restrictions, les juges appliquent tout de même certains éléments de ce principe, sans que cela ne permette à la loi de devenir une barrière sûre contre l'application de restrictions non justifiées. Notre analyse montre plutôt l'inverse: les clauses limitatives de la loi sont utilisées en tant qu'argument complémentaire servant à *confirmer la pertinence* des restrictions que l'État impose aux détenus, plutôt que le contraire. Bien plus, les cas où les juges statuent tout de même à la non-justification des restrictions ne sont pas dus à l'application des clauses limitatives.

3.1.3. Doctrine française des limitations des droits

3.1.3.1. *Le détenu, citoyen à part entière*

La doctrine française relative aux limitations des droits se fonde sur le postulat selon lequel la personne incarcérée reste un citoyen à part entière⁸¹⁰.

Le terme "citoyen" comprend beaucoup d'éléments qui caractérisent la personne en tant que membre à part entière de la société dans laquelle elle vit. C'est pourquoi la formule française disant que "le détenu reste un citoyen à part entière" caractérise sa participation ou sa possibilité de participer à la vie de la société, son lien avec la société. Aussi, le "détenu-citoyen" est-il, en premier lieu, une personne qui conserve la possibilité de prendre part à la vie sociale moyennant l'exercice des droits politiques tels que le droit de suffrage, mais également d'autres droits: celui de maintenir les contacts avec les autres membres de la société, etc.

Une étude réalisée sur ce sujet par la sociologue Caroline Touraut met en lumière la

⁸¹⁰ Le détenu citoyen, Séance de section du 22 avril 1989, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1989, p. 255-279 ; Renaut M.-H., Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste un citoyen à part entière, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 265-277 ; Exposito W., Citoyenneté du détenu, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 1 (mars), p. 87-105 ; Exposé de M. Favard; Aubenas F., Bach J., Marrest P., Mécary C., Bianchi V., Pelletier W., Sire-Marin E., Les détenus sont-ils des citoyens ? , Paris, Notes et documents de la Fondation Copernic, 2010; Chapitre « La reconnaissance des qualités inhérentes au détenu, l'humanité et la citoyenneté », in Belda B. Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Bruxelles : Établissements Evile Bruylant, 2010, spéc. pp. 161-169 ; Martucci F., Le détenu-citoyen, in Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, Paris, Dalloz, 2013, p. 217-231.

conception multidimensionnelle de la notion de "citoyenneté"⁸¹¹. Il ressort de son analyse qu'elle comprend : une dimension juridique, qui comprend les droits et obligations des citoyens ; une dimension effective qui marque l'exercice pratique de la dimension juridique⁸¹² ; une dimension identitaire qui marque le sentiment d'appartenir à une collectivité politique et sociale ; et une dimension morale qui signifie la volonté de remplir les obligations collectives telles que l'acquiescement des impôts. Vue dans le contexte de la doctrine du droit pénitentiaire, cette notion est utilisée dans ses dimensions juridique et effective.

La conception large de ce terme tire ses racines de la Révolution française, lorsque les citoyens s'étaient divisés en citoyens actifs et passifs⁸¹³. Cette division était opérée selon que le citoyen se servait, en premier lieu, de ses droits politiques ou s'il ne faisait que les détenir. C'est-à-dire que nommer un individu en tant que "citoyen" signifiait que cette personne se servait de son statut juridique. Il est vrai que s'agissant de la "citoyenneté", la question n'était pas de savoir si elle était effective ou non mais plutôt quel en était le niveau⁸¹⁴. C'est alors que débute la conception actuelle du détenu-citoyen en tant que citoyen qui ne doit pas être exclu de la vie sociale.

Ce terme avait en outre un rapport direct avec une punition en tant que "dégradation civique" et aussi une autre: la "mort civile".

La dégradation civique pouvait s'appliquer en tant que peine principale et comme peine complémentaire⁸¹⁵ et elle faisait partie des punitions de type spécial, soient les peines privatives de droits⁸¹⁶. Elle consistait à priver l'individu des droits politiques, civils et familiaux⁸¹⁷ "dont il s'est rendu indigne ou qu'il serait dangereux de lui laisser"⁸¹⁸. *Capitis*

⁸¹¹ Touraut C., Étude dynamique des rapports à la citoyenneté d'acteurs incarcérés, *Champ pénal/ Penal field* [Online], 2005, Vol. II., <http://champpenal.revues.org/453> (accédé le 30.01.2015).

⁸¹² Hassenteufel P., L'État-providence ou les métaphores de la citoyenneté, *L'année sociologique*, 1996, n°46.1, p. 127-149.

⁸¹³ Simonin A., Être non citoyen sous la Révolution Française. Comment un sujet de droit perd ses droits, Raymonde Monnier (dir.), *Citoyens et citoyenneté sous la Révolution française*, Paris: L'Harmattan, 2006, p. 294-300.

⁸¹⁴ Ibid, p. 296.

⁸¹⁵ Exposito W., Citoyenneté du détenu, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 1, p. 89.

⁸¹⁶ Vidal G., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*. Septième édition refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magno, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1928, p. 708-713.

⁸¹⁷ Ibid, p. 712.

⁸¹⁸ Ibid, p. 709.

*diminutio maxima*⁸¹⁹ est l'institution du droit romain dont provenaient les sources des restrictions et des privations des droits⁸²⁰.

"Votre pays vous a trouvé convaincu d'une action infâme. La loi et le tribunal vous dégradent de la qualité de citoyen français" ; telles étaient les paroles prononcées par le greffier lors de la lecture du jugement prévoyant cette peine. Après ceci, le détenu était amené sur une place publique en portant sur lui une plaque mentionnant son nom, son crime et la peine qui lui était infligée, pour y rester pendant plusieurs heures de manière à ce que le peuple puisse le voir⁸²¹.

Il convient de faire remarquer que la dégradation civique portait justement sur la privation de la possession des droits et non sur leur jouissance. À l'époque, une nette distinction était faite entre ces formules. Il était dit que "devenir sujet de droits, c'est acquérir des droits, en être titulaire, en avoir la jouissance; faire valoir ses droits, c'est les mettre en mouvement, pour retirer les avantages qu'ils sont susceptibles de procurer, [...] en un mot, les exercer"⁸²². Cette distinction servait à établir le degré de participation à la vie sociale et à établir d'une certaine manière le type de "citoyenneté".

La mort civile était "une fiction par laquelle le détenu était réputé mort à la société: sa succession était ouverte au profit de ses héritiers naturels, son mariage était dissous et il était incapable d'en contracter un nouveau: en outre, il était incapable de recevoir par donation des biens [...]". Cette peine fut supprimée comme immorale et l'on n'en conserva que certains éléments tels que "l'incapacité" d'envoyer et de recevoir des fonds, de laisser ses biens à quelqu'un autre que l'héritier désigné par la loi. Cette incapacité, ainsi que la considère G. Vidal, privait le détenu non seulement de la possibilité d'exercer des droits mais lui retirait aussi leur jouissance⁸²³. La personne à qui cette peine était appliquée était considérée comme

⁸¹⁹ Littér. "Privation maximale de capacité". Cela signifiait dans le droit romain la privation de liberté, de citoyenneté et de famille. Ceci arrivait aux individus ayant commis des crimes et condamnés au servage. Il y avait aussi des degrés moins sévères de diminution de la capacité: degré moyen (*capitis deminutio media*) qui prévoyait la perte de citoyenneté et de famille sans la privation de liberté, et degré minimum (*capitis deminutio minima*), d'après lequel l'individu cessait d'appartenir à une famille sans être privé de liberté ou de citoyenneté (Mackenzie T., *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws in France, England and Scotland*. 3rd ed., Edinburgh, London, William Blackwood and Sons, 1870, p. 80).

⁸²⁰ Mezghani R., *La condition juridique du détenu*. Thèse pour le doctorat d'état, Paris, Université de droit, d'économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 1975, p. 252.

⁸²¹ Simonin A., *Ibid*, p. 293 ; Exposito W., *Ibid*, p. 87.

⁸²² *In*: Simonin A., *Ibid*, p. 294. Certains auteurs estiment que la "citoyenneté" n'est considérée que sous l'angle d'exercice des droits (voir par ex.: Exposito W., *Ibid*, p. 88).

⁸²³ Vidal G., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*. Septième édition refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magno, Quatrième édition, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1910, p. 673-674.

ayant perdu le statut de citoyen français⁸²⁴.

Il est estimé que l'idée du statut de "citoyen" appliquée aux détenus provient notamment des idées posées dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1791. Selon Jean Morange, le détenu, perçu à travers le prisme de la Déclaration de 1789, est un individu ou citoyen né libre et égal aux autres. Il peut jouir de tous les droits reconnus à chaque individu ou citoyen. S'il est reconnu coupable, c'est uniquement parce qu'il aurait attenté aux droits des autres. S'il est privé de liberté, c'est parce qu'il s'est avéré incapable de prendre les responsabilités liées à son statut d'homme et de citoyen⁸²⁵. Les droits de l'homme se fondent, non seulement, sur la liberté, mais aussi, dans une mesure égale, sur la dignité. Le détenu est privé de liberté, mais la jouissance de sa dignité demeure dans une mesure plus grande. En d'autres termes, il ne peut être privé que de la liberté d'aller et venir, ce qui constitue l'objet de la condamnation elle-même, mais il n'est pas privé d'autres droits fondamentaux, sauf dans les cas où la restriction des droits ou leur privation sont intrinsèques à l'emprisonnement lui-même ou qu'elles sont nécessaires pour assurer l'ordre public⁸²⁶.

La conception du détenu comme "citoyen" a évolué avec la théorie des droits des personnes détenues. Dans son article "Grandeur et limites des droits des détenus", Guy Lemire observe que "le discours des droits des détenus a véritablement redonné au détenu son statut de citoyen. Pour être plus précis, il ne perd plus ce statut civil lorsqu'il est incarcéré". Ceci permet à l'auteur de citer un exemple qui en découle, à savoir que le détenu peut de sa cellule contracter des engagements financiers et légaux sans restriction⁸²⁷. Cela veut dire que certains droits civils concernant les engagements légaux peuvent être considérés comme un témoignage de la reconnaissance du statut de "citoyen" au détenu.

Certains auteurs considèrent, de leur côté, le statut de "citoyen" des détenus tout d'abord comme la possibilité pour eux d'exercer leur droit de vote⁸²⁸. D'autres observent à juste titre pourtant que la perte du suffrage par les détenus ne saurait être qualifiée de perte de "citoyenneté". Il est à noter que la "citoyenneté" comprend d'autres droits comme, par

⁸²⁴ Boudon J.-O., *Citoyenneté, République et Démocratie en France - 1789-1899: 1789-1899*, Paris, Armand Colin, 2014.

⁸²⁵ Morange J., Introduction générale, *La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011.*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 17.

⁸²⁶ Morange J., *Ibid*, p. 21.

⁸²⁷ Lemire G., *Grandeurs et limites des droits des détenus*, in *La condition juridique du détenu*, sous la direction de Pradel J., *Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers*, Volume 8, Paris: Éditions Cujas, 1993, p. 64.

⁸²⁸ Martucci F. *Le détenu-citoyen*, in *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Paris, Dalloz, 2013, p. 217-231.

exemple, le droit de réclamer des comptes aux fonctionnaires, le droit d'accès aux documents administratifs, le droit de motivation des actes administratifs, le droit de pétition et le droit d'accès à la fonction publique⁸²⁹.

Cette conception s'accorde avec le lien primordial de la "citoyenneté" avec les droits politiques, ce qui tient au contexte historique français. Toutefois, dans la plupart des cas, la conception de la "citoyenneté" comme statut des détenus qui leur permet d'avoir les mêmes droits que les citoyens libres n'est pas contestée. Cela incite à comparer tous les droits, et non seulement les droits politiques, des citoyens libres et des citoyens détenus et cela concerne toutes les catégories⁸³⁰. La thèse selon laquelle le détenu "conserve tous les droits du citoyen" ou "les mêmes droits que les citoyens libres" est commune, sauf à quelques exceptions: il s'agit des ouvrages traitant des droits des détenus et des restrictions de ceux-ci⁸³¹. Elle trouve sa confirmation de la part de ceux qui estiment que le principe d'après lequel la personne détenue reste "citoyenne" à part entière est un principe essentiel pour les Règles pénitentiaires européennes. La loi pénitentiaire de 2009 a tenté d'adapter la législation nationale à ce principe⁸³².

La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) insistait sur la nécessité de fonder sur ce principe la future loi pénitentiaire. M. Herzog-Evans observait notamment que "...les propositions de la CNCDH sont particulièrement intéressantes. Cette commission suggère que le droit positif soit fondé sur une hiérarchisation des priorités. Il s'agit de reconnaître, à un premier niveau, que le détenu est une personne humaine, à un second niveau, qu'il est citoyen, à un troisième niveau qu'il est justiciable et à un quatrième niveau qu'il est un usager"⁸³³. Nous ne devrions pas oublier que la reconnaissance de la dignité humaine concerne directement pour les détenus la jouissance de tous les droits dont

⁸²⁹ Exposito W., Citoyenneté du détenu, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 1 (mars), p. 95.

⁸³⁰ C'est cette conception qui, à notre avis, donna naissance à l'idée de rapprochement des approches à l'exercice des droits des détenus avec les normes du "droit commun" français (voir plus de détails au 3.1.3.3 "Doctrine de rapprochement avec le droit commun"). Sur l'inclusion dans la conception de la "citoyenneté" de divers types de droits voir par ex.: Marshall T.H., *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.

⁸³¹ Pradel J., *Aperçus sur le droit pénitentiaire comparé*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2009, n° 2, p. 425 ; Landreville P., *Les détenus et les droits de l'homme*, *Criminologie*, 1976, Vol. 9, n° 1-2, p. 108 ; Belda B., *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Établissements Evile Bruylant, 2010, spéc. p. 161-169.

⁸³² Boussard S., *Le service public pénitentiaire, cadre de la reconnaissance des droits de la personne détenue*, in *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Paris, Dalloz, 2013, p. 27.

⁸³³ Herzog-Evans M., *Une loi pénitentiaire comme unique réponse au problème carcéral*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 1, p. 161.

jouissent les citoyens libres⁸³⁴, ce qui fait que les aspects cités ci-dessus sont liés entre eux. La Commission spéciale de l'Assemblée Nationale faisait noter dans un de ses rapports: "On ne peut imaginer qu'il ait deux qualités de normes selon qu'il s'agit d'un citoyen libre ou d'un citoyen détenu. La garantie des droits est la même, le détenu n'étant privé que de sa liberté d'aller et venir"⁸³⁵.

La conception décrite ci-dessus de la "citoyenneté" est évoquée le plus souvent sous forme d'affirmation. Il est ainsi indiqué que le détenu "jouit des mêmes droits que les personnes libres à l'exception de...". Cette formulation est déjà standardisée et elle est utilisée comme une sorte de tradition dans la plupart des ouvrages portant sur les droits des détenus. L'on se sert à cette occasion de la forme affirmative, alors qu'il s'agit en fait d'un idéal auquel devrait tendre la politique publique en matière de droits des détenus.

Des avis sceptiques se font pourtant entendre, qui insistent sur le détachement de cette idée par rapport aux réalités. La perte du revenu, de l'assurance sociale ou du droit de vote devient nécessairement effective dans la détention. De là, vient la question de l'existence de "citoyens à deux vitesses"⁸³⁶. Le détenu est toujours loin de pouvoir être considéré comme un citoyen. Son statut juridique est vu comme un statut mineur par rapport à celui des personnes libres⁸³⁷.

Ainsi que le montre dans sa thèse Loup Noali, qui eut l'occasion de sentir sur lui-même la différence entre le statut juridique en prison et en liberté, le régime carcéral et son ordre disciplinaire qui ne devraient que priver de liberté, entraînent un effet en quelque sorte collatéral: sinon la déchéance des droits attachée à la "citoyenneté", à tous le moins une forte réduction de ceux-ci, soit une "citoyenneté" au rabais⁸³⁸.

⁸³⁴ Tzitzis S., Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, 2010, n° 1, p. 205-222.

⁸³⁵ La France face à ses prisons, rapport (n° 2521, Xème législature) de M. Jacques Floch au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la situation dans les prisons françaises.

⁸³⁶ Lebrun V., Les organes de concertation des détenus : approche de droit comparé, *in* La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 86.

⁸³⁷ Herzog-Evans M., La révolution pénitentiaire française, *in* L'Institution du droit pénitentiaire - Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 29.

⁸³⁸ Noali L., Les résistances carcérales du comment au pourquoi. Une approche juridique et pluridisciplinaire. Préface de Martine Herzog-Evans Martine. Postface de Reynald Ottenhof, Paris, Harmattan, 2012, p. 225.

3.1.3.1.1. Résistance à la reconnaissance des droits des détenus

L'on s'étonnerait aujourd'hui que la théorie des droits des détenus ait longtemps tourné en France autour du débat visant à savoir dire s'il fallait les reconnaître. La première polémique concernait la question pour laquelle la réponse est maintenant évidente: faut-il reconnaître aux détenus les droits attribués aux citoyens libres? Depuis l'après-guerre, les débats autour de la possibilité de reconnaître les droits des détenus se transformèrent progressivement en un processus durable d'élargissement de leur statut juridique.

Dès 1988, Michel Sagliocco, auteur d'un des premiers ouvrages volumineux traitant des droits des détenus, intitulé "Le statut social des détenus: contribution à une théorie générale des droits", partait du postulat que les détenus jouissent des droits qui constituent un patrimoine universel et inébranlable de l'humanité⁸³⁹. Il observait pourtant aussitôt que ces droits découlaient du but poursuivi dans le domaine de la politique pénitentiaire: pour la France depuis 1945 c'était la resocialisation⁸⁴⁰. L'auteur était persuadé que ce but devait être atteint en rapprochant le plus possible le statut des détenus de celui des travailleurs libres⁸⁴¹.

La reconnaissance des droits aux détenus se heurtait à une opposition ferme. Cela ne devrait pas étonner, surtout dans le contexte pénitentiaire, car reconnaître un droit au détenu revient à ôter une parcelle d'autorité à l'administration pénitentiaire⁸⁴². D'après M. Ferber, les détenus et le personnel participent à un "jeu" en vue de sauvegarder leur marge de liberté. Les détenus et le personnel sont considérés dans ce jeu comme étant des acteurs ayant une certaine marge de manœuvre⁸⁴³. Cette vision fait que le personnel estime justes les mesures de restriction des droits détenus, alors que ceux-ci pensent qu'il serait juste de limiter les fonctions de contrôle attribuées au personnel⁸⁴⁴. Dans ces conditions, le personnel

⁸³⁹ Sagliocco M., *Le statut social des détenus : contribution à une théorie générale des droits*. Thèse pour le doctorat d'état, Paris, Université de Paris 10, UER de Sciences juridiques et politiques, 1988, p. 393.

⁸⁴⁰ Ibid, p. 393.

⁸⁴¹ Ibid, p. 7.

⁸⁴² Mezghani R., *La condition juridique du détenu*, Thèse pour le doctorat d'état, Paris, Université de droit, d'économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2) 1975, p. 236. Cette thèse s'accorde avec la théorie générale des droits de l'homme selon laquelle les droits de l'homme se fondent sur des valeurs reposant sur la limitation de l'autorité. Les droits de l'homme se présentent en outil de répartition du pouvoir entre le domaine public et le domaine (les intérêts) privé (Hottelier M., *La démocratie contre les droits de l'homme ?*, in *Les droits de l'homme en évolution*, Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas, Bruxelles, Athènes, Bruylant, Sakkoulas, 2009, p. 257).

⁸⁴³ Ferber M., *Enseigner en prison : entre contraintes ; incertitudes et expertises*. Thèse pour le doctorat, Bordeaux, Université de Bordeaux 2, 2009, p. 10.

⁸⁴⁴ Faugeron C., Chauvenet A., Combessie P., *Approches de la prison*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1996, p. 319.

pénitentiaire fut le premier à s'opposer à la reconnaissance des droits des détenus.

Ainsi que l'observe à juste titre Jean-Charles Froment, le pouvoir du personnel pénitentiaire dépend fondamentalement de leur aptitude à négocier la discipline et l'ordre avec les détenus. Leur succès, à son tour, dépend de la marge de manœuvre des gardiens, des "arguments" dont ils disposent pendant la négociation. Il en découle que plus les avantages privilèges des détenus deviennent des droits, et moins les surveillants ont de liberté pour les leur accorder ou refuser, et moins ils peuvent s'en servir comme outils de négociation. Ainsi, le surveillant doit-il rechercher de nouveaux avantages et de nouvelles sanctions à appliquer de manière à pouvoir les utiliser dans la négociation avec les détenus⁸⁴⁵. Il est logique de dire que toute autorité ou toute autonomie concédée au détenu sont ôtées au personnel pénitentiaire⁸⁴⁶.

Il n'est pas surprenant que le personnel pénitentiaire ait toujours craint et regardé d'un œil critique les réformes visant à élargir les droits détenus, dès lors que sa marge de manœuvre serait ainsi limitée⁸⁴⁷. L'avis donné à ce propos par les spécialistes des questions pénitentiaires peut être réduit à l'idée que l'attribution de droits aux détenus apporte certains avantages, mais, en même temps, il faut le faire avec un grand nombre d'exceptions, qui sont dictées par les impératifs de protection sociale de même que d'efficacité pénitentiaire⁸⁴⁸.

L'une des raisons de cette réaction réside dans d'autres considérations pragmatiques. Comme le souligne Georges Benguigui, "... les directeurs de prison sont jugés sur leurs capacités à maintenir l'ordre dans leur établissement et à éviter les évasions. Jamais un directeur n'est évalué sur sa capacité à faire de sa prison un lieu de préparation à la réinsertion"⁸⁴⁹. L'idée que la direction de l'établissement pénitentiaire doive faire face à des effets négatifs beaucoup plus forts en cas de problèmes liés à l'ordre et à la sécurité dans l'établissement qu'à des effets positifs en cas de bons résultats dans le respect des droits des détenus garde toute son actualité⁸⁵⁰.

⁸⁴⁵ Froment J.-C., Vers une « prison de droit » ? , *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1997, n° 3, p. 537-560.

⁸⁴⁶ Zimring F.E., Hawkins G., *Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights, The Future of Imprisonment*, Ed. by Tonry M., New York, Oxford University Press, 2004, p. 170.

⁸⁴⁷ Dünkkel F., van Zyl Smit D., Conclusion, *in Imprisonment Today and Tomorrow : International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*, Edited by D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Second edition, The Hague, Kluwer law international, 2001, p. 853.

⁸⁴⁸ Mezghani R., *Ibid*, p. 293.

⁸⁴⁹ Benguigui G., *La paranoïa pénitentiaire in Prisons sous tensions*. Sous la direction de Benguigui G., Guilbaud F., Malochet G., Nîmes, Champ social éditions, 2011, p. 83.

⁸⁵⁰ Par exemple, lors de notre participation au séminaire du Conseil de l'Europe sur le management

Cette thèse est toutefois manipulatrice, car toute violation grave relevée des droits peut devenir facilement l'indicateur sur lequel on juge l'établissement. En témoignent les cas où les informations sur les violations des droits sont largement diffusées par les médias. C'est pourquoi l'évaluation de l'établissement peut se baser sur l'application de restrictions non justifiées (allant jusqu'à des violations grossières de la loi). En ce qui concerne les restrictions dont la légitimité/illégitimité n'est pas évidente, elles ne sont effectivement pas prises en compte comme indicateur d'évaluation pouvant avoir une incidence importante sur les actions du directeur d'établissement. C'est la raison pour laquelle la direction d'établissement préfère accorder moins de droits plutôt que de permettre leur exercice là où il y aurait des risques pour la sécurité et l'ordre.

Une place importante dans la formation de la conception des droits de l'homme à la seconde moitié du XX^{ème} siècle en France appartenait à la théorie de la "sujétion spéciale". Populaire dans le droit administratif allemand, elle eut des effets en France. Elle admettait notamment que le détenu fût assujéti à l'administration pénitentiaire, ce qui "rognait" ses droits. Sur ce plan, le détenu était assimilé aux militaires, voire aux écoliers. Par la suite, certains auteurs qualifièrent cette théorie de minimaliste⁸⁵¹.

L'expert allemand Klaus Tiedemann écrivait: "Puisque l'État exerce, dans le cadre des rapports de sujétion spéciale, une autorité accrue sur l'administré, il résulte de la nature et du but de chaque ordre spécial en question une limite des droits fondamentaux. Ces limites non écrites sont implicitement contenues dans la Constitution dès lors qu'elles découlent de l'ensemble des données préconstitutionnelles, présumé et tacitement adopté par le pouvoir constituant, ou bien de l'institutionnalisation des rapports de sujétion spéciale par la Loi fondamentale elle-même. En ce qui concerne le détenu, ses droits fondamentaux sont, selon cette doctrine, restreints dans la mesure où le maintien de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement pénitentiaire l'exige. C'est d'ailleurs au même résultat qu'aboutissent les auteurs qui ne fondent pas les restrictions des droits fondamentaux seulement sur le rapport de pouvoir particulier, mais déjà sur le droit pénal substantif"⁸⁵².

Rhida Mezghani récapitule cette théorie dans le chapitre "Restriction des droits des

pénitentiaire qui s'est tenu à l'Ecole de Bila Tserkva de formation du personnel du Service d'exécution des peines de l'Ukraine (Ukraine, 15-16 novembre 2016), les représentants de l'administration pénitentiaire partageaient vivement cet avis du conférencier.

⁸⁵¹ Mathieu G., Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Marseille, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993, p. 19.

⁸⁵² Tiedemann K., La protection des droits des détenus, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, oct.-déc, 1962, n° 1., Reprint Schmidt Periodicals GMBH, 1990, p. 491.

détenus" de sa thèse. Elle suppose que les restrictions faites aux détenus tiennent à leur sujétion spéciale (particulière). La sujétion de ce type concerne aussi, par exemple, les écoliers, les étudiants et les autres "clients" des établissements publics. La situation juridique du détenu, écrit cet auteur, engendre l'indétermination qui explique l'impossibilité d'accorder aux détenus des droits sans limitations⁸⁵³. Mezghani bâtit sa thèse sur l'idée que la détermination des droits des détenus et des restrictions de ces droits tourne autour de la situation juridique spéciale de ces personnes. Par ailleurs, elle décrit d'autres concepts classiques et modernes de l'époque.

Le rapport entre l'administration et le détenu est qualifié de sujétion spéciale. Ce rapport aurait dû faire l'objet d'une étude poussée dans la théorie des droits des détenus, puisqu'il était annoncé en fait comme fondement de la restriction de leurs droits. Cependant, diverses tentatives pour formuler sa définition n'ont pas abouti à une vision concordante du sujet, bien qu'on ait considéré que l'une des composantes principales de ce rapport spécifique consistait dans les pouvoirs disciplinaires de l'administration pénitentiaire⁸⁵⁴. C'est ainsi que l'obligation des détenus de se soumettre aux ordres de l'administration pénitentiaire peut être l'une des sources de l'imprécision de la sujétion spéciale⁸⁵⁵. Le concept de la sujétion spéciale, en tant que fondement de la restriction des droits, fait apparaître clairement l'influence de la doctrine du droit administratif français, qui est considéré en France comme l'une des disciplines-mères du droit pénitentiaire.

Nous n'y voyons pas une base sûre pour pouvoir déterminer la portée des restrictions imposées aux détenus, parce qu'elle se concentre plutôt sur la justification morale et juridique des restrictions en expliquant pourquoi celles-ci sont nécessaires, mais sans apporter de la clarté dans la description de ce qu'elles devraient être. Elle est d'ailleurs douteuse, compte tenu de la tendance répressive qu'il est aisé de reconnaître. En outre, il est difficile d'expliquer pourquoi ne pas prendre, pour légitimer les restrictions, un autre rapport spécifique entre l'administration pénitentiaire et les détenus, celui qui découle du fait de l'existence des détenus placés sous la responsabilité et le contrôle de l'administration⁸⁵⁶. À supposer que l'on

⁸⁵³ Mezghani R., *Ibid*, p. 252.

⁸⁵⁴ Falxa J., *Ibid*, p. 423.

⁸⁵⁵ Herzog-Evans M., *La gestion du comportement du détenu: Essai de droit pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 57–58.

⁸⁵⁶ L'un des exemples montrant comment ce rapport pourrait déterminer la portée des restrictions appliquées au détenu pourrait être fourni par les modalités d'exercice du droit de recours. Comme l'administration pénitentiaire doit avoir intérêt à l'exercice en temps voulu des droits, y compris ceux qui sont critiques pour eux, comme l'assistance médicale, il faudrait mettre en place un mécanisme de recours qui aurait réduit au minimum l'ingérence de l'administration dans la correspondance des détenus avec n'importe quelle institution de l'État.

ait à élaborer une approche objective s'appuyant sur le rapport entre l'administration et les détenus, celle-ci devrait probablement commencer par réunir les deux rapports spécifiques mentionnés ci-dessus: la sujétion (l'autorité) ; et la responsabilité à l'égard des personnes assujetties.

Le concept classique, évoquée par Clerc, reconnaît que le détenu n'est pas dépossédé de ses droits. Cependant, partant du principe que l'exercice des droits nécessite "d'être libre", ceux-ci sont "suspendus" pour la durée de la peine. La conception moderne voit les droits des détenus et les restrictions de ceux-ci d'une manière plus libérale. Le détenu continue d'exercer ses droits dans la mesure où il n'en est pas limité par la loi ou le jugement. C'est cette conception-là qui puise ses sources dans la non-exclusion des détenus de la société et qui tend à l'amélioration du sort du détenu⁸⁵⁷.

Le concept classique fait penser à la théorie des restrictions de fait que nous critiquons. Il est remarquable que Mezghani ait déjà soupçonné, à l'époque, les abus qui auraient pu en découler. Il a fait noter que les limitations de l'exercice des droits dits "suspendus" par la détention n'ont pas de base juridique suffisante, puisqu'il s'agit d'une interdiction de fait dont on risque d'abuser et qui empêche le détenu d'exercer ses droits⁸⁵⁸. Il évoquait déjà, mais n'expliquait pas et n'insistait pas sur le classement des restrictions selon qu'elles sont de droit ou de fait.

L'histoire de l'évolution des droits des détenus en France a connu des théories plus spécifiques encore. Il convient de porter à ce nombre la théorie fondée sur la répartition de ces droits selon leur conception en tant que résidus d'autres droits⁸⁵⁹. Une telle conception exige de prendre en compte la priorité de l'ordre, de la discipline, de la sécurité sur les droits des détenus. La subordination des droits à ces impératifs implique, non seulement, la restriction des droits *objectivement* incompatibles avec eux, mais aussi, la restriction des droits *subjectivement* incompatibles. Elle veut dire, en outre, que l'incompatibilité peut être déterminée par l'autorité appliquant le droit. Les droits sont utilisés comme un instrument au service de l'ordre, de la discipline de la sécurité. Dans ce système, les droits deviennent des privilèges toujours susceptibles d'être retirés de manière discrétionnaire. En droit, hormis la liberté d'aller et venir, le détenu reste titulaire de presque tous ses droits. Toutefois, le fait d'être détenu ne permet pas d'exercer ses droits. De plus, non seulement les restrictions

⁸⁵⁷ Mezghani R., La condition juridique du détenu, Ibid, p. 263.

⁸⁵⁸ Ibid, p. 264.

⁸⁵⁹ Giudicelli-Delage G., Massé M., Rapport introductif, *in* La condition juridique du détenu, sous la direction de Pradel J., Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8, Paris, Editions Cujas, 1993, p. 18–19.

découlent de la privation de liberté, mais elles cèdent encore plus aux exigences d'ordre, de discipline et de sécurité"⁸⁶⁰.

Conclusion du sous-chapitre 3.1.3.1

"Le détenu est un citoyen à part entière. Il possède tous les droits que les citoyens libres, sauf...": ainsi pourrait être caractérisée brièvement l'idée devenue un impératif généralement reconnu en France. Ce pays attache traditionnellement à la notion de "citoyen" une signification plus grande qu'un rapport ordinaire avec l'État. Le citoyen désigne la personne qui participe à la vie de la société, qui en fait partie. C'est cette vision qui constitue l'une des idées fondamentales des approches des droits des détenus dans les ouvrages des spécialistes du domaine pénitentiaire. Elle s'était formée comme contrepoids à l'idée selon laquelle le détenu pouvait subir une peine comme la mort civile, laquelle était pratiquée par le passé dans ce pays et qui signifiait la privation totale de certains droits.

"Le détenu est un citoyen à part entière" ; c'est là une sorte d'idéal auquel devrait aspirer le système pénitentiaire. C'est la raison pour laquelle les critiques de cette idée observent qu'elle est détachée des réalités et que les détenus sont loin d'être "citoyens" au sens large.

L'histoire de la reconnaissance du détenu en tant que citoyen à part entière s'est donc heurtée à des oppositions. Des théories variées ont été utilisées à cette fin, comme, par exemple, celle de la sujétion spéciale qui alléguait que les droits des détenus étaient des droits exceptionnels du fait de leur "sujétion" à l'administration des établissements. L'attribution des droits complémentaires des détenus était considérée comme la perte par l'autorité pénitentiaire d'instruments d'influence. Cette conception de la libéralisation des restrictions des droits par le personnel pénitentiaire est toujours de mise.

3.1.3.2. Le détenu n'est privé que de la liberté "d'aller et venir"

Tous ceux qui ont étudié la question des droits des personnes dans les établissements pénitentiaires en France connaissent la thèse en vertu de laquelle le détenu n'est privé que de la liberté d'aller et venir. Ce droit ne figure directement ni dans la Constitution française ni

⁸⁶⁰ Ibid.

dans la Déclaration de 1789. Il est pourtant présent dans la Constitution de manière indirecte (art. 66⁸⁶¹) et renvoie, en fait, au droit à la liberté de circulation et au choix du lieu de résidence⁸⁶², qui a une valeur constitutionnelle⁸⁶³. On considère que la loi pénitentiaire de 2009 fixant les normes relatives aux droits des détenus a consacré le principe selon lequel les détenus ne sont pas privés d'autres droits que celui d'aller et venir⁸⁶⁴.

Cette opinion acquit une popularité assez importante après la fameuse visite du Président de la République française, Valéry Giscard d'Estaing à la prison Saint-Paul de Lyon qui donna lieu à l'époque (1974) à une explosion de protestation des détenus contre les conditions d'incarcération. La visite fut connue par la poignée de main entre le Président et l'un des détenus. Après cette visite, le Président devait proclamer que "la prison, c'est la privation de la liberté d'aller et venir, et rien d'autre"⁸⁶⁵.

Depuis, l'idée de cette formule n'a plus quitté les pages des ouvrages émanant de spécialistes du domaine pénitentiaire. L'attitude vis-à-vis d'elle est extrêmement variée, mais toutes les approches pourraient être réduites à trois: a) le détenu n'est effectivement privé que de la liberté d'aller et venir; b) le détenu est privé de la liberté de circulation et des droits dont l'exercice est, de ce fait, limité; c) le détenu ne peut pas être privé que de la liberté d'aller et venir, l'idée contraire étant utopique.

Le professeur Jean Pradel, représentant de la première approche, dénommée aussi maximaliste⁸⁶⁶, a tenu ce propos: "Avec l'évolution plus libérale des législations, on parle de plus en plus des droits du détenu. L'idée de base est que la détention est seulement la privation de la liberté d'aller et venir et rien d'autre"⁸⁶⁷. Dans le même état d'esprit, Eric Péchillon observe que "la mise en détention ne devrait entraîner que la privation de la liberté d'aller et

⁸⁶¹ Cet article dispose: "Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de principe dans les conditions prévues par la loi".

⁸⁶² Vimbert C., *La tradition républicaine en droit public français*, Rouen, Publication Université Rouen Havre, 1992, p. 145.

⁸⁶³ Conseil constitutionnel, n° 80-127 des 19 et 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et la liberté des personnes.

⁸⁶⁴ Leroyer A.-M., *Famille du détenu - Vie privée et familiale*, Revue trimestrielle de droit civil. Éditions Dalloz, 2010, n° 1436, p. 165. L'application de ce principe en tant que principe de base dans la nouvelle loi pénitentiaire était exigée déjà par la Commission Canivet qui exerça une influence substantielle sur la vision du développement de la loi pénitentiaire (Stern V., *Prisoners as Citizens : A View from Europe*, in *Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons*. Ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt: The Federation Press, 2002, p. 169).

⁸⁶⁵ Favard J., *Les prisons*, Paris: Flammarion, Coll Dominos, 1994, p. 7 (avant-propos).

⁸⁶⁶ Mathieu G., *Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne*, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Marseille, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993, p. 15.

⁸⁶⁷ Pradel J., *Aperçus sur le droit pénitentiaire comparé*, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2009, n° 2, p. 425.

venir, entendue strictement comme l'interdiction de quitter l'établissement d'incarcération"⁸⁶⁸. Pierre Landreville est catégorique en insistant que le détenu doit conserver tous les droits du citoyen, sauf le droit d'aller et venir librement dans la société⁸⁶⁹.

Une approche semblable fut choisie par la Commission Canivet dont le rapport relatif au statut juridique des détenus se fondait également sur ce que le détenu, même s'il était privé de la liberté d'aller et venir, conserve tous les autres droits⁸⁷⁰. Elle indiquait que la personne mise en détention n'en conservait pas moins ses droits. Dans le même temps, sa position était que : "l'État de droit, que la hiérarchie des normes assure sur le fondement de la Constitution, conserve le même contenu et la même force dans le milieu carcéral que dans la société libre, sans pouvoir être amoindri ou dissocié. Les droits et garanties du détenu, autres que sa liberté d'aller et venir, ne peuvent donc recevoir de limitations que de la loi". L'approche de la Commission est néanmoins plus réaliste, puisqu'elle déclare que ces droits peuvent être limités, sous réserve d'être prévus dans la loi. D'autre part, cette formulation démontre la possibilité de limiter un droit en l'absence de fondement dans la loi, notamment lorsqu'il s'agit de la privation de la liberté d'aller et venir. Cela nous rappelle la théorie des restrictions de fait que nous avons déjà critiquée, en raison de son incompatibilité avec le principe de légitimité.

Les représentants de la seconde approche se constituent en avocats classiques de l'idée des restrictions de fait. Vincent Tchen écrit, dans son article sur les droits des détenus: "La privation d'un droit fondamental, celui d'aller et venir, commande ainsi l'effectivité des autres droits: le détenu n'en est pas directement privé mais leur traduction suppose une intervention

⁸⁶⁸ Péchillon E., Sécurité et droit du service public pénitentiaire, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, p. 274.

⁸⁶⁹ Landreville P., Les détenus et les droits de l'homme, *Criminologie*, 1976, Vol. 9, n° 1-2, p. 108. Il est intéressant que l'auteur reconnaisse plus loin dans ce même article que "seule une menace directe et concrète à la sécurité de l'établissement peut permettre à l'administration de restreindre les droits, et ce, sous réserve qu'elle soit en mesure de le prouver de manière convaincante et claire" (Ibid, p. 109). Sont admissibles, par exemple, les restrictions visant au contrôle de la correspondance pour repérer les messages susceptibles de mettre en grave danger la sécurité de l'établissement (Ibid, p. 112).

⁸⁷⁰ Rapport Canivet, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, mars 2000, *in* Le nouveau guide du prisonnier. Observatoire international des prisons, Paris, Éditions de l'Atelier, 2000, p. 15. Le fait que la privation de liberté n'implique que la privation totale ou partielle de la liberté d'aller et venir fut utilisé par la Commission belge Dupont. (Rapport final de la Commission Dupont, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 50-1076/1, p. 158-159, *in*: Beernaert M.-A., Manuel de droit pénitentiaire, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 130-131). Dans l'un de ses rapports relatifs aux prisons françaises, la Commission nationale des droits de l'homme observait que les normes concernant les citoyens libres devraient être appliquées en prison aussi, à l'exception, évidemment, de la liberté d'aller et venir (Commission nationale consultative des droits de l'homme. Les droits de l'homme dans la prison. Volume 1, Paris, La Documentation française, 2007, p. 11).

de l'État"⁸⁷¹. Il convient de noter que, du fait de la limitation de la liberté d'aller et venir, l'exercice d'autres droits peut demander non seulement des actes négatifs de l'État, comme, par exemple, s'abstenir d'intervenir, qui n'est pas appliquée aux personnes libres, mais aussi des actes positifs ⁸⁷².

Une position semblable est adoptée par d'autres spécialistes qui estiment que "la souffrance qui naît de la prison, ne peut sérieusement résulter de la seule faculté de se déplacer, d'aller et venir... Cette souffrance est ailleurs. Elle tient au fait que, dans la réalité, l'emprisonnement impose brutalement la privation des êtres, des choses que l'on aime, qui nous sont familiers et auxquels nous sommes habitués"⁸⁷³. L'emprisonnement prive le détenu de la liberté d'aller et venir et l'empêche d'exercer d'autres droits, dont l'usage est paralysé ou réduit du fait de cet emprisonnement⁸⁷⁴. Alors que les détenus sont privés de la liberté d'aller et venir, beaucoup d'autres libertés disparaissent en prison, sans parler de celles qu'il n'est pas possible d'exercer à cause du surpeuplement carcéral⁸⁷⁵.

La troisième approche mériterait d'être nommée sceptique ou même réaliste. Elle soutient formellement l'idée qui pourrait être exprimée ainsi: "La prison ne se réduira jamais à la stricte privation de la liberté d'aller et de venir"⁸⁷⁶. L'idée selon laquelle le détenu n'est

⁸⁷¹ Tchen V., Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire, *Revue Française de Droit Administratif*, 1997, disponible sur : www.dalloz.fr (accédé le 01.07.2016).

⁸⁷² La nécessité de ces actes n'est pas uniquement reconnue au niveau doctrinal. C'est ainsi que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a insisté sur le besoin "d'adapter" les droits à la privation de la liberté d'aller et venir. Il a indiqué que la possibilité d'accès des détenus aux informations en ligne (mass media, enseignement, emploi, procédures administratives, contrôle de diverses informations) est d'autant plus importante qu'ils sont privés de la liberté de circulation et il en découle leur limitation dans une grande partie d'actions admissibles (Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 20 juin 2011 relatif à l'accès à l'informatique des personnes détenues, *Journal officiel de la République Française*, 2011, 12 juillet, texte 82 sur 134). S'appuyant sur la jurisprudence, J. Danet prouve que le détenu privé de la liberté d'aller et venir se trouve en situation de vulnérabilité qui est la composante de la partie objective d'un des articles du Code pénal (le fait de soumettre une personne à des conditions d'hébergement ou de travail incompatibles avec la dignité) (Danet J., *Les conditions de détention et l'article 225-14 du code pénal*, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2218–2223).

⁸⁷³ El Tari K., *Les sources internationales du droit pénitentiaire*, Thèse de doctorat en droit, Poitiers, Université de Poitiers, 2004, p. 24.

⁸⁷⁴ Cornil V.P., *Rapport général de la Société internationale de défense sociale*, in: Mbanzoulou P. *La réinsertion sociale des détenus : l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 13.

⁸⁷⁵ Larralde J.-M., *Les droits des personnes incarcérées : entre punition et réhabilitation*, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2003, n° 2, p. 71.

⁸⁷⁶ Touillier M., *L'effectivité des droits des personnes détenues à l'aune des évolutions récentes du droit français*, in *Enfermements. Populations, Espaces, Temps, Processus, Politiques*. Sous la direction de Tournier P.V., Préface de Serge Blisko, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 169. Voir aussi Verdussen M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*. Préface de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 490-491.

privé que de la liberté d'aller et venir mène à l'impasse, puisque la prison représente nécessairement quelque chose de plus large que la seule privation de la liberté de se déplacer. Elle ne peut pas et ne pourra dès lors jamais n'être que cela, quels que soient les accommodements mis en œuvre⁸⁷⁷. Pour cette approche, la restriction des droits est inévitable, dès lors que l'organisation de la vie dans l'établissement et les exigences de sécurité ne constituent pas simplement un but, mais aussi une nécessité. "Un enfermement ne peut jamais être qu'une simple privation de liberté. En milieu fermé les impératifs, en particulier, de sécurité, d'ordre, de protection d'autrui accroissent le poids de la discipline et réduisent, en pratique, les possibilités d'exercice des droits garantis", observe Christian Jacq⁸⁷⁸.

D'autres auteurs qui réfléchissent sur les droits des détenus posent des questions pertinentes à propos de la privation exclusive de la liberté d'aller et venir: l'accroissement des droits des détenus s'inscrit dans le cadre d'un mouvement plus général en faveur des droits de l'homme. C'est ainsi que se développe la problématique pouvant être nommée "protection": la protection de tous les droits des détenus outre la liberté d'aller et venir. Est-ce une utopie ou une illusion? Le droit pénitentiaire évolue-t-il en ce sens ou peut-il évoluer?⁸⁷⁹ Cependant, ces auteurs donnent ensuite des réponses caractéristiques de la seconde approche: "En droit, hormis la liberté d'aller et venir, le détenu est titulaire de presque tous les droits accordés aux citoyens libres... Le droit ne retire rien ou presque, mais l'application qui en est faite ne permet pas l'exercice des droits [...]»⁸⁸⁰.

Le professeur Gérard Soulier, qui soutient une position similaire, estime que "la privation de liberté ne concerne pas seulement la liberté d'aller et venir, elle est dépossession à peu près totale de toutes les libertés fondamentales: privation de la liberté de mouvement, mais aussi de décision, d'expression, de libre correspondance, privation de toute autonomie, privation de toute intimité, même dans les fonctions d'hygiène, privation de la libre disposition de son temps et de son corps (même pas le droit de rester couché...)"⁸⁸¹.

J.-P. Céré estime que l'affirmation abolitionniste selon laquelle les détenus ne sont privés que de la liberté d'aller et venir se brise contre les réalités carcérales "sur le terrain" (Céré J.-P., *La prison*, Paris, Dalloz, 2007, p. 54).

⁸⁷⁷ Philippe P., *Repenser la peine de prison après la loi du 24 novembre 2009*, Pouvoirs, 2010, n° 135, p. 150.

⁸⁷⁸ Jacq C., *Ibid*, p. 357.

⁸⁷⁹ Giudicelli-Delage G., Massé M., *Ibid*, p. 16.

⁸⁸⁰ *Ibid*, p. 19.

⁸⁸¹ *In* Sagliocco M., *Le statut social des détenus : contribution à une théorie générale des droits*. Thèse pour le doctorat d'état, Paris, Université de Paris 10, 1988, p. 36.

Par ailleurs, le détenu continue de bénéficier "d'une relative liberté d'aller et venir"⁸⁸². Malgré la privation de la liberté d'aller et venir, lui, comme tout autre citoyen doit pouvoir chercher à obtenir le respect de ses droits fondamentaux⁸⁸³.

La privation de la liberté d'aller et venir, en tant que seul droit dont sont dépossédés les détenus, subit parfois des critiques plus vives. Pour certains auteurs, elle est ridicule si elle veut dire que la personne ne peut pas sortir de prison quand elle le souhaite (le terme "prison" étant plus que clair !) et elle est fautive si cette privation pouvait être appliquée dans les murs de la prison, puisque même entre ces murs, il existe toujours des lieux où les détenus auront la liberté "d'aller et venir" (au minimum, il existe les promenades dans une cour spéciale). Il est impossible de priver de cette liberté, à moins d'attacher le détenu dans sa cellule⁸⁸⁴. La prison, ce n'est pas que la privation de la liberté d'aller et venir, mais c'est aussi celle de la plupart d'autres libertés qui disparaissent. N'évoquer que la "privation de liberté" a ses avantages, notamment lors de la fixation de la peine, car cette formulation permet d'appliquer une peine en ne mesurant que sa composante arithmétique, la durée de la peine. Ainsi, la responsabilité des autorités fixant la peine par rapport à la composante qualitative de celle-ci se trouve-elle en dehors du focus des considérations, l'application de la peine devient, pour la plupart des citoyens libres, un symbole quantitatif qui ne reflète pas le côté punitif véritable de la peine⁸⁸⁵. Par ailleurs, le côté qualitatif se manifeste justement dans le contenu et l'étendue des restrictions.

Ajoutons que l'absence d'autres restrictions que celle de la liberté d'aller et venir exclut la possibilité d'installer tout régime et toute discipline dans l'établissement. Or, le régime et la discipline impliquent nécessairement certaines restrictions. Il est ainsi difficile d'imaginer comment fonctionnerait une prison dans laquelle les restrictions ne porteraient que sur la liberté d'aller et venir. Un tel établissement se résumerait à la détention des personnes dans l'enceinte de la prison.

Même en admettant que les restrictions complémentaires pourraient découler de la restriction de la liberté d'aller et venir, les exigences de régime pourraient être difficilement rapportées à ces restrictions "inhérentes". L'on ne saurait affirmer le contraire qu'en admettant que la restriction de la liberté d'aller et venir comprend la nécessité d'assurer la sécurité à

⁸⁸² Herzog-Evans M., Les droits de la défense et la prison. Actualité du droit pénitentiaire français, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2001, n° 1, p. 20.

⁸⁸³ Herzog-Evans M., Céré J.-P., Péchillon E., Les avocats aux portes des prisons, Recueil Dalloz, chroniques, 14 septembre 2000, p. 481.

⁸⁸⁴ Demonchy C., Que signifie punir quelqu'un en le privant de sa liberté ? , Revue de la FARAPEJ, 2010, n°104, p. 3.

⁸⁸⁵ Ibid, p. 3.

l'intérieur du territoire qui limite la liberté d'aller et venir. Or, une telle vision de la restriction de la liberté n'est pas logique. La sécurité et l'ordre sont les attributs qui permettent des restrictions additionnelles de la liberté d'aller et venir.

Conclusion du sous-chapitre 3.1.3.2

Un autre idéal semblable à la doctrine du "citoyen à part entière" est exprimé dans la thèse selon laquelle le détenu n'est privé que de la "liberté d'aller et venir". Cela rappelle la doctrine légitimant l'incarcération comme source de restrictions de fait. Elle suppose ainsi que les détenus ne devraient être soumis qu'aux restrictions qui sont la conséquence de la perte de la liberté de mouvement. Cet idéal présente trois degrés selon le scepticisme de ses partisans: 1) le détenu ne doit être privé que de la liberté d'aller et venir et rien d'autre; 2) le détenu est privé de la liberté d'aller et venir et des droits dont l'exercice est limité de ce fait; 3) l'idée que le détenu ne peut être privé de rien d'autre que la liberté de mouvement est une utopie. L'analyse des considérations des adeptes de chacun de ces trois degrés nous amène à conclure que le troisième degré semble le plus rationnel. L'inadmissibilité des autres restrictions est idéaliste et elle est difficile à imaginer du point de vue pratique.

3.1.3.3. Doctrine de rapprochement avec le droit commun

Le terme "droit commun" a une signification toute différente par rapport au terme anglo-saxon "common law". Sa signification, dans la doctrine du droit français, se rapproche de la notion "de régime juridique commun" ou "ensemble de normes juridiques générales", ou bien, s'agissant des droits de l'homme, statut juridique commun. Ce terme peut avoir comme antonyme plus ou moins proche, l'ensemble des normes de droits relatives aux rapports de droit spécifiques. Le rapprochement du droit pénitentiaire vers le "droit commun" suppose l'application maximale aux détenus des mêmes normes de droit que ceux des citoyens libres.

Les droits des détenus, qui sont souvent considérés comme une exception du statut juridique commun, sont fréquemment réglementés d'une manière différente que ne le fait le droit commun, c'est-à-dire différemment par rapport aux citoyens libres. C'est ce qui a fait l'objet d'intérêt du droit pénitentiaire français, lequel se place toujours davantage sur la

position prônant le rapprochement maximal du droit pénitentiaire avec le droit commun⁸⁸⁶.

Cette vision démontre plusieurs tendances à la fois.

En premier lieu, elle est le prolongement de l'idée que le détenu jouit de tous les droits sauf la liberté d'aller et venir. Le rapprochement des normes du droit pénitentiaire réglementant les rapports concernés avec les normes du droit qui régissent les rapports des personnes libres s'inscrit bien dans la théorie du maintien maximal aux détenus des droits des citoyens libres. Il est donc en rapport direct avec l'idée citée déjà selon laquelle le détenu reste un citoyen à part entière.

En deuxième lieu, elle est une conséquence logique de la bataille historique contre l'existence de la prison comme une zone de non-droit. L'élaboration par l'administration pénitentiaire de règlements qui sont conçus souvent à l'encontre de la loi constitue l'un des aspects de l'affaiblissement du rôle du droit en prison. De ce fait, le droit pénitentiaire a pu être un droit de restrictions, un droit de contradictions entre le pouvoir et la bienveillance, entre les droits et la punition⁸⁸⁷. Un aspect important de cette tendance se traduit par l'accès difficile à la justice des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires.

En troisième lieu, le rapprochement des normes du droit pénitentiaire et du droit commun fait partie du processus de normalisation. La tradition du droit français est originale sur ce plan, étant donné que les autres pays ne marquent pas un accent clair sur la nécessité de rapprocher la réglementation des droits de l'homme en prison avec ce qui existe en liberté en tant que partie de la normalisation. Un tel rapprochement juridique diffère de la simple accentuation de la nécessité d'un rapprochement maximal des conditions de vie en prison avec celles de la liberté, ainsi que l'exigent les textes internationaux (voir par ex., RMT, RPE). Il attire l'attention sur l'aspect juridique du rapprochement.

Il est évident que le droit définit les conditions de l'exécution des peines. C'est pourquoi la norme d'après laquelle les conditions de vie en prison devraient être rapprochées des conditions de vie en liberté concerne directement le côté juridique de l'exécution des peines. Une bonne normalisation est impossible sans rapprocher les normes traitant des droits en prison et en liberté. Cette thèse est surtout pertinente en ce qui concerne le rapprochement

⁸⁸⁶ Remarquons que le terme "droit commun" était aussi utilisé dans le domaine pénitentiaire notamment pour distinguer les "détenus de droit commun" c'est-à-dire les détenus "ordinaires" et les détenus politiques. A l'époque des représailles politiques en France, ces derniers avaient un statut juridique distinct (voir Plawski S., *Droit pénitentiaire*, Lille, Publications de l'Université de Lille (P.U.L.), 1977, p. 70).

⁸⁸⁷ Pauliat H., Synthèse, *in* La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 165.

des normes régissant les droits de l'homme en liberté et en prison.

Ainsi, la doctrine française du droit pénitentiaire se distingue-t-elle par la mise en valeur de l'aspect juridique de la normalisation. Nous proposons de le désigner par un terme spécial: "**normalisation juridique**".

La normalisation juridique fait partie de la normalisation générale des établissements pénitentiaires. Tout rapprochement de la norme juridique fait rapprocher des conditions de vie dans ces établissements des conditions de vie des citoyens libres. L'idée de la normalisation se répandit en Europe avec son inclusion dans les RPE de 1987 dont l'article 64 énonçait: "L'emprisonnement, par la privation de liberté, est une punition en tant que telle. Les conditions de détention et les régimes pénitentiaires ne doivent donc pas aggraver la souffrance ainsi causée, sauf si la ségrégation ou le maintien de la discipline le justifie". Comme on le voit, cette norme, qui est une règle de base pour la doctrine européenne de normalisation, fixait non seulement le rapprochement des conditions de détention par rapport aux conditions de vie en liberté, ainsi qu'on l'estime souvent, mais aussi le rapprochement du régime qui signifie en fait l'ensemble des règles de conduite et les modalités d'exécution des peines régies par ces règles. Cela veut dire que l'exigence de normalisation, conformément aux RPE, devait toucher aussi l'aspect juridique de l'exécution des peines, et non seulement l'aspect matériel.

La mise en œuvre de la normalisation juridique présente des avantages par rapport à la notion commune de normalisation. Ces avantages tiennent à la détermination du repère relatif à la mise en œuvre de la normalisation, à savoir le standard de la vie en liberté comme point de comparaison avec la vie en prison. Ainsi que l'observe Dan Kaminski, la normalisation requiert que soit déterminé l'étalon, de la "norme" de la vie en dehors de l'établissement pénitentiaire⁸⁸⁸. C'est dire que le but de la normalisation reste incompris tant qu'on n'a pas compris par rapport à quel niveau de vie en liberté il doit s'orienter. Cela pourrait être, par exemple, le niveau de revenus moyens, et alors il servira de standard de vie, ou bien il s'agirait

⁸⁸⁸ Kaminski D., Droits des détenus, normalisation et moindre éligibilité, *Criminologie*, 2010, Vol. 43, n° 1, p. 209.

du niveau moyen, et l'on aurait alors des standards tous différents⁸⁸⁹. La difficulté dans ce dernier cas est de savoir ce qu'il faudrait considérer comme niveau minimal de vie en liberté, car celui-ci pourrait s'avérer moins bon que dans l'établissement pénitentiaire, par exemple, pour ce qui est des SDF. Devons-nous reproduire dans l'établissement pénitentiaire l'égalité sociale existant en dehors de ses murs? – c'est sous la forme de cette question que s'interrogent Véronique Van der Plancke et Guido Van Limberghen⁸⁹⁰.

Joseph Tissot soulignait déjà au XIX^{ème} siècle : "Il ne faut pas que les adoucissements apportés à la peine, à quel titre que ce soit, la rendent plus tolérable ou aussi tolérable même que peut l'être physiquement la vie moyenne de la classe la moins favorisée de la fortune, autrement le délit pourrait devenir un appât, et la peine une dérision"⁸⁹¹. Cette idée est la quintessence de la doctrine d'infériorité des détenus selon laquelle les détenus ne devraient aucunement vivre mieux que les gens libres et que seule la privation de liberté remplit la fonction dissuasive⁸⁹². Sinon, la prison ne ferait que favoriser l'accroissement de la délinquance puisque l'effet dissuasif céderait la place à l'effet attrayant d'où l'idée que les "souffrances de la peine" devaient surpasser le profit tiré de l'infraction commise⁸⁹³, ce principe, se présentant pour cette raison en fondement de la prévention de la délinquance⁸⁹⁴. Hermann Mannheim décrit ainsi le principe d'infériorité: le détenu ne pourrait être placé en situation meilleure que celle des délinquants en liberté⁸⁹⁵.

C'est Jeremy Bentham qui passe pour être l'idéologue principal de la doctrine

⁸⁸⁹ Des facteurs supplémentaires sont parfois cités pour comparer les conditions de vie dans l'établissement pénitentiaire et en liberté. C'est ainsi que les documents du 4^e Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des détenus insistent sur la nécessité d'assurer, autant que possible, un rapport étroit entre les conditions de vie dans les établissements pénitentiaires et celles des populations des lieux où l'établissement donné est situé. Il s'agissait même d'ajuster les horaires des repas correspondant à ceux des populations de la région donnée (Fourth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Kyoto, Japan, 17-26 August 1970. Report Prepared by the Secretariat, New York, United Nations, 1971, p. 21-22).

⁸⁹⁰ La référence est faite à S. Snacken: Van der Plancke V., Van Limberghen G., La justice sociale ne saurait s'arrêter à la porte des prisons. Le (non) droit des détenus à la sécurité sociale en Belgique, *in* Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 54.

⁸⁹¹ Tissot J., Introduction philosophique à l'étude du droit pénal et de la réforme pénitentiaire, Paris, Librairie A. Marecq Ainé, éditeur 17, rue Soufflot, 17, 1894, p. 373.

⁸⁹² Hubert H.-O., Van Der Plancke V., Peine et sécurité sociale : le jeu de la less eligibility, *in* Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 224.

⁸⁹³ Scott D., The Changing Face of the English Prison : A Critical Review of the Aims of Imprisonment, Handbook on prisons. Ed by Y. Jewkes, Cullompton, Willan publishing, 2007, p. 50.

⁸⁹⁴ Sieh E.W., Less Eligibility: The Upper Limits Of Penal Policy, Criminal Justice Policy Review, 1989, Vol. 3, n° 2, p. 169.

⁸⁹⁵ *In* Hubert H.-O., Van Der Plancke V., Ibid, p. 223.

d'infériorité. Celle-ci visait initialement les pauvres et non les détenus. Il observait: "Si les conditions des personnes démunies sont maintenues par le travail des autres et si elles étaient meilleures que celles des personnes qui s'entretiennent elles-mêmes par le travail... les démunis passeraient constamment de la classe des personnes entretenues par leur propre travail à la classe des personnes entretenues par le travail des autres"⁸⁹⁶. Cette doctrine est liée directement à l'idée que chacun doit résoudre lui-même ses problèmes⁸⁹⁷. Charles Dickens, qui raisonnait dans le même sens, disait qu'il était monstrueux que le pauvre malhonnête fût mieux traité que le pauvre honnête⁸⁹⁸.

Dan Kaminski juge la réflexion de Dickens comme "monstrueuse" en elle-même. En effet, elle n'ouvre pas la voie de l'amélioration des conditions de vie des pauvres, mais seulement la voie à un durcissement des conditions de vie dans les établissements pénitentiaires⁸⁹⁹. Il ajoute, par ailleurs, que s'il s'avère que nous vivons dans des conditions pires que les détenus, nous devrions faire de cette jalousie une arme politique pour améliorer les standards de notre vie au lieu d'amoindrir ceux de la vie en prison⁹⁰⁰.

Les obstacles cités sont surmontés en partie lorsqu'il s'agit de la normalisation juridique. Le statut juridique a un standard assez précis: il est fixé dans la loi. En réponse à cette normalisation, le droit pénitentiaire devrait tendre à une réduction maximale de la différence entre le statut juridique des détenus et des citoyens libres. La question est de savoir à quel point un tel rapprochement est admissible?

Parlant de la nécessité d'une politique renouvelée de normalisation, Kaminski attire l'attention à son instrument principal: l'amélioration de l'efficacité d'exercice des droits⁹⁰¹. Il s'agit, de fait, de ce qu'on appelle la normalisation juridique. Cet auteur propose de supprimer les barrières entravant l'efficacité des droits. Ceci doit se concevoir comme l'application du principe de normalisation à l'exercice des droits qui se réaliserait comme suit: 1) Supprimer l'obstacle de sécurité, à savoir lutter contre l'hégémonie de la fonction de sécurité en prison et sa conception comme argument pour restreindre les droits et l'exercice de ceux-ci; 2) Lever

⁸⁹⁶ Bentham Papers: Copies of the Essays of 1796, London, University College, London and British Museum, p. 25-26, *cité dans* Sieh E.W., *Ibid*, p. 162.

⁸⁹⁷ Sieh E.W., *Ibid*, p. 160.

⁸⁹⁸ *In*: Kaminski D. Droits des détenus, normalisation et moindre éligibilité, *Criminologie*, 2010, Vol. 43, n° 1, p. 213.

⁸⁹⁹ Kaminski D., *Ibid*, p. 213

⁹⁰⁰ *Ibid*, p. 222.

⁹⁰¹ *Ibid*, p. 221. Le rapprochement des droits des détenus de ceux des citoyens libres offre, ainsi que le montre l'expérience de certains pays, le gage d'une normalisation réussie du système pénitentiaire (cf. Pratt J., *Scandinavian Exceptionalism in Era of Penal Excess. Part 1 : The Nature and Roots of Scandinavian Exceptionalism*, *British Journal of Criminology*, 2008, n° 48, p. 131-132).

l'obstacle pénologique, c'est-à-dire la subordination de la logique des droits à tel ou tel but de la punition; 3) Lever l'obstacle économique c'est-à-dire la dépendance de l'exercice des droits par rapport aux ressources disponibles; 4) Lever l'obstacle social, c'est-à-dire faire baisser la domination néolibérale de la doctrine d'infériorité⁹⁰².

Nous ne pouvons accepter cette position qu'en partie. Le point de divergence de nos positions est celui de savoir si les buts de la punition et de la sécurité interne dans l'établissement sont des obstacles pour les droits des détenus. Dans ses conclusions, Kaminski se fonde sur une longue expérience et les nombreux témoignages attestant que les buts de la punition et de la sécurité pénitentiaire sont des obstacles à l'exercice des droits⁹⁰³. Argumentant sa position, il se réfère entre autre au professeur Landreville⁹⁰⁴ et observe que les droits ne devraient pas être limités en raison de n'importe quel but de l'emprisonnement, sauf le but incontestable de l'enfermement: la restriction de la liberté d'aller et venir. Cette dernière thèse présente, d'ailleurs, une certaine ressemblance avec l'idée des restrictions de fait.

Nous ne contestons pas que les buts de la punition et le but de la sécurité interne de l'établissement puissent effectivement constituer des motifs pour des restrictions non justifiées des droits des détenus. Cependant, la raison n'en est pas la "nocivité des buts" pour les droits de l'homme, mais l'ordre juridique qui en permet leur application excessive. L'inconvénient majeur de cet ordre consiste en l'absence ou une mauvaise application du principe de proportionnalité. C'est ce qui explique le fait que les buts soient utilisés comme barrières non justifiées à l'exercice des droits. Cependant la dénégation du rôle déterminant des buts de la punition ou de la sécurité de la prison pour la justification des restrictions est dénuée de fondement. Sinon, les restrictions des droits perdraient leur rôle instrumental et ne pourraient plus être considérées comme des moyens pour atteindre les buts pour lesquels le détenu est détenu en prison. Ainsi qu'il était déjà indiqué, les punitions des détenus se traduisent par des restrictions. C'est au moyen des restrictions (mais pas seulement) que se réalisent les buts de la punition et de l'incarcération.

Le professeur Johannes Feest observe que le but de normalisation demande des réflexions permanentes de manière à mettre constamment en cause les questions des

⁹⁰² Kaminski D., *Ibid*, p. 221.

⁹⁰³ *Ibid*, p. 202-204.

⁹⁰⁴ Landreville P., *Les détenus et les droits de l'homme*, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1978, p. 390.

restrictions qui sont définies comme inhérentes à l'emprisonnement⁹⁰⁵. Sonja Snacken souligne: si la reconnaissance du statut juridique des détenus constitue l'un des aspects de la normalisation, cette dernière, à son tour, joue le rôle du cadre dans lequel doivent être interprétées les restrictions faites aux droits des détenus⁹⁰⁶.

Des germes de l'idée de rapprochement du droit commun et du droit pénitentiaire se retrouvent aussi dans les Règles pénitentiaires européennes⁹⁰⁷. Les RPE fixent le principe de proportionnalité des restrictions, de même que le principe de leur minimalité qui reflète le principe de proportionnalité. Le principe de minimalité de la restriction est un principe sans "point d'arrivée" final, c'est-à-dire qu'il est défini de manière à orienter la politique pénitentiaire vers une réduction permanente des restrictions au minimum. Il importe de souligner, en particulier, que les RPE de 2006 lèvent en partie, en leur paragraphe 5, la question de savoir quel devrait être l'étalon de la vie en liberté dont les conditions de vie en prison devraient tendre à se rapprocher. Cette règle dispose que la vie en prison doit être alignée autant que possible sur les **aspects positifs** (souligné par nous – N.D.L.A.) de la vie dans la société. La conception déformée des normes internationales relatives à la normalisation en tant que celles qui admettent le rapprochement des conditions de la prison avec les aspects négatifs de la vie en liberté est ainsi contestée.

Le professeur Martine Herzog-Evans peut être désigné comme l'un des avocats principaux de la normalisation juridique en France. Il y a plus de vingt ans depuis que la "Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé" avait publié son article intitulé "Droit commun pour les détenus"⁹⁰⁸. Cet article analyse la jurisprudence de l'époque en matière d'exécution des peines. Celle-ci se distinguait par un trait spécifique consistant en ce que les juges refusaient systématiquement les affaires des détenus⁹⁰⁹ portant, en particulier, sur l'indétermination des juridictions dont relevaient de telles affaires. Cependant, les arrêts *Korber* et *Marie* auxquels l'auteur attache une attention particulière dans son article durent

⁹⁰⁵ In Snacken S. « Normalisation » dans les prisons : concept et défis. L'exemple de l'Avant-projet de la loi pénitentiaire belge, in L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus. De Schutter O., Kaminski D. (Eds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 136-137.

⁹⁰⁶ Ibid, p. 139.

⁹⁰⁷ Herzog-Evans M., Droit pénitentiaire, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 276 ; Eudes M., La révision des règles pénitentiaires européennes, les limites d'un droit commun des conditions de détention, Droits fondamentaux, 2006, n° 6, p. 1-17.

⁹⁰⁸ Herzog-Evans M., Droit commun pour les détenus, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé, 1995, Vol. 3, p. 621-638.

⁹⁰⁹ Certains auteurs qui évaluaient la portée de ce rapprochement observaient même que le refus de la défense pour les détenus qui existait auparavant était une sorte de punition supplémentaire rattachée immanquablement à la peine principale de privation de liberté (Martens P. in: Nève M., Les droits de l'homme en amont et en aval du procès pénal, in Le point sur les droits de l'homme. Vol. 39. Scholsem J.-C. (coord.), Liège, Edition Formation Permanente CUP, 2000, p. 61).

renverser la vision du droit pénitentiaire de l'époque. Dans le premier, les juges reconnaissaient de fait le droit des détenus de saisir la justice en exécution de la peine (dans le cas Korber il s'agissait de la libération conditionnelle"), le second arrêt reconnaissant la compétence des juges à examiner les plaintes contre les sanctions disciplinaires en prison. Les deux arrêts devenaient effectivement les premières impulsions vers une "révolution pénitentiaire" par la "juridictionnalisation" des procédures dans les prisons, c'est-à-dire par l'établissement de la possibilité de recours pour les détenus⁹¹⁰.

Herzog-Evans conclut dans cet article: "Si, comme nous le pensions, les arrêts Korber et Marie sont les premiers pas, révolutionnaires, de nombreux autres changements, alors un bouleversement majeur se profile à moyen terme: la naissance d'un véritable droit pénitentiaire. Comme toute branche du droit, cette matière devrait alors progressivement s'enrichir des précisions jurisprudentielles [de ses normes –N.D.L.A.]. [...] La prévisibilité du droit, la crédibilité de la sanction privative de liberté, et, partant, du rappel à la loi devraient s'en trouver renforcées. Aussi, ne peut-on qu'être enthousiaste devant la soumission au droit commun de la matière pénitentiaire"⁹¹¹.

Nous pouvons constater qu'aux étapes initiales de développement du droit pénitentiaire dans ce pays dans le contexte de son rapprochement avec le droit commun, le débat portait, en premier lieu, sur l'aspect procédural: la subordination aux juridictions des mesures appliquées aux détenus. Les détenus étaient rapprochés du statut des citoyens libres en ce qu'ils avaient toujours plus de possibilités juridiques de se plaindre et d'exiger le respect de leurs droits même pendant l'exécution des peines.

Dans le même temps, la sortie de la prison de la "zone de non-droit" qui s'accompagnait du processus total de pénétration du droit derrière les grilles était liée non seulement à l'aspect procédural mais aussi à l'aspect matériel. À côté du développement du contrôle judiciaire, l'intégration du droit pénitentiaire dans le régime du droit commun est confirmée par l'élargissement de la base des normes juridiques à laquelle est soumise la prison⁹¹².

Une grande importance pour la promotion de la normalisation juridique appartient au rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme "Étude relative aux

⁹¹⁰ La question de juridictionnalisation est étudiée en détail au 3.1.4 "Juridictionnalisation du domaine pénitentiaire".

⁹¹¹ Herzog-Evans M., Droit commun pour les détenus, Ibid, p. 621-638.

⁹¹² Froment J.-C., Vers une « prison de droit » ? , Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1997, n° 3, p. 537-560.

droits de l'homme en prison". Son chapitre intitulé "Sortir la prison de l'exception juridique" insistait sur la nécessité d'étendre le droit commun au domaine pénitentiaire. Le rapport déterminait trois axes principaux de réforme. La première place était réservée à "l'application du droit commun à l'administration pénitentiaire, pour assurer un meilleur équilibre entre les impératifs de sécurité et la protection des droits et libertés"⁹¹³, car en appliquant les normes applicables à tous les services publics le législateur renforçait la place des droits fondamentaux de l'individu⁹¹⁴. Les auteurs du rapport proposent leur propre recette pour atteindre le résultat voulu: pour pouvoir appliquer le droit commun dans l'emprisonnement, il est nécessaire que le service pénitentiaire ne soit pas considéré comme un service exceptionnel par rapport aux autres domaines d'activité de l'État⁹¹⁵.

L'application du droit commun en prison s'appuie sur l'absence, en droit pénitentiaire, de l'autorisation permettant de limiter l'application des règles du droit commun⁹¹⁶. Il est également applicable en l'absence de normes spéciales relatives aux détenus⁹¹⁷. Le droit commun limite fortement le droit pénitentiaire et toute dérogation⁹¹⁸ devrait être absolument nécessaire pour le maintien de la sécurité⁹¹⁹. Cette logique se retrouve dans la jurisprudence européenne⁹²⁰. S'il est possible d'admettre que le détenu ne puisse pas jouir totalement de ses droits familiaux en raison des contraintes de l'emprisonnement (accès des familles dans l'établissement, impératifs de sécurité, limitation de la durée des visites, etc.), on ne pourrait imaginer que cela se fasse au prix d'un préjudice causé à l'application des normes du droit commun⁹²¹.

Le droit pénitentiaire reste cependant, sur beaucoup de points, un domaine "exceptionnel" du droit en ce sens que les normes civiles, sanitaires et sociales générales du

⁹¹³ Étude sur les droits de l'homme dans la prison. Propositions [Adoptée par l'assemblée plénière du 11 mars 2004, p. 5.

⁹¹⁴ Ibid, p. 5.

⁹¹⁵ Ibid, p. 6-7.

⁹¹⁶ Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 61.

⁹¹⁷ Herzog-Evans M., *La déjuridictionnalisation de l'application des peines*, in *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Paris, Dalloz, 2013, p. 265.

⁹¹⁸ Le rapprochement du droit commun et du droit pénitentiaire exige qu'ils se rapprochent non seulement par le contenu mais aussi par leurs formes. L'on ne saurait admettre ainsi que les normes permettant les fouilles, notamment celles qui portent sur la fouille intégrales, ne soient contenues que dans les textes réglementaires ou bien dans des circulaires. Il vaudrait mieux que ces normes fassent partie du droit commun, à savoir le code de procédure pénale qui s'appliquerait (mis à part des dispositions spéciales) au domaine pénitentiaire (Herzog-Evans M., *Fouilles corporelles et dignité de l'homme*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, n° 4, p. 748-749).

⁹¹⁹ Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 379, 385.

⁹²⁰ Ibid.

⁹²¹ Ibid, p. 10.

droit, voire parfois les droits de l'homme sont souvent laissées de côté⁹²². Les textes législatifs n'ont pas, pour l'instant, adopté une conception de droit commun des droits des détenus lors de l'exécution des peines, bien que le pouvoir public cherche à parvenir à une certaine efficacité de ces droits⁹²³. Autrement dit, le caractère "exceptionnel" du droit pénitentiaire devrait être évité autant que possible bien que ce souhait reste encore un idéal.

Par ailleurs, certains spécialistes estiment que bien que le droit soit l'un des instruments de pacification des établissements pénitentiaires, la possibilité d'introduire le droit dans la prison est associée à une "adaptation" complémentaire de ce droit. L'approche juridique traditionnelle ne serait pas "adaptée" à la prison⁹²⁴. Dire que la prison soit une sorte d'exception du droit commun "revient à énoncer une banalité sociologique, juridique et même médiatique"⁹²⁵. Plus que dans tout autre lieu, le droit en prison ne signifie pas toujours application mécanique, puisque ce sont l'individualisation et le bon sens qui devraient primer à son application⁹²⁶. En subordonnant la possibilité d'application du droit dans l'établissement pénitentiaire à des considérations rationnelles, cette affirmation met en doute celle d'un rapprochement valable du droit pénitentiaire avec le droit commun.

L'exemple illustrant la possibilité du contraire peut être tiré du droit civil qui confirme la possibilité de l'application complète du droit commun⁹²⁷. L'exemple classique vient des mariages contractés en prison qui, bien que nécessitant une certaine organisation spécifique, se déroulent suivant presque la même procédure qu'en liberté. L'exemple similaire concerne par ailleurs d'autres droits civils comme par exemple celui de gérer le patrimoine restant.

La question probablement la plus illustratrice et ambiguë dans le contexte de la normalisation juridique porte sur le travail des détenus pendant leur séjour d'établissement d'exécution des peines. Le principe de normalisation dont l'interprétation n'est jamais facile devient encore plus flou lorsqu'il s'applique au travail⁹²⁸. Cela concerne notamment la question de l'application des mêmes règles que pour les citoyens libres pour l'établissement du contrat de travail, la rémunération, les congés, l'assurance...

⁹²² Ibid, p. 15.

⁹²³ Enderlin S., Ibid, p. 493.

⁹²⁴ Pauliat H., Synthèse, *in* La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 163-164.

⁹²⁵ Grégory S., Gilles C., *Le droit emprisonné ?*, Politix, 2009, n° 87, p. 93.

⁹²⁶ Pédron P., *La prison et les droits de l'homme*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 125.

⁹²⁷ Herzog-Evans M., Ibid, p. 58.

⁹²⁸ Shea E., *Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne*, *Déviance et Société*, 2005, n°3, Vol. 29, p. 349.

Philippe Auvergnon estime, en particulier, que la possibilité de conclusion d'un contrat de travail avec le détenu signifie la suppression d'une partie du "vide juridique" qui caractérise toujours très souvent l'environnement pénitentiaire⁹²⁹. Le problème de la régularisation juridique des rapports, malgré la reconnaissance des efforts faits par l'administration pénitentiaire pour rapprocher la réglementation du travail des détenus des normes du droit commun, était évoqué par la Commission des droits de l'homme⁹³⁰. La normalisation juridique du travail reste un problème pour d'autres pays développés d'Europe de l'Ouest⁹³¹.

Les débats sur la nécessité sur la consécration législative de la possibilité de conclure des contrats de travail bénéficient en France d'une attention particulière⁹³². Cette question a même poussé le Constitutionnel à se prononcer et à reconnaître que l'absence du contrat avec le détenu qui travaille est conforme à la Constitution⁹³³.

Or, la vision de la doctrine est toute différente. Il existe, par exemple, des propositions visant à mettre en place dans le système pénitentiaire un service spécial qui répondrait de la négociation des contrats entre les détenus et les employeurs⁹³⁴. E. Madelennat se demande si l'État est tenu de procurer du travail aux détenus, car il s'agit de leur droit, ce qui veut dire que l'État a une obligation correspondante de réaliser ce droit (comme c'est le cas du droit commun). D'un autre côté, il n'est pas non plus possible de poursuivre l'État, en étant libre, pour ne pas offrir un emploi. Il est vrai que dans ce cas naît le droit à l'aide sociale pour les

⁹²⁹ Auvergnon P., Une approche juridique comparée du travail pénitentiaire dans quelques pays européens, *in* Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 214.

⁹³⁰ Étude sur les droits de l'homme dans la prison Propositions [Adoptée par l'assemblée plénière du 11 mars 2004, p. 34.

⁹³¹ Shea E., Le travail pénitentiaire, un défi européen: étude comparée, France, Allemagne, Angleterre, Paris, Harmattan, 2006.

⁹³² Voir par ex.: Auvergnon P., Guillemain C. Le travail pénitentiaire en question. Perspectives sur la justice, Paris, La documentation française, 2006 ; Giudicelle-Delage G., Massé M., Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail, *Droit social*, 1997, n° 4 (avril), p. 344-346 ; Danti-Juan M., L'absence de contrat de travail dans l'univers pénitentiaire, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1998, n° 1-2, p. 127-135; Commentaire de Décision n° 2013-320 /321 QPC du 14 juin 2013 (M. Yacine T. et autres) (Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées), disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013320_321QPCccc_320qpc.pdf (accédé le 26.11.2016); *Droit du travail en prison. D'un déni à une reconnaissance ?* Sous la direction de Philippe Auvergnon, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2015.

⁹³³ Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013.

⁹³⁴ Madelennat E., Le travail pénitentiaire à l'épreuve des droits de l'homme, Limoges, Université de Limoges, DEA de droit privé général et européen, 2007, p. 86-87.

chômeurs qui n'existe pas en prison⁹³⁵.

Cette dernière thèse touche à l'un des problèmes se trouvant au cœur de la problématique relative au rapprochement du droit commun et du droit pénitentiaire: la restriction des droits économiques et sociaux des détenus⁹³⁶. Bien que certains auteurs reconnaissent que les droits sociaux peuvent être limités à cause de l'emprisonnement⁹³⁷, il est assez difficile de justifier la restriction de ces droits, dès lors qu'ils ne sont contraires ni à la sécurité, ni à l'ordre ni "ne découle[nt] de l'emprisonnement" ou de la restriction du "droit d'aller et venir"!

La normalisation juridique peut être considérée comme une partie du processus d'abolition, soit l'effacement des frontières entre la prison et la liberté. D'un côté, la diminution de la souffrance en prison est controversée, car cela signifie, en fin de compte, "...faire du détenu l'homme libre à l'intérieur de l'établissement"⁹³⁸, se rapprocher de l'ordinaire dans un cadre extraordinaire⁹³⁹. D'un autre côté, toute l'histoire de la prison tend, d'une manière ou d'une autre, à réduire l'effet de la rupture des contacts avec la société, et elle est ainsi l'histoire d'un abolitionnisme progressif. L'histoire de la punition trouve son expression dans une "abolition constante de la peine"⁹⁴⁰.

Une vision pareille de l'abolitionnisme se retrouve dans l'ouvrage de Thomas

⁹³⁵ Ibid, p. 42. Cette thèse s'avère être pertinente pour l'Ukraine. Les propositions de l'auteur de cet étude d'inclure l'obligation de la négociation des contrats de travail avec les personnes condamnées à la privation de liberté fut prise en compte par le législateur ukrainien qui apporta des amendements dans ce sens dans le projet de loi n° 2490a et au Code d'exécution des peines (art. 118). La brève pratique de mise en œuvre de cette norme montra déjà des difficultés. Citons quelques exemples surgissant en pratique: Que faire en cas d'isolement dans la cellule disciplinaire du détenu travaillant au titre d'un contrat? Comment licencier le détenu sur les mêmes bases que les personnes libres? Tout ceci montre en premier lieu les difficultés procédurales de la normalisation juridique en prison.

⁹³⁶ Les organisateurs de la conférence à Bruxelles consacrée à cette question soulignaient dans son nom que les limitations des droits sociaux et économiques rendaient "double" la peine privative de liberté. Tous les débats de la conférence portaient sur les problèmes de rapprochement du droit commun et du droit pénitentiaire. Voir: Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires. Sous la direction de Van der Plancke V., Van Limberghen G. , Bruxelles, La Chartre, 2010. T. Moreau attribue un rôle peu ordinaire à ces droits. Elle estime que les droits sociaux et économiques des détenus sont en fait les moyens de reconnaître la dignité d'un homme dans un État de droit. (Moreau T., Le regard des détenus sur le droit à la sécurité sociale, Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus, Ibid, p. 174).

⁹³⁷ Mezghani R., La condition juridique du détenu, Thèse pour le doctorat d'état, Paris, Université de droit, d'économie et d Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 1975, p. 262.

⁹³⁸ Giudicelli-Delage G., Massé M., Ibid, p. 24.

⁹³⁹ Duguid S., Can Prisons Work : the Prisoner as Object and Subject in Modern Corrections, Toronto, University of Toronto Press, 2000, p. 266.

⁹⁴⁰ Mathieu G., Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Marseille, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993, p. 450.

Mathiesen "The Politics of Abolition". Il écrit qu'il ne serait pas possible de se libérer des prisons du jour au lendemain. Pour lui, ce processus pourrait se dérouler par "la démolition progressive des murs" en remplaçant les privilèges pénitentiaires par des droits réels⁹⁴¹. La stratégie principale de ce livre, fait noter Guy Lemire, ne vise évidemment pas à bâtir l'illusion que la prison viendrait à disparaître demain. En remplaçant les privilèges⁹⁴² par les droits, nous repoussons les frontières de la prison jusqu'au jour où elles n'existeraient plus. Ceci n'est pas dénué de bon sens, estime cet auteur, et il n'est pas à exclure que l'accumulation progressive des droits rende l'incarcération, telle que nous la connaissons, impossible⁹⁴³. Cette vision est toutefois contredite par Michel Foucault et d'autres abolitionnistes, car cette idée ne prend pas en compte le fait que l'allègement constant du régime est une sorte d'hypocrisie, puisqu'il aide à légitimer et conserver la prison⁹⁴⁴.

Cela veut dire que les progrès en matière de droits des détenus, leur rapprochement avec ceux des citoyens libres qui fait partie de la normalisation juridique vise l'idéal final: l'effacement des frontières entre la société libre et la prison jusqu'à la disparition totale de celle-ci en tant qu'institution et la fusion entière du statut de détenu avec le statut des citoyens libres. Il ressort de cette thèse que les détenus ne pourraient obtenir les mêmes droits que les personnes libres et, partant, les mêmes restrictions que lorsque la prison aurait disparu définitivement.

Le droit pénitentiaire ne peut pas suivre entièrement le droit commun, mais, en même temps, il ne doit pas s'en éloigner⁹⁴⁵. L'avantage de cette approche consiste en ce qu'elle contribue à la réinsertion des détenus: "le meilleur moyen de réinsérer les détenus est de faire en sorte que le droit, rien que le droit, mais tout le droit, les concerne, à la fois dans les contraintes qu'il suppose et dans les facultés qu'il encadre. Rien n'est plus anti-pédagogique qu'un système qui fonctionne sur un sous-droit"⁹⁴⁶. L'exercice normal d'une plénitude de droits suppose un sens social qui a souvent manqué au détenu⁹⁴⁷. De ce point de vue, on juge comme parfaitement logique la proposition d'utiliser le droit dans un "but thérapeutique",

⁹⁴¹ Mathiesen T., *The Politics of Abolition*, London: Martin Robertson, 1974.

⁹⁴² Il s'agit de l'approche selon laquelle les droits devraient être "mérités" par les détenus. Voir plus de détails au 3.3 "Grande-Bretagne".

⁹⁴³ Lemire G., *Grandeurs et limites des droits des détenus, La condition juridique du détenu*. Sous la direction de Pradel J. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8, Paris, Éditions Cujas, 1993, p. 67.

⁹⁴⁴ Mathieu G., *Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne*, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Marseille, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993, p. 382.

⁹⁴⁵ Herzog-Evans M., *Le droit en prison*, Revue Projet, 2002, n° 1 (n° 269), p. 89.

⁹⁴⁶ Ibid.

⁹⁴⁷ Mezghani R., Ibid, p. 239.

c'est-à-dire comme un instrument de retour à une vie sociale normale. En fin de compte, l'exercice des droits et le respect des obligations sont deux aspects essentiels de la vie de la personne libre⁹⁴⁸.

C'est pourquoi la normalisation classique, qui englobe la normalisation juridique, vise, en premier lieu, à faciliter la réinsertion. La normalisation suppose que le curseur sur l'échelle des objectifs de la peine se déplace du châtement rétrospectif vers l'investissement prospectif, du besoin d'exclure de la société vers le besoin d'inclure⁹⁴⁹. La conception de cette catégorie s'établit donc à travers le prisme des chances de la future réinsertion⁹⁵⁰. En reprenant les paroles de Erving Goffman, on peut dire que plus la prison s'éloigne du modèle de l'institution totale⁹⁵¹, et plus il y a de chances pour une réinsertion réussie. En conséquence, la normalisation juridique ne peut contourner cet aspect, bien au contraire, elle devrait mettre au nombre de ses priorités la facilitation de la future réinsertion des détenus en rapprochant leur statut juridique du statut juridique commun.

Conclusion du sous-chapitre 3.1.3.3

Le terme "droit commun" a une signification toute différente par rapport au terme anglo-saxon "common law". Sa signification se rapproche de la notion "de régime juridique commun" ou "ensemble de normes juridiques générales", ou bien, s'agissant des droits de l'homme, statut juridique commun. Dans le contexte pénitentiaire, le "droit commun" suppose l'application aux détenus et à leurs droits des mêmes approches et normes juridiques qu'aux

⁹⁴⁸ Seriaux A., Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1979, p. 454.

⁹⁴⁹ Van der Plancke V., Van Limberghen G., La justice sociale ne saurait s'arrêter à la porte des prisons. Le (non) droit des détenus à la sécurité sociale en Belgique, *Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires*, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 49-98.

⁹⁵⁰ Cf. Snacken S., « Normalisation » dans les prisons : concept et défis. L'exemple de l'Avant-projet de la loi pénitentiaire belge, *in L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*. De Schutter O., Kaminski D. (Eds.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 133-152.; Shea E., *Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne*, *Déviance et Société*, 2005, n° 3, Vol. 29, p. 350-351.

⁹⁵¹ Ce modèle se caractérise par le fait que la vie quotidienne se déroule au même endroit et qu'elle est strictement réglementée, les personnes qui s'y trouvent perdant leur identité sociale et en acquérant une nouvelle. La perte d'identité se fait par la "mortification" de l'identité sociale. L'un des aspects de la mortification est l'aspect juridique qui se traduit par la perte (la limitation) de droits (Goffman E., *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, London, Penguin Books, 1961, p. 24-25).

citoyens libres.

La littérature juridique française popularise l'idée selon laquelle le "droit commun" devrait pénétrer autant que possible en prison. Les règles et les procédures spécifiques applicables aux détenus devraient tendre à se mettre en conformité avec le régime juridique établi pour les personnes libres. Nous considérons ces idées comme étant l'une des manifestations de la théorie de normalisation, qui entend rapprocher la vie en prison des aspects positifs de la vie en société. Nous proposons de la désigner comme normalisation juridique, le processus de rapprochement des normes juridiques réglementant la vie en prison avec les normes régissant la vie en liberté. La normalisation juridique fait partie intégrante de la normalisation au sens large et constitue, en même temps, sa condition *sine qua non*.

La doctrine française du droit pénitentiaire a tendance à mettre en valeur l'aspect juridique de la normalisation. Aux étapes initiales de développement de cette branche du droit en France, il s'agissait surtout de l'aspect procédural, et tout d'abord de la soumission au contrôle judiciaire des mesures applicables aux détenus, ce qui supposait la possibilité de se pourvoir contre les sanctions disciplinaires, la non-application de la libération conditionnelle, etc. L'idée principale ayant connu un développement porta sur l'extension des compétences des tribunaux sur les rapports de droit dans les prisons. Par ailleurs, la sortie de la prison de la "zone du non droit" qui s'accompagnait d'une pénétration totale du droit derrière les grilles des prisons était liée non seulement à l'aspect procédural mais aussi à l'aspect matériel: l'ampleur des restrictions des droits applicables aux détenus.

L'exemple du rapprochement du "droit commun" avec le droit pénitentiaire peut être fourni par la conclusion du mariage en prison qui, bien que nécessitant une organisation déterminée, s'effectue suivant la même procédure juridique et sur le même fondement qu'en liberté. L'exemple inverse vient du droit de travail, puisque les normes spécifiques du droit pénitentiaire relatives à l'embauche, au licenciement, aux modalités et aux conditions de travail présentent une image précise d'exception au "droit commun".

La normalisation juridique fait partie du processus d'abolitionnisme entendu comme renvoyant l'effacement des frontières entre la prison et la liberté. La question principale est de savoir à quel point ces frontières peuvent être effacées, et cette question est plutôt d'ordre philosophique que juridique. Les juristes reconnaissent le principe lui-même estimant que les approches des droits des détenus (et de leurs restrictions) devraient se rapprocher de la conception des droits des personnes libres.

Les murs des prisons constituent toutefois, un obstacle objectif à une application

complète du droit commun en prison. De ce fait, l'effacement de la différence des droits et des restrictions des droits des détenus et des citoyens libres, aussi bien que l'application complète du droit commun aux détenus nécessite l'effondrement définitif de cet obstacle objectif.

3.1.4. Juridictionnalisation du domaine pénitentiaire

3.1.4.1. Juridictionnalisation et évolution du droit pénitentiaire français

La normalisation juridique est liée logiquement à ce qu'on appelle "juridictionnalisation" ou "juridictionnalisation" du droit pénitentiaire⁹⁵². Elle signifie l'application des mécanismes de protection du droit à certains rapports sociaux. Le processus de juridictionnalisation assure aux sujets du droit l'attribution ainsi que l'extension des possibilités procédurales existantes pour se pourvoir contre tels ou tels actes illégitimes, à leur avis, ou contre l'inaction. Soulignons que la conception de la juridictionnalisation a une connotation directe avec l'augmentation des possibilités de saisir la justice.

Ce terme présente une particularité dans la tradition juridique française et il connaît un vaste emploi dans la littérature juridique portant sur les sujets pénitentiaires. À côté de lui, un autre terme est utilisé: la judiciarisation. Ce dernier signifie une intensification des recours à la justice par les personnes se plaignant des violations de la loi à leur égard.

Ces deux termes sont souvent confondus dans la doctrine française alors qu'ils diffèrent sensiblement⁹⁵³. Si le premier entend l'augmentation juridique des possibilités de saisir la justice, le second signifie l'accroissement effectif de ces recours. La juridictionnalisation est une condition nécessaire, mais non unique de la judiciarisation⁹⁵⁴.

Le droit français s'est historiquement formé sous la forte influence du pouvoir judiciaire, en dépit du fait qu'à la différence des systèmes de common law, le juge crée en

⁹⁵² Nous négligeons consciemment la question de la juridictionnalisation des mesures concernant la modification de la durée d'exécution de la peine. En France ce thème est examiné spécialement dans le cadre du droit de l'exécution des peines et il diffère de la juridictionnalisation du droit pénitentiaire proprement dit). Voir l'analyse détaillée de ce thème dans le domaine du droit de l'exécution des peines à: François C., *La juridictionnalisation des procès de l'exécution des peines*, Thèse, Lille, Université de Lille 2, 2012; Herzog-Evans M., *Droit de l'exécution des peines*. 5e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 131-135.

⁹⁵³ Pélisse J., *Judiciarisation ou juridicisation ?*, Politix, 2009, n° 2 (n° 86), p. 73-96.

⁹⁵⁴ *Ibid*, p. 74-75.

principe pas le droit mais ne fasse que le "dire"⁹⁵⁵. La vocation principale du juge français est, dans ce contexte, de "dire la vérité"⁹⁵⁶, et non de la créer. Il n'est dès lors pas étonnant que la juridictionnalisation ait eu une importance particulière pour la doctrine du droit pénitentiaire français et qu'elle ait contribué à la formation de ce droit comme d'une discipline juridique autonome⁹⁵⁷. Toute l'histoire de cette branche du droit est déterminée par le degré de développement de la juridictionnalisation.

A quel point il est possible de se pourvoir en justice contre les conflits surgissant pendant l'exécution de la peine a toujours été considéré comme un indice de développement du système pénitentiaire et du droit qui le régit. De nombreux livres portant sur le thème du droit pénitentiaire attachent un intérêt à la juridictionnalisation et l'incidence de celle-ci sur la modification des rapports sociaux qui se sont formés dans les prisons françaises. Cela ne devrait pas étonner, car c'est grâce à la juridictionnalisation que la prison est devenue un lieu juridique après avoir été une "humiliation de la République"⁹⁵⁸.

Nous ne procédons pas, dans ce sous-chapitre, à une analyse détaillée du processus évoqué ci-dessus, puisque son étude ne fait l'objet de la présente thèse. Nous nous proposons, par contre, de décrire brièvement le sens du développement de la juridictionnalisation pénitentiaire, de manière à montrer sa signification et son influence sur la problématique de la restriction des droits des détenus.

Aux étapes initiales d'affermissement du droit pénitentiaire en tant que discipline (fin des années 1980 – début des années 1990), toute nouvelle pénétration du droit dans l'environnement pénitentiaire semblait représenter un danger potentiel, réduire le contrôle du personnel sur les détenus et provoquer des troubles⁹⁵⁹. Du point de vue des spécialistes français, cette vision était pour le moins incorrecte, sinon ridicule, car une telle pénétration a pour objectif, au contraire, d'offrir la possibilité d'un bon règlement qui puisse être appliqué à tous sans distinction et réduire ainsi la tension dans les rapports⁹⁶⁰. Avec le temps, le fossé démocratique creusé entre la prison et le monde extérieur devait être comblé⁹⁶¹. Des moyens

⁹⁵⁵ Salas D., *La réforme pénale : un tournant du quinquennat, Justice et prison : Entre la sécurité et le droit*, Paris, Études hors-série, 2012, p. 53-63.

⁹⁵⁶ Ibid.

⁹⁵⁷ Herzog-Evans M., *Droit commun pour les détenus*, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1995, Vol. 3, p. 621-638.

⁹⁵⁸ *Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion ?* Sous la direction de Arnaud Deflou; avec les contributions de C. Allain, A. Deflou, J. Andriantsimbazovina... [et al.], Paris, Dalloz, 2010, p. 2 (avant-propos).

⁹⁵⁹ Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 20.

⁹⁶⁰ Ibid.

⁹⁶¹ Ibid, p. 21.

de protection des droits des détenus commençaient à apparaître, une jurisprudence prenait du corps et ceci contribuait à des progrès notables dans le domaine du droit pénitentiaire⁹⁶².

Les principaux problèmes surgissant à l'occasion des recours des détenus à la justice tournaient autour d'une question fondamentale. Elle concernait l'établissement de la recevabilité des plaintes des détenus. La possibilité pour les détenus de contester en justice les mesures dont ils faisaient l'objet découlait de l'ingérence dans leur droit en tant que conséquence de l'application desdites mesures. Cependant, il est possible de constater pendant longtemps en France l'influence déterminante de la théorie des "mesures d'ordre intérieur", qui a permis aux juges de justifier de ne pas intervenir dans la plupart des conflits juridiques naissant au cours de l'exécution des peines et de rejeter en masse les recours jugés irrecevables⁹⁶³. Ce concept supposait l'incompétence des tribunaux pour résoudre le problème de l'application des sanctions concernées. Le monopole d'appréciation de la rationalité de leur application appartenait à l'administration pénitentiaire, ce qui ne manquait pas de déformer la vision de la nécessité des restrictions⁹⁶⁴.

Si une mesure était censée relever de l'ordre intérieur, elle relevait alors du domaine d'appréciation totale de l'administration pénitentiaire, les juges ne devant pas intervenir et la mesure n'étant pas passible de recours. La mesure pouvait être classée en tant que relevant de l'ordre intérieur d'après certains critères: 1) Ces mesures n'étaient pas considérées comme ayant un effet sur la situation juridique des détenus, c'est-à-dire qu'il n'y avait pas ingérence dans les droits et libertés de ces derniers, ni modification de leur statut juridique⁹⁶⁵; 2) Les

⁹⁶² Ibid, p. 23; Céré J.-P., Herzog-Evans M., La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence, Recueil Dalloz, 1999, p. 509-516 ; Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E., Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution des peines, Recueil Dalloz, 2001, p. 562-569 ; Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E., Actualité du droit de l'exécution des peines, Recueil Dalloz, 2002, p. 110-118 ; Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E., Droit de l'exécution des peines : panorama 2004, Recueil Dalloz, 2005, p. 995-1001; De Suremain H., Genèse de la naissance de la "guérilla juridique" et premiers combats contentieux, *Défendre en justice la cause des personnes détenues*, vendredi 25 et samedi 26 janvier 2013. Slama S., Ferran N. (eds), Paris, La Documentation Française, 2014, p. 47-52 ; Rostaing C. Processus de judiciarisation carcérale : le droit en prison, une ressource pour les acteurs ?, *Droit et Société*, 2007, n° 67, p. 577-595.

⁹⁶³ Parmi les mesures irrecevables du fait de leur classement dans la catégorie de "l'ordre intérieur" figuraient aussi les affaires portant sur des conflits dans les établissements scolaires, dans l'armée.

⁹⁶⁴ À ce propos il convient de s'interroger sur la manière d'apprécier le besoin réel de restrictions lorsque l'incarcération et les restrictions se fondent sur les craintes que peut avoir le personnel. (Zimring F.E., Hawkins G., *Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights*, in *The Future of Imprisonment*, Ed. by Tonry M., New York, Oxford University Press, 2004, p. 169).

⁹⁶⁵ Herzog-Evans M., La révolution pénitentiaire française, in *L'Institution du droit pénitentiaire - Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 22.

mesures avaient un caractère intérieur; 3) Les mesures étaient discrétionnaires⁹⁶⁶. La qualification d'une mesure en tant que mesure d'ordre intérieur était facilité par l'absence de définition commune claire et prévisible, ce qui encourageait les interprétations arbitraires. Cela touchait surtout la question de l'affectation par une mesure des droits de la personne.

Le rapport établi par la Commission d'enquête spéciale de l'Assemblée Nationale comportait une recommandation visant à limiter fermement par la loi l'application le nombre de mesures d'ordre intérieur qui n'étaient pas passibles de recours⁹⁶⁷. Cette recommandation ne fut pas mise en œuvre. En pratique, les exemples traditionnels de ces mesures prenaient toujours la forme d'un isolement supplémentaire au sein de l'établissement, du placement en cellule disciplinaire, du transfèrement dans un autre établissement, du changement des modalités d'exercice de divers droits, etc.

Avec le temps, l'approche du juge changea considérablement. Le Conseil d'État commença à reconnaître que certains actes de l'administration pénitentiaire pouvaient être contestés en justice. Cela concernait le refus de respecter la confidentialité de la correspondance entre le détenu et son avocat⁹⁶⁸, le refus de restituer au détenu les sommes bloquées sur son compte⁹⁶⁹, le refus de certains types de publications, les décisions relatives à l'organisation des repas⁹⁷⁰.

Il ne s'agissait pourtant que de pas très modestes dans le sens de la juridictionnalisation. La "révolution juridictionnelle" véritable de droit pénitentiaire fut consacrée par l'arrêt *Marie* de 1995. Par cet arrêt, le Conseil d'État reçut pour examen la demande d'annulation de la décision de placement du détenu en cellule disciplinaire pour huit jours. Des critères furent enfin établis pour déterminer si la décision de l'administration pénitentiaire pouvait faire l'objet d'un recours: la nature de la mesure contestée et sa sévérité au regard de la situation du détenu. Ainsi, pour pouvoir décider si la mesure en question relevait de l'ordre intérieur, on devait prendre en compte non seulement l'effet juridique, mais aussi l'effet réel de la mesure sur le détenu, y compris l'effet sur sa situation matérielle.

⁹⁶⁶ Cf. Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Assemblée nationale, le 28 juin 2000. Cette doctrine se fonde sur le principe du droit romain de *minimis non curat pretor*, dont l'application permettait aux juges d'éviter les nombreuses plaintes insignifiantes et d'économiser ainsi les ressources disponibles. Par ailleurs, ce principe faisait l'objet de critiques vives en raison de la marge d'appréciation extrêmement large des juges lorsqu'il s'agissait de déterminer si la gravité des effets des mesures d'ordre intérieur a atteint la limite après laquelle le recours était possible.

⁹⁶⁷ Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Assemblée nationale, le 28 juin 2000.

⁹⁶⁸ CE, 12 mars 1980, Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines, n°12572.

⁹⁶⁹ CE, 3 novembre 1989, M. Jean-Jacques M., n°85424.

⁹⁷⁰ CE, 15 janvier 1992, C., n°97149.

Par la suite, la position affichée dans l'arrêt Marie fut développée dans d'autres décisions: à propos des conditions sous lesquelles les détenus pouvaient recevoir du matériel informatique⁹⁷¹, à propos de la mise à l'isolement d'un détenu⁹⁷². En 2007, Le Conseil d'État devait développer, à titre complémentaire, la question des critères de recevabilité des demandes émanant des détenus. L'on commençait à reconnaître comme recevables les plaintes sur le transfèrement vers un autre établissement qui était différent par le niveau de sécurité et les conditions de la détention⁹⁷³, sur le déclassement d'emploi⁹⁷⁴, sur la soumission du détenu à un régime de rotation de sécurité impliquant un changement constant du lieu d'exécution de la peine⁹⁷⁵. Le développement de cette jurisprudence se traduisit par des arrêts reconnaissant le droit des détenus à se pourvoir contre d'autres mesures, qui pouvaient être qualifiées avant de mesures d'ordre intérieur: la fouille corporelle intégrale⁹⁷⁶, le placement en isolement préventif⁹⁷⁷, le changement du régime de détention différant du régime antérieur⁹⁷⁸, les modalités et les conditions des visites⁹⁷⁹, le classement dans la catégorie des détenus particulièrement signalés⁹⁸⁰, l'application de sanctions disciplinaires comme l'avertissement⁹⁸¹. Malgré un développement impétueux de la jurisprudence, il était accompagné de changements assez progressifs en pratique⁹⁸². Les demandes des détenus d'un même type pouvaient être reçues comme elles pouvaient être rejetées.

Malgré les progrès des vingt dernières années, la notion de "mesure d'ordre intérieur" continue d'être appliquée pour rejeter les demandes des détenus. Ces mesures comprennent toujours, par exemple, la question de la classification primaire d'après le lieu d'exécution de la peine, le transfèrement depuis la maison d'arrêt vers l'établissement pour peine (dont le régime

⁹⁷¹ CE, 18 mars 1998, D., n°191630.

⁹⁷² 30 juillet 2003, Garde des Sceaux c/ M. Saï n°191630.

⁹⁷³ CE, 14 décembre 2007, M. Miloud A., n°290730.

⁹⁷⁴ CE, 14 décembre 2007, M. Franck A., n°290420.

⁹⁷⁵ CE, 14 décembre 2007, M. Pascal A., n°306432.

⁹⁷⁶ CE, 14 novembre 2008, M. E. S., n°315622; la possibilité de recourir contre de telles mesures était reconnue avant, lorsqu'elles étaient appliquées dans le cadre disciplinaire (CE, 12 mars 2003, Garde des Sceaux c/ Frérot, n°237437).

⁹⁷⁷ CE, 17 décembre 2008, SFOIP, n°293786.

⁹⁷⁸ CE, 28 mars 2011, Garde des Sceaux c/ M. A. B., n°316977.

⁹⁷⁹ CE, 26 novembre 2010, Ministre d'Etat, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Hervé A., n°329564.

⁹⁸⁰ CE, 30 novembre 2009, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Ali A., n° 318589.

⁹⁸¹ CE, 21 mai 2014, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mme A., n° 359672.

⁹⁸² Voir : Céré J.-P., Herzog-Evans M. La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence, Recueil Dalloz, 1999, p. 509-516 ; Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E., Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution des peines, Recueil Dalloz, 2001, p. 562-569 ; Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E., Actualité du droit de l'exécution des peines, Recueil Dalloz, 2002, p. 110-118 ; Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E., Droit de l'exécution des peines : panorama 2004, Recueil Dalloz, 2005, p. 995-1001.

est considéré comme étant plus clément), le changement du lieu d'exécution de la peine au même niveau de sécurité ou le refus d'un tel changement⁹⁸³. Pourtant, cette approche n'est plus réputée non souple, une attention beaucoup plus importante étant prêtée maintenant, non pas au classement formel dans cette catégorie, mais l'effet réel pour les droits des détenus; en constatant un effet important pour les droits de la personne, la mesure traitée par tradition comme relevant de l'ordre intérieur peut faire l'objet d'un recours⁹⁸⁴. Il est à noter qu'en même temps que les mesures à caractère individuel, la juridiction administrative commence progressivement à admettre le contrôle judiciaire des règlements régissant les aspects particuliers de l'exécution des peines⁹⁸⁵.

Nonobstant le fait que la jurisprudence française ne puisse être considérée comme source du droit, elle joue en réalité un rôle immense dans le développement du droit et de la politique juridique. Cela concerne surtout les décisions du Conseil d'État et des Cours administratives d'appel. Notons, à titre d'exemple, que la loi pénitentiaire de 2009 s'appuie sur beaucoup de points sur les apports jurisprudentiels. Des évolutions importantes sont visibles dans les textes réglementaires. Il est à signaler, tout particulièrement, les innovations dans le domaine disciplinaire, consécutives aux modifications de la circulaire relative au régime disciplinaire dans les prisons⁹⁸⁶, qui prend en compte les observations de la jurisprudence.

Le développement de la jurisprudence est étroitement lié au développement de la doctrine du droit pénitentiaire. Les commentaires détaillés par les spécialistes français des décisions des juges nationaux en matière de droits des détenus sont devenus très fréquents.

Ainsi que l'observe Dan Kaminski, l'évolution du système pénitentiaire exige que la reconnaissance des droits des détenus tende à l'établissement de normes législatives et à l'intervention des juges dans le contrôle de leur application⁹⁸⁷. L'intervention judiciaire est

⁹⁸³ Conseil d'Etat. L'administration pénitentiaire et le juge administratif (août 2014). Dossier thématique : L'état du droit, p. 4, disponible sur : http://www.conseil-etat.fr/content/download/33120/287166/version/2/file/Dossier%20thematique_Administration%20penitentiaire.pdf (accédé le 29.11.2016).

⁹⁸⁴ Ibid.

⁹⁸⁵ CE, 29 février 2008, M. A. et autres, n°s 308145,308147; CE section 31 octobre 2008, Section française de l'OIP, n° 293785; CE, 17 décembre 2008, Section française de l'OIP, n° 293786; CE, 17 décembre 2008, Section française de l'OIP, n° 305594.

⁹⁸⁶ Circulaire JUSK1140024C du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures.

⁹⁸⁷ Kaminski D. Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison, *in* L'Institution du droit pénitentiaire - Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 92.

essentielle pour le vecteur de détermination de la protection juridique des détenus⁹⁸⁸. La bataille juridique portant sur l'identification du contrôle judiciaire et l'effet positif de celui-ci sert de toile de fond pour une question plus globale: l'admissibilité de l'intervention des juridictions dans les affaires pénitentiaires.

À la différence de la position des administrations pénitentiaires estimant que l'intervention judiciaire nuirait aux rapports normaux, les auteurs français pensent que la situation réelle est bien différente. C'est l'absence de la juridictionnalisation et de la réglementation totale à l'aide du droit qui constituent la cause véritable des conflits⁹⁸⁹, car la possibilité du recours en justice sert de "soupape d'échappement" et de moyen pour les détenus de faire valoir leur position sans violence et sans alerter les médias⁹⁹⁰. C'est pourquoi le statut juridique des détenus dans le droit interne devrait être renforcé et les rapports entre les détenus et l'administration pénitentiaire se transformeraient ainsi en rapports juridiques⁹⁹¹.

Néanmoins, il faut comprendre que l'application totale du droit aux rapports qui se forment lors de l'exécution de la peine ne peut être considérée comme pratique positive que sous réserve d'une bonne qualité des normes du droit. Sinon, une application non souple du droit risque d'engendrer de graves problèmes dans le maintien de l'ordre et un climat gravement négatif dans l'établissement. Il ne faudrait pas oublier non plus l'avertissement d'Erving Goffmann considérant que la réglementation totale du régime pénitentiaire est la mortification de "l'ego civil" du détenu⁹⁹². Notre thèse consiste donc en ce que le droit devrait être appliqué au domaine de l'exécution des peines, sans créer un climat de réglementation excessive au préjudice des deux parties, car on sait qu'une telle réglementation cause des

⁹⁸⁸ Ibid, p. 102.

⁹⁸⁹ Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 325. Certains auteurs citent, au contraire, des études qui confirment que l'intervention des juges dans les affaires pénitentiaires risque d'aiguiser l'opposition entre les détenus et l'administration (Landreville P., Lemonde L., *La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées : l'expérience canadienne*, in *L'Institution du droit pénitentiaire - Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 83).

⁹⁹⁰ Mathieu G., *Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne*, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Marseille, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993, p. 244.

⁹⁹¹ De Jonge G., *L'émancipation juridique des détenus aux Pays-Bas. Mise en oeuvre et développement du droit de plainte pénitentiaire*, in *L'Institution du droit pénitentiaire - Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 45-49.

⁹⁹² Goffmann E., *On the Characteristics of Total Institutions: the Inmate World*, in *The Prison: Studies in Institutional Organisation and Change*. Cressey D. (Ed.), New York, Holt, Rinehart & Winston, 1961, p. 16, 23.

troubles avec le maintien de l'ordre⁹⁹³. Dans ces conditions, il y aurait moins de place pour bâtir des rapports favorables entre le personnel pénitentiaire et les détenus. Un système pénitentiaire de ce type ne laisserait pas de place à la mise en œuvre d'une sécurité dynamique.

Le problème de la résistance à la juridictionnalisation est un problème général et ancien des systèmes pénitentiaires. Les juges ne veulent pas passer pour l'autorité intervenant dans l'élaboration des politiques pénales, bien que ce soit inévitable en pratique. Il est considéré qu'ils sont conscients que le devoir d'entretenir les prisons ne leur incombe pas, mais relève bien des administrateurs pénitentiaires. Cette idée est à la source de la prudence maximale et de la mauvaise volonté des juges pour intervenir dans les réalités pratiques du domaine pénitentiaire⁹⁹⁴. La sécurité, le bon ordre et la discipline risqueraient d'avoir des impact si le directeur de prison devait remplir ses fonctions en se retournant sur le juge qui regarde par-dessus son épaule⁹⁹⁵. Par ailleurs, les juges craignent d'être surchargés, bien qu'avec le temps ils s'habituent assez bien à la juridictionnalisation⁹⁹⁶.

Probablement, l'administration pénitentiaire s'en tient à la même idée, car elle croit "savoir mieux" ce qu'il faut faire en matière de sécurité et de maintien du régime. Les partisans de cette approche estiment que l'intervention de l'autorité judiciaire dans le domaine pénitentiaire est souvent peu productive sinon contre-productive⁹⁹⁷. Cette intervention risquerait de compromettre le pouvoir et l'autorité de l'administration⁹⁹⁸. C'est la raison pour laquelle l'évolution de la composante juridique de l'exécution des peines ne se réalisait pas toujours avec l'accord des établissements. Celles-ci cherchaient toujours à éviter les exigences

⁹⁹³ Bottoms A.E., Tankebe J., *Criminology Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2012, Vol. 102, Issue 1, p. 119-170.

⁹⁹⁴ Scott D., *The Politics of Prisoner Legal Rights*, *The Howard Journal*, 2013, n° 3, Vol 52, p. 247 ; Jacobs J.B. *Prison Reform Amid the Ruins of Prisoners' Rights*, *The Future of Imprisonment*. Ed. by Tonry M., New York, Oxford University Press, 2004, p. 179-198; Lazarus L., *Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 197.

⁹⁹⁵ Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Prison Law*. 4th edition, New York, Oxford University Press, 2008, p. 100.

⁹⁹⁶ Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, *Ibid*, p. 995.

⁹⁹⁷ Feely M., Hanson A.R., *The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails: A Framework for Analysis and a Review of the Literature*, *in Courts, Corrections and the Constitution: The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails*. Dilulio J.J. (Ed.), New York: Oxford University Press, 1990, p. 13. Cette publication comporte des études des effets réels de l'influence de la jurisprudence sur le fonctionnement du système pénitentiaire et de ses établissements particuliers. Comme notre objectif n'est pas d'analyser l'influence mais de décrire seulement les positions des deux parties opposées en matière d'intervention juridique dans le domaine pénitentiaire, un exposé plus détaillé du problème pourra être trouvé dans la publication citée.

⁹⁹⁸ *Ibid*, p. 17.

juridiques⁹⁹⁹.

Malgré les points de vue critiques en ce qui concerne l'admissibilité de l'intervention des juridictions dans la vie "intérieure" des établissements pénitentiaires, il serait difficile de contester que le progrès des approches envers la justification des restrictions des droits dépend du degré d'implication du processus de juridictionnalisation dans le système pénitentiaire.

Il serait intéressant d'examiner deux aspects de l'influence de la juridictionnalisation sur les pratiques de l'exécution des peines: l'aspect procédural et l'aspect matériel.

L'aspect procédural consiste en ce qu'il existe une possibilité réelle d'introduire des recours en justice contre telles ou telles mesures qui s'ingèrent (limitent) dans les droits du détenu. Il permet de se protéger contre les restrictions non justifiées et il modifie également la pratique d'application ultérieure de ces restrictions à l'égard d'un détenu ou d'un cercle plus large de personnes.

L'aspect matériel consiste en l'influence de la jurisprudence sur "l'épuration" de la législation pénitentiaire des restrictions non justifiées. Cela peut se faire tant par une influence indirecte progressive de la jurisprudence sur la modification, la suppression ou la création de normes du droit que par le changement direct ou l'annulation de normes dans les cas où la juridiction dispose de la compétence correspondante (administrative ou constitutionnelle).

L'exemple français illustre l'importance de la juridictionnalisation pour le développement d'une doctrine particulière relative aux restrictions des droits des détenus. L'examen constant par les juridictions de la question du bien-fondé ou du mal-fondé des restrictions incite logiquement le pouvoir judiciaire, de même que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif à modifier et à élaborer des normes nouvelles de restrictions.

Pourtant, l'influence de la juridictionnalisation dans ce pays n'est pas unique en son genre. C'est ainsi que la juridictionnalisation a joué un rôle essentiel dans la réforme pénitentiaire aux États-Unis. Ses principaux effets ont porté sur: 1) La bureaucratisation des prisons au sens positif, à savoir une meilleure documentation et motivation des décisions; 2) L'augmentation des garanties procédurales; 3) L'apparition d'une génération nouvelle d'employés pénitentiaires qui travaillent en accord avec des standards nouveaux, plus élevés; 4) Une meilleure information du public sur les prisons; 5) Une intensification des actions des détenus pour la défense de leurs droits; 6) Une démoralisation des employés pénitentiaires; 7)

⁹⁹⁹ Herzog-Evans M., Droit pénitentiaire, Ibid, p. 566.

Un contrôle plus difficile des détenus; 8) L'initiation du mouvement en faveur de l'amélioration des normes pénitentiaires nationales¹⁰⁰⁰. Il est à souligner que les effets 6) et 7) étaient dus au fait que l'administration pénitentiaire n'était pas prête à fonctionner en accord avec les nombreuses procédures. Selon certains fonctionnaires pénitentiaires, les attaques juridiques et l'intervention des juridictions ébranlèrent leur capacité d'administrer leurs établissements et de maintenir l'ordre et la discipline minimum¹⁰⁰¹. D'un autre côté, à long terme, ces effets ont contribué à des évolutions positives telles que le recrutement de personnels préparés à un travail efficace malgré les procédures strictes, et, finalement, une meilleure protection des droits de l'homme.

Le rôle particulier des juridictions dans la lutte contre les restrictions non justifiées est relevé par Zimring et Hawkins¹⁰⁰². Ceux-ci soutiennent que lorsque ce n'est pas le juge qui devient l'acteur principal du processus d'établissement et de justification des restrictions mais le législateur, ce dernier s'appuie probablement sur des considérations d'utilité politique/réputation (le soutien de la part des citoyens exige normalement une politique pénitentiaire contraignante (répressive) au maximum) et des économies budgétaires. La même chose concerne approximativement le pouvoir exécutif. C'est pourquoi une juridiction spéciale ou de droit commun a de meilleures chances d'être la seule actrice véritablement indépendante, qui puisse intervenir dans le contrôle de l'exécution des peines¹⁰⁰³.

La restriction du droit peut être qualifiée de non justifiée tant à l'égard de détenus particuliers, comme, par exemple, le placement en cellule disciplinaire, l'interdiction des visites, qu'à l'égard d'un nombre indéterminé de détenus comme, par exemple, les restrictions automatiques par des règlements ou des lois. Pour former un recours dans le premier cas, les détenus doivent pouvoir saisir la juridiction administrative ou celle de droit commun selon leurs compétences respectives en matière d'annulation d'actes.

Le contrôle judiciaire acquiert une importance particulière pour la prise de décisions individuelles. Cela tient au fait qu'un contrôle judiciaire plus sévère, surtout quand il peut produire un effet sur le fonctionnaire dont les actions contraignantes ou les décisions ont été qualifiées illégitimes, favorise la motivation des décisions par l'autorité appliquant le droit. C'est la bonne motivation qui est à la base, pour la constatation par le juge, du bien-fondé de

¹⁰⁰⁰ Jacobs J., *The Prisoners' Rights Movement and Its Impacts 1960-1980*, *Crime and Justice*, 1980, n° 2, p. 453-462.

¹⁰⁰¹ *Ibid*, p. 430.

¹⁰⁰² Zimring F.E., Hawkins G., *Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights, The Future of Imprisonment.*, Ed. by Tonry M., New York, Oxford University Press, 2004, p. 157-178.

¹⁰⁰³ *Ibid*, p. 170-171.

la restriction imposée. Ceci exige des autorités pénitentiaires qu'elles développent une technique de motivation de l'application des restrictions. En ce qui concerne l'autorité législative qui crée les normes servant de fondement aux restrictions, elle réalise que ses textes sont analysés en détail par les juges sur la base de la proportionnalité et elle manifestera plus d'attention à ses projets de textes¹⁰⁰⁴. Aussi, le manque d'arguments qui s'ensuit pour l'administration pénitentiaire permet-il potentiellement d'empêcher celle-ci de restreindre l'application du droit.

Un autre rôle du juge réside dans le complément des actions du législateur par l'explication des normes du droit comportant des restrictions. Comme le législateur n'explique pas les motifs d'un texte normatif adopté, le juge évalue *a posteriori* la rationalité des restrictions que ce texte comporte¹⁰⁰⁵.

L'amélioration de l'aspect procédural dans la mise en œuvre de la contrainte d'État exerce un impact direct sur la légitimité de la justice¹⁰⁰⁶, et c'est donc lui qui détermine à quel point les détenus souhaiteraient en bonne volonté de se soumettre à la décision qui limite leurs droits et qui détermine en général l'ordre dans l'établissement pénitentiaire¹⁰⁰⁷.

Certains auteurs citent deux aspects de la légitimité: l'aspect matériel et l'aspect procédural (qui peuvent être considéré comme opposés)¹⁰⁰⁸. L'aspect matériel comprend la conformité de la norme de la vie quotidienne aux attentes. Dans le contexte de notre étude, ceci concerne l'ampleur des restrictions applicables aux détenus. L'aspect procédural porte sur

¹⁰⁰⁴ Hill L., Koch C., The Voting Rights of Incarcerated Australian Citizens, Australian Journal of Political Science, 2011, Vol. 46, n° 2, p. 226.

¹⁰⁰⁵ Peces-Barba G., Théorie générale des droits fondamentaux. Traduction de Ilié Antonio Pelé, présentation de Samir Naïr, Préface d'André-Jean Arnaud, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, p. 442.

¹⁰⁰⁶ Tyler T.R., Why People Obey the Law, New Jersey, Princeton University Press, 2006 ; De Mesmaecker V., Perceptions of Criminal Justice, New York, Abingdon, Routledge of Criminal Justice, 2014. La même chose concerne les prisons: Sparks J. R., Bottoms A. E., Legitimacy and Order in Prisons, The British Journal of Sociology, 1995, Vol. 46, n° 1, p. 45-62 ; Bottoms A., Hay W., Sparks R., Prisons and the Problem of Order, Oxford, Oxford University Press, 1996 ; Jackson J., Tyler T. R., Bradford B., Taylor D., Shiner M., Legitimacy and Procedural Justice in Prisons, Prison Service Journal, 2010, n° 191, p. 4-10 ; Beijersbergen K.A., Dirkzwager A. E., Eichelsheim V. I., van der Laan P. H., Nieuwebeerta P., Procedural Justice, Anger, and Prisoners' Misconduct. A Longitudinal Study, Criminal Justice and Behavior, 2014, n° 20(10), p. 1-23. Voir aussi le commentaire de M. Herzog-Evans: Herzog-Evans M., Une étude hollandaise démontre le lien entre équité processuelle et comportement des détenus, disponible sur : <http://herzog-evans.com/une-etude-hollandaise-demonstre-le-lien-entre-equite-processuelle-et-comportement-des-detenus/> (accédé le 20.06.2016); Karin A., Beijersbergen K.A., Dirkzwager A.J.E., Nieuwebeerta P., Does Procedural Justice During Imprisonment Matter? , Criminal Justice and Behavior, 2016, n° 43 (1), p. 63-82.

¹⁰⁰⁷ Bottoms A., Hay W., Sparks R., Prisons and the Problem of Order, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 302.

¹⁰⁰⁸ Ibid, p. 305.

les modalités d'application des restrictions et sur la résolution des conflits qui y sont liés. Il convient de noter, par ailleurs, que la légitimité au plan matériel ne suppose pas la "complaisance" (pleasing) vis-à-vis des détenus, mais la conformité des normes aux attentes rationnelles¹⁰⁰⁹. Par exemple, dans le contexte ukrainien, les détenus acceptent généralement les limitations, si elles répondent à la compréhension générale de la raisonnable et acceptabilité¹⁰¹⁰. De plus, le personnel pénitentiaire peut lui-même évaluer la raisonnable de certaines règles juridiques. Dans le cas de leur caractère déraisonnable, il peut recourir à leur «sous application ». À cet égard, Anton Symkovytch signale qu'il est difficile d'identifier empiriquement les règles raisonnables et pose la question provocatrice : à quel point doivent être irraisonnables et désuètes les règles juridiques pour moralement justifier leur non-application (en prison) ?¹⁰¹¹

En tout cas les attentes des détenus concernant des normes des limitations dans l'établissement pénitentiaire peut être exagérée ou déformée du fait que cet aspect de la légitimité pourrait être particulièrement difficile à assurer. Vu sous cet angle, l'aspect procédural acquiert une importance extrême.

La juridictionnalisation des restrictions des droits des détenus constitue un pas nécessaire pour la normalisation juridique ; elle a fait l'objet du chapitre précédent. Elle requiert une organisation législative déterminée et la fixation des normes procédurales concernées. Dans le cas des détenus, ceci pourrait être assuré par la fixation de quelques normes qui garantiraient le droit de recours à la justice pour chercher une protection efficace contre les restrictions non justifiées. Comme le fait noter à juste titre Guillaume Faugère, il est nécessaire d'assouplir les conditions de recours à la justice pour défendre les droits, parce que cela s'explique par le caractère spécifique de la détention elle-même. En admettant que la restriction des droits matériels soit imposée du fait des contraintes inhérentes à la détention, il ne pourrait y avoir de restrictions aux droits procéduraux, dans la mesure où ils sont indispensables pour la protection de ces droits matériels¹⁰¹². Partant du rôle des juridictions dans le développement des normes de restrictions de droits, voyons plus en détails comment il serait possible de favoriser le développement de la jurisprudence en matière pénitentiaire.

¹⁰⁰⁹ Ibid, p. 329 ; Sparks J. R., Bottoms A. E., Legitimacy and Order in Prisons, *The British Journal of Sociology*, 1995, Vol. 46.1, p. 59.

¹⁰¹⁰ Symkovych A., Compromised Power and Negotiated Order in a Ukrainian Prison, *The British Journal of Criminology*, 2017, DOI: <https://doi.org/10.1093/bjc/azx012>. First published: 03 March 2017, p. 6.

¹⁰¹¹ Ibid.

¹⁰¹² Faugère G., L'accès des personnes détenues aux recours. Étude de droit administratif, Thèse en vue d'obtention du doctorat de l'Université de Toulouse, Toulouse, Université de Toulouse, 2015, p. 487.

3.1.4.2. Conception des normes garantissant le recours des détenus à la justice

a) Fixation précise du droit de recours

Avant toute chose, les normes du droit doivent indiquer clairement qu'en cas d'application de restrictions, le détenu peut former un recours devant la justice et exiger l'annulation de telles mesures en tant qu'elles seraient non justifiées¹⁰¹³. Cette mention pourrait être complétée par une définition de la restriction au sens large.

De plus, afin d'éviter des abus de cette norme pour qualifier les recours d'irrecevables, un tel article pourrait être libellé sous forme d'une liste non exhaustive de restrictions susceptibles de faire l'objet de recours par les détenus. Présenté ainsi, il fournirait des repères aussi bien aux détenus au cas où ils souhaiteraient saisir la justice, qu'à l'administration pénitentiaire sur laquelle il exercerait l'influence "développante" évoquée ci-dessus: l'incitation à une application mieux pesée de la répression par restriction de droits et à une modification mieux justifiée des restrictions.

Par exemple, l'affirmation selon laquelle l'application d'une sanction disciplinaire constitue la mise en œuvre d'une restriction ou de restrictions serait une bonne façon de fixer dans la loi que des recours contre de telles mesures sont possibles. Le caractère ouvert de la liste pourrait être assuré par l'énumération des restrictions les plus fréquentes, telles que, par exemple, les sanctions disciplinaires, les fouilles, la limitation du droit à la vie privée par le contrôle du courrier, l'écoute des appels téléphoniques, l'organisation des visites, la vidéosurveillance. Pour préciser le caractère non exhaustif de la liste, celle-ci pourrait être suivie de la mention "et toutes restrictions aux droits".

b) Norme de justification des restrictions

Des règles doivent fixer la norme à l'aide de laquelle sera évaluée la justification d'une restriction. Cette norme pourrait se fonder sur la doctrine de proportionnalité. Elle devrait prendre en compte le contexte pénitentiaire (par exemple en établissant les objectifs admissibles, la durée des restrictions...) et fixer les modes d'analyse de la proportionnalité de

¹⁰¹³ C'est l'approche que nous avons choisi en élaborant le projet de loi portant amendement du CPP en matière d'accès des détenus à la justice (voir au 3.7.1 "Projets de loi relatifs aux limitations des droits des détenus").

la restriction.

La mise en place d'une telle norme permettrait aux juges de substituer au contrôle simple de la conformité des pratiques concernées aux règles de la loi, une norme plus souple qui suppose l'équilibre des intérêts individuels et sociaux. C'est précisément la recherche d'un tel équilibre qui permet de développer la jurisprudence puisqu'elle implique que soient exigées de l'administration pénitentiaire comme aux juges qu'ils justifient leurs décisions, en présentant des arguments et des contre-arguments. D'autre part, cette norme autorise l'application directe de la clause limitative générale dans les cas où une autre législation ne donne pas de réponse nette à la question de savoir si la limitation d'un droit ou d'un autre est bien légitime.

La nécessité de vérifier la restriction à travers une norme d'évaluation de la justification de la mesure restrictive dépend du type de la restriction. Dans le cas d'une restriction automatique, l'application de la norme est problématique, voire impossible, car l'application de la restriction donnée est obligatoire par définition, indépendamment de la volonté de l'autorité appliquant le droit ou du juge. Le cas échéant, le juge ne peut que se borner à vérifier si l'application de la restriction était conforme à la loi.

Il est vrai que si la juridiction concernée a compétence pour annuler des normes de droit, la norme en question peut être utilisée pour vérifier la justification de la règle déterminant la restriction. Les règles de compétence, ainsi que les règles servant à qualifier certaines normes d'illégitimes et/ou inconstitutionnelles se trouvent généralement dans la législation réglementant le fonctionnement des juridictions administratives et constitutionnelles. L'identification de la bonne juridiction peut poser elle-même des problèmes.

c) Détermination de la compétence juridictionnelle

Il est de règle de relever que la détermination des questions relevant de la compétence des juridictions administratives ou autres conduit à de multiples imbroglios. Des règles précises devraient donc être fixées pour déterminer la juridiction devant examiner les affaires relatives au domaine pénitentiaire.

L'une des solutions visant à surmonter le problème de la compétence pourrait consister en la spécialisation des juges. La fonction de juge pénitentiaire pourrait, par exemple, être instituée. Outre le règlement du problème de la compétence, l'institution des juges

pénitentiaires aurait une incidence positive sur l'efficacité du contrôle judiciaire des services et établissements de l'exécution des peines dans les pays où un tel contrôle est pratiqué¹⁰¹⁴. Fort prometteur est, par exemple, le modèle du juge pénitentiaire qui peut examiner non seulement les questions concernant l'exécution des peines, comme la mise en liberté conditionnelle, ainsi que cela se fait en France, mais aussi connaître des plaintes relatives aux conditions d'exécution des peines, comme c'est le cas de l'Italie ou de la Roumanie. Nous sommes convaincus que l'institution du juge pénitentiaire en ce sens produirait plusieurs effets positifs¹⁰¹⁵:

- Le fait de rapprocher le juge des détenus est l'un des moyens d'améliorer l'accès à la justice, étant donné que la présence personnelle en audience du tribunal ordinaire peut être problématique si l'intéressé est détenu dans un établissement pénitentiaire¹⁰¹⁶. Or, la présence effective du détenu est fondamentale quand il s'agit de recueillir les explications de l'administration sur les motifs de sa décision de restreindre les droits et d'entendre les objections des détenus. De plus, l'impossibilité pour le détenu de faire valoir lui-même ses arguments au juge peut être considérée comme une violation de la Convention dans certaines

¹⁰¹⁴ Сикал М.М. Контроль за діяльністю Державної кримінально-виконавчої служби України: правові та організаційні засади. Дис. канд. юрид. наук. – Київ: Національна академія внутрішніх справ України, 2012. – С. 62–75 (Sikal M.M., Contrôle des activités du Service d'exécution des peines d'Etat de l'Ukraine: principes juridiques et organisationnels, Thèse de doctorat en droit, Kyiv: Académie nationale de l'Intérieur de l'Ukraine, 2012, p. 62-75).

¹⁰¹⁵ Notre projet de loi relatif aux juges pénitentiaires comporte, entre autre, une formulation nette disant que la question de la justification des restrictions de droits est soumise aux juges pénitentiaires. Ceci doit permettre de régler les problèmes de subordination juridictionnelle. Cf. Annexe n°1. Voir aussi: Човган В.О., Яковець І.С. Превентивні та компенсаційні заходи як захист від катувань і жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання // Вісник кримінологічної асоціації. Збірник наукових праць. – 2016. - №2. – С. 184–198 (Chovgan V.O., Iakovets I.S., Mesures préventives et compensatoires en tant que défense contre la torture et le traitement ou des peines inhumains et dégradants, Revue de l'association criminologique. Recueil d'ouvrages scientifiques, 2016, n° 2, p. 184-198) ; Проект Закону про превентивні та компенсаційні засоби у зв'язку з катуванням, нелюдським чи таким, що принижує гідність, поводженням або покаранням щодо засуджених та осіб, узятих під варту, й запровадження інституту пенітенціарних суддів №4936 від 08.07.2016, (Projet de loi sur les mesures préventives et compensatoires en rapport avec la torture, les peines ou le traitement inhumain ou dégradant des personnes condamnées et des prévenus et sur l'institution des juges pénitentiaires, N° 4936 du 08.07.2016), disponible sur : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59613 (accédé le 18.07.2016)

¹⁰¹⁶ Voir plus de détails sur ce problème en Ukraine: Човган В. Ключові напрями пенітенціарної реформи як складові національного Плану дій у сфері прав людини / Chovgan V., Principaux axes de la réforme pénitentiaire en tant que partie du Plan d'action national dans le domaine des droits de l'homme), disponible sur : http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#_ftn1 (accédé le 29.11.2016)

catégories d'affaires¹⁰¹⁷;

- Une meilleure vision par les juges des problèmes portant sur l'exécution des peines et la sécurité en général. L'administration de l'établissement pénitentiaire cesse d'avoir le monopole d'appréciation de la sécurité de telles ou telles restrictions. Quant au juge, bien qu'il ne soit pas spécialiste en matière pénitentiaire, il apprend sur sa propre expérience et devient expert dans les aspects discutables du domaine pénitentiaire¹⁰¹⁸;

- La possibilité d'étudier directement les preuves se trouvant dans l'établissement¹⁰¹⁹.

d) Accès aux documents nécessaires

L'exercice efficace du droit des détenus à la protection juridique exige une bonne régularisation de la question de leur accès aux documents nécessaires pour former le recours. Le droit au recours individuel, ainsi que le confirme la jurisprudence de la CEDH, d'après l'article 34 de la Convention (droit aux requêtes individuelles), comprend le droit de libre accès aux documents nécessaires pour établir la requête. Nombreux sont les problèmes résultant de la non-régularisation de cet accès, à commencer par le dépassement des délais de recours ou d'actes procéduraux visant à former le recours et en allant jusqu'à l'impossibilité absolue d'obtenir le document nécessaire à la requête. Ce problème revêt un caractère systématique pour l'Ukraine, ce qui a été relevé par la Cour européenne et ce que nous

¹⁰¹⁷ Karpenko c. Russie (n° 5605/04, 13.03.2012), Kovalev c. Russie (n° 78145/01, 10.05.2007), Khuzhin et autres c. Russie (n° 13470/02, 23.10.2008), Shilbergs c. Russie (n° 20075/03, 17.10.2009), Artyomov c. Russie (n° 14146/02, 27.05. 2010), Roman Karasev c. Russie (n° 30251/03, 25.11.2010).

¹⁰¹⁸ Ces conclusions font partie de l'étude spéciale sur les juges pénitentiaires français qui confirme le principe de "learning by doing" (apprendre en travaillant) dans leur pratique: Herzog-Evans M., *Le juge de l'application des peines: Monsieur Jordain de la désistance*, Paris, L'Harmattan, 2013.

¹⁰¹⁹ Cet aspect de l'action des juges pénitentiaires est problématique. Le projet évoqué portant sur les juges pénitentiaires a subi, pendant son étude, des critiques importantes à propos de la possibilité des juges d'apprécier les preuves de façon directe. Le fait est que de l'avis des critiques (dont la Procureure générale de l'Ukraine était l'acteur principal) l'intervention du juge dans l'appréciation directe des preuves (comme, par exemple, les mauvaises conditions de détention dans la cellule) est contraire au principe de séparation des pouvoirs. Notre contre-argument a consisté à dire que le juge était toujours impliqué dans l'appréciation des preuves dans le cadre du procès pénal. D'autre part, au cas où l'étude des preuves au sein de l'établissement pénitentiaire nécessiterait l'intervention d'un expert, cette possibilité existera toujours.

soulignons antérieurement¹⁰²⁰.

Il est à signaler, qu'au cours des débats publics en Ukraine sur le projet du nouveau Règlement intérieur, nous avons réussi à introduire certains amendements relatifs à la question soulevée ci-dessus. Cependant, le Service d'État d'exécution des peines a fortement déformé le contenu de nos propositions. Nous proposons notamment qu'au cas où les détenus auraient besoin de documents ayant trait à l'exercice de leurs droits et intérêts légitimes qui sont conservés dans le dossier du détenu ou de documents médicaux¹⁰²¹, ils se verraient accorder la possibilité d'en faire des copies. Au cas où l'intéressé n'aurait pas la somme voulue sur son compte personnel, les copies des documents demandés seraient faites aux frais de l'établissement pénitentiaire. Le cas échéant, les copies des documents voulus seraient communiquées par l'administration de l'établissement à l'intéressé dans les trois jours suivant sa demande écrite soumise au directeur de l'établissement¹⁰²².

Contrairement à nos propositions, le Règlement intérieur comporte quelques règles précisant les modalités d'obtention des copies des documents nécessaires à la requête. Ces règles rétrécissent notablement la possibilité d'accès par rapport à la norme proposée. Le Règlement intérieur dispose désormais en son par. 13.1: "En cas de besoins tenant à l'exercice des droits et intérêts légitimes de la personne détenue, les copies de ces documents (provenant

¹⁰²⁰ C'est le refus des administrations d'établissements pénitentiaires de mettre à disposition des copies de documents nécessaires au tribunal qui a constitué la cause de la violation de l'article 34 de la Convention dans l'arrêt *Vasiliy Ivashchenko c. Ukraine* (n° 760/03, 26.10.2012), où le détenu se voyait refuser la communication de copie au motif qu'il n'avait le droit de garder sur lui que sa sentence (la norme correspondante est fixée d'ailleurs toujours dans l'annexe 6 au Règlement intérieur des établissements de l'exécution des peines). Dans son arrêt fondamental *Naydyon c. Ukraine* (n° 1647/03, 14.10.2010) la Cour observait clairement, contrairement aux arguments du gouvernement disant qu'il n'avait pas obligation de faire des copies, que l'art. 34 de la Convention impose aux États signataires le devoir positif de ne pas entraver l'exercice du droit à la requête individuelle et notamment de communiquer aux requérants les copies des documents nécessaires à l'examen de leurs requêtes. Cette obligation découle de nombreux autres arrêts de la CEDH qui insistent sur l'obligation des États de mettre à la disposition des personnes se trouvant sous sa responsabilité, y compris les personnes détenues, les éléments nécessaires à la requête à soumettre au tribunal (voir par ex., *Iambor c. Roumanie* (n° 1) § 216 (n° 64536/01, 24.06.2008); *Novinskiy c. Russie* § 120 (n° 11982/02, 10.02.2009); *Gagiu c. Roumanie* §§ 93-99 (n° 63258/00, 24.02.2009). L'arrêt récent de la CEDH dans l'affaire de *Vorobyev contre Ukraine* souligne encore cette problématique. L'arrêt constate la violation de la Convention due, ainsi que le formule la Cour, au problème systémique de la non-régularisation du processus d'établissement de copies dans les établissements pénitentiaires (*Vorobyev c. Ukraine* (n° 28242/10, 16.01.2015)).

¹⁰²¹ L'exigence d'assurer cette possibilité en ce qui concerne les documents médicaux est fixée par ailleurs au par. 46 du 3e rapport général du CPT (3e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1992 (CPT/Inf (93) 12). – N.D.L.A.

¹⁰²² Човган В.О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). – Харків: Права людини, 2014. – С. 111 (Chovgan V.O., Réforme de la législation de l'exécution des peines à la lumière des normes internationales (propositions et observations), Kharkiv, Drois de l'homme, 2014, p. 111).

des tribunaux, d'autres administrations et organismes saisis par l'intéressé - N.D.L.A.) lui sont communiquées par l'administration de l'établissement d'exécution des peines sur sa demande écrite dans les cinq jours"¹⁰²³. Le par. 12.1 du Règlement intérieur énonce aussi qu'au cas où "le détenu disposerait de copies de documents qui auraient été faites pendant l'enquête préliminaire et pendant le procès et qui sont déposées au magasin de l'établissement d'exécution des peines, ces copies sont mises à la disposition du détenu suite à sa demande pour les besoins relatifs à l'exercice des droits et intérêts légitimes". De plus, le Règlement intérieur comporte une norme selon laquelle "au cas où le détenu recevrait une lettre de la Cour européenne des droits de l'homme demandant de fournir des copies des documents annexés à son dossier et que l'intéressé ne disposerait pas de la somme nécessaire sur son compte personnel, les copies des documents demandés sont réalisées aux frais de l'établissement d'exécution des peines..." (par. 9.2 du RI). La possibilité d'obtenir des copies gratuitement a donc ainsi été réglée en ce qui concerne les requêtes à la CEDH, et non aux juridictions nationales, bien que les requêtes auprès de celles-ci constituent une condition de la saisine de la CEDH. Même dans le cas d'une saisine de la CEDH, la règle prévoit que, pour obtenir gratuitement des copies en vue de saisir la CEDH, il faudrait... envoyer une demande à la CEDH afin que l'administration de l'établissement reçoive le message confirmant le besoin des copies demandées¹⁰²⁴.

Tous les exemples cités montrent l'utilité de l'autorisation de l'accès complet des détenus aux documents dont ils ont besoin pour introduire des requêtes aussi bien à la CEDH qu'aux autres juridictions. Un obstacle complémentaire entravant l'exercice du droit à la requête tient en outre à la règle portant sur la liste des documents que peuvent conserver les détenus. C'est ainsi qu'auparavant l'Annexe 6 à l'ancien RI autorisait les détenus à conserver les copies des sentences et des jugements, ainsi que la correspondance relative à leurs requêtes

¹⁰²³ Le RI garde par ailleurs la règle critiquée selon laquelle "au cas où le détenu recevrait une lettre de la Cour européenne des droits de l'homme demandant de fournir des copies des documents annexés à son dossier et que l'intéressé ne disposerait pas de la somme nécessaire sur son compte personnel, les copies des documents demandés sont réalisées aux frais de l'établissement d'exécution des peines. Le cas échéant les copies des documents demandés sont mises à la disposition de l'intéressé par l'administration de l'établissement d'exécution des peines dans les cinq jours suivant sa demande écrite soumise au directeur de l'établissement d'exécution des peines" (par. 9.2). Non seulement cette règle présente une corrélation assez étonnante avec celle du 13.1, mais elle constitue un obstacle de plus pour pouvoir recourir à la CEDH, car les autorités peuvent en abuser afin de compliquer et faire traîner en longueur l'exercice du droit à la défense auprès de la CEDH.

¹⁰²⁴ La situation avec la régularisation législative changea après la fin de ce travail. En particulier, en travaillant sur le projet de loi N° 2490a au Parlement, l'auteur de ces lignes sut obtenir l'intégration au Code d'exécution des peines de l'Ukraine la règle selon laquelle les détenus "ont droit à se faire délivrer les copies des documents de leurs dossiers et d'autres documents relatifs à l'exercice de leur droit suivant les modalités fixées par le Ministère de la justice de l'Ukraine (art. 8, 1^{er} al., du Code d'exécution des peines).

soumises à la Cour européenne des droits de l'homme. Dans le Règlement actuel, cette autorisation s'applique aussi aux documents financiers, d'objets et de valeurs, ainsi qu'à la correspondance provenant de l'ombudsman et des représentants de ce dernier, ainsi que des organisations internationales dont l'Ukraine est membre ou participante, des délégués de ces organisations internationales, du juge, du procureur ou du défenseur en justice. Toutefois, à part le fait que les exceptions relatives à la conservation des documents ne concernent *de jure* que la correspondance entrante et non la correspondance sortante, elles ne s'appliquent pas à tous les autres documents dont, par exemple, les certificats de toute sorte y compris ceux délivrés par le service médical de l'établissement pénitentiaire. Nous pouvons imaginer le grand nombre de documents nécessaires à l'exercice des droits des détenus dont la conservation pourrait être formellement interdite d'après le Règlement intérieur.

Cette problématique n'est pas étrangère à la France. Dans son avis sur la conservation de documents personnels par les détenus et leur accès aux documents, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté touche au problème du respect de la confidentialité, tout en attirant l'attention sur nombre de problèmes relatifs à l'accès aux documents nécessaires notamment pour l'exercice du droit à la défense en justice¹⁰²⁵. Il mentionne, en particulier, l'accès difficile aux documents indiquant le motif d'emprisonnement, étant donné que les détenus n'ont pas d'accès libre au greffe et doivent demander l'autorisation de le visiter (celui ayant par ailleurs des heures de fermeture), la procédure complexe d'obtention des copies, puisque l'administration pénitentiaire invoque l'article 42 de la loi pénitentiaire qui, curieusement, vise la défense des droits des détenus. Selon le Contrôleur général elle « a voulu créer une protection de la personne détenue, dans un contexte traditionnel où tout ce que fait cette dernière doit pouvoir être connu. Paradoxalement, cette protection se retourne contre ses bénéficiaires, qui y voient une manière de ne plus avoir la libre disposition de documents dont ils ont besoin, et un renforcement de la suspicion de l'administration pénitentiaire à leur endroit »¹⁰²⁶. Les problèmes concernent tant les documents du dossier pénal que les autres pièces.

Le Contrôleur général estime que les détenus doivent pouvoir conserver tous documents personnels, sauf, par exemple, la pièce d'identité, la carte Vitale, ou peut, à défaut, les faire conserver au greffe dans le respect de la confidentialité (par. 5-7). Ils doivent avoir accès à ces documents, aux autres pièces les concernant, les retirer à tout moment du dépôt

¹⁰²⁵ Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 13 juin 2013 relatif à la possession de documents personnels par les personnes détenues et à l'accès de celles-ci aux documents communicables NOR : CPLX1317489V.

¹⁰²⁶ Ibid, par. 5.

(par 9, 10). Les documents personnels doivent être considérés comme étant la propriété du détenu protégée par le Protocole 1 à la Convention européenne (par. 10). Aux termes de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, les détenus ont droit, comme les personnes libres, à l'accès dans des délais raisonnables aux documents administratifs qui ne sont pas personnels. Le Contrôleur général recommandait, en conséquence, de modifier la législation concernée (art. 42 de la loi pénitentiaire et art. 19-V, 2^e par., du Règlement intérieur type) (par. 13).

Les insuffisances de l'accès libre aux documents nécessaires pour former des recours en justice peuvent entraver considérablement la défense contre les restrictions mal fondées. C'est ainsi qu'il est difficile de prouver la restriction non justifiée du droit à l'assistance médicale, faute de pouvoir fournir les pièces justificatives voulues. Le droit d'accès à la documentation acquiert une importance particulière en cas de restriction d'un droit ou d'un autre par des sanctions disciplinaires. La personne détenue doit pouvoir faire des copies de son dossier disciplinaire pour bâtir sa défense devant le tribunal ou dans le cadre d'un recours administratif. Autrement, l'efficacité de la défense contre les restrictions illégitimes sera nécessairement mise en danger. Il est non moins important d'assurer l'obtention rapide des documents demandés car le respect des délais processuels et la défense efficace en général en dépendent.

e) Besoin de formaliser l'application des restrictions et motivation des décisions

L'exercice efficace du droit à la défense en justice implique pour les détenus la possibilité d'introduire un recours contre le document par lequel des restrictions sont imposées à leurs droits. Un tel document n'est pas la condition indispensable du recours, puisque la justice peut être saisie même en l'absence de la forme écrite pour l'application de la restriction. Toutefois, le fait de disposer d'un tel document facilite sensiblement un recours efficace.

D'abord, l'existence du document écrit imposant la restriction confirme l'application de celle-ci. Imaginons une situation: le détenu est soumis à des contraintes telles que la vidéosurveillance permanente, le contrôle de sa correspondance ou les fouilles et, ce, en l'absence de décision écrite correspondante. Le détenu serait alors obligé de prouver devant le juge, non seulement l'illégitimité de cette contrainte, mais aussi le fait qu'elle ait eu lieu. Prouver ces faits n'est pas chose aisée en détention. C'est ainsi que l'administration de la preuve à l'aide des témoins est délicate parce que, même s'il y a des détenus pouvant confirmer l'application de la restriction, ils pourraient bien ne pas souhaiter apporter leur aide

par crainte des conséquences fâcheuses de la part de l'administration de l'établissement.

La décision peut être prise aussi bien avant qu'après la mise en œuvre des restrictions, lorsque cela paraît être utile du point de vue du caractère spécifique de la restriction. Par exemple, en cas de restriction du droit en procédant à la fouille ou au menottage, son application peut requérir des actions rapides, ce qui ne permet pas de rédiger au préalable le document processuel. Dans ce cas, la décision peut être prise sans respecter la forme écrite et elle pourra être formalisée et motivée par la suite. Évidemment, cela ne concerne généralement pas les différentes restrictions durables comme, par exemple, le droit à la correspondance, la vidéosurveillance ou l'interdiction d'accès à certaines publications ou sites Internet.

Tout comme dans le procès pénal, la bonne communication dans le droit d'exécution des peines de la décision relative aux droits de la personne constitue un indicateur permettant de juger de la défense procédurale de la personne contre les abus de pouvoirs de la part des représentants de l'État. Bien plus, compte tenu des difficultés dans l'accès aux documents dans les établissements pénitentiaires, cet aspect procédural acquiert une signification particulière. Le détenu pourrait avoir des problèmes d'accès à la décision portant application de la restriction au regard des problèmes évoqués ci-dessus. Toutefois, l'obstacle principal vient du fait que tout accès aux décisions de ce type est regardé par l'administration pénitentiaire comme une menace potentielle à ses intérêts de service. Il est donc logique que les détenus ne puissent pas compter sur un accès libre et, à plus forte raison, rapide, aux documents.

Un facteur important, du point de vue du recours en justice, pourrait consister dans la fixation des modalités et des délais de recours contre la décision restrictive tant auprès de l'autorité pénitentiaire supérieure qu'auprès du juge ou du procureur. La décision imposant des restrictions pourrait être communiquée au détenu sous sa signature personnelle.

Ensuite, l'existence de la décision procédurale est un facteur contribuant à l'amélioration de la motivation des décisions et permettant de bâtir la stratégie de la défense devant le juge en partant de la motivation citée. Bien plus, la communication des motifs de la décision et le fait, pour l'intéressé de les comprendre, contribue à la légitimité des décisions des administrations¹⁰²⁷. L'importance d'une telle compréhension concerne pleinement les

¹⁰²⁷ Tyler T.R., *Why People Obey the Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2006, p. 164, 172 ; Herzog-Evans M., *Le juge de l'application des peines: Monsieur Jourdain de la desistance*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 222.

décisions de l'administration pénitentiaire¹⁰²⁸, vu que les détenus ont "le sentiment profond d'injustice subie"¹⁰²⁹.

La bonne motivation répond à l'exigence de justification des restrictions qui est également formulée dans la Convention européenne. De plus, le droit à un recours effectif (art. 13 de la Convention) comprend l'exigence de bonne motivation de la décision contestée. C'est ainsi que, s'agissant des décisions portant application de la sanction disciplinaire sous forme de placement en isolement (avec restriction consécutive des droits), le détenu doit nécessairement pouvoir "contester aussi bien la forme que le fond, et donc les motifs d'une telle mesure"¹⁰³⁰. La motivation détaillée obligatoire peut garantir que les restrictions s'appliqueraient d'une manière plus pondérée. Le fait de peser tous les "pour" et les "contre" contribuerait nécessairement à des décisions bien réfléchies et mieux fondées que lorsqu'une telle exigence n'existe pas.

Enfin, l'indication des motifs de la décision permet de déterminer le fondement légal de son application. Le fait de mentionner dans la décision le fondement légal permet de mieux comprendre son interprétation et le contexte du recours. C'est à partir de ces éléments que le détenu ou son représentant légal bâtirait sa stratégie de la défense et choisirait les arguments pertinents pour le juge.

La motivation de la décision permet, en outre, de constater les faits ayant précédé la restriction du droit et présidé à sa motivation. Ces faits doivent comprendre, en premier lieu, le comportement antérieur du détenu, y compris dans les autres établissements d'exécution des peines. C'est sur cette base-là que doit être apprécié le niveau de risque individuel de chaque détenu.

La nécessité de déterminer le risque individuel, lors de l'application des restrictions, a été soulignée à maintes reprises et clairement par la CEDH et le CPT¹⁰³¹. La Cour a même spécifié dans ses arrêts, de façon directe, que les États doivent développer leurs techniques

¹⁰²⁸ Sens de la peine et droits de l'homme (intervention de F. Dünkel). Actes du colloque international inaugural de l'ENAP. Agen, 8, 9 et 10 novembre 2000, Agen, École Nationale d'Administration Pénitentiaire, 2000, p. 178 ; Bottoms A., Hay W., Sparks R., *Prisons and the Problem of Order*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 304 ; Liebling A., *Prisons and their Moral Performance: a Study of Values, Quality, and Prison Life*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 31, 273 ; Easton S., *Prisoners' Rights: Principles and Practice*, New York, Routledge, 2011, p. 112.

¹⁰²⁹ Syr J.-H., *Punir et réhabiliter*. Préface de Dintilhac Jean-Pierre, Paris, Economica, 1990, p. 105.

¹⁰³⁰ Payet c. France § 133 (n° 19606/08, 20.01.2011).

¹⁰³¹ Voir 2.2.1 "Limitations des droits des détenus dans la jurisprudence de la CEDH" et 2.2.2.1 "Normes du CPT en matière de limitations des droits des détenus".

d'évaluation du risque individuel des détenus¹⁰³². Cette recommandation concernait l'évaluation des risques en tant que motif d'application de restrictions de droits.

Il convient de remarquer le caractère problématique de l'évaluation du risque de détenus particuliers. L'administration pénitentiaire tend à évaluer le risque en partant de la gravité des délits commis par le détenu concerné, sachant que la dangerosité pénitentiaire et le risque de récidive pénale ne sont pas identiques¹⁰³³. La dangerosité elle-même présente un concept dépendant des valeurs sociales et de la conception du délit et de la punition¹⁰³⁴. En plus, les systèmes existants d'évaluation du risque individuel visent essentiellement la détermination du risque de récidive et non le risque lors du séjour en milieu pénitentiaire.

f) Exonération des dépens

Les détenus sont des personnes beaucoup plus actives que les autres dans leurs recours en justice. Aussi, l'exonération totale de dépens au profit de ces personnes peut-elle comporter le risque d'abus du droit à la requête. D'un autre côté, ils ne sont souvent pas en mesure de payer eux-mêmes leurs recours. La règle portant l'exonération totale des dépens des détenus, sans moyen associé à l'augmentation des recours, aboutirait à un accroissement du nombre de recours non justifiés. Faut-il faire courir aux juges le risque d'une surcharge excessive?

Selon un ministre néerlandais, ce fait engendra, à l'époque de la réforme du droit à la requête individuelle dans ce pays, une augmentation sensible des requêtes émanant des détenus, mais le grand nombre de requêtes non justifiées ne devrait pas servir de raison pour ne pas reconnaître le droit à la requête¹⁰³⁵. En effet, à cause des limites auxquelles sont confrontés les détenus dans leur droit au recours, ils sont privés ou limités dans la possibilité de défendre leurs droits en raison de leur statut et de leur situation financière, ce qui frôle la discrimination.

Les limitations du droit à la requête peuvent se traduire par la mise en place d'autres

¹⁰³² Trosin c. Ukraine § 42 (n° 39758/05, 12.02.2012), Dickson c. Royaume-Uni (GC) §§ 82-85 (n° 44362/04, 02.12.2007).

¹⁰³³ Mbanzoulou P., "Dangerousness" La "dangerosité", in M. Herzog-Evans (ed.), *Transnational criminology manual*. Volume I, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, p. 109-112.

¹⁰³⁴ Holmes S., Soothill K., *Dangerous Offenders and Dangerousness*, in *Handbook on Prisons*, Ed. by Jewkes Y., Cullompton, Willan publishing, 2007, p. 590-591.

¹⁰³⁵ De Jonge G., *L'émancipation juridique des détenus aux Pays-Bas. Mise en oeuvre et développement du droit de plainte pénitentiaire*, in *L'Institution du droit pénitentiaire - Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 43-68.

obstacles pour l'exonération. À titre d'exemple, il est possible de citer le recours hiérarchique préalable obligatoire à titre administratif. C'est-à-dire qu'avant de saisir le juge, le détenu devrait d'abord essayer de s'adresser à l'administration pénitentiaire au niveau hiérarchique supérieur.

L'exemple de telles restrictions est fourni notamment par les États-Unis et la France. Une telle exigence est formulée en particulier à l'article R. 57-7-32 du CPP français: "Le détenu qui entend contester la sanction disciplinaire dont il est l'objet doit, dans le délai de quinze jours à compter du jour de la notification de la décision, la déférer au directeur interrégional des services pénitentiaires préalablement à tout autre recours. Le directeur interrégional dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception du recours pour répondre par décision motivée. L'absence de réponse dans ce délai vaut décision de rejet". Le Conseil d'État a rendu, à ce propos, un arrêt (la norme concernée à l'époque était formulée à l'ancien article D250-5 du CPP – N.D.L.A.)¹⁰³⁶ qui a affirmé que l'exigence de recours préalable ne constituait ni la violation des garanties du droit à la défense, ni une atteinte au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction.

Par ailleurs, une telle approche, à défaut de suspendre la sanction et sous réserve du recours préalable, signifie en fait qu'avant d'avoir la chance de recevoir la décision relative à la légitimité de la sanction dont le détenu a été l'objet, celle-ci aurait déjà été appliquée. Ces motifs ont été pris en compte dans l'arrêt de la CEDH *Payet c. France*¹⁰³⁷. La Cour constatait la violation du droit à la défense effective, en raison de l'exigence du recours préalable fixée par la législation française. Cependant, cet arrêt et d'autres arrêts similaires¹⁰³⁸ n'ont pas été exécuté : la norme concernée du CPP reste toujours en vigueur. Martine Herzog-Evans estime que même l'annulation de la règle du recours préalable à titre administratif ne signifierait pas

¹⁰³⁶ CE, Avis 2 / 6 SSR, du 29 décembre 1999, 210147, publié au recueil Lebon. La même chose concerne le recours préalable même dans le cas de la procédure de référé (CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 28/12/2012, 357494). Cette procédure pourrait avoir une importance particulière pour les détenus car son application permettrait de suspendre le placement en isolement avant la décision du juge qui surveille les cas évidents d'abus. Pourtant, même si le détenu essaye de saisir le juge après le refus apposé par le directeur pénitentiaire interrégional, l'obligation du recours préalable ôte tout sens à cette procédure puisque la sanction aurait été déjà infligée.

¹⁰³⁷ *Payet c. France* § 133 (n° 19606/08, 20.01.2011). Voir les commentaires à l'arrêt et les problèmes du recours préalable à: Marguénaud J.-P., L'ineffectivité du recours organisé par l'article D. 250-5 du code de procédure pénale contre les sanctions disciplinaires infligées aux détenus, *Revue de Science Criminelle*, 2011, n° 3, p. 718-721 ; Herzog-Evans M. Prisons : la France à nouveau condamnée par deux fois par la Cour européenne des droits de l'homme, *Actualité juridique pénal*, 2011 (février), p. 88-93 ; Céré J.-P., La procédure disciplinaire pénitentiaire à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Actualité juridique pénal*, 2012, n° 10, p. 533-536.

¹⁰³⁸ Voir par ex.: *Cocaign c. France* (n° 32010/07, 03.11.2011).

la conformité à l'article 13 de la Convention, puisque la démarche traditionnelle des juridictions administratives n'est pas suffisamment rapide, ce qui fait que le détenu aurait déjà subi la sanction et ses conséquences en matière d'application de la peine avant que la décision soit rendue. L'article 13 de la Convention ne pourrait être satisfait dans les cas pareils que par la procédure du référé¹⁰³⁹.

3.1.4.3. Facteurs supplémentaires d'amélioration de l'influence de la jurisprudence sur les pratiques d'exécution des peines

Ainsi qu'il a déjà été soutenu, l'influence de la jurisprudence sur l'administration pénitentiaire occupe une place particulière dans la réforme pénitentiaire. Elle ne pourrait être efficace que dans le cas où les décisions négatives des juges relatives aux restrictions appliquées par le personnel pénitentiaire auraient un impact sur la situation du fonctionnaire ayant imposé une restriction illégitime. Cependant, lorsque l'application d'une restriction non justifiée n'entraîne aucune responsabilité de l'autorité qui l'applique, le rôle des juges examinant les restrictions des droits des détenus resterait réduit.

Certes, une responsabilisation trop importante des autorités ayant imposé des restrictions non justifiées risquerait de paralyser le fonctionnement des établissements pénitentiaires. Elles pourraient ainsi avoir des doutes même en ce qui concerne les restrictions clairement légitimes. Par ailleurs, la mise en place de la responsabilité personnelle modérée pour les restrictions non justifiées présente un côté positif: le développement de l'intérêt pour les normes des droits de l'homme derrière les barreaux.

Qu'entendons-nous par mise en place de la responsabilité personnelle modérée? Cela veut dire, en premier lieu, que le degré de conséquences négatives pour le fonctionnaire appliquant des restrictions non justifiées, doit refléter clairement le niveau d'importance du droit injustement affecté, ainsi que les effets de la restriction pour le détenu concerné. C'est ainsi que la restriction du droit à l'inviolabilité physique ou le droit de n'être pas soumis à la torture ou à un autre mauvais traitement devrait entraîner des conséquences disciplinaires les plus sévères allant même à la mise à pied¹⁰⁴⁰. Dans le même temps, la recherche d'une responsabilisation personnelle peut être compliquée dans le contexte pénitentiaire, où il est

¹⁰³⁹ Herzog-Evans M., *Droit pénitentiaire*, Ibid, p. 1000.

¹⁰⁴⁰ Il n'est pas à oublier que certains types de traitement peuvent être qualifiés de délit pénal. Les situations de ce type ne font pas l'objet de notre analyse qui ne porte que sur les restrictions ne pouvant pas entraîner la responsabilité pénale.

toujours difficile d'établir la responsabilité, par exemple en cas de mauvaises conditions de détention, ce qui peut constituer aussi la violation du droit de ne être pas soumis à de mauvais traitements.

Les restrictions non justifiées à caractère moins grave pourraient conduire à une responsabilité disciplinaire moins drastique, par exemple un blâme ou la privation d'une prime. Cela pourrait concerner les cas tels que l'ingérence non motivée au droit à la correspondance par le contrôle des lettres, l'écoute des communications téléphoniques, la perquisition dans la cellule, etc.

Par ailleurs, en cas de répétition de restrictions des droits non justifiées de ce type, celles-ci devraient pouvoir entraîner des conséquences plus graves pour le fonctionnaire abusant de son pouvoir. Cela pourrait être assuré par le cumul des jugements constatant les restrictions non fondées des droits. Le fait d'atteindre un niveau maximum fixé de manquements condamnables constituerait la raison suffisante pour la mise à pied de la personne responsable.

Il convient de prêter attention aux idées du juge et chercheur ukrainien Volodymyr Kravtchouk qui étudia cette question afin d'associer les juges à une sorte de "lustration à l'aide des tribunaux"¹⁰⁴¹. Ces articles publiés à une époque où la question de la lustration et de l'efficacité de l'influence des tribunaux dans le pouvoir ukrainien était l'une des plus débattues comportaient des propositions capables d'améliorer le processus d'influence des tribunaux sur les fonctionnaires¹⁰⁴². Certaines de ses propositions ont une importance particulière et conviennent parfaitement aux réalités des requêtes dans le domaine pénitentiaire:

1) Participation personnelle du fonctionnaire. Selon Kravtchouk, la pratique fournit des cas fréquents où le fonctionnaire attaqué en justice et présent en audience n'arrive pas à expliquer les motifs de sa décision. Aussi, faudrait-il demander aux juges de convoquer au

¹⁰⁴¹ L'idée de lustration a été mise en oeuvre en Ukraine après Maidan. De manière générale, elle consistait en l'utilisation de règles juridiques pour licencier les fonctionnaires considérés comme adversaires de la démocratie liés au régime de Yanoukovitch. L'idée a été critiquée par une partie de la société qui a considéré que la démission automatique en raison de l'occupation de postes de haut niveau était une atteinte à la démocratie en elle-même.

¹⁰⁴² Кравчук В. Практичний курс «народного люстратора». Які процесуальні інструменти можна використати для персоналізації відповідальності чиновника за правопорушення (Kravtchouk V., Cours pratique du "lustrateur populaire", disponible sur : <http://zib.com.ua/ua/84531-ucheniy-yurist-stvoriv-praktichniy-kurs-narodnogo-lyustrator.html> (accédé le 23.02.2015); Кравчук В. Люстрація починається з тебе. Персоналізація відповідальності чиновника є єдиним ефективним засобом очищення влади (Kravtchouk V., La lustration commence par toi-même. Personnalisation de la responsabilité du fonctionnaire en tant que seul moyen efficace d'épuration du pouvoir), disponible sur : <http://zib.com.ua/ua/82750-lyustraciya-pochinaetsya-z-tebe.html> (accédé le 23.02.2015).

procès le fonctionnaire concerné. À titre de recommandation pratique visant à améliorer l'influence des tribunaux sur les fonctionnaires, l'auteur conseille aux demandeurs de citer en justice non pas les établissements publics, mais directement les fonctionnaires.

Le caractère pertinent de ces observations consiste dans le fait que, dans la plupart des actions intentées par les détenus, c'est le représentant de l'administration en charge du contentieux qui prend part au procès et non le fonctionnaire ayant appliqué la mesure restrictive. La participation personnelle du responsable pourrait créer des garanties d'une étude plus détaillée de la légitimité des restrictions et devenir aussi une sorte de "vaccination juridique" contre de telles restrictions à l'avenir. Ceci est vrai surtout si le fonctionnaire concerné devait se présenter souvent au tribunal, ce fait indésirable pour lui pouvant servir de stimulant négatif qui le retiendrait de l'imposition de restrictions non justifiées. Néanmoins, cette proposition pourrait se heurter à des considérations pratiques de l'administration pénitentiaire pour qui l'absence du fonctionnaire au travail en raison de sa convocation au tribunal peut causer beaucoup d'inconvénients. Nous estimons toutefois que ceci ne devrait pas empêcher la comparution du fonctionnaire dans les affaires portant sur sa responsabilité personnelle pour ses actions ou ses décisions. Autrement, s'il n'y a que les juristes représentant les établissements pénitentiaires au tribunal, l'impact et la sensibilisation à la portée et à la justification des restrictions seraient réduits pour les fonctionnaires en cause.

2) Décision spéciale du juge sur l'éradication des atteintes aux droits. La décision spéciale pourrait contenir des prescriptions portant sur la nécessité d'éliminer les causes tant au niveau personnel qu'à celui de l'administration. Nous sommes d'avis qu'en nantissant le juge d'une telle possibilité obligatoire, il serait possible d'assurer l'influence juridique du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif et de prévenir efficacement les atteintes aux droits.

3) Mesures disciplinaires. V. Kravtchouk fait remarquer qu'une fois prouvé le caractère illégitime des actions, des décisions ou de l'inaction du fonctionnaire, la responsabilité disciplinaire de celui-ci pourrait être engagée. C'est le seul instrument qui ne permet pas au fonctionnaire de se distancer de ses actes. La législation devrait fixer l'obligation du responsable concerné de l'administration d'entamer une enquête de service si la juridiction administrative qualifie la restriction appliquée par le fonctionnaire subordonnée de non justifiée (c'est-à-dire qu'elle qualifie d'illégitime la décision, les actions ou l'inaction dans l'application des restrictions). L'une des versions de la responsabilité disciplinaire en cas de faute établie du fonctionnaire serait de limiter par la loi ses droits à la promotion de carrière. Il est proposé, en fait, de réagir en appliquant des restrictions à la personne ayant imposé des

restrictions illégitimes à des citoyens (détenus)¹⁰⁴³.

Il est donc nécessaire que les règles fixant les modalités de prise en compte des décisions judiciaires et de leur impact sur les fonctionnaires dont les actions illégitimes se traduisent par des atteintes aux droits soient consignées dans la législation appropriée. Les règles élaborées dans ce sens devraient se distinguer par une haute qualité et un haut niveau de clarté. Elles devraient fixer les modalités des inspections, les facteurs à prendre en compte pour déterminer le degré de culpabilité et de responsabilité à engager pour avoir imposé des restrictions malfondées.

L'on devine quelles remarques pourraient susciter les idées présentées ci-dessus: cela compliquerait le travail du personnel pénitentiaire en le soumettant à des consignes formelles excessives dans l'exercice de ses fonctions. Il est vrai parce que beaucoup de cas d'application de restrictions qui s'effectuent aujourd'hui sans trop de difficultés, sans décisions ou motivations spéciales, nécessiteraient une prise de décision appropriée et une justification. Cette approche nécessiterait évidemment du temps et des ressources complémentaires. Cependant, elle pourrait provoquer, au sein des prisons, la "peur du droit" qui se solderait par une organisation de l'exécution des peines où la culture professionnelle du personnel pénitentiaire subirait un impact important en raison des effets de la juridictionnalisation qui a pour vocation de réduire le cadre d'autonomie de ce personnel¹⁰⁴⁴.

L'approche décrite ci-dessus présente un moyen sûr de relever le rôle du droit dans la pratique d'exécution des peines, de juridiciser celle-ci et de contribuer, de manière ultime, à l'affirmation de la suprématie du droit et de la légalité dans l'imposition des restrictions de droits aux détenus. Il ne faut pas oublier, cependant, que la juridictionnalisation pourrait exercer en pratique une influence limitée sur les réalités pénitentiaires, puisqu'elle peut se heurter à la mauvaise volonté des juges de résoudre les affaires en faveur des détenus¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ Ainsi que l'observe G. Mathieu, "on ne peut en effet parler de droits des détenus qu'à condition que ces derniers aient la possibilité de faire sanctionner une atteinte à l'un de leurs droits individuels" (Mathieu G., *Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne*, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Marseille, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993, p. 169).

¹⁰⁴⁴ De Galembert C., Rostaing C., *Ce que les droits fondamentaux changent à la prison*. Présentation du dossier, *Droit et Société*, 2014, n° 87, p. 299.

¹⁰⁴⁵ Landreville P., Lemonde L., *La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées : l'expérience canadienne*, in *L'Institution du droit pénitentiaire - Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 83.

Conclusion du sous-chapitre 3.1.4

L'expérience française en matière de juridictionnalisation du processus d'exécution des peines occupe une place centrale dans l'histoire de l'évolution du droit pénitentiaire dans ce pays. La possibilité pour les détenus de défendre leurs droits devant la justice sert toujours d'indicateur de développement de cette branche du droit et de la défense des droits des détenus en particulier. L'abandon progressif de la doctrine dite des "mesures d'ordre intérieur" qui offre aux juges des raisons de ne pas examiner les affaires pénitentiaires, qui étaient censées relever de l'appréciation de l'administration pénitentiaire, continue d'être partie prenante de cet indicateur.

Le contrôle judiciaire du processus d'exécution des peines représente, non seulement, une condition pour garantir les droits et les protéger des restrictions infondées. Il assure, en outre, dans une mesure notable, la légitimation du pouvoir pénitentiaire aux yeux des détenus. L'absence de contrôle judiciaire conduit à un accroissement de l'appréhension conflictuelle des autorités pénitentiaires et des décisions du personnel.

L'expérience française montre que la juridictionnalisation a constitué le moteur du progrès de la législation et de la pratique pénitentiaire. Elle atteste, de plus, que la juridictionnalisation peut être considérée comme un instrument positif pour le renforcement de la défense des droits des détenus et pour le système pénitentiaire en général. Ainsi, l'instrumentalisation des juridictions avec une prise en compte de la spécificité pénitentiaire ouvre la voie d'une meilleure protection contre les restrictions non justifiées. Dans le même temps, la capacité des juges d'examiner toutes les catégories de contentieux concernant le détenus et l'admissibilité de l'intervention des juridictions dans les questions internes liées au management pénitentiaire restent au rang des questions discutables qui freinent ce processus.

L'analyse de l'expérience et de l'état de la juridictionnalisation du domaine pénitentiaire indique les voies à suivre pour l'instrumentalisation et le renforcement du contrôle judiciaire sur la prison en général et les restrictions des droits en particulier. Ce sont, notamment : un renforcement précis du droit à la requête; la détermination de la norme de justification des restrictions des droits; l'élaboration de règles précises régissant la compétence sur ces affaires; l'application des restrictions en vertu de décisions individuelles qui, pour leur part, doivent être motivées et dûment notifiées à l'intéressé; l'exonération des dépens. En complément, d'autres moyens de renforcement de l'impact édifiant de la jurisprudence en matière de restrictions non justifiées peuvent être signalés: la participation du fonctionnaire

concerné au procès et l'incidence des jugements sur le statut de la personne ayant appliqué des restrictions non justifiées (y compris la responsabilité disciplinaire du fonctionnaire coupable d'abus de pouvoirs, etc.).

Conclusion du chapitre 3.1

La France se distingue des autres pays étudiés, en premier lieu, par le fait que déjà en 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fixait une première "norme" véritable en matière de restriction des droits. Il était prévu que les restrictions devaient être déterminées par la loi et être nécessaires pour la défense des droits d'autrui. Toutefois, pour ce qui est du domaine pénitentiaire, la norme de restriction de droits n'a été introduite qu'en 2009 dans la loi pénitentiaire qui fut attendue durant près de dix ans.

Ce texte constitue un exemple parfait permettant de révéler les erreurs que peut commettre un législateur dans la détermination des normes de restrictions de droits dans la législation. Ces erreurs ne sont pas passées inaperçues dès la mise au point de la loi, mais toutes les observations n'ont pas été prises en compte, loin de là. Il est ainsi possible de dégager les principales imperfections de la norme française:

- L'absence de mention relative à l'exigence de la proportionnalité des restrictions. La seule règle imposant que les restrictions doivent viser un but déterminé, voire justifié, ne suffit pas pour se prévenir contre les restrictions illégitimes. La proportionnalité suppose la minimalité de la restriction pour pouvoir atteindre le but visé. Sans l'exigence de minimalité, n'importe quelle restriction, même la plus dure, peut être reliée au besoin d'atteindre le but. La démonstration du lien entre la restriction et le but ne rencontre également aucune difficulté pour la Cour européenne. D'autre part, l'absence de la proportionnalité réduit la jurisprudence à une interprétation sèche de la loi, qui prend la place d'une réflexion fondamentale sur l'équilibre des intérêts individuels et sociaux;

- L'implantation de l'idée selon laquelle la personne ne doit être soumise à aucune restrictions, sauf celles qui sont inhérentes à l'incarcération. La détermination de ce qui est inhérent à l'emprisonnement se présente, ainsi que cela a été montré dans les chapitres précédents, comme assez problématique et susceptible de causer plutôt de nouvelles atteintes aux droits sans leur procurer une protection complémentaire;

- Le défaut de concordance entre les buts des restrictions dans la clause limitative générale relative aux restrictions des droits et les clauses limitatives particulières relatives à des droits spécifiques;

- Les chercheurs français évoquent un autre problème: la sécurité et l'ordre en tant qu'objectifs peu clairs permettant toutes restrictions conformément à la loi. Notre avis est que

l'importance négative de ces objectifs serait surévaluée, ce qui aurait un rapport avec l'utilisation de ces catégories pour les refus de se saisir de requêtes que les juridictions françaises apposent depuis un bon temps aux demandes des détenus. Les problèmes ne résident pas dans les objectifs à proprement parler, mais dans leur utilisation pour justifier les restrictions sans tenir compte des exigences du principe de proportionnalité.

Le caractère problématique de la norme est également illustré par la jurisprudence française analysée. Il en résulte que la clause limitative est utilisée beaucoup plus souvent par les juges, non pour défendre les droits des détenus, mais comme argument pour soutenir la position de l'administration des établissements plaidant ainsi en faveur de la justification des restrictions appliquées.

La doctrine française se distingue par le fait qu'elle prend conscience de l'importance particulière que revêt le rapprochement du statut juridique des détenus avec celui des citoyens libres.

"Un détenu est un citoyen à part entière", telle est l'idée généralement reconnue, un certain idéal auquel devrait tendre le système pénitentiaire. L'aspiration des théoriciens à un tel rapprochement des statuts est tellement forte qu'elle en vient à une appréhension quasiment inconditionnelle par l'opinion publique de l'idée utopique selon laquelle le détenu n'est privé que de "liberté d'aller et venir", c'est-à-dire de sa liberté de circulation. Cette idée est populaire par ailleurs dans d'autres pays, mais c'est en France qu'elle semble être perçue d'une manière beaucoup plus sérieuse.

Nous considérons comme beaucoup plus réalistes et progressistes les idées des chercheurs français sur la nécessité d'un rapprochement maximum des règles du droit pénitentiaires avec les autres branches du droit applicables aux citoyens libres "ce qu'on appelle "droit commun". En d'autres termes, les règles du droit applicables aux détenus doivent être identiques autant que possible ou, au mieux, être les mêmes que celles qui s'appliquent aux personnes libres. Pour désigner le rapprochement du droit pénitentiaire avec le droit commun, nous proposons le terme de "normalisation juridique". Ce terme souligne l'importance particulière de l'aspect juridique de la normalisation, qui vise à réduire au maximum la différence entre la prison et la liberté par la voie juridique. La question à résoudre est celle des limites de cette normalisation juridique, étant donné son résultat final devrait être la disparition de la prison elle-même.

Une autre observation importante porte sur le rôle singulier de la jurisprudence pour le développement de la législation pénitentiaire française. Le début des réformes globales et

radicales, dans le domaine pénitentiaire en France, est marqué par la recevabilité en justice de certaines catégories d'affaires relatives notamment au recours contre les sanctions disciplinaires (1995). Les spécialistes continuent toujours d'apprécier le développement des droits des détenus en fonction de l'ampleur de la propagation de la compétence des juges à tous les aspects de la vie des établissements pénitentiaires.

L'exemple de la juridictionnalisation et de son rôle inestimable dans la défense des droits des détenus nous amène à la conclusion que la possibilité pour les juges d'apprécier la légitimité des restrictions est l'un des principaux facteurs dans la prévention des restrictions non justifiées. Nous proposons notre propre vision de la manière dont la justification des restrictions pourrait faire l'objet d'un examen efficace par les juges. Les propositions relatives à la prise obligatoire de décisions écrites et motivées pour l'application de restrictions de droits ou encore la comparution en audience du fonctionnaire ayant imposé des restrictions, sa responsabilisation, la mise en place de juges spécialisés devraient améliorer le rôle des juridictions dans le domaine pénitentiaire et dans l'application des restrictions aux droits des détenus en particulier. Nos propositions visant au renforcement du rôle du juge dans le contrôle de la légitimité des restrictions sont formulées sur la base de l'expérience nationale et internationale, mais elles devraient être vérifiées par l'expérience de leur mise en œuvre.

3.2. États-Unis

3.2.1. Juges et limitations des droits des détenus

Les États-Unis d'Amérique ont développé une théorie originale de limitation des droits des détenus qu'ils doivent, en premier lieu, à leurs juridiction. Les juges sont considérés comme les acteurs principaux des réformes pénitentiaires dans ce pays. Le spécialiste américain connu, James Jacobs, observait que les litiges "peuvent être estimés comme un équivalent pacifique de complot parce qu'ils signalent, à l'attention du public, les revendications des détenus et mobilisent le soutien politique des changements"¹⁰⁴⁶. L'ancien chef du Service pénitentiaire fédéral, Norman Carlson, estime que "le pouvoir judiciaire fédéral est, dans l'ensemble, la force la plus efficace pour des changements constructifs dans les prisons"¹⁰⁴⁷.

L'analyse de la jurisprudence américaine montre toutefois une confusion dans les approches des juges relatives à la détermination de l'ampleur admissible des restrictions des droits des détenus. Les affaires d'un même type sont parfois traitées avec des normes fondamentalement différentes, d'où l'esprit général d'indétermination dans chaque affaire concrète. Les juges rendent parfois des décisions absolument contraires dans des situations similaires, même en s'appuyant sur les mêmes normes. Il est à constater également le manque de vision générale à propos de la norme à appliquer dans tel ou tel cas.

Aux États-Unis, les premières affaires portant sur les restrictions de droits sont relativement anciennes. La jouissance par les détenus de leurs droits était confirmée dès 1944, dans l'arrêt *Coffin v. Reichard*, qui indiquait que "le détenu conserve tous les droits du citoyen ordinaire, à l'exception de ceux que la loi lui retire de droit ou par nécessité", mais aussi: "le juge ne se borne pas uniquement à la condamnation ou à l'acquittement, il peut également donner des consignes disant que les droits conservés par les détenus doivent être respectés"¹⁰⁴⁸.

Il convient de signaler que les premières évocations de la reconnaissance en justice des

¹⁰⁴⁶ Jacobs J., *The Prisoners' Rights Movement and Its Impacts, 1960-80*, *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, vol. 2, edited by Norval Morris and Michael Tonry, Chicago, University of Chicago Press, 1980, p. 460.

¹⁰⁴⁷ *In*: Bronstein A.J., *Prisoners and Their Endangered Rights*, *The Prison Journal*, 1985, Vol. 65, n° 1, p. 4.

¹⁰⁴⁸ *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944).

droits des détenus est bien antérieure à l'arrêt cité. C'est ainsi que la Cour suprême observait, dans son arrêt de 1892, que les "États-Unis, ayant tous les droits pour retenir les détenus, ont le devoir de les défendre dans une mesure égale... Ce devoir du gouvernement conduit nécessairement à l'existence du droit correspondant des détenus d'être protégés; ce droit des détenus étant protégé par la Constitution et les lois des États-Unis"¹⁰⁴⁹.

Pourtant, les tribunaux américains n'ont pas évité pas la politique dite "hands off", qui se traduit par la non-intervention dans les affaires touchant au domaine pénitentiaire. Cette doctrine se manifestait par la mauvaise volonté des juges à se saisir des affaires intéressant des détenus. À cette fin, on faisait usage de motifs tels que la séparation des pouvoirs (l'inadmissibilité pour les juridictions d'intervenir dans l'exercice du pouvoir exécutif), l'insuffisance des connaissances pénologiques spéciales chez les juges, ou encore la crainte de créer des problèmes pour la discipline pénitentiaire du fait de l'intervention judiciaire¹⁰⁵⁰. Cette politique fut initiée par l'arrêt *Ruffin v. Commonwealth of Virginia*¹⁰⁵¹, qui supposait que le détenu fût "l'esclave de l'État" qui ne disposait que de droits que l'État lui accordait.

Cette approche dura jusqu'aux années 1960. Toutefois, dans les années 1960 encore, la sécurité dans les prisons prévalait sur les droits. Les juges observaient même que "la vision romantique ou sentimentale des droits constitutionnels... ne devrait pas pousser les juges à intervenir dans le régime disciplinaire nécessaire mis en place en prison"¹⁰⁵².

Il est considéré que le feu vert pour les requêtes relatives aux droits des détenus fut donné en 1961, dans l'affaire *Monroe v. Pape*¹⁰⁵³. En conséquence, trois ans après, la politique dite "hands off" fut abandonnée par l'arrêt *Cooper v. Pate* (1964)¹⁰⁵⁴.

Analysant l'approche américaine vis-à-vis de la justification des restrictions des droits des détenus, il convient de prendre en compte qu'elle a une nature évolutive et que certains droits des détenus existant aujourd'hui peuvent être modifiés brusquement par un seul arrêt de la Cour suprême adoptée à la majorité d'une voix¹⁰⁵⁵. Par ailleurs, les approches générales à

¹⁰⁴⁹ Logan v. United States. Opinion of the court delivered by Mr. Justice Gray, 144 U.S. 263 (12 S.Ct. 617, 36 L.Ed. 429).

¹⁰⁵⁰ Palmer J.W., Constitutional Rights of Prisoners, 9th ed., Cincinnati, LexisNexis, 2010, p. 351.

¹⁰⁵¹ Ruffin v. Commonwealth (62, Va. 790, 1871).

¹⁰⁵² Cité dans: Varner J.E., Battle of the Lists: The Use of Approved Versus Restricted Religious Book Lists in Prisons, McGeorge Law Review, 2009, Vol. 40, p. 803-829.

¹⁰⁵³ Monroe v. Pape 365 US 167 (1961).

¹⁰⁵⁴ Easton S., Ibid, p. 37-38.

¹⁰⁵⁵ Rock G., Prisoners' Rights Handbook: A Guide to Correctional Law Decisions of the Supreme Court of the United States & the Federal Courts of the Third Circuit., Ed. by A. Love, Esq., Philadelphia, Pennsylvania Institutional Law Project, 2009, p. 2.

l'égard de la nature juridique et des justifications des restrictions des droits des personnes purgeant leur peine, restent assez stables, malgré leur application contradictoire. Les normes élaborées par les juridictions, des dizaines d'années plus tôt, sont toujours applicables.

Une attention particulière est justement accordée dans les décisions des juges américains aux restrictions des droits constitutionnels, les requêtes des détenus portant d'habitude sur les violations de la Constitution des États-Unis.

Dès la fin de la Seconde guerre mondiale, la Cour suprême a déclaré que l'emprisonnement légal entraînait des privations obligatoires et des limitations de nombreux privilèges et droits, cette réserve s'expliquant par des considérations soulignant le système punitif des États-Unis¹⁰⁵⁶. Toutefois, dès 1974, une phrase célèbre fut formulée, en vertu de laquelle il n'y avait "pas de rideau métallique entre la Constitution et les prisons de ce pays"¹⁰⁵⁷. Bien que les droits pussent être réduits en partant des besoins de l'environnement intérieur (institutionnel), le détenu, condamné pour un délit, ne devait pas être totalement privé de la protection constitutionnelle¹⁰⁵⁸. Il était également spécifié que les droits pouvaient être limités compte tenu de la nature du régime auquel le détenu était soumis¹⁰⁵⁹.

L'évolution positive de la jurisprudence des tribunaux américains, en matière d'affaires pénitentiaires et en ce qui concernait l'appréciation de la justification des restrictions de leurs droits, aboutit à une quantité exorbitante de requêtes dans ce sens. Ainsi que le fait noter John Palmer, "la détermination des droits limités et des droits garantis est à la source d'une augmentation explosive des requêtes liées aux prisons"¹⁰⁶⁰. Cette thèse juste s'explique effectivement par un immense accroissement du nombre de requêtes provenant des prisons qui s'abattit sur les États-Unis¹⁰⁶¹. En conséquence, en 1996 fut voté la loi "Sur la réforme des litiges pénitentiaires" (Prison Litigation Reform Act).

Cette loi visait à une diminution du nombre de requêtes mineures et à en supprimer beaucoup avant que soit dépensé l'argent pour leur résolution au tribunal. Se prononçant en faveur de ce texte, le sénateur Bob Dole dit au Congrès que "les prisons devaient n'être que prisons et non pas des cabinets juridiques"¹⁰⁶². La loi prévoyait une modification de la

¹⁰⁵⁶ Price v. Johnston 334 U.S. 266, 285 (1948).

¹⁰⁵⁷ Wolff v. McDonnell 418 U.S. 539, 555, 556 (1974).

¹⁰⁵⁸ Ibid.

¹⁰⁵⁹ Ibid.

¹⁰⁶⁰ Palmer J.W., Ibid, p. 294.

¹⁰⁶¹ Il est indiqué par exemple que rien que les recours contre le mauvais traitement étaient passés de 6600 en 1975 à 39000 en 1994 (données de l'Institut Walter Berns), Hudson D.L., Prisoners' Rights / A. Marzilli (Consulting Editor), New York, Chelsea House Publishers, 2007, p. 23).

¹⁰⁶² Hudson D.L., Ibid, p. 22.

procédure de recours dans le sens de la diminution de leur nombre, les détenus devant épuiser les voies administratives de résolution du problème "par l'intermédiaire de l'administration pénitentiaire" avant de pouvoir saisir la justice¹⁰⁶³. De nouvelles conditions contraignantes du paiement des dépens furent mises en place, car auparavant les détenus pouvaient ne pas les payer, en raison de leur situation financière précaire, mais après l'adoption de la loi, une faible part seulement d'entre eux fut exonérée des dépens pour ce motif¹⁰⁶⁴. De plus, une nouvelle norme prévoyait le tri des demandeurs dits "en série", c'est-à-dire ceux qui avaient déjà introduit plus de trois actions mineures¹⁰⁶⁵.

Toutes ces mesures eurent leurs effets. Le Bureau américain des statistiques judiciaires révélait, dans une étude spéciale, que le nombre de recours était passé de 41 679 en 1995 (l'année avant l'adoption de la loi) à 25 504 en 2000¹⁰⁶⁶. Entre 1996 et 1997, leur nombre baissa de 20 %, et, de 1997 à 1998, il diminua de 11 %¹⁰⁶⁷. Palmer affirme qu'un autre objectif, peut-être l'objectif véritable, fut atteint par ailleurs: laisser les établissements pénitentiaires fonctionner sans subir les contraintes de l'intervention judiciaire¹⁰⁶⁸.

Le processus de justification des restrictions des droits des détenus dans ce pays se distingue par l'approche selon laquelle toute limitation du droit du détenu doit être pertinente. Cela veut dire que les juges établissent toujours l'existence d'objectifs justifiés pour la limitation des droits des personnes privées de liberté. Ces objectifs diffèrent toutefois de ceux que retient comme admissibles par la Convention européenne, ainsi que cela sera démontré ultérieurement. Les juridictions américaines se distinguent en outre par une vision spécifique de la doctrine de la proportionnalité et de l'évaluation des moyens de réalisation des objectifs visés par des restrictions.

¹⁰⁶³ En 2007, cette exigence était invalidée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Jones v. Bock* (The U.S. Justice System: An Encyclopedia / Ed. by S.H. Wilson, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2012, p. 287).

¹⁰⁶⁴ Cet argument servit de moteur au soutien de la réforme par la population qui ne voulait pas que ses impôts servent à payer les procès des détenus (Palmer J.W., *Ibid*, p. 413.)

¹⁰⁶⁵ Hudson D.L., *Ibid*, p. 29; l'auteur cite l'exemple du détenu qui avait introduit près de 500 recours.

¹⁰⁶⁶ Hudson D.L., *Ibid*, p. 25.

¹⁰⁶⁷ Siegel L., Bartollas C., *Corrections Today*. 2nd ed., Wadsworth, Cengage Learning, 2013, p. 213.

¹⁰⁶⁸ Palmer J.W., *Ibid*, p. 435.

3.2.2. Normes judiciaires des limitations

3.2.2.1. Test de *Turner et Martinez*

Plusieurs normes de justification des restrictions des droits des détenus sont utilisées en parallèle aux États-Unis. L'une des plus connues fut établie par la Cour suprême dans l'affaire *Turner* (elle est désignée ainsi comme "Test de Turner") portant sur la violation du premier amendement à la Constitution (liberté d'information). Il fut constaté que la limitation de la correspondance des détenus avec d'autres détenus était justifiée eu égard aux intérêts de l'établissement pénitentiaire, mais, la Cour devait estimer non justifiée, en parallèle, la restriction totale du droit des détenus au mariage.

Ce test requiert que la restriction réponde à quatre questions: a) Y a-t-il eu un "lien véritable, raisonnable" entre la norme prévoyant la restriction et les intérêts légitimes et neutres du gouvernement, qui devraient fonder sa justification, ledit lien ne pouvant pas transformer la norme en règle arbitraire ou non rationnelle ? b) Y a-t-il eu des mesures alternatives d'exercice du droit constitutionnel qui restent accessibles aux détenus ? c) Comment l'exercice du droit concerné influera-t-il le personnel pénitentiaire, la liberté des détenus et la répartition des ressources limitées de l'établissement ? d) Cette norme serait-elle une "réponse excessive" aux besoins pénitentiaire d'alternative permettant d'intervenir le moins possible dans les droits des détenus compte tenu des intérêts pénologiques appropriés¹⁰⁶⁹ ? En appliquant ce test, la Cour précisait que la limitation de la communication entre détenus relevait des considérations justifiées par la sécurité de l'établissement, étant donné que la communication entre prisons pourrait servir à échanger des plans d'évasion, à organiser des actions violentes et à encourager le crime organisé. L'exigence de sécurité est reconnue, le plus souvent, comme un objectif justifié de restriction des droits des personnes détenues dans les prisons américaines.

La norme évoquée devait remplacer une norme, plus ancienne et plus contraignante, élaborée dans la décision rendue dans l'affaire *Martinez* qui précisait que la limitation d'un droit (la liberté d'expression dans le cas cité) pouvait être justifiée par les critères suivants: 1) Elle devait viser un intérêt ou plusieurs intérêts gouvernementaux importants et essentiels de sécurité, d'ordre et d'amendement des détenus, et 2) Elle ne devait pas excéder ce qui était nécessaire pour atteindre ces intérêts¹⁰⁷⁰, mais cela ne signifiait pas que l'administration pénitentiaire dût démontrer les effets absolument négatifs de l'absence de la restriction qu'elle entendait appliquer. Elle devait avoir une certaine marge d'appréciation dans la détermination

¹⁰⁶⁹ Turner v. Safley 482 U.S. 78 (1987).

¹⁰⁷⁰ Procunier v. Martinez 416 U.S. 396 (1974).

des conséquences possibles, étant donné que ce facteur était très important pour l'exercice par l'administration de ses attributions: "la limitation du Premier amendement ne [devait] pas être plus grande que nécessaire ou inévitable pour protéger certains intérêts gouvernementaux"¹⁰⁷¹. À la différence du test de *Turner*, le test *Martinez* comportait une condition extrêmement importante, qui exigeait de déterminer, à titre obligatoire, si la restriction était minimale, c'est-à-dire s'il était possible de limiter le droit concerné moins que cela n'ait été fait pour atteindre le même but légitime. C'est pourquoi, même si la restriction vise un but légitime, comme l'exige la norme *Turner* et qu'elle n'est pas la moins nécessaire, elle doit être qualifiée de non justifiée.

A l'occasion de l'arrêt *Turner*, la nécessité de modifier la norme élaborée dans l'arrêt *Martinez* s'expliquait par les difficultés de son application pratique. Cela tenait au fait que la décision sur l'imposition de restrictions devait être prise par l'administration pénitentiaire et non par le juge. En obligeant l'administration pénitentiaire à appliquer la norme sévère progressivement, l'on risquait de perturber gravement la capacité de l'administration à résoudre les problèmes de sécurité dans l'établissement¹⁰⁷². La norme élaborée dans l'arrêt *Turner* avait donc, pour but de simplifier l'imposition des restrictions des droits des détenus en pratique. Conformément à cette norme, il suffisait de prouver que la restriction visait l'objectif qui faisait partie des intérêts pénologiques légitimes¹⁰⁷³. En revanche, le test de *Martinez* exigeait de prouver que la restriction était "nécessaire" pour atteindre un but légitime.

Même la Cour suprême admettait que le test utilisé dans l'affaire *Martinez* était plus exigeant que le test de *Turner*¹⁰⁷⁴. C'est ce qui conduisait à penser qu'en utilisant le test de *Turner*, les juges soutenaient presque toujours la régularité des normes pénitentiaires qui limitaient le droit des détenus¹⁰⁷⁵. Les juristes américains notent que ce test permet *de facto* de considérer comme justifiée n'importe quelle restriction¹⁰⁷⁶ et ils vont même jusqu'à proposer de le supprimer pour cette raison¹⁰⁷⁷. Certains juges qui ont fait partie de la Cour, lors de

¹⁰⁷¹ Procunier v. Martinez 416 U.S. 396 (1974).

¹⁰⁷² Turner v. Safley 482 U.S. 78, 89 (1987).

¹⁰⁷³ C'est ainsi que cet arrêt est appréhendé par la pratique malgré son exigence de déterminer l'existence d'alternatives moins contraignantes.

¹⁰⁷⁴ Thornburgh v. Abbott 490 U.S. 401 (1989).

¹⁰⁷⁵ Rock G., Prisoners' Rights Handbook, Ibid, p. 20.

¹⁰⁷⁶ Giles C.D., Turner v. Safley and Its Progeny: A Gradual Retreat to the « Hands Off » Doctrine ? , Arizona Law Review, 1993, n° 35, p. 230-231 ; Golichowski L., The New Standard of Review for Prisoners' Rights: A "Turner" for the Worse? Turner v. Safley, Villanova Law Review, 1998, n° 33, p. 393-436.

¹⁰⁷⁷ Mushlin M.B., Galtz N., Getting Real about Race and Prisoners' Rights, Fordham Urban Law Journal, 2008, Vol. 36.1, p. 52.

l'examen de cette affaire, ont attiré l'attention sur ce problème.

Le juge Stevens a observé, dans son opinion dissidente, que la Cour a plutôt fixé, dans cet arrêt, une norme qui permettrait de justifier facilement les restrictions du droit prévu par le Premier amendement, en s'appuyant sur des considérations administratives et sur des spéculations relatives aux risques éventuels pour la sécurité, et non sur le fait que les restrictions seraient nécessaires pour réaliser les intérêts importants du gouvernement. D'après les spécialistes, en utilisant le test de *Martinez*, il fallait démontrer comment la restriction donnée contribuerait à la réalisation de l'intérêt pénologique légitime, alors que le test de *Turner* exigeait, quant à lui, une démonstration ordinaire d'un rapport rationnel. La différence portait sur le fait que le premier cas exigeait des confirmations effectives de la nécessité d'une restriction alors que le second se bornait à des spéculations¹⁰⁷⁸.

De même, malgré la norme assez élevée relative aux restrictions des droits des détenus dans l'affaire *Martinez*, les juges s'en sont aussi servi pour soutenir certaines restrictions douteuses qui étaient pratiquées dans le système pénitentiaire à l'époque, tout en élaborant leurs propres normes distinctes. C'est que, suite à la requête de journalistes californiens se plaignant de l'interdiction d'interviewer des détenus, la Cour suprême a estimé que cette restriction était légitime, puisqu'il y avait un moyen alternatif d'exercice du droit, moyennant la communication par correspondance et que cette restriction poursuivait un intérêt pénologique légitime¹⁰⁷⁹. Ledit arrêt comportait, en outre, une idée intéressante selon laquelle les détenus conservaient tous les droits prévus par le Premier amendement qui n'étaient pas incompatibles avec leur statut de détenu ou avec les objectifs pénologiques légitimes du système correctionnel. Il était précisé que les limitations de la liberté d'expression des détenus devaient être en équilibre avec les intérêts publics en matière de restrictions des droits des détenus afin de prévenir les infractions, de protéger la société en isolant les délinquants pour la période pendant laquelle des mesures correctionnelles pouvaient être mises en œuvre, ainsi que pour assurer la sécurité intérieure dans les établissements pénitentiaires. C'est ce qui confirmait l'idée selon laquelle toute restriction devait viser nécessairement un objectif

¹⁰⁷⁸ Rock G., *Ibid*, p. 22.

¹⁰⁷⁹ Pell v. Procunier 417 U.S. 817, 818 (1974).

légitime compatible avec la philosophie du système pénitentiaire américain¹⁰⁸⁰.

Le test de Turner complique la démonstration de l'illégitimité d'une restriction, car il a été appliqué par la jurisprudence d'une manière quelque peu déformée. Beaucoup de décisions ne prirent pas en compte toutes les quatre composantes du test: la quatrième composante prévoyait en fait la nécessité de minimaliser la restriction. En pratique, il était prétendu qu'il suffisait de démontrer un lien rationnel entre la restriction et l'objectif légitime. Dans l'un de ses arrêts, par exemple, la Cour suprême a qualifié de légitimes les restrictions imposées aux détenus soumis à un régime de détention renforcé qui leurs interdisait de recevoir journaux, magazines et photos. Cet arrêt était motivé notamment, par le soutien à la politique pénitentiaire qui se proposait d'inciter les détenus à une bonne conduite de manière à mériter un régime moins sévère¹⁰⁸¹. La Cour confirmait ainsi que, conformément au test de Turner, les objectifs pénologiques pouvaient prévaloir sur la restriction minimale des droits des détenus. C'est donc non sans raison que la communauté scientifique a évalué cette décision comme constituant un pas en arrière et comme une nouvelle menace aux droits des détenus¹⁰⁸². Malgré le fait que le test de Turner n'exigeait pas, en pratique, la minimalité de la restriction, il n'en constituait pas moins un argument pour soulever la question de savoir si le détenu avait mentionné une alternative évidente qui eut permis de jouir du droit concerné, ce, sans appliquer des restrictions plus sévères que nécessaires parmi les contraintes minimales aux fins d'objectif pénologique légitime¹⁰⁸³.

La pratique montre que la norme élaborée dans l'affaire Turner garde son actualité depuis plus de 20 ans maintenant.

3.2.2.2. *Correspondance*

Les arrêts de la Cour suprême comprennent des cas où une même question a été traitée en utilisant la norme *Martinez* et la norme *Turner* en même temps. Dans l'affaire *Abbott*, par

¹⁰⁸⁰ L'arrêt dans l'affaire Pell initiait une approche nouvelle vis-à-vis des droits des détenus qui ne demandait pas aux administrations pénitentiaires de démontrer que la restriction n'excédait pas le strict nécessaire. Il en résulta des confusions dans les juridictions inférieures dont les unes appliquaient la norme *Martinez* en déterminant si la restriction était la moins nécessaire, alors que d'autres estimaient qu'il suffisait de déterminer si la restriction répondait aux objectifs légitimes. C'est donc à la résolution de ce problème que visait l'arrêt dans l'affaire *Turner* (Rock G., *Ibid*, p. 21; *Turner v. Safley* 482 U.S. 78, 89 (1987)).

¹⁰⁸¹ *Beard, Secretary, Pennsylvania Department of Corrections v. Banks* 548 U.S. 521 (2006).

¹⁰⁸² The Supreme Court — Leading Cases, *Harvard Law Review*, 2006, Vol. 120, n°1, p. 263, 273.

¹⁰⁸³ Palmer J.W., *Ibid*, p. 506.

exemple, la Cour suprême a appliqué à la limitation de la correspondance sortante des détenus le test de Martinez (qui nécessite de démontrer que la restriction était une restriction minimale nécessaire)¹⁰⁸⁴ et le test de Turner (il suffit de démontrer que la restriction vise un objectif rationnel) au courrier entrant¹⁰⁸⁵. En appliquant le test de Turner, la Cour a déclaré que la norme Martinez était trop "dure" et "exagérée" et qu'une telle norme dure n'était tout simplement pas convenable eu égard aux normes centrales pour le maintien de l'ordre et de la sécurité au sein de l'établissement. Il faut savoir que la Cour peut dire, en principe, d'une décision administrative qu'elle aurait pu être moins restrictive¹⁰⁸⁶. C'est dire que la Cour a tourné le dos au principe de minimalité, compte tenu des difficultés de sa mise en œuvre pratique, puisqu'une alternative moins contraignante pourrait toujours être trouvée.

L'arrêt *Abbott* est également intéressant en ce qu'il parle de la possibilité à assurer aux détenus l'accès à la correspondance saisie. Cet accès est nécessaire pour pouvoir justifier le recours contre l'administration, par exemple, pour citer le contenu du courrier afin de prouver l'absence de paroles ou d'informations susceptibles de menacer la sécurité et l'ordre dans l'établissement pénitentiaire. Par ailleurs, l'arrêt contient la disposition autorisant la restriction de l'accès à ce courrier s'il y a risque de danger pour la sécurité ou l'ordre. Il apparaît donc que, malgré les tentatives positives de mise en place des garanties du droit, l'on constate, en réalité, un cercle vicieux en ce qui concerne la défense du droit à la correspondance.

L'arrêt énonce, en outre, qu'en appliquant les restrictions, il est nécessaire de prendre en compte, d'une part, l'équilibre entre les restrictions visant à la sécurité et à l'ordre au sein de la prison et, d'autre part, les exigences légitimes "de l'extérieur", c'est-à-dire la sécurité de ceux qui essaient d'écrire aux établissements pénitentiaires. Nous voyons là un témoignage de la compréhension de la "dualité" des limitations des droits des détenus, en ce sens que la restriction de leur droit aux contacts affecte les droits de ceux qui communiquent avec eux. L'arrêt précise aussi que les restrictions devraient être "neutres", c'est-à-dire non engagées de la part de l'administration pénitentiaire. La Cour insiste donc sur le fait qu'il faut distinguer les restrictions aux motifs de "contenu religieux, philosophique, social, sexuel, impopulaire ou désagréable" et celles qui ont trait à la menace pour la sécurité. La Cour estime que s'agissant uniquement de la sécurité, la restriction peut être qualifiée de neutre.

Certains arrêts relatifs à la limitation du droit à la correspondance et portant sur le courrier sortant, la Cour fait appel au test de Martinez, ce qui aboutit d'ailleurs à la prise de

¹⁰⁸⁴ Thornburgh v. Abbott, 490 U.S. 401 (1989).

¹⁰⁸⁵ Rock G., Ibid, p. 25.

¹⁰⁸⁶ Palmer J.W., Ibid, p. 517-518.

décisions de justice en faveur des détenus. La Cour qualifie, par exemple, de non justifiée l'interdiction d'expédier la lettre dans laquelle un des fonctionnaires de l'établissement était traité par un mot injurieux, parce que les intérêts de la sécurité n'étaient pas concernés¹⁰⁸⁷. La Cour considère comme non justifiée la sanction visant l'expédition d'une lettre au motif que celle-ci contenait une phrase disant que l'un des fonctionnaires de l'établissement "avait eu une relation sexuelle avec un chat"¹⁰⁸⁸. D'autres arrêts confirment la légitimité du contrôle des lettres, mais non celle de la censure de leur contenu¹⁰⁸⁹.

Dans l'ensemble, la jurisprudence en matière de limitation du droit à la correspondance est assez ambiguë. Les principaux objectifs cités pour limiter le droit des détenus à la correspondance portent généralement sur: a) La sécurité (danger d'évasions, contrebande); b) L'ordre intérieur (en rapport direct avec l'objectif précédent); c) La réhabilitation. C'est ainsi que la réhabilitation justifie l'établissement de la liste des personnes avec lesquelles le détenu peut communiquer, alors que l'exigence de sécurité et les restrictions ne pourraient être justifiées dans ce cas¹⁰⁹⁰. Les juges soutiennent l'idée selon laquelle la lecture des lettres aide pour le moins: a) à prévenir la contrebande à destination de l'établissement et depuis celui-ci; b) à découvrir les plans d'actions illégales, notamment ceux d'évasion¹⁰⁹¹.

Par ailleurs, l'approche générale vis-à-vis de cette question consiste à dire que le contrôle de la correspondance est une question administrative et que les juges ne doivent donc intervenir que lorsque la violation d'un droit constitutionnel en jeu: c'est ce qu'on appelle l'approche ordinaire¹⁰⁹². S'agissant de l'ingérence dans le droit à la correspondance, par exemple, les juges examinent le bien-fondé de la restriction collatérale d'un autre droit, tel que la liberté d'expression, l'accès à la justice, à l'avocat, aux administrations... Quant à l'approche "nouvelle", on considère qu'elle fut élaborée par les arrêts *Abbott*, *Turner* et *Martinez*¹⁰⁹³. Quelle que soit la norme appliquée: celle de Turner ou de Martinez, les juges s'accordent à dire que les droits des détenus prévus par le Premier amendement ne sont pas affectés par le contrôle de la correspondance ordinaire (non destinée à l'avocat)¹⁰⁹⁴. Ceci étant, le courrier ne peut être que lu et non soumis à la censure¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁸⁷ Loggins v. Delo 999 F.2d 364, 367 (8th Cir. 1993).

¹⁰⁸⁸ McNamara v. Moody 606 F.2d 621, 624 (5th Cir. 1979).

¹⁰⁸⁹ Belville v. Ednie 74 F.3d 210, 214 (10th Cir. 1996).

¹⁰⁹⁰ Palmer J.W., Ibid, p. 71-72.

¹⁰⁹¹ Ibid, p. 73.

¹⁰⁹² Ibid, 72.

¹⁰⁹³ Ibid, p. 75.

¹⁰⁹⁴ Rock G., Ibid, p. 25.

¹⁰⁹⁵ Belville v. Ednie 74 F. 3d 210, 214 (10th Cir. 1996).

L'imposition des restrictions aux détenus est plus facile que dans le cas des citoyens libres. La justification de ces restrictions en pratique est moins complexe pour l'État. Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Beard v. Banks*, relative à la limitation de l'accès à certains textes publiés, la Cour observe que, bien que la détention ne retire pas automatiquement la protection constitutionnelle, la Constitution autorise parfois des restrictions plus larges de tels droits en prison qu'elle ne l'autorise dans tout autre lieu. Le système judiciaire se montre bienveillant envers les décisions professionnelles des responsables pénitentiaires, alors que les règles pénitentiaires restrictives ne sont autorisées que lorsqu'elles visent un objectif pénologique légitime¹⁰⁹⁶. Ceci étant, la clause de la défense égale n'oblige les juges "à se montrer bienveillants" que si les responsables pénitentiaires n'abusent pas de leur pouvoir d'appréciation: "les juges doivent permettre aux autorités pénitentiaires un certain volume de pouvoir discrétionnaire, sauf s'il n'est pas clairement établi [...] qu'il y a eu abus de ce pouvoir discrétionnaire"¹⁰⁹⁷.

Dans certains cas, les juges examinent la question de l'alternative possible à l'exercice du droit des détenus en tant que condition obligatoire pour l'application d'une restriction. Dans l'affaire portant sur l'interdiction faite aux détenus de se faire assister par d'autres détenus pour écrire des plaintes à la justice contre des actions de l'administration de l'établissement, la Cour observe que la restriction appliquée à l'assistance juridique entre détenus n'est admissible que sous réserve qu'ils aient accès à des sources alternatives pour pouvoir bénéficier de l'assistance d'un juriste (et non un autre détenu)¹⁰⁹⁸. La Cour suprême interdit, par ailleurs, la correspondance entre détenus d'établissements différents en vue de l'assistance juridique, au motif que ceci est contraire aux intérêts de la sécurité pénitentiaire et aux autres intérêts gouvernementaux légitimes¹⁰⁹⁹.

3.2.2.3. *Contacts avec l'extérieur*

L'affaire *Overton v. Bazzetta*¹¹⁰⁰ représente un des cas les plus instructifs sur ce plan. Le département pénitentiaire du Michigan avait pris la décision de limiter les visites en prison. Toutes les personnes autorisées à visiter les détenus figuraient sur une liste spéciale.

¹⁰⁹⁶ Palmer J.W., *Ibid*, p. 91.

¹⁰⁹⁷ *Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union, Inc.* 433 U.S. 119 (1977).

¹⁰⁹⁸ *Bryan v. Werner*, 516 F.2d 233 (3d Cir. 1975).

¹⁰⁹⁹ *Shaw v. Murphy* 532 U.S.223 (2001).

¹¹⁰⁰ *Overton v. Bazzetta* (02-94) 539 U.S. 126 (2003).

Les détenus se voyaient interdire les visites d'enfants, à l'exception de leurs propres enfants; beaux-fils et belles-filles, frères et sœurs, petits-enfants (l'interdiction concernait ainsi, par exemple, les neveux et nièces). Leurs enfants devaient être accompagnés d'un membre de famille ou d'un surveillant. Il leur fut interdit aussi d'avoir des visites d'anciens détenus, à l'exception de parents de détenus et sous réserve de la permission spéciale du surveillant. De plus, les détenus ayant commis deux manquements graves à la discipline ne pouvaient plus recevoir de visites, sauf celles des prêtres et des avocats. Ils ne pouvaient rétablir leurs droits, qui étaient considérés dans ce cas comme des privilèges, qu'au bout de deux ans. Suite à la mise en place de ces règles contraignantes, les détenus, leurs amis et les membres de famille introduisirent des recours en invoquant la violation du premier, du huitième et du quatorzième amendement à la Constitution.

La Cour suprême appliqua le test de Turner, en arguant que la décision contestée sur la limitation des visites poursuivait des intérêts pénologiques légitimes suffisants pour soutenir sa légitimité, malgré le droit constitutionnel des détenus aux contacts qui leur revenait toujours en prison. L'intérêt pénologique à satisfaire comportait le maintien de la sécurité intérieure et la protection des visiteurs en bas âge contre les agressions sexuelles ou d'autres violences et d'éventuelles lésions corporelles. La restriction contribuait aussi au maintien de la sécurité intérieure, "probablement le but pénologique le plus légitime" grâce à la diminution du nombre total des visiteurs et à une réduction des "perturbations du travail" provoquées par les enfants. L'interdiction de voir d'anciens détenus avait pour but de satisfaire l'intérêt public de maintien de la sécurité en prison et de prévention de nouveaux délits. La restriction des visites pour les détenus ayant commis deux manquements graves à la discipline visait le but légitime de prévenir la consommation de stupéfiants et d'alcool dans les prisons.

La deuxième composante du test de Turner était satisfaite par les moyens alternatifs d'exercice des droits aux contacts avec l'extérieur au moyen de la transmission de messages par l'intermédiaire des personnes que les détenus étaient autorisés à voir, ainsi que par la poste et les communications téléphoniques.

La troisième composante consistait en ce que la non-application de cette restriction ait pu exercer une influence considérable sur les surveillants, les autres détenus, les ressources de l'établissement et la sécurité des visiteurs en raison de l'impact sensible sur les ressources financières et de l'affaiblissement des capacités du personnel pénitentiaire de protéger les personnes à l'intérieur de la prison.

La quatrième composante se traduisait par l'absence d'alternative au fait de laisser un

droit sans restriction sans affecter gravement les objectifs pénologiques légitimes.

Les analystes ont fait aussitôt remarquer que cette décision représentait un recul notable dans le problème de la restriction du droit aux visites¹¹⁰¹. Marsha Yasuda relevait l'erreur de la Cour dans l'application de la première composante de la norme Turner, c'est-à-dire dans l'établissement d'un rapport rationnel entre la restriction et l'intérêt gouvernemental à "maintenir la sécurité intérieure et à protéger les visiteurs en bas âge contre les agressions sexuelles, d'autres violences ou d'éventuelles lésions corporelles". Elle arguait notamment que les visites jouaient un rôle clef dans la réhabilitation, les visites sans contact ne soumettant pas les enfants à l'influence du comportement négatif des détenus. Il n'y avait pas non plus de rapport rationnel entre la restriction et l'objectif de prévention de la contrebande puisqu'il s'agissait de visites sans contact. La Cour n'expliquait pas comment les visites sans contact pouvaient soumettre les enfants à l'influence des comportements négatifs en se référant à ce propos à une publication du Bureau pénitentiaire fédéral, qui soulignait que "les visites à contacts étaient la cause principale de transmission de stupéfiants", le problème pouvant être réglé "en remplaçant les visites à contact par celles sans contact". De même, le département pénitentiaire de Michigan avait reconnu qu'aucun cas de comportement négatif n'avait été constaté pendant les visites sans contact des détenus par leurs enfants depuis 1984¹¹⁰². L'interdiction des visites pour non-respect du régime était contre-productive du point de vue de l'objectif visant à prévenir la consommation d'alcool et de stupéfiant, car, ainsi que constataient les experts, une telle restriction était contraire aux intérêts thérapeutiques et, au lieu de prévenir, elle ne produisait que des abus plus importants¹¹⁰³.

Quant à l'application de la deuxième composante du test de Turner, la Cour admettait que la correspondance et la communication par téléphone n'étaient pas une bonne alternative au droit aux visites. Elle énonçait, toutefois, une idée importante pour la pratique d'utilisation de ce test: "[...] les alternatives aux visites ne doivent pas pour autant être idéales; elles ne doivent être qu'accessibles". Les commentateurs de cette décision ont observé que cette phrase constituait un écart considérable par rapport à la deuxième composante du test de

¹¹⁰¹ Yasuda M., *Taking a Step Back: The United States Supreme Court's Ruling in Overton v. Bazzetta*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2004, Vol. 37, p. 1831-1851 ; Sinema K., *Overton v. Bazzetta: How the Supreme Court Used Turner to Sound the Death Knell for Prisoner Rehabilitation*, *Arizona State Law Journal*, 2004, Vol. 36, p. 471-486 ; Farrell D., *Correctional Facilities: Prisoners' Visitation Rights, the Effect of Overton v. Bazzetta and Lawrence v. Texas*, *Georgetown Journal of Gender and Law*, 2004, Vol. 5, p. 167-174.

¹¹⁰² Yasuda M., *Ibid*, p. 1840.

¹¹⁰³ *Ibid*, p. 1841.

Turner, car l'exigence des seuls moyens alternatifs, mais non pratiques (effectifs)¹¹⁰⁴ d'exercice du droit ôte tout son sens à la deuxième composante du test.

Il convient aussi de prêter attention à la détermination par la Cour de la quatrième composante du test. La Cour a observé que "la norme de Turner n'impose pas d'appliquer le test de l'alternative minimale nécessaire", elle exige du détenu qu'il montre l'existence d'une alternative accessible et évidente qui ne causerait que des pertes minimales aux intérêts du gouvernement. D'ailleurs, l'exigence *de minimis* pouvait être satisfaite, par exemple, quand les visites auraient été permises aux neveux et nièces, ainsi qu'aux enfants à l'égard desquels les détenus étaient déchus de l'autorité parentale¹¹⁰⁵.

In fine, malgré la reconnaissance par la Cour suprême du rôle essentiel de la réhabilitation pour le fonctionnement du système pénitentiaire, la décision analysée ci-dessus bouleversa la vision des buts légitimes et permit d'aller *de facto* à l'encontre des intérêts de réhabilitation en déterminant les restrictions des droits des détenus. Ceci eut pour résultat l'affectation des objectifs de diminution de la récidive, de protection des enfants et de réduction de la population carcérale¹¹⁰⁶.

Il est à noter aussi qu'en argumentant ses idées dans cet arrêt, la Cour a employé la théorie des restrictions véritables des droits par l'incarcération, en indiquant que "le détenu ne continue pas de jouir des droits incompatibles avec l'emprisonnement" et que "la liberté des contacts est l'un des droits les moins compatibles avec l'emprisonnement". Cette décision confirme, une fois de plus, le caractère contre-productif de l'idée des restrictions des droits inhérentes à l'emprisonnement dans le contexte américain.

D'un autre côté, le test de Turner peut favoriser des décisions en faveur des détenus, même quand il s'agit de restrictions assez controversées. C'est ainsi que la restriction faite aux détenus homosexuels de recevoir les visites de leurs partenaires, quel que soit leur sexe, est non justifiée d'après le test de Turner¹¹⁰⁷.

Pour compléter ce qui précède en ce qui concerne les normes de limitation des droits relatifs à la communication avec le monde extérieur, l'ancien arrêt de la Cour suprême rendu

¹¹⁰⁴ À titre d'exemple, est cité l'avis d'expert selon lequel de 40 à 80 % des détenus étaient illettrés et ne pouvaient pas donc échanger normalement de courrier. La communication avec les enfants qui ne savaient pas parler était totalement exclue. Les communications téléphoniques étaient mises à l'écoute et les interlocuteurs en étaient avertis toutes les quelques minutes.

¹¹⁰⁵ Yasuda M., *Ibid*, p. 1845-1846.

¹¹⁰⁶ *Ibid*, p. 1847-1851.

¹¹⁰⁷ Doe v. Sparks 733 F. Supp. 227 (W.D. Pa. 1990).

dans l'affaire *Pell v. Procunier*¹¹⁰⁸ a retenu que les détenus conservaient tous les droits prévus par le Premier amendement, sauf ceux qui étaient incompatibles avec leur statut de détenu ou avec des objectifs pénologiques légitimes du système correctionnel. Cet arrêt a qualifié comme justifiées les restrictions faites à la possibilité d'interviews individuels des détenus pour les *media*, puisque l'alternative de la correspondance existait. La Cour a argué que, bien que les exigences de sécurité ne permettent pas au personnel pénitentiaire d'interdire toute réflexion ou toute communication avec les détenus, elles étaient suffisamment importantes dans le fonctionnement de la prison pour justifier l'imposition de certaines limitations à l'accès des *media* à la prison pour des contacts directs¹¹⁰⁹. L'une des explications des restrictions était que puisque certains détenus (par exemple ceux qui ne coopèrent avec l'administration) pouvaient faire l'objet d'une attention particulière des *media*, et partant de celle des autres détenus, on risquerait des complications dans la gestion de la population carérale.

3.2.2.4. Accès aux documents imprimés (arrêt *Banks*)

Dans l'affaire *Beard v. Banks*¹¹¹⁰ entendue par la Cour suprême, les détenus étaient classés au début dans la catégorie « haute sécurité » (n° 2), qui prévoyait des restrictions sévères de leurs droits. Celles-ci en comprenaient une en particulier qui fit l'objet de recours, au motif de la violation du Premier amendement à la Constitution, soit l'interdiction d'accès à tous les journaux, magazines et photos. La permission de les recevoir ne pouvait être accordée qu'en étant promu dans une autre catégorie de détenus, à un moindre niveau de moindre sécurité.

L'administration pénitentiaire justifiait ainsi cette restriction: a) Il convient de motiver leur bon comportement dès lors qu'il s'agit de personnalités difficiles; b) Il convient de réduire au minimum les biens contrôlés par les détenus. L'administration pénitentiaire estimait "que moins il y a de biens et plus il est facile d'identifier la contrebande et d'assurer la sécurité"; c) Il convient de diminuer le nombre d'objets (surtout les journaux et les magazines) que les détenus pourraient utiliser comme des armes ("catapultes" et "sarbacanes").

La Cour soutenait ces arguments et convenait d'un lien logique entre la restriction et les buts déclarés tout en observant que "le vrai objectif vise à démontrer non seulement le lien

¹¹⁰⁸ Pell v. Procunier 417 U.S. 817, 818 (1974).

¹¹⁰⁹ Cf. Palmer J.W., Ibid, p. 481.

¹¹¹⁰ Beard v. Banks 548 U.S. 521 (2006).

logique mais aussi le lien raisonnable". Elle s'appuyait, en outre, sur la doctrine soutenant que les juges devaient respecter les décisions de l'administration pénitentiaire qui les élaborait en se basant sur sa propre expérience professionnelle. Quant à l'arrêt proprement dit, il annulait la position prise par le tribunal régional, qui avait exprimé un avis contraire en qualifiant la restriction en cause de non justifiée. La Cour suprême estimait que cela était dû au fait que le tribunal régional "avait imposé une charge de la preuve trop lourde [sur l'administration pénitentiaire] en faisant preuve d'une déférence (angl. «deference») trop réduite vis-à-vis de la décision du personnel pénitentiaire". Cet arrêt fait partie des décisions illustrant l'influence pratique de la doctrine exigeant une "déférence" envers l'administration pénitentiaire de la part des juges. Dans le même temps, il suscite des doutes du point de vue du principe de séparation des pouvoirs: si le juge ne veut pas intervenir dans l'exercice du pouvoir exécutif parce qu'il doit "être déférent", il affecte ainsi le mécanisme de freins et contrepoids.

Il apparaît, dans cette affaire, que les détenus n'avaient pratiquement pas d'alternatives à l'exercice de leur droit d'accès à l'information, cette restriction devant donc être qualifiée de non justifiée. Passant à côté de cette évidence et se référant à l'arrêt *Overton*, la Cour a observé que, même si l'absence d'alternative à l'exercice d'un droit en cas de limitation de celui-ci constituait un certain signe de son caractère non justifié, elle n'était pas décisive dans la détermination du bien-fondé de la restriction. L'argument définitif ayant convaincu la Cour de justifier la restriction en question, était l'idée que les détenus auraient la possibilité de bénéficier d'une alternative à l'exercice du droit invoqué en cas de changement de leur statut qui leur fait obstacle. Un avis contraire et plus convaincant était formulé par les juges Tomas et Scalia dans leurs opinion dissidente. Ils faisaient noter, en particulier, que l'existence ou l'absence d'alternative à une restriction porte sur le présent et non sur l'avenir.

Les titres des articles commentant cet arrêt parlent d'eux-mêmes: "*Beard v. Banks*: La restriction en tant que réhabilitation"¹¹¹¹, "Priver *Turner* d'efficacité: l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Beard v. Bank*"¹¹¹², "*Persona non grata* dans les tribunaux: disparition des droits constitutionnels des détenus d'après le Premier amendement dans l'arrêt *Beard v. Banks*"¹¹¹³. L'attention est souvent attirée sur les opinions dissidentes des juges dans cette affaire. Citons, à titre d'exemple, le juge Stevens, qui observait que la limitation de l'accès aux documents de lecture dans cette affaire se basait sur la théorie de "réhabilitation restrictive",

¹¹¹¹ Sweeney M., *Beard v. Banks: Deprivation as Rehabilitation*, Publications of the Modern Language Association of America, 2007, Vol. 122, n° 3, p. 779-783.

¹¹¹² Wimsatt J. N., *Rendering "Turner" Toothless: The Supreme Court's Decision in Beard v. Banks*, *Duke Law Journal*, 2008, Vol. 57, n° 4, p. 1209-1243.

¹¹¹³ Wu S., *Persona Non Grata in the Courts: The Disappearance of Prisoners' First Amendment Constitutional Rights in Beard v. Banks*, *Whittier Law Review*, 2007, Vol. 28, p. 981-1006.

laquelle s'appuie sur l'idée en vertu de laquelle "toute restriction apportée à quelque chose que souhaite le détenu l'incite à améliorer son comportement". Le juge devait mettre en garde: une telle approche comporte un grand danger, car elle n'a pas de caractère limitatif et pourrait justifier n'importe quelle norme privant le détenu de son droit constitutionnel, du moment qu'il est habilité à le recouvrer dans un certain avenir en modifiant son comportement¹¹¹⁴.

La divergence des opinions dissidentes qui soutenaient ou n'étaient pas d'accord avec l'arrêt examiné se réduisait en fait à la question de savoir à quel point les juges devaient avoir de la déférence envers les autorités pénitentiaires. Les avis convergents exprimaient des arguments en faveur d'une "déférence" absolue. Ils étaient contraires aux opinions dissidentes des juges qui estimaient, quant à eux, qu'il fallait déterminer si la règle (la restriction) constituait une mesure excessive pour atteindre les objectifs pénologiques légitimes.

Les commentateurs de l'arrêt indiquent que la grande bienveillance à l'égard des décisions des autorités pénitentiaires était devenue possible en nivelant trois facteurs du test de Turner et en les fondant sur une seule de ses composantes¹¹¹⁵. Au lieu d'un "lien rationnel légitime " (valid rational connection) entre la restriction d'un droit et les objectifs pénologiques, l'arrêt ne constate qu'un "lien rationnel", ce qui n'est pas l'équivalent du bien-fondé, parce qu'il nivèle les trois autres composantes du test. Ainsi, la seule référence de l'administration pénitentiaire au but réhabilitatif de la sanction permet d'éviter de se fonder sur les trois autres composantes du test de Turner, en n'invoquant que l'exigence d'un lien entre la restriction et le but poursuivi. C'est ce qui offre prise à une sorte de contournement de la défense des droits constitutionnels¹¹¹⁶.

Jennifer Wimsatt s'interroge sur l'approche (celle de Turner ou de Banks) à adopter par les juridictions inférieures. Il répond que c'est la norme Turner qui devrait être appliquée en combinaison avec les opinions dissidentes exprimées dans l'arrêt *Banks* en vertu desquelles les restrictions ne devraient pas être excessives pour résoudre les problèmes de l'administration pénitentiaire¹¹¹⁷. Parmi les causes d'un tel changement du test de Turner figurait celle qui l'accusait de ne pas bien s'accorder avec la justification des restrictions en vue de la réhabilitation. A cette fin, une sorte d'argumentation fut développée qui devait contourner le test précédent de Turner¹¹¹⁸. Le caractère inadmissible de l'argumentation de la Cour revêtait quatre dimensions: a) Cette agumentation était inadmissible au regard des

¹¹¹⁴ Sweeney M., Ibid, p. 781.

¹¹¹⁵ Wimsatt J. N., Ibid, p. 1227.

¹¹¹⁶ Ibid, p. 1237-1239.

¹¹¹⁷ Ibid, p. 1227-1228.

¹¹¹⁸ Ibid, p. 1230.

décisions antérieures des juges qui constataient que les détenus conservaient tous leurs droits constitutionnels; b) Les détenus constituent une minorité emprisonnée qui nécessite un niveau plus élevé et non un niveau plus faible de protection judiciaire contre des politiques discriminatoires; c) Une bonne protection judiciaire responsabilise davantage l'administration pénitentiaire; d) Une bonne protection judiciaire peut faire baisser les abus caractéristiques des institutions autoritaires¹¹¹⁹.

Notons, par ailleurs, qu'en accord avec le test de Turner, les juges refusent souvent aux détenus la conservation de documents à contenu sexuel. Il est vrai que les fondements de ces décisions sont ici quelque peu différents. Dans un cas, par exemple, l'interdiction s'est appuyée sur l'argument selon lequel le retrait de tels documents relevait de la nécessité de prévenir des obstacles à l'exercice des fonctions des fonctionnaires de sexe féminin et à la sécurité des détenus¹¹²⁰. Dans un autre cas, la décision s'appuyait sur la possibilité de consulter de tels documents dans un local spécialement aménagé, mais pour des détenus "psychologiquement convenables" (psychologically fit)¹¹²¹.

3.2.2.5. Liberté de religion

Des normes originales concernent les limitations de la liberté de religion dans les prisons américaines. En statuant sur le bien-fondé de telles limitations le juge examine à titre obligatoire deux problématiques : a) L'existence effective de la religion concernée; b) La sincérité de la foi du détenu. Les réponses à ces problèmes sont recherchées par des procédés appropriés dont le besoin s'est fait sentir à cause d'un grand nombre de cas où les détenus voulaient obtenir des droits en invoquant des croyances imaginaires ou des religions inexistantes.

En présence d'une réponse affirmative aux deux problématiques, la Cour peut passer à la question de savoir si la restriction de ce droit était justifiée par des intérêts d'État¹¹²². Ces restrictions sont traitées à l'aide du test de Turner¹¹²³. Cette norme subit toutefois des changements en ce qui concerne la liberté d'expression, ce qui pourrait s'expliquer par

¹¹¹⁹ Ibid, p. 1236-1237.

¹¹²⁰ Frost v. Symington 197 F.3d 348, 357 (9th Cir. 1999).

¹¹²¹ Dawson v. Scurr 986 F.2d 257, 261-262 (8th Cir. 1993).

¹¹²² United States v. Seeger 380 U.S. 163, 185 (1965).

¹¹²³ O'Lone v. Estate of Shabazz 482 U.S. 342 (1987).

l'adoption de la Loi sur la restauration de la liberté de religion (1993)¹¹²⁴ qui obligeait à prouver la nécessité minimale de la restriction.

Cette loi a eu un effet sur la jurisprudence dès 1994, notamment dans une affaire où deux détenus se plaignaient de l'interdiction de porter des habits religieux spéciaux. La Cour signifiait que cette interdiction n'était pas justifiée, puisqu'il y avait des mesures moins restrictives, comme, par exemple, le port de ces habits sous d'autres vêtements¹¹²⁵. Dans l'affaire *Mayweathers*, la Cour soutenait la position de la juridiction inférieure et qualifiait de non justifiée l'application de sanctions disciplinaires à l'égard de musulmans qui manquaient quelques heures de travail le vendredi, étant donné que ces sanctions ne portaient pas sur des intérêts légitimes¹¹²⁶. Ainsi, la limitation de la liberté d'expression des convictions religieuses a-t-elle été considérée comme non justifiée dès lors qu'elle ne visait pas un intérêt légitime du gouvernement ou si elle était plus sévère que nécessaire pour atteindre un but légitime.

Parfois, les juges qualifiaient de non justifié le refus de distribuer aux détenus des repas qui correspondent à leurs croyances religieuses, parce que de tels refus ne portaient pas sur les intérêts pénologiques et sur la nécessité de mobiliser des sommes complémentaires¹¹²⁷. Cependant, d'autres décisions ont été rendues dans lesquelles les juges se sont référés au test de Turner et ont signifié que le refus de distribuer de la viande halal portaient rationnellement sur des intérêts légitimes visant à simplifier le service des repas, à la sécurité et aux contraintes budgétaires. D'autre part, le détenu pouvait exprimer ses convictions d'une autre manière, sans consommer du porc¹¹²⁸. En d'autres termes, l'existence même d'alternatives non absolues d'exercice du droit limité a été considérée comme étant suffisante. L'on classe pareillement dans les intérêts légitimes le refus de la diète bouddhiste spéciale, en arguant de la complication éventuelle du service des repas et de l'envie que ces repas pourraient provoquer chez d'autres détenus¹¹²⁹. En règle générale, les musulmans et les juifs se voient refuser des aliments spéciaux, ce refus n'étant qualifié de restriction non justifiée de leurs droits que dans de rares cas¹¹³⁰.

Un autre exemple de l'attitude déloyale des juges envers la liberté de religion vient de

¹¹²⁴ The Religious Freedom Restoration Act.

¹¹²⁵ *Campos v. Coughlin* 854 F. Supp. 194 (S.D.N.Y. 1994).

¹¹²⁶ *Mayweathers v. Newland*, 258 F.3d 930 (9th Cir. 2001).

¹¹²⁷ *Love v. Reed* 216 F.3d 682, 690-691 (8th Cir. 2000); *Ashelman v. Wawraszek* 111 F.3d 674, 678 (9th Cir. 1997); *Makin v. Colorado Dept. Of Corrections* 183 F.3d 1205, 1213-1214 (10th Cir.1999).

¹¹²⁸ *Williams v. Morton* 343 F.3d 212 (3d Cir. 2003).

¹¹²⁹ *Dehart v. Horn* 390 F.3d 262 (3d Cir. 2004).

¹¹³⁰ Voir la liste des décisions et leur analyse *in*: Parmer J. *Ibid.* – pp. 131,140–142.

l'affaire *Cooper* où les détenus se plaignaient d'avoir été soumis à des sanctions disciplinaires pour avoir prié en groupe dans la cour de promenade, la Cour ayant confirmé cette sanction¹¹³¹.

La question de la longueur des cheveux, de la barbe en prison est également examinée en référence aux normes évoquées plus haut. Les décisions des juges divergent considérablement, tout comme pour d'autres catégories d'affaires. C'est ainsi que l'interdiction de porter la barbe¹¹³² a été reconnue comme étant justifiée et n'affectant pas la liberté d'expression, sous réserve que la barbe ne soit nécessaire pour des raisons médicales. Il a ainsi été statué sur la nécessité d'interdire aux détenus les cheveux longs (tout en admettant les cheveux de longueur moyenne) pour prévenir la conservation de la contrebande et aux fins d'identification des personnes¹¹³³.

Notons que la Cour suprême a reconnu, par la suite, le droit des détenus de porter la barbe pour des motifs religieux sous réserve que la barbe soit courte et soignée¹¹³⁴. L'argument des autorités pénitentiaires disant que des lames pouvaient être cachées dans la barbe fut rejeté, parce qu'il serait plus facile de cacher une lame dans les cheveux que dans une barbe courte (d'environ 1 cm).

La conclusion des auteurs américains est qu'une bonne justification des limitations des droits religieux par les autorités pénitentiaires aboutirait toujours à leur confirmation par les juges¹¹³⁵. Dans l'ensemble, l'intérêt gouvernemental au maintien de la sécurité au sein des établissements associé au besoin d'un pouvoir administratif discrétionnaire dans le règlement des problèmes disciplinaires constitue toujours une justification suffisante des limitations des droits prévus par le Premier amendement (à propos de la religion)¹¹³⁶.

3.2.2.6. Liberté d'association

L'affaire *Jones contre Le Syndicat des prisonniers de la Caroline du Nord*¹¹³⁷ illustre l'approche américaine des limitations du droit d'association des détenus.

¹¹³¹ Cooper v. Tard 855 F.2d 125 (3d Cir. 1988).

¹¹³² Green v. Polunsky 229 F.3d 486, 491 (5th Cir. 2000).

¹¹³³ Harris v. Chapman 97 F.3d 499, 504 (11th Cir. 1996).

¹¹³⁴ Holt v. Hobbs 574 U.S. (2015)

¹¹³⁵ Palmer J., Ibid, p. 126.

¹¹³⁶ Ibid, p. 157.

¹¹³⁷ Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union, Inc. 433 U.S. 119 (1977).

Les détenus membres de leur Syndicat se plaignaient de la violation du Premier amendement par le document normatif émanant du Département du service correctionnel de la Caroline du Nord. Ce document interdisait aux détenus d'inviter d'autres détenus à adhérer au Syndicat, de tenir les réunions du Syndicat et d'entretenir une correspondance avec l'extérieur à propos des activités du Syndicat.

A la différence des juridictions inférieures, la Cour suprême estima que cette restriction était justifiée. Les arguments suivants furent pris en compte: a) Le fait d'être emprisonné et les besoins de l'établissement pénitentiaire prévoient des restrictions de droits, dont ceux prévus par le Premier amendement, la limitation de la liberté d'association pouvant être considérée comme l'une des restrictions qui sont à l'évidence les plus indispensables dans l'établissement pénitentiaire; b) La restriction en cause visait les objectifs légitimes de l'administration pénitentiaire, s'accordait avec le statut des détenus et les considérations opérationnelles de l'établissement; c) Les normes prévoyant cette restriction n'étaient pas plus larges que ce qui était exigé pour prévenir le danger liés à la tenue de réunions et à la nécessité d'organiser des actions visant au maintien de l'ordre et à la sécurité; d) La prison ne doit pas être considérée comme un "forum public".

La Cour indiquait que les droits protégés par le Premier amendement "[...] doivent céder la place aux considérations rationnelles de la gestion pénitentiaire. Beaucoup de droits d'association sont nécessairement limités par les réalités de l'emprisonnement. Ils peuvent être limités lorsque les fonctionnaires pénitentiaires, usant de leur pouvoir discrétionnaire, estiment, de manière justifiée, que de telles associations présentent, tant par des réunions de groupes que d'autre manière, l'éventualité de la violation de l'ordre et de la stabilité dans l'établissement ou bien, en d'autres termes, risquent d'affecter les buts pénologiques légitimes de l'emprisonnement... Le but central de tous les autres objectifs pénitentiaires consiste dans les considérations institutionnelles de sécurité intérieure dans les établissements pénitentiaires eux-mêmes". La Cour fondait aussi son arrêt sur le fait qu'un tel Syndicat portait en lui-même des dangers pour la sécurité de l'établissement et pouvait provoquer des tensions dans les rapports entre les détenus et l'administration de l'établissement ou bien entre les détenus membres du Syndicat et ceux n'en faisant pas partie.

Toutefois, les détenus disposent parfois de la possibilité d'exercer leur droit de créer des associations et d'y adhérer. C'est ainsi qu'il y eut notamment aux États-Unis des associations de condamnés à perpétuité, des vétérans de la guerre du Vietnam ou d'autres encore.

3.2.2.7. Cas de non-application du test de Turner

Il existe dans la jurisprudence américaine une certaine catégorie de contentieux dans laquelle les restrictions sont validées sans employer le test de Turner. C'est ainsi que dans l'arrêt *Sandin v. Conner*¹¹³⁸, la Cour a élaboré un autre test, incompatible avec le test de Turner.

L'affaire portait sur l'application de la garantie constitutionnelle du "procès équitable" (due process) en matière de disciplinaire pénitentiaire. Cette garantie vise la défense de la personne contre l'État au cours de l'administration de la justice. Selon l'approche développée, la Cour doit s'interroger si l'exigence du "procès équitable" pouvait être appliquée, ce qui n'était possible que si la sanction prévoyait une "cruauté atypique et non négligeable envers le détenu". La Cour statua que le refus d'entendre les dépositions du détenu au cours de la procédure disciplinaire n'était pas une restriction atypique et excessive et elle soutient donc une telle politique pénitentiaire sans faire usage du test de Turner.

Les juges n'ont pas appliqué le test de Turner dans les affaires relatives au 8^e amendement (interdiction de cautions et d'amendes démesurées, de châtiments cruels et exceptionnels)¹¹³⁹. Les contentieux de ce type sont, en revanche, résolus en faisant recours aux "normes de décence qui évoluent". Conformément à ces normes, il convient d'évaluer si le châtiment était disproportionné au point d'affecter les "normes de décence qui marque l'évolution d'une société mûre" ou s'il était "choquant". C'est donc seulement dans de tels cas que le châtiment serait considéré comme cruel et exceptionnel et dès lors comme illégitime.

Le test de Turner n'a pas non plus été utilisé dans les affaires portant sur la ségrégation raciale des détenus¹¹⁴⁰. Les affaires de ce type bénéficiaient d'un test plus sévère, l'autorité pénitentiaire jouissant d'un respect moindre. Or, en appliquant le test de Turner et en prenant en compte les idées de nécessaire correspondance de la sanction à la bonne administration pénitentiaire, ce test aurait même pu justifier la ségrégation raciale¹¹⁴¹.

¹¹³⁸ *Sandin v. Conner* 515 U.S. 472 (1995).

¹¹³⁹ Selon T. McFadden, bien qu'il soit admis que le test de Turner peut être utilisé essentiellement pour les droits des détenus, mais il n'est pas appliqué dans beaucoup de cas. *In: Wimsatt J. N., Ibid*, p. 1218).

¹¹⁴⁰ *Johnson v. California* 543 U.S. 499 (2005).

¹¹⁴¹ Dimitrakopoulos I.G., *Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 95.

3.2.2.7.1 Théorie de la bonne "administration pénitentiaire"

L'arrêt *Banks* évoqué précédemment, dénote une forte influence de la théorie dite "d'administration pénitentiaire correcte" (proper prison administration) dénommée encore "théorie de l'incarcération correcte" (proper incarceration)¹¹⁴². Cette théorie suppose l'évaluation du bien-fondé des restrictions selon qu'elles soient compatibles avec la bonne organisation du fonctionnement de la prison. Il faut savoir pour cela comment est la prison et comment elle doit être administrée. La théorie en question n'est pas formulée avec précision, ses composantes étant éparpillées dans la jurisprudence américaine.

Sa présence indirecte dans la jurisprudence est mise en valeur et expliquée par Jennifer Wimsatt¹¹⁴³. Cette théorie se base sur une conception de la bonne prison et de la manière d'administrer celle-ci¹¹⁴⁴. D'après les propos critiques du juge Tomas, cette théorie aide les juges à déterminer les restrictions des droits en prison qui sont constitutionnelles. Il explique que la "jurisprudence de la Cour concernant les droits des détenus est toujours basée sur la présomption non fixée (et incorrecte) en vertu de laquelle la Constitution comporte une définition cachée de l'emprisonnement"¹¹⁴⁵. Ce même juge estime que "l'incompatibilité avec la bonne administration pénitentiaire prétend résoudre le problème par anticipation... Pour savoir si tel droit peut être incompatible avec la bonne administration pénitentiaire, le juge devrait avoir une idée immanente de ce que doit être une bonne prison et comment elle doit être administrée". Ainsi, la détention "correcte" n'est que la définition simple de la détention "constitutionnelle". Les normes de celle-ci avaient été fixées par la jurisprudence antérieure de la Cour, notamment dans l'arrêt *Martinez* où la Cour avait fixé deux facteurs principaux qui devraient être équilibrés dans les affaires portant sur les droits des détenus. Ces normes mettent ainsi en équilibre le besoin de défendre les droits constitutionnels dont continuent de jouir les détenus et le besoin des juges d'exprimer leur bienveillance à l'administration pénitentiaire en cas de problèmes difficiles dans les prisons américaines¹¹⁴⁶.

Cette critique n'est pas surprenante, car la théorie de la bonne détention veut que les juges doivent corrélérer les restrictions avec la bonne administration de la prison. Il s'en infère

¹¹⁴² The Supreme Court, 2005 Term-Leading Cases, Harvard Law Review, 2006, Vol. 120, p. 263-273; Wimsatt J.N., Ibid.

¹¹⁴³ Wimsatt J. N., Ibid, p. 1228-1231. Voir aussi: Rose M.D., Prisoners and Public Employees: Bridges To a New Future in Prisoners' Free Speech Retaliation Claims, Seventh Circuit Review, 2009, Vol. 5, Issue 1, p. 159-220.

¹¹⁴⁴ Dissentiment du juge Tomas J. Dans l'arrêt *Johnson v. California*, 543 U.S. 449, 541-542 (2005) (ici et plus loin, ce juge est cité d'après Wimsatt J.N. Ibid.).

¹¹⁴⁵ Au sens de la détention telle qu'elle doit être.

¹¹⁴⁶ Wimsatt J.N., Ibid, p. 1229-1230.

qu'il leur appartient de déterminer, dans leurs décisions, quelle doit être une telle administration et quelles sont les restrictions justifiées. Ce cercle vicieux offre un vaste champ aux abus tant de la part de l'autorité pénitentiaire que de la part des juridictions.

Cette idée est plutôt utilisée dans la doctrine et rarement appliquée dans la jurisprudence. Toutefois, elle a été utilisée directement dans des affaires concernant la ségrégation raciale (qui n'était pas justifiée pour cette raison)¹¹⁴⁷ et l'exercice des droits de la défense¹¹⁴⁸.

3.2.2.7.2 Norme de contrôle rigoureux (*strict scrutiny standard*)

Ce test "plus sévère" des restrictions des droits est utilisé dans certaines catégories d'affaires. Il diffère des normes fondées sur la rationalité, qui comptent en leur nombre le test de Turner. La doctrine désigne cette norme comme "dure en théorie et fatale en réalité"¹¹⁴⁹, car la plupart des restrictions sont qualifiées de non justifiées d'après ce test, bien que la statistique démontre des tendances contraires aussi¹¹⁵⁰.

Les juges américains emploient ce test dans deux contextes: lorsque l'affaire porte sur les droits constitutionnels fondamentaux¹¹⁵¹, surtout ceux contenus dans la Déclaration des droits (Bill of Rights) et ceux qui concernent la norme du procès équitable (*due process clause*) ou celle relative à la liberté (*liberty clause*) du 14^e amendement ou encore lorsqu'il s'agit de pratiques discriminatoires, telles que la ségrégation raciale. En effet, ce test a été appliqué aux détenus dans les cas de ségrégation raciale¹¹⁵², ainsi que dans des cas particuliers concernant les droits religieux¹¹⁵³.

Pour satisfaire ce test, il faut réunir trois composantes de la restriction légitime. Celle-

¹¹⁴⁷ Johnson v. California 543 U.S. 499 (2005)

¹¹⁴⁸ Cruz et al. v. Beto and Estelle, 77-1641 (5th Circuit, 1979).

¹¹⁴⁹ Gunther G., The Supreme Court, 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, Harvard Law Review, 1972, Vol. 86, p. 8.

¹¹⁵⁰ Winkler A., Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts, Vanderbilt Law Review, 2006, Vol. 59, p. 793-871.

¹¹⁵¹ La restriction des droits fondamentaux est considérée comme critère principal pour l'application de ce test. Voir plus en détail les catégories des affaires auxquelles ce test est appliqué à: De Leo J., Administrative Law, New York, Cengage Learning, 2008, p. 182-185.

¹¹⁵² Actuellement deux décisions seulement dans les affaires de ce type sont connues: Del Carmen R., Ritter S., Witt B., Briefs of Leading Cases in Corrections. 5th ed., New York, Routledge, 2014, p. 65-67.

¹¹⁵³ Moustafa N., The Right to Free Exercise of Religion in Prisons: How Courts Should Determine Sincerity of Religious Belief Under RLUIPA, Michigan Journal of Race and Law, 2014, Vol. 20, Issue 1, p. 214-215.

ci doit être: a) Justifiée par un intérêt gouvernemental pertinent¹¹⁵⁴; b) Être formulée le plus limitativement (angl. « narrowly ») possible; c) Constituer une mesure restrictive minimale pour atteindre l'intérêt (le but), c'est-à-dire qu'il ne doit pas y avoir de mesures moins restrictives permettant d'atteindre le même intérêt (but). La doctrine dit que le troisième facteur se rapporte au second, bien que les juges les évaluent séparément.

La différence de ce test par rapport aux "tests rationnels" de *Turner* et de *Martinez* consiste, notamment, en ce que la charge de la preuve du bien-fondé de la restriction incombe à l'État. Quant à sa particularité principale, malgré la ressemblance notable de cette norme aux tests rationnels, elle réside en ce que la décision de l'employer signifie que le juge est beaucoup moins favorable aux politiques pénitentiaires. La décision du juge d'y avoir recours signifie donc de toute évidence que le caractère non justifié de la restriction en cause sera retenu. Par ailleurs, les spécialistes américains s'accordent à dire que, même lorsqu'il s'agit de limitation de droits fondamentaux des détenus (ce qui devrait signifier en théorie l'application de la norme de contrôle rigoureux), le test de contrôle rigoureux n'est pas utilisé, sauf dans de rares exceptions¹¹⁵⁵.

Une analyse plus poussée des exemples de justification d'autres droits des détenus serait très volumineuse et inutile compte tenu de l'ampleur des publications détaillées par des spécialistes américains sur la question¹¹⁵⁶. Notons seulement que notre étude de la jurisprudence américaine montre que les affaires concernant les autres droits des détenus, comme, par exemple, celui à la vie privée, sont examinés par les juges au regard de la norme élaborée dans l'arrêt *Turner*.

¹¹⁵⁴ La définition d'un tel intérêt n'est pas bien précise. Il devrait être pour le moins quelque chose de fondamentalement important et non simplement "souhaitable".

¹¹⁵⁵ Boston J., Manville D.E., *Prisoners' Self-help Litigation Manual*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 413.

¹¹⁵⁶ Voi notamment l'ouvrage volumineux de J. Palmer supra.

Conclusion du chapitre 3.2

Les juridictions américaines ont joué un rôle majeur dans la mise en place de la norme de limitation des droits des détenus et de la réforme pénitentiaire en général. Ces juridictions comptent parmi les premières au monde à formuler la norme selon laquelle "les détenus conservent tous les droits du citoyen ordinaire à l'exception de..."¹¹⁵⁷. Ceci se produisit malgré l'utilisation pendant longtemps (depuis le XIX^{ème} siècle et jusque dans les années 1960) de la doctrine de non-intervention dans le fonctionnement des établissements correctionnels (hands off approach), puisque le détenu était alors considéré comme "esclave de l'État".

Les normes de restrictions étaient élaborées essentiellement à la lumière des recours des détenus contre la violation de la Constitution américaine. L'application de la défense constitutionnelle aux droits des personnes privées de liberté peut être appréciée comme un facteur clef de l'impulsion au développement de ces normes. La défense en justice a été utilisée d'une manière si intense que certains fonctionnaires ont comparé les prisons à des cabinets juridiques.

Deux normes de restrictions sont devenues essentielles pour le domaine pénitentiaire: le test de Martinez et le test de Turner (désignés ainsi d'après les noms des parties aux procès).

Bien que fondés sur la doctrine de la proportionnalité, ces deux tests en diffèrent sensiblement. Le test plus ancien, Martinez, était très exigeant, parce qu'il imposait à l'administration pénitentiaire de prouver la nécessité de la restriction appliquée et l'impossibilité d'user de mesures moins restrictives pour atteindre les mêmes buts. Le test de Turner avait vocation de faciliter le travail des personnels pénitentiaires; en fait il suffisait, d'après ce test, de prouver que la restriction appliquée visait un objectif légitime (celui de sécurité généralement)¹¹⁵⁸, alors que l'exigence de proportionnalité était nivelée. Son interprétation était déformée dans un sens répressif, ce qui est confirmé par les publications relatives aux arrêts analysés dans le présent chapitre. C'est ainsi que l'on traite de régressives les approches des juges à l'égard de l'interprétation de la condition de minimalité de la restriction allant jusqu'à nier totalement sa nécessité, contrairement à l'avis concret figurant dans l'arrêt Turner. De la même manière, la condition tenant à l'existence de moyens alternatifs d'exercice d'un droit est interprétée essentiellement en faveur de l'autorité

¹¹⁵⁷ Coffin v. Reichard 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944).

¹¹⁵⁸ Le test de Martinez exigeait de démontrer non seulement le lien mais aussi la manière dont la restriction arriverait au but visé.

pénitentiaire.

En complément des décisions variées, parfois antagoniques, relatives aux restrictions de droits, les tribunaux des États-Unis se réfèrent à la théorie selon laquelle la jurisprudence devrait faire preuve de déférence vis-à-vis de la position de l'administration pénitentiaire. Une telle "déférence" de la part des juges est exigée en raison de l'idée selon laquelle le personnel pénitentiaire "sait mieux" ce qui est sans danger et légitime et ce qui ne l'est pas". La Cour suprême reconnaît que la Constitution autorise des restrictions plus importantes des droits de l'homme en prison qu'elle ne l'autorise ailleurs. L'exigence de bienveillance ou de respect à l'égard des décisions de l'administration pénitentiaire s'est transformée avec le temps en une doctrine puissance utilisée par les juges. Cette doctrine est particulièrement dangereuse, car elle nivelle la valeur du droit dans la justification des restrictions des droits tout en portant atteinte au principe de séparation des pouvoirs, en ruinant ainsi le système de freins et contrepoids.

L'utilisation du test de Turner est chose fréquente dans les affaires relatives aux restrictions des droits des détenus. Toutefois, les juges font appel à une norme plus dure dans certaines catégories d'affaires. Cela se produit lorsque les affaires portent sur les droits fondamentaux, notamment les affaires relatives à la ségrégation raciale, à certains droits religieux et autres. D'autre part, ils se servent parfois de la théorie dite de la "détention correcte", qui joue finalement en faveur de l'autorité pénitentiaire.

3.3. Grande-Bretagne

3.3.1. Doctrine et jurisprudence

La question de l'étendue des limitations des droits des détenus est en rapport direct avec la détermination des caractéristiques essentielles de la punition et de la puissance de la répression pénale de l'État. C'est sous cet angle que la question donnée a été soulevée en Grande-Bretagne avec les premières tendances humanistes qui ont porté sur le domaine des châtiments et du droit pénal.

Ainsi que le fait noter le professeur Julius Stone, un premier ensemble de réformes a été réalisé en conformité avec les idées allant depuis Montesquieu et Beccaria à Bentham. Ces réformes ont porté sur le droit pénal et l'administration et elles ont eu pour résultat la diminution de la "souffrance inutile" causée par la répression pénale au sens qui lui donne Jeremy Bentham¹¹⁵⁹. Celui-ci a défendu l'idée selon laquelle les châtiments devaient avoir pour propriété la "modération", ce qui exige de limiter la souffrance inutile, c'est-à-dire "ne pas la rendre plus grande que nécessaire"¹¹⁶⁰.

Un autre penseur anglais, John Howard, jouit de la réputation de père de la réforme pénitentiaire, non seulement en Grande-Bretagne, mais dans le monde entier. L'un des principaux objets de son inquiétude, qui bénéficia d'une attention méritée à l'époque, portait sur la dureté excessive des conditions et des pratiques pénitentiaires en vigueur en Angleterre, au Pays de Galles et dans d'autres pays. Il s'intéressait, notamment, à la limitation de certains droits. Il condamnait, par exemple, la pratique de port de lourdes chaînes, la surpopulation, la mauvaise construction des établissements pénitentiaires, qui était à la source des mauvaises conditions de détention, le paiement exigé pour certains services et l'absence de la rémunération appropriée du personnel¹¹⁶¹. De manière plus générale, il était préoccupé par les conditions de détention et le régime appliqué¹¹⁶².

¹¹⁵⁹ *In*: Valson M.C., Rights of the Prisoner: An Evolving Jurisprudence, Thesis submitted for the award of the degree of Doctor of Philosophy, Cochin: Cochin University of Science and Technology, 1994, p. 25.

¹¹⁶⁰ *In*: Тепляшин П.В. Истоки и развитие английского тюремоведения: Монография. – Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России. 2005. – С. 69 (Tepliachine P.V., Sources et développement de la science pénitentiaire anglaise. Monographie, Krasnoyarsk, Institut juridique sibérien du MI de la Russie, 2005, p. 69) ; Easton S., Ibid, p. 6.

¹¹⁶¹ Howard J., State of the Prisons in England and Wales with Preliminary Observation, and an Account of Some Foreign Prisons, Warrington, William Eyres, 1777, p. 25-58.

¹¹⁶² Vander Beken T., The Role of Prison in Europe : Travelling in the Footsteps of John Howard, London, Palgrave Macmillan, 2016, p. 21.

Malgré les germes précoces de l'humanisation des établissements pénitentiaires, les juges britanniques ont longtemps peu considéré le détenu comme un sujet de droit à part entière et ne se sont pas risqués à intervenir dans les affaires pénitentiaires. Ce n'est qu'avec le temps, sous l'influence des développements survenus dans la jurisprudence américaine et du mouvement américain pour les droits des détenus, que les juridictions ont commencé à jouer un rôle actif dans la défense des droits contre les restrictions non justifiées dans le domaine pénitentiaire¹¹⁶³. Cela s'est produit au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Jusque-là, le détenu était souvent limité dans sa capacité juridique et ne pouvait pas agir en tant que demandeur en justice cherchant à défendre ses droits.

Le patrimoine théorique de ce pays continue toujours de soutenir la minimisation des limitations des droits des détenus, du rapprochement maximal du statut juridique des détenus d'avec celui des citoyens libres. Ces tendances se manifestent contrairement à une opinion publique plus punitive¹¹⁶⁴.

Par ailleurs, certains spécialistes britanniques vont plus loin en reconnaissant que les détenus nécessitent, dans certains cas, des droits plus amples que les citoyens libres. Steve Foster écrit notamment: "Le détenu peut réclamer un droit plus large que les autres en argumentant que sa détention par l'État exige que la loi et le système lui accordent des droits plus nombreux que ceux sur lesquels il peut compter en liberté, et ce en raison du statut dépendant de détenu et de sa vulnérabilité par rapport à l'administration pénitentiaire"¹¹⁶⁵. Des idées semblables sont énoncées à propos des droits spécifiques des détenus¹¹⁶⁶. En effet, les détenus placés dans les établissements d'exécution des peines jouissent souvent de droits que ne possèdent pas les citoyens qui ne purgent pas une peine ou bénéficient d'une étendue plus large de droits. Il s'agit, notamment, de repas gratuits, de vêtements et de services quotidiens. Il serait difficile d'imaginer l'absence de ces droits chez les détenus, puisqu'ils nécessitent des possibilités supplémentaires assurées par l'État en rapport direct avec la situation des détenus.

Des spécialistes britanniques n'en concluent pas moins à la domination, dans leur pays, d'une approche régressive à l'égard des droits des détenus, le niveau de contrainte justifié par

¹¹⁶³ Valson M.C., *Ibid*, p. 21-27.

¹¹⁶⁴ Le gouvernement britannique utilise l'argument d'opinion publique pour justifier certaines restrictions des droits des détenus même devant la CEDH qui est critique vis-à-vis de cet argument (Snacken S., *Legitimacy of Penal Policies: Punishment Between Normative and Empirical Legitimacy, Legitimacy and Compliance in Criminal Justice*, Ed. by A. Crawford and A. Hucklesby, Abingdon, Routledge, 2013, p. 55-56).

¹¹⁶⁵ Foster S., *Human Rights and Civil Liberties: 2008 and 2009*. 2nd ed., New York: Oxford University Press, 2008, p.168.

¹¹⁶⁶ Voir au 1.2.1.4 "Consécration du droit subjectif spécifique des détenus en tant que forme de limitation du droit".

la peine privative de liberté étant beaucoup plus accablant au Royaume-Uni que dans d'autres pays d'Europe¹¹⁶⁷.

Les théoriciens britanniques estiment que les droits des détenus (et par conséquent leurs restrictions) peuvent être justifiés à partir de plusieurs positions. Premièrement, la dignité intrinsèque propre à chaque individu exige qu'il soit traité avec dignité et respect, indépendamment de son passé, les détenus devant donc bénéficier de droits fondamentaux malgré leur détention. Deuxièmement, la défense des droits des détenus peut être justifiée en référence à la suprématie du droit, ce qui exige des autorités pénitentiaires qu'elles justifient leur pouvoir par des normes réglementaires précises et équitables, les fonctionnaires concernés devant répondre légalement de l'utilisation illégitime de leurs pouvoirs. Ce motif peut servir de justification à la nécessité d'un recours juste contre leurs actions. Troisièmement, la défense des droits des détenus peut servir un grand nombre de buts de la peine tels que la réhabilitation des condamnés¹¹⁶⁸.

Ces dispositions se fondent sur les normes élaborées par les juridictions britanniques. C'est donc la vision qu'ont les juges des limitations des droits des détenus qui a jeté les bases de la politique pénitentiaire en matière de droits de l'homme. Pourtant, les juges se saisissaient à contrecœur des questions touchant aux considérations opérationnelles des administrations pénitentiaires et ils cherchent toujours à accorder les intérêts institutionnels avec les droits des détenus¹¹⁶⁹. Ils reconnaissent le droit du service pénitentiaire de formuler la politique qui tient compte de la bonne administration des prisons et de la protection de la société, tout en soulignant qu'une telle politique ne devait pas s'appliquer automatiquement (sous forme de blanc seing), sans un examen approprié dans les affaires individuelles¹¹⁷⁰. C'est-à-dire que, tout comme aux États-Unis, les juges limitent leur rôle eu regard au problème de leur propre compétence dans les questions de la vie carcérale.

Les personnes détenues en Grande-Bretagne peuvent introduire des recours auprès de la Cour administrative, en se fondant sur quatre motifs: l'illégitimité de la restriction ; le caractère non rationnel (non raisonnable) de la restriction ; le caractère irrégulier de la procédure ; et la non-conformité de la restriction à la Convention européenne (le quatrième

¹¹⁶⁷ Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Prison Law*. Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2003 (*cité dans*: Codd H. *Policing Procreation: Prisoners, Artificial Insemination and the Law, Genomics, Society and Policy* 2006, Vol.2, n° 1, p. 113).

¹¹⁶⁸ Foster S., *Human rights and civil liberties*, Ibid, p. 169.

¹¹⁶⁹ Easton S., Ibid, p. 30, 48.

¹¹⁷⁰ Ibid, p. 33.

motif fut introduit avec l'entrée en vigueur de l'Acte des droits de l'homme en 1998¹¹⁷¹). L'on considère qu'il faut déterminer si la restriction du droit du détenu était nécessaire et proportionnée, le test de proportionnalité étant plus sérieux que le simple établissement du bien-fondé de la décision destinée à appliquer la restriction¹¹⁷². L'application de restrictions non fondées constitue un motif clair pour un recours à la justice dans ce pays.

L'un des jugements les plus connus pour la théorie des restrictions dans ce pays a été rendu au sujet de l'affaire *Raymond v. Honey*¹¹⁷³ où la Cour a statué sur le fait que les détenus conservaient tous les droits civils qui n'avaient pas été retirés explicitement ou de manière nécessaire par la loi¹¹⁷⁴. Cette formulation concernant les droits des détenus est considérée comme classique¹¹⁷⁵.

C'est justement ce jugement qu'évoquent les théoriciens qui se demandent jusqu'où doivent aller les restrictions à la liberté et à la libre circulation¹¹⁷⁶. Cependant, malgré le principe clairement formulé soulignant que la restriction ne peut être appliquée que si elle découle nécessairement de la loi, la littérature juridique et les jugements rendus en offrent des interprétations larges. Cette formule accorde une très grande marge d'appréciation à l'autorité pénitentiaire, du fait de l'emploi de la condition " de manière nécessaire " qui laisse libre cours à une interprétation trop discrétionnaire en pratique¹¹⁷⁷. Bien que ce "concept potentiellement élastique" prévoit que les détenus ne soient privés que des droits ayant un rapport spécifique avec la nature et le fonctionnement légal de la détention¹¹⁷⁸, il exige une interprétation spéciale¹¹⁷⁹.

Dans un autre arrêt, devenu aussi une référence dans le domaine des droits des

¹¹⁷¹ Leech M., *The Prisons Handbook 2007: The Definitive 800 Page Annual Guide to Prisons in England and Wales*, London, Prisons.Org.Uk Ltd, 2006, p. 520.

¹¹⁷² Ibid, p. 521.

¹¹⁷³ *Raymond v. Honey* [1982] AC 1.

¹¹⁷⁴ L'origine de cette formulation, devenue célèbre au Royaume Uni, peut être trouvée dans la jurisprudence américaine. L'arrêt *Coffin v. Reichard* 1944 contient pratiquement la même phrase (*Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944)). D'après S. Easton, cet arrêt anticipa celui rendu dans l'affaire *Raymond* (Easton S., Ibid, p. 36).

¹¹⁷⁵ Van Zyl Smit D., *Prisoners' Rights, Handbook on prisons*. Ed by Jewkes Y., Cullompton, Willan publishing, 2007, p. 569.

¹¹⁷⁶ Coyle A., *What are Prisons For? What is Their Contribution to Public Safety and Security? , Rethinking Crime and Punishment*, 2012, n° 5, p. 3.

¹¹⁷⁷ Eady D., *Prisoners' Rights Since the Woolf Report: Progress or Procrastination? , The Howard Journal*, 2007, Vol 46.3, p. 266 ; Easton S., Ibid, p. 29.

¹¹⁷⁸ Scott D., *The Politics of Prisoner Legal Rights*, *The Howard Journal*, 2013, n° 52.3, p. 239-240.

¹¹⁷⁹ Bottoms A., Hay W., Sparks R., *Prisons and the Problem of Order*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 311.

détenus¹¹⁸⁰, la cour signifie que le droit ne peut être limité " de manière nécessaire " que s'il existe pour ceci un but urgent ou s'il est le moins nécessaire pour atteindre le besoin visé. En plus, en résolvant la question de savoir si la restriction découlait " de manière nécessaire ", il convient d'établir si un besoin effectif urgent avait lieu et s'il ne nécessitait pas d'être justifié. Dès lors qu'un tel besoin est constaté, l'intervention dans le droit doit être "la moins nécessaire pour assurer la satisfaction de ce besoin"¹¹⁸¹. Or, une telle norme conduit à une étendue trop grande de la marge d'appréciation¹¹⁸². Bien que l'expression " de manière nécessaire " prévoit l'application de la norme de proportionnalité en accord avec la jurisprudence des juges anglais, son sens reste peu précis.

Le grand nombre de jugements statuant sur la restriction non justifiée des droits des détenus, rendus tant au niveau national qu'international (CEDH), a obligé le Royaume-Uni à élaborer des normes intelligibles de restriction des droits des détenus. Pour mettre en place une restriction, il ne suffit pas d'avoir seulement une autorisation légale, car toutes les restrictions de droits doivent être justifiées par l'autorité qui les applique¹¹⁸³. Ainsi que le notent les juristes britanniques, il existe une conception claire selon laquelle toute restriction des droits des détenus demande à être vérifiée au moyen du test de proportionnalité: la restriction donnée est-elle appliquée dans un but légitime (sécurité, ordre, etc.)? Cette restriction représente-t-elle le minimum nécessaire permettant d'atteindre le but recherché? La mise en œuvre d'une telle norme traduit-elle des progrès notables sur le thème des droits des détenus par rapport aux temps où ils n'étaient même pas considérés comme devant être justifiés¹¹⁸⁴. Bien plus, depuis quelque temps, les juges manifestent la volonté de mettre en doute les restrictions automatiques applicables aux détenus¹¹⁸⁵, mais lorsque l'autorité pénitentiaire arrive à prouver la nécessité de ces restrictions pour les besoins de sécurité et de contrôle, les juges soutiennent, comme auparavant, les pratiques excessivement répressives¹¹⁸⁶.

Le Lord Bingham a souligné, dans quelques arrêts, l'importance de la justification des restrictions des droits des détenus. Il a admis que les détenus perdaient nécessairement un

¹¹⁸⁰ R v. Secretary of State for the Home Department ex parte Leech (No. 2).

¹¹⁸¹ Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Prison law*. 4th ed., New York, Oxford University Press, 2008, p. 22.

¹¹⁸² Easton S., *Ibid*, p. 29.

¹¹⁸³ Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Ibid*, p. 23.

¹¹⁸⁴ Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Ibid*, p. 24.

¹¹⁸⁵ L'application des restrictions automatiques faisait l'objet de critiques à l'égard du Royaume Uni de la part de la CEDH (voir arrêts *Dickson v. the UK*, *Hirst v. the UK*. No. 2).

¹¹⁸⁶ Scott D., *The Politics of Prisoner Legal Rights*, *The Howard Journal*, 2013, n° 3, Vol 52, p. 248.

certain volume de leurs droits du fait de l'incarcération. Ceci étant, il était reconnu également que la personne continuait à conserver des droits dont certains revêtaient une importance particulière résultant de la perte partielle d'autres droits. Ce sont notamment le droit d'accès à la justice, à l'assistance juridique, ainsi qu'aux visites confidentielles de la personne assurant l'assistance juridique. C'est la raison pour laquelle les restrictions de ces droits ne sont admissibles qu'avec des formulations précises et, pour autant que ceci représente une nécessité justifiée pour atteindre les buts d'intervention dans le droit¹¹⁸⁷.

Notre critique de l'idée des restrictions de fait, c'est-à-dire des restrictions qui découlent de l'incarcération, est appuyée par l'expérience britannique. Des débats sont menés en Grande-Bretagne à propos des limites de l'influence objective de la détention sur les droits de l'homme pour déterminer jusqu'où peut s'étendre cette influence et le nombre et l'ampleur des restrictions qu'elle est susceptible de produire. Ces tendances sont très bien reflétées par les travaux concernant la limitation du droit des détenus à fonder une famille et, en particulier, du droit à l'insémination artificielle¹¹⁸⁸. Toutefois, le problème des restrictions de fait garde également son actualité à un niveau plus général.

Helen Codd écrit, par exemple, que l'emprisonnement change ou restreint certains droits des détenus, mais il est incontestable, par ailleurs, que l'emprisonnement n'entraîne pas automatiquement la perte de tous les droits quand les portes de la prison sont franchies. Elle observe que le principe déjà formulé dans l'arrêt *Raymond v. Honey*, dès 1982, visant à ce que les détenus conservent tous les droits civils qui ne soient pas limités directement ou indirectement, a été réaffirmé par la suite et garde la même importance et la même actualité qu'en 1982¹¹⁸⁹.

Codd exprime une idée importante basée sur la position prise dans l'affaire *Mellor*¹¹⁹⁰. La thèse selon laquelle les restrictions seraient un effet nécessaire de l'emprisonnement peut être mise en doute dans le cas de restrictions disproportionnées¹¹⁹¹. Cette conclusion résulte logiquement des débats continus visant à déterminer ce qui est la restriction dérivant de l'emprisonnement, mais elle résulte également du fait que la constatation de ces restrictions dépend totalement de leur perception individuelle et de l'absence de la possibilité d'élaborer

¹¹⁸⁷ R (Daly) v. Home Secretary [2001] 2 AC 532.

¹¹⁸⁸ Le Royaume Uni est connu pour avoir donné à l'Europe l'arrêt dans l'affaire Dickson qui fixe nombre de positions de la Cour à l'égard des droits des détenus. La Cour y constate la violation de la Convention par l'interdiction faite au détenu de pratiquer l'insémination artificielle.

¹¹⁸⁹ Codd H., *Ibid*, p. 112-113.

¹¹⁹⁰ The Queen on the Application of Mellor v. Secretary of State for the Home Department, 3 WLR 533 (2001).

¹¹⁹¹ Codd H., *Prisoners' Families: Issues in Law and Policy*, Amicus Curiae, 2004, Issue 55, p. 4.

des critères convenables pouvant aider à résoudre ce problème.

La valeur de la norme de proportionnalité dans ce pays prime sur l'idée de restrictions de fait. C'est donc cette norme qui est appliquée généralement dans les décisions portant sur les restrictions des droits des détenus.

L'une des décisions de principe des juridictions britanniques en matière de restrictions des droits des détenus fut prise dans l'affaire *Daly*. Ce dernier se plaignait qu'il lui avait été interdit d'assister à la perquisition de sa cellule, ce qui avait permis aux surveillants de lire son courrier destiné à son défenseur. Outre les visa de principe posés dans cette affaire en vue de décisions futures pouvant survenir en ce domaine, la Cour a déterminé le rapport des approches des juges nationaux avec la sienne à l'égard de la justification des restrictions. L'idée maîtresse de tous les jugements tient au clef dans la détermination de l'admissibilité des restrictions des droits des détenus, de l'analyse de la proportionnalité de la restriction, encore que cette analyse soit quelque peu différente de celle de la CEDH.

S'agissant de la justification de la restriction dans l'espèce précitée, la question principale était de savoir si cette restriction était nécessaire pour le maintien de la sécurité, de l'ordre ou de la discipline dans la prison ou pour prévenir des infractions. L'administration insistait sur le fait que l'absence du détenu pendant la perquisition opérée dans sa cellule était nécessaire pour deux raisons: il aurait pu empêcher la procédure normale de perquisition et connaître les méthodes des perquisitions afin d'en profiter à l'avenir. Néanmoins, les Lords furent unanimes pour conclure à l'illégalité de cette restriction en argumentant que l'intervention dans le droit des détenus était plus sévère que nécessaire pour atteindre les buts légitimes visés. Il était observé aussi que plus forte était l'ingérence dans le droit et plus étoffée devrait être la justification de sa nécessité pour que le juge puisse le reconnaître comme légitime¹¹⁹². Cet arrêt se place au nombre de ceux qui ont influé sur la conception de la doctrine de la proportionnalité par la jurisprudence britannique et qui ont servi à mettre en oeuvre l'analyse de la proportionnalité à la place de l'ancienne doctrine de non-justification ou d'irrationalité en tant que motif pour examen en justice¹¹⁹³.

Avec le temps, il est possible de voir une application de plus en plus large de l'approche de la proportionnalité telle qu'elle s'est développée dans la jurisprudence de la CEDH. Après l'adoption en 1998 d'un texte intitulé Human Rights Act, les juridictions britanniques se sont davantage servi des approches élaborées par la jurisprudence européenne

¹¹⁹² Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly, R v. [2001] UKHL 26.

¹¹⁹³ Bailey S. H., Cases, Materials and Commentary on Administrative Law. 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 347.

pour résoudre les affaires relatives aux restrictions des droits des détenus. Cela étant, l'on considère que les jugements des juridictions anglaises concernant les restrictions des droits des détenus diffèrent souvent de la jurisprudence de la CEDH malgré l'existence de normes assez pertinentes en la matière¹¹⁹⁴. Dans tous les cas, le Human Rights Act devait contribuer à ce que les droits des détenus ne fussent plus limités du fait de leur incarcération. La jurisprudence qui s'était formée avant l'entrée en vigueur dudit texte montrait que les personnes soumises à une peine perdaient, de ce fait, certains droits, ce qui ne correspondait pas à la jurisprudence de la CEDH.

Un exemple édifiant vient de l'arrêt *Simms* portant sur la limitation du droit du détenu à recevoir les visites des journalistes. Cet arrêt a élaboré une norme particulière qui devait provoquer des débats parmi les juristes anglais. La Cour signifiait notamment que la peine privative de liberté visait à limiter les droits et libertés du détenu. Aussi, la liberté des détenus, leur autonomie personnelle de même que la liberté de circulation et de communications étaient-elles limitées¹¹⁹⁵. La Cour montrait ainsi que le détenu pouvait exercer tous droits dont il aurait pu jouir en liberté, tant que ces droits étaient compatibles avec le maintien du bon ordre et de la discipline en prison. La question était de savoir si la mesure donnée était proportionnée au but spécifique de l'administration pénitentiaire¹¹⁹⁶. Dans le cas présent, la théorie des restrictions de fait a pris le dessus sur l'évaluation du respect des exigences de proportionnalité.

Il existe, par ailleurs, une autre approche dans l'interprétation de l'arrêt *Simms*. La Chambre des Lords a constaté que "la limitation de la liberté d'expression fait partie de la restriction de la liberté visée par la mise en réclusion". D'un autre côté, les spécialistes estiment que la limitation des possibilités de contacter les journalistes "n'est pas proportionnée au besoin social justifié par la détention". La question n'est pas donc de savoir si la restriction est proportionnée au but de "maintien du bon ordre et de la discipline dans les prisons", mais plutôt si elle était proportionnée à un objectif social plus large lié à la privation de liberté des délinquants¹¹⁹⁷. Cela rappelle notre thèse¹¹⁹⁸ selon laquelle les restrictions faisant partie de la peine devraient suivre les buts de la punition.

¹¹⁹⁴ Foster S. Q & A Revision Guide: Human Rights and Civil Liberties 2012 and 2013. 4-th ed., New York, Oxford University Press, 2012, p. 129-132.

¹¹⁹⁵ Regina v. Secretary of State for the Home Department Ex Parte Simms (A.P.) (1999).

¹¹⁹⁶ Lazarus L., *Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 236.

¹¹⁹⁷ Ibid, p. 235-236.

¹¹⁹⁸ Voir 2.2.1.2.2.1 « Harmonisation des buts des limitations à la lumière de divers textes normatifs ».

Le Lord Philips argumentait, pour sa part, que l'arrêt *Simms* constatait que le degré de limitation du droit à la liberté d'expression servait d'élément justifié de l'incarcération, non seulement pour assurer le bon ordre en prison, mais aussi pour atteindre le but visé par la privation de liberté. Il formula par ailleurs une autre idée importante relative à la justification des restrictions faites aux détenus: "Les approches selon la jurisprudence de Strasbourg et selon le droit national anglais sont les mêmes. Les effets de la peine privative de liberté sur l'exercice des droits de l'homme sont justifiés s'ils ne sont pas disproportionnés par rapport au but sous-tendant la mission du système pénitentiaire, qui est autant de punir que de prévenir. Les effets étant disproportionnés, il convient de prendre des mesures spéciales pour alléger l'effet normal de la restriction de liberté"¹¹⁹⁹. En reconnaissant l'application de la théorie de restrictions de fait on établissait ainsi ses limites: la proportionnalité.

Liora Lazarus n'en voit pas moins dans cette approche une divergence par rapport au test de proportionnalité des restrictions applicables aux détenus qui se fondait sur une "intervention minimale". Le fait est que le principe de proportionnalité exige de justifier la restriction au regard du but administratif spécifique, alors que le test proposé porte plutôt sur l'évaluation de l'équilibre entre la restriction et le but social plus large de la punition de l'individu. Selon Lazarus, une telle approche pouvait affecter gravement le statut juridique des détenus d'après la Convention européenne¹²⁰⁰.

Les normes relatives aux restrictions des droits des détenus élaborées par la jurisprudence, ainsi que par la doctrine, ressemblent à celles qui avaient été intégrées dans la législation de ce pays. C'est ainsi que les Règles pénitentiaires britanniques de 1999 prévoient au 6.1 du chapitre intitulé "Maintien de l'ordre et de la discipline" que: "L'ordre et la discipline doivent être maintenus fermement, mais sans que les contraintes excèdent ce qui est nécessaire pour la sécurité de la détention et une vie communautaire bien organisée"¹²⁰¹. Ces Règles comportent aussi des normes relatives aux limitations de la communication. La règle 34.1 précise notamment que le "Ministre de l'intérieur (Secretary of State) peut imposer, eu égard au maintien de la discipline et du bon ordre ou à la prévention des infractions ou encore aux intérêts de toute personne, des restrictions de la correspondance ou des visites entre les détenus ou les autres personnes de manière générale ou sur un cas concret". Les spécialistes observent que cela oblige les directeurs des prisons à prendre en compte les exigences de la CEDH et de faire en sorte que toute restriction aux droits conventionnels des détenus soit

¹¹⁹⁹ R (Mellor) v Secretary of State for the Home Department [2001] 3 WLR 533 ; *cité dans*: Lazarus L., *Ibid*, p. 237.

¹²⁰⁰ Lazarus L., *Ibid*, p. 241.

¹²⁰¹ The Prison Rules 1999 (SI 1999 No 728).

nécessaire et proportionnée¹²⁰².

Le directeur de prison dispose du pouvoir discrétionnaire de limiter la liberté de circulation au sein de l'établissement pénitentiaire: "Le directeur de prison peut ordonner de limiter la circulation du détenu lorsque cela est nécessaire pour l'empêcher de se blesser lui-même ou de blesser d'autres personnes, d'endommager des biens ou de provoquer des troubles massifs" (règle 49.1).

La littérature juridique britannique évoque, par ailleurs, la souplesse en tant qu'exigence vis-à-vis des restrictions. Citons, par exemple, la limitation bien connue du nombre d'objets que le détenu purgeant sa peine en prison peut garder sur lui ou ce qu'on appelle "la limitation d'espace". Le détenu n'était pas autorisé à garder plus d'objets que peuvent contenir deux cartons de taille standard. Vu le manque de souplesse dans cette contrainte, l'ombudsman pénitentiaire a plusieurs fois critiqué le Service pénitentiaire pour son application¹²⁰³.

La souplesse des restrictions exige leur individualisation, celle-ci demandant une évaluation individuelle des risques, dont la nécessité est parfois soulignée dans les arrêts rendus par les cours. Les juges britanniques ont, par exemple, critiqué l'enchaînement au moyen de menottes dans une chambre d'hôpital, sans une évaluation individuelle des risques¹²⁰⁴. Les spécialistes britanniques précisent que la nécessité d'évaluer les risques reflète les normes de la Cour européenne, qui ne soutiennent pas les approches sous forme de blanc seing (automatiques) à l'égard des contraintes applicables à des groupes entiers de détenus¹²⁰⁵.

Dans le même temps, l'idée de l'individualisation des restrictions fait partie de la politique de motivation et de privilèges (IEP, Incentives and Earned Privileges policy) qui est assez ambiguë tant du point de vue des droits de l'homme que du point de vue de son sens pratique.

¹²⁰² Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Prison law*. 4th ed., New York, Oxford University Press, 2008, p. 21.

¹²⁰³ Loucks N., *Prison Rules: A Working Guide*. The Millennium edition, fully revised and updated, London, Prison Reform Trust, 2000, p. 92.

¹²⁰⁴ R (Graham) v Secretary of State for Justice (2007); R (Allen) v Secretary of State for Justice (2008).

¹²⁰⁵ Easton S., *Ibid*, p. 34; Livingstone S., Owen T., Macdonald A., *Ibid*, p. 321.

3.3.2. Politique de motivation et de privilèges

Cette politique a des racines profondes dans l'histoire anglaise, bien qu'elle ne soit apparue au sens moderne que vers la fin du XX^{ème} siècle.

Le premier système détaillé de motivation et de privilèges fut développé par le commandant de la colonie punitive de l'Île Norfolk, Alexander Maconochie. Il est connu aussi comme "Système des notes" (marks system). Le système prévoyait pour les détenus, moyennant un comportement exemplaire et un travail dur, la possibilité de progresser depuis le régime initial qui imposait des restrictions maximales et la détention en isolement vers des conditions améliorées avec possibilité de communiquer dans la journée et d'être finalement libéré sous surveillance. Le système des notes eut une forte influence sur la réforme pénitentiaire en Europe et aux États-Unis. Il subit des modifications avant de passer, en 1949, à un système nouveau "de révision des niveaux du régime" qui rejeta la partie essentielle du système des notes, tout en gardant son sens: la progression au cours de la détention. L'un des exemples les plus connus de l'approche motivante des temps modernes est fourni par le système de Borstal qui exista de 1906 à 1982¹²⁰⁶.

Sous son aspect actuel, la politique de motivation et de privilèges fut mise en œuvre en 1995. Elle eut pour objectif de motiver les détenus au travail, à un comportement responsable, et en vue de la création d'un environnement plus discipliné et mieux contrôlé des détenus et du personnel¹²⁰⁷.

L'essence de cette politique diffère du système des notes, principalement par le fait qu'elle se concentre, non pas sur le changement de régime, mais sur l'acquisition et la perte par les détenus de droits spécifiques. Ce sont, par exemple, la permission de conserver une somme d'argent, des visites complémentaires et améliorées, le port de leurs propres vêtements, l'augmentation du temps passé hors de la cellule, l'usage de la télévision dans la cellule, l'utilisation de jeux vidéo, etc. Ces droits peuvent être accordés ou retirés selon le comportement et le travail du détenu. L'étendue de ces droits dépend du niveau attribué au détenu: basique ; initial ; standard ; ou amélioré. Le niveau amélioré procure beaucoup plus de

¹²⁰⁶ Liebling A., Bosworth M., Incentives in Prison Regimes: A Review of the Literature, Prison Service Journal, 1994, n° 98, p. 58.

¹²⁰⁷ Khan Z., An Exploration of Prisoners' Perceptions of the Incentives and Earned Privileges (IEP) Scheme: The Role of Legitimacy, Prison Service Journal, 2016, n° 227, p. 11.

privilèges que celui de base. Le tableau ci-dessous¹²⁰⁸ présente les distinctions d'après l'exemple de la disposition des sommes d'argent pouvant être dépensées par les détenus en semaine¹²⁰⁹:

Niveau	Non condamnés	Condamnés
Base	£22.00	£4.00
Initial	£35.00	£10.00
Standard	£47.50	£15.50
Amélioré	£51.00	£25.50

Il apparaît ainsi que, selon leur comportement, les détenus peuvent acquérir ou perdre des droits en passant d'un niveau à un autre¹²¹⁰. Dans certains cas, ils bénéficient d'un niveau de droits dit de base, invariable, lorsqu'ils ont droit à un nombre fixe de visites qui ne pourraient pas être interdites totalement.

S'agissant de l'application des restrictions des droits, la différence principale et l'inconvénient du système britannique par rapport à l'approche ordinairement pratiquée en Europe, consiste en ce que l'approche européenne prévoit un nombre de droits (surtout les droits aux contacts avec l'extérieur) qui sont garantis et ne doivent pas "être mérités". L'on sait que lorsqu'un droit ne peut pas être accordé, il y a tendance à le remplacer par des privilèges, ce qui rend imprécis le statut du détenu¹²¹¹. Le système de privilèges britannique comporte des restrictions dès le début, et, selon le comportement de l'individu, elles peuvent être supprimées, alors que, dans le cas du système européen ordinaire, ces droits existent initialement, les restrictions étant appliquées selon le comportement des détenus. Il y a ainsi

¹²⁰⁸ Le tableau est inclus au 9.16 de l'Instruction du Service pénitentiaire relative à la motivation et aux privilèges acquis (Instruction on Incentives and Earned Privileges) du 24 août 2015 (PSI 30/2013).

¹²⁰⁹ Les sommes disponibles déterminent la possibilité et la durée des communications téléphoniques autorisées.

¹²¹⁰ Il convient de remarquer comment le Service pénitentiaire fait la différence entre le système disciplinaire et le système de privilèges: alors que le premier vise au "maintien de l'ordre et de la discipline par application de sanctions pour des incidents", le second "se distingue par une tendance au redressement, à une activité concrète et au bon comportement". Il peut y avoir ainsi des cas où le comportement entraîne et l'application de sanctions et le changement du régime de privilèges (par. 8.1 de l'Instruction du Service pénitentiaire relative à la motivation et aux privilèges acquis du 24 août 2015 (PSI 30/2013).

¹²¹¹ Vacheret M., Lemire G., Anatomie de la prison contemporaine. Deuxième édition, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 2007, p. 176.

deux approches opposées de la vision des restrictions des droits: motivation positive et négative.

Le fonctionnement réel du système de privilèges a été étudié par les spécialistes britanniques. Leurs études fournissent beaucoup d'arguments contre ce système, mais ils n'invitent pas à le supprimer et à adopter l'approche ordinaire. Dans le système de privilèges, le fait de "mériter" des droits est une chose qui va de soi. L'idée que les détenues ne méritent pas des droits, mais qu'ils se moyennent selon un bon comportement est très ancrée dans l'esprit des politiques et de la société britannique¹²¹². Ainsi que le fait noter M. Herzog-Evans, ils seraient à peine capables d'imaginer une approche différente¹²¹³.

Pourtant, le système suscite nombre de reproches, ses résultats pratiques étant modestes ou totalement absents pour ne pas dire plus.

En 1994, Alison Liebling et Mary Bosworth de l'Institut de criminologie de Cambridge, travaillant dans le cadre du Projet spécial du Service pénitentiaire, réalisèrent une analyse des études portant sur les approches du régime basées sur la motivation. Les résultats de leurs travaux furent réunis dans un rapport à la conclusion catégorique: le système de motivation (et, partant, celui de privilèges – N.D.L.A.) était un échec¹²¹⁴. Ainsi qu'il ressort de leur travail, l'une des causes principales de cet échec résidait dans la conception simpliste du comportement humain dans le cadre du système de motivation, ainsi que dans l'absence de buts précis du système. La conception simpliste du comportement humain se traduisait par une surévaluation des possibilités de la théorie du choix rationnel¹²¹⁵, sur laquelle se fonde directement le système de motivation. Selon les auteurs, les études montrèrent que les détenus pouvaient réagir d'une manière plus complexe et moins attendue que ce que suppose la théorie du choix rationnel, en raison de quoi les motivations pouvaient avoir des conséquences paradoxales et inattendues. Dans ces conditions, l'approche simpliste pourrait même produire en effet "de ricochet"¹²¹⁶ en donnant des résultats contraires.

En 1999, l'équipe de l'Institut de criminologie de Cambridge termina sa mission¹²¹⁷

¹²¹² Easton S., *Protecting Prisoners: the Impact of International Human Rights Law on the Treatment of Prisoners in the United Kingdom*, *The Prison Journal*, 2013, n° 93, p. 489.

¹²¹³ Correspondance personnelle avec la prof. M. Herzog-Evans (message électronique du 10.06.2014).

¹²¹⁴ Liebling A., Bosworth M. *Incentives in Prison Regimes: A Review of the Literature*, *Prison Service Journal*, 1994, n° 98, p. 57, 63.

¹²¹⁵ Selon cette théorie, l'homme choisit le comportement social plus avantageux du point de vue de ce qu'il préfère.

¹²¹⁶ Liebling A., Bosworth M., *Ibid*, p. 63.

¹²¹⁷ Les spécialistes furent sollicités officiellement par le Service pénitentiaire.

d'évaluation du fonctionnement pratique du nouveau Système de motivation et de privilèges mis en œuvre en 1995. Leur rapport¹²¹⁸ avec ses principaux résultats¹²¹⁹ présentait les conclusions essentielles suivantes:

- L'application du système de motivation et de privilèges était sensiblement différente d'un établissement à l'autre. Des contradictions notables furent constatées entre les exigences formelles relatives à son application et la pratique;

- Le système de motivation et de privilèges ne révéla d'amélioration dans aucun des dix domaines étudiés¹²²⁰. Bien plus, il fut constaté une baisse générale de l'évaluation par les détenus de l'équité du personnel, de leurs rapports avec le personnel, de l'équité du régime, de la cohérence du comportement, des progrès en prison. Il est à ajouter que les chercheurs évaluaient non seulement la vision des progrès par les détenus, mais aussi des facteurs objectifs. Ils constatèrent que l'information relative aux agressions et aux coups et blessures causées par les détenus n'avait pas révélé d'améliorations sensibles;

- Le personnel pénitentiaire avait accueilli d'une manière très positive la mise en place du système de motivation et de privilèges. De l'avis du personnel, c'était un instrument utile, qui lui permettait de venir à bout des problèmes de détenus, sans y consacrer beaucoup de temps. L'étude montra que le système de privilèges contribuait à améliorer la confiance en soi du personnel et le contrôle, les détenus ayant moins de possibilités d'intimider le personnel. La raison principale d'une telle attitude du personnel s'expliquait par le fait qu'il obtenait ainsi beaucoup plus de pouvoir discrétionnaire qu'avant. Le même avis était partagé par les détenus qui observaient un net accroissement du pouvoir du personnel¹²²¹. Par ailleurs, l'usage de ce pouvoir était assez problématique du point de vue de son application équitable et de la légitimité des décisions. Malgré le fait que les détenus considéraient le système de privilèges lui-même comme équitable, sa mise en œuvre posait des problèmes de légitimité.

Dans l'ensemble, ainsi que le fit plus tard remarquer Liebling, l'analyse du système de

¹²¹⁸ An evaluation of incentives and earned privileges, an unpublished final report to the Prison Service by Alison Liebling, Grant Muir, Gerry Rose and Anthony Bottoms (non-published).

¹²¹⁹ Incentives and earned privileges for prisoners - an evaluation. Alison Liebling, Grant Muir, Gerry Rose and Anthony Bottoms. Home Office Research, Development and Statistics Directorate. Research Findings, No. 87, 1999 (non-published).

¹²²⁰ Évaluation du système par les détenus, leur auto-évaluation en termes du comportement et de la perception de l'organisation du régime, des conditions de détention, des rapports avec le personnel, de l'équité du personnel, de l'équité du régime, de la cohérence du et de l'intelligibilité du comportement, des progrès en prison, de la participation aux actions sociales.

¹²²¹ Liebling A., Incentives and Earned Privileges Revisited: Fairness, Discretion, and the Quality of Prison Life, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2008, Vol. 9, p. 33.

motivation et de privilèges révéla ses nombreux inconvénients dans le comportement des détenus et dans leur attitude vis-à-vis du personnel. Ce dernier se servait des règles de ce système lorsqu'il ne parvenait pas à remplir ses missions au cours des contacts courants¹²²², l'usage excessif de ces règles attestant généralement des rapports distancés et mauvais du personnel avec les détenus et inversement¹²²³.

Les conclusions de l'étude révèlent que la vision britannique spécifique de l'individualisation des restrictions pêche par des défauts importants. Le principal d'entre eux consiste en un pouvoir discrétionnaire excessif de l'administration pénitentiaire qui conduit les détenus à appréhender le processus d'exécution de leur peine comme injuste. La mise en œuvre de la possibilité de supprimer les privilèges engendre une mise à distance entre les détenus et le personnel¹²²⁴. Finalement, ces mécanismes ne contribuent pas à une bonne organisation de l'ordre, sans parler du respect des droits de l'homme.

Cet avis est confirmé par une étude qualitative récente relative à l'appréhension par les détenus du système de motivation et de privilèges¹²²⁵. Son auteur illustre la délégitimation de ce système en tant que conséquence des défauts de la justice procédurale sur ses deux aspects: l'objectivité dans le traitement et le respect.

Mises à part quelques exceptions, les détenus rapportaient un pouvoir discrétionnaire excessif de l'autorité pénitentiaire, l'abus de pouvoirs en matière de motivation et de privilèges en tant qu'instrument de contrôle¹²²⁶. Une telle appréhension révèle le caractère problématique du système, qui est loin de favoriser une amélioration des rapports entre le personnel et les détenus. Outre ceci, son influence sur la vie pénitentiaire est beaucoup plus importante qu'il n'en ressort des règles pénitentiaires officielles¹²²⁷.

Professeur Vander Beken, dans son livre sur un voyage contemporain dans les pays visités par John Howard à son époque, critique le système britannique de motivation et privilèges¹²²⁸. Selon lui, dans ce système, l'égalité même des détenus peut être mise en cause. La perte du bénéfice des conditions communes n'intervient pas suite à une sanction

¹²²² Ibid, p. 25.

¹²²³ Ibid, p. 34.

¹²²⁴ Liebling A., *Prisons and Their Moral Performance: A Study of Values, Quality, and Prison Life* (assisted by Arnold H.), Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 138.

¹²²⁵ Khan Z., *An Exploration of Prisoners' Perceptions of the Incentives and Earned Privileges (IEP) Scheme: The Role of Legitimacy*, *Prison Service Journal*, 2016, n° 227, p. 11-16.

¹²²⁶ Ibid, p. 14-16.

¹²²⁷ Ibid, p. 16.

¹²²⁸ Vander Beken T., *The Role of Prison in Europe : Travelling in the Footsteps of John Howard*, London, Palgrave Macmillan, 2016, p. 28-29.

disciplinaire, comme on aurait pu le supposer, mais le régime favorable doit être mérité. Il est même possible de reconnaître quel est le statut (régime) du détenu d'après ses vêtements¹²²⁹.

L'approche britannique des droits en tant que privilèges démontre ainsi un autre aspect de l'individualisation des restrictions où le détenu dispose d'un minimum de droits qui pourrait être élargi sous réserve de son comportement positif (« approche positive »). Par contre, la compréhension de l'individualisation habituelle pour nous suppose que l'individu jouisse d'un nombre large et standardisé de droits qui pourrait être restreint au cas où le détenu ferait preuve d'un comportement négatif qui est confirmé par l'évaluation individuelle des risques (« approche négative »).

Le détenu peut se voir accorder des droits supplémentaires, mais qui seraient rajoutés au nombre minimal standardisé des droits¹²³⁰. Ceci rappelle la thèse selon laquelle l'évaluation des risques au cours de l'exécution de la peine pourrait entraîner des punitions encore plus sévères pour les détenus déjà placés en situation désavantageuse¹²³¹. L'individualisation de l'exécution de la peine et des restrictions peut donc être opérée de deux manières opposées.

Nous pouvons douter, par ailleurs, de l'approche « négative » citée, classique pour l'Europe, qui peut souffrir de problèmes similaires à l'approche britannique « positive ». Le fait pour le personnel de disposer d'une marge d'appréciation en matière de restriction des droits suscitera toujours une indignation contre l'injustice. Reste alors à déterminer laquelle des deux approches attribue le pouvoir discrétionnaire qui serait mieux appréhendé par les détenus, laquelle d'entre elles est "plus légitime" à leurs yeux? La comparaison de ces deux approches sous l'angle de la justice procédurale devrait faire l'objet d'études futures.

¹²²⁹ Ibid, p. 29.

¹²³⁰ L'existence d'un nombre de droits de base n'exclut pas pour autant l'application du système de privilèges. Voir l'exemple d'une prison d'Australie: Rynne J., Protection of Prisoners' Rights in Australian Private Prisons, *in* Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons, ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 135.

¹²³¹ Trotter C., Effective Work with Offenders, *in* Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice. Sous la direction de P. Mbanzoulou et M. Herzog-Evans et S. Courtine, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 117.

Conclusion du chapitre 3.3

Depuis l'époque de Jeremy Bentham, l'approche britannique à l'égard des restrictions de droits a visé à la minimisation des effets négatifs de l'emprisonnement et de la répression pénale. Néanmoins, les juges ne commencèrent à intervenir dans les affaires pénitentiaires que sous l'influence de la montée du mouvement américain pour les droits des détenus dans les années 1960-1970.

Les spécialistes britanniques du droit reconnaissent, pour la plupart, l'imperfection des approches des droits des détenus en Grande-Bretagne. La minimisation des restrictions aux droits n'est pas appréhendée sans ambiguïté tant par les pouvoirs publics que par l'opinion publique.

La norme la plus connue dont usent les juges de ce pays a été formulée dans l'arrêt *Raymond v. Honey*. La Cour y a signifié que les détenus conservaient tous les droits civils dont ils n'avaient pas été privés expressément ou nécessairement du fait de l'emprisonnement. La norme qui devait manifestement stimuler des progrès en matière de restriction des droits subit des critiques pour son défaut de clarté. Elle sert de base habituelle à des jugements rendus non en faveur des détenus, parce qu'elle fournit des fondements pour un pouvoir discrétionnaire considérable des fonctionnaires pénitentiaires. L'idée des restrictions de fait contenue dans cet arrêt a été critiquée pour son imprécision et son inconvénient dans la garantie du bien-fondé des restrictions.

Avec le temps, la jurisprudence s'est de plus en plus tournée vers la norme de la proportionnalité, essentiellement sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH. La législation a elle aussi subi des modifications en conséquence.

Le droit britannique révèle, d'autre part, une certaine influence de l'idée relative à la nécessité de l'individualisation des restrictions en tant que fondement de leur justification. Cette approche présente, cependant, une vision assez spécifique, qui ne se fonde pas sur les normes de la CEDH en la matière, mais sur la tradition juridique nationale: l'application des restrictions en tant qu'outil de motivation/contention du comportement des détenus. Les détenus acquièrent et perdent des droits selon leur comportement, alors que l'individualisation, au sens de la CEDH, ne suppose normalement que la limitation de droits existants dont l'imposition ne saurait découler d'un comportement négatif. Souvent, les restrictions des droits existent dès le début et l'individualisation se traduit alors par leur suppression méritée en raison d'un comportement convenable. Les spécialistes ayant étudié ce

système, dénommé système de motivation et de privilèges, en arrivèrent à des conclusions assez négatives à propos de son utilité.

3.4. Canada

3.4.1. Loi pénitentiaire

La Loi canadienne sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC), dénommée ci-après Loi, entra en vigueur en 1992. Elle était censée préciser les normes prévues par la Charte canadienne des droits et libertés (1982)¹²³² aux fins de leur application dans le domaine pénitentiaire¹²³³. La Loi définit nombre de principes de fonctionnement du service pénitentiaires dont une partie concerne directement la mise en œuvre de restrictions de droits.

Cette partie a suscité, à maintes reprises, des débats animés dans les milieux d'experts canadiens. Le service correctionnel du Canada a tenté à plusieurs reprises de modifier certaines normes de restrictions de droits, figurant dans la loi, qui avaient été élaborées par la jurisprudence et passent pour être un exemple de l'attitude libérale des juges à l'égard des détenus. Malgré l'opposition des experts et de l'opinion publique, les normes ont toutefois été réformées, mais d'une façon plus souple que ne l'exigeait le Service correctionnel. Le processus de cette survie de la norme canadienne des restrictions n'a pas affecté son caractère progressiste. Nous le devons, à notre avis, à la position ferme du public et aussi au fait que la norme a été élaborée à partir des travaux des scientifiques et du Groupe de travail spécial dans les années 1970-80¹²³⁴ pour être ensuite améliorée de manière importante par la jurisprudence.

3.4.1.1. Groupe de travail

Les idées du groupe de travail s'appuyaient sur une réduction du pouvoir de l'administration pénitentiaire en matière de restrictions des droits des détenus. Les autorités

¹²³² La Charte canadienne des droits et libertés.

¹²³³ Kerr L., *Contesting Expertise in Prison Law*, McGill Law Journal, Revue de droit de McGill, 2014, n° 60/1, p. 53.

¹²³⁴ Il est à noter spécialement l'action du Groupe de travail qui travaillait sous les auspices du Solliciteur général du Canada en 1986 - 1988 et comprenait des représentants du Service correctionnel, de la Commission nationale à la mise en liberté sous condition et du Cabinet du Ministre du Solliciteur général. Ces travaux servirent de base pour la future Loi sur le système correctionnel. Voir sur les restrictions des droits les documents du Groupe de travail: *Correctional Law Review, Working Group, "Correctional Authority and Inmate Rights"* [Working Paper No. 5], Ottawa, Solicitor General of Canada, 1987.

pénitentiaires devaient justifier toutes les restrictions des droits et libertés des délinquants, sauf la liberté de circulation. Il était considéré que l'incarcération, ainsi que la responsabilité de l'établissement pour le maintien de la sécurité et d'une bonne organisation de l'environnement, justifiait elle-même les interventions dans les droits ou les contraintes à l'égard des délinquants qui pourraient être évités aux citoyens ordinaires. Cependant, l'exigence fondamentale était que les restrictions concernées fussent justifiées par des considérations nécessaires légitimes ou institutionnelles¹²³⁵. Se référant aux conclusions de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Solosky v. the Queen*¹²³⁶, il fut admis que les restrictions ne devaient pas être simplement justifiées, mais "manifestement justifiées". Elles ne pouvaient pas être arbitraires et elles devaient constituer un effet nécessaire de la peine privative de liberté¹²³⁷.

La partie III "Énoncé d'objet et de principes pour le système correctionnel", du Document de travail n° 1 intitulé "La philosophie correctionnelle", consacre un grand nombre de principes relatifs aux restrictions des droits des détenus. Nous verrons, par la suite, que les principes modernes qui concernent les limitations des droits des détenus et qui sont inclus dans la Loi reflètent directement ceux qui ont été fixés dans le Document de travail n° 1. Dans certains cas, les idées du Groupe de travail relatives aux principes de restriction des droits ont été presque littéralement transcrites.

Dès le début du chapitre portant sur les principes, les auteurs du document laissent entendre quels devraient être ces principes: "À partir de notre postulat que la détention est punitive par sa nature même, quels doivent être les principes qui permettent de déterminer le niveau de sanction requis?"¹²³⁸. Il semble que, pour ces auteurs, l'incarcération reste une limitation suffisante par nature.

Le Groupe de travail propose ensuite les principes suivants¹²³⁹:

- " Les individus qui sont sous le coup d'une sentence conservent tous les droits et privilèges des membres de la société, à l'exception de ceux qui leur sont retirés ou limités du fait même de la détention. Ces droits et privilèges, de même que toute restriction qui les affecte, doivent être exposés clairement et simplement dans la loi" (Principe 1). D'après les auteurs, ce principe exerce une influence directe sur les pratiques des établissements. Les

¹²³⁵ Correctional Law Review, Working Group, "Correctional Authority and Inmate Rights" [Working Paper No. 5], Ibid, p. 26.

¹²³⁶ *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

¹²³⁷ Correctional Law Review, Ibid, p. 32.

¹²³⁸ Ibid, p. 32.

¹²³⁹ Ibid, p. 32-35.

autorités pénitentiaires doivent examiner chaque restriction applicable au détenu pour déterminer si elle est nécessaire à la protection de la société ou bien au bon fonctionnement et à la sécurité de l'établissement et pas seulement pour satisfaire les besoins administratifs. Il convient ainsi de prendre pour point de départ le fait que le délinquant conserve tous les droits du citoyen normal, comme, par exemple, le droit d'aller et venir. Le principe 1 dispose que ce droit ne pas être limité davantage que nécessaire pour maintenir la sécurité dans l'établissement, ainsi que pour la bonne administration du système correctionnel.

- "La peine se limite à la perte de liberté, à la restriction des déplacements ou à toute autre mesure légale prescrite par le tribunal. Aucune peine supplémentaire ne doit être imposée par les autorités carcérales à l'égard de l'infraction commise par un individu" (principe 2). Les auteurs ont toutefois admis que ce principe peut faire obstacle aux pratiques disciplinaires, ce qui les a contraints à introduire un principe complémentaire (principe 3) énonçant que toute peine ou perte de liberté résultant d'une violation, par le détenu, des règles de l'établissement doit être imposée conformément à la loi. Notons que l'idée maîtresse du principe 2 consiste à réduire au minimum les restrictions non nécessaires.

- "Dans l'application de la peine, les mesures les moins restrictives doivent être prises de manière à répondre aux exigences de la loi, tout en tenant compte de la nécessité d'assurer la protection du public, ainsi que la sécurité et l'ordre dans l'établissement" (principe 4). Ce principe, pris avec les autres, a pour effet de faire peser sur les services correctionnels le fardeau de la preuve des raisons pour lesquelles les conditions d'un milieu carcéral donné ne doivent pas, dans l'ensemble ou à l'égard d'un détenu en particulier, se rapprocher des conditions et des libertés dont jouit la société en général. S'il existe deux moyens d'atteindre le même but, c'est le moyen le moins sévère qui doit alors être choisi.

Citons à titre d'illustration la situation dans laquelle, pour prévenir les évasions, le détenu est obligé à se raser constamment, ceci étant nécessaire à l'identification à l'aide de la photo qui est prise au moment de l'admission dans l'établissement. Or, il existe un autre moyen: prendre la photo avec et sans poils au visage avant d'autoriser le port de la barbe ou de la moustache. Le même principe peut s'appliquer à des questions plus importantes telles que le choix du programme individuel de traitement et la détermination des conditions de mise en liberté sous condition. Les auteurs reconnaissent la nécessité d'user du pouvoir discrétionnaire, qui peut être aussi bien contraignant que nécessaire. Cependant, la condition principale consiste à déterminer clairement les conditions d'utilisation des pouvoirs discrétionnaires, ce qui peut être fait, en partie, en définissant avec précision les objectifs et les principes de prise des décisions. Parmi les impératifs l'on trouve la bonne motivation des

décisions concernant les droits, ainsi que la possibilité, accordée aux personnes concernées, de se prononcer à propos de telles décisions et celle du recours convenable auprès des autorités compétentes.

Le Groupe de travail a attaché une importance particulière à ce que les restrictions soient fixées par la loi et non par des normes réglementaires. Cet impératif était spécialement souligné dans le contexte des limitations des droits prévues par la Charte, qui exigeait la détermination des restrictions au niveau de la loi. Il a, d'autre part, été observé, que les détenus devaient être informés des restrictions pouvant leur être légalement appliquées et qu'ils devaient les comprendre. Cela concernait aussi leurs droits et devoirs, le personnel devant connaître sa responsabilité et ses obligations, de même que l'étendue de ses propres pouvoirs¹²⁴⁰.

Un accent particulier a été mis sur les principes énoncés. Soulignons que le principe selon lequel les détenus ne perdent pas "le droit d'avoir des droits" est reconnu par le droit canadien. Le principe de conservation de droits par les détenus et celui de nécessité minimale des restrictions ont été reconnus par la Cour suprême avant la Charte dans l'affaire *R. v. Solosky*¹²⁴¹. Une idée importante pour la vision des droits repose sur le fait que ce n'est pas l'exercice des droits, mais leurs restrictions, qui doivent être justifiées. Or, les restrictions justifiées sont celles qui sont nécessaires à la réalisation de l'objectif correctionnel et qui sont minimales¹²⁴². Dans le même temps, en déterminant l'ampleur des pouvoirs du personnel carcéral, il convient de prendre en compte le fait que les droits et libertés des détenus ne peuvent être limités que dans la mesure nécessaire pour garantir la sécurité et la santé des personnes, ainsi que la sécurité de l'établissement. En outre, la conservation des droits est indispensable pour atteindre l'objectif à long terme de réinsertion et de mode de vie respectueux de la loi¹²⁴³.

En ce qui concerne des droits particuliers, le Groupe de travail s'en est tenu aux idées qu'il avait formulées dans les principes généraux des restrictions. Il s'agissait de faire en sorte que les restrictions fussent minimales et qu'elles correspondissent raisonnablement aux considérations de sécurité.

Un bon exemple est celui du droit à la correspondance écrite. S'appuyant sur l'expérience positive étrangère en matière de suppression de la censure du courrier des

¹²⁴⁰ Ibid, p. 187.

¹²⁴¹ *R. v. Solosky* [1980], 50 C.C.C. (2d) 495 (S.C.C.).

¹²⁴² *Correctional Law Review*, Ibid, p. 188.

¹²⁴³ Ibid, p. 188-192.

détenus et en observant que le souci principal provenait, en pratique, non du contenu de la correspondance, mais du contenu des enveloppes, les experts proposaient une approche assez libérale vis-à-vis des limitations de ce droit. Il était proposé que les détenus puissent désigner leur représentant pour suivre le contrôle de la correspondance, d'assister ainsi à la saisie d'objets interdits et de lui permettre d'être témoin de la non-application de la lecture et de la censure. Le courrier entrant pourrait être vérifié sans être lu. Le courrier à expédier pourrait être envoyé en étant cacheté et ne devrait pas être ouvert en règle générale sauf s'il existait des motifs justifiés de considérer que l'enveloppe contenait un objet susceptible de menacer la sécurité publique ou représentait la preuve d'un délit. Le cas échéant, la lecture ne devait pas plus être autorisée, et un représentant des détenus devrait être présent, l'expéditeur devant être informé sur les motifs d'une telle restriction de son droit.

De même, les motifs devraient être notifiés en cas de limitation d'autres droits, tels que le droit à l'information et, notamment, le droit de recevoir et de lire certains types de publications¹²⁴⁴. Cette dernière restriction n'était admissible que pour des motifs justifiés proposés par les experts. L'introduction de publications dans l'établissement pouvait être interdite lorsque: a) Elles contrevenaient à la législation régissant les publications; b) Elles décrivaient des violences excessives et/ou des agressions qui pourraient inciter les détenus à la violence; c) Elles contenaient des informations sur la fabrication d'armes ou la commission d'actes criminels.

La vision des limitations du droit aux visites fut présentée d'une manière semblable. Il fut proposé d'accorder à tous les détenus le droit de recevoir des visites des personnes qu'ils souhaitent. Les visites pourraient être refusées ou suspendues, s'il existait des raisons justifiées de penser que des motifs immédiats de sécurité l'exigeaient et que les restrictions ordinaires aux modalités des visites ne pourraient pas prévenir le risque couru, lorsque le détenu ou le visiteur se comportaient pendant la visite d'une façon qui contrevenait aux normes de comportement convenable dans un lieu public. La surveillance des visites (y compris en vidéo et écoute) ne serait permise que s'il y avait des signes de menace à la sécurité de l'établissement et sur autorisation du directeur d'établissement. La règle générale n'autoriserait pas non plus les cloisons pendant la visite, à l'exception des cas où un tel obstacle serait nécessaire pour la sécurité de l'établissement ou des personnes et lorsque les mesures moins contraignantes (par exemple la fouille) ne seraient pas suffisantes. Les motifs de la restriction du droit aux visites devraient être communiqués au détenu concerné¹²⁴⁵. Il

¹²⁴⁴ Ibid, p. 248-249.

¹²⁴⁵ Ibid, p. 254-255.

apparaît donc que les propositions mettaient surtout l'accent sur *les aspects procéduraux de la justification des restrictions*. Ces propositions gardent leur actualité sur beaucoup de points, des idées similaires étant suggérées dans des normes internationales (comme par exemple les normes de limitation de droits du CPT du Conseil de l'Europe).

Le droit de réunion pouvait être limité pour des considérations de sécurité. La restriction pouvait porter sur la désignation d'un observateur sélectionné parmi les employés de l'établissement (les détenus pouvant être consultés, le cas échéant), ainsi que sur l'interdiction de réunions. Le droit d'association des détenus pouvait être limité en interdisant de s'associer à certains détenus en cas de menace à la sécurité de l'établissement, à la sécurité publique ou si le détenu concerné abusait de son état de membre de l'organisation pour atteindre des buts non compatibles avec la sécurité de l'établissement. Une telle restriction, tout comme les cas décrits plus haut, devait être imposée par une décision motivée communiquée au détenu, ce dernier pouvant faire valoir son point de vue¹²⁴⁶.

La question de la régulation des limitations des droits religieux bénéficia d'une approche encore plus prudente. Il était observé que ces droits ne pouvaient être limités qu'en raison de "préoccupations immédiates et pressantes en ce qui concerne la sécurité de l'établissement". La nécessité "pressante" servait de motif particulier pour donner des garanties complémentaires à la justification des restrictions¹²⁴⁷.

Les études du groupe de travail avaient ceci d'important, qu'il convenait non seulement de fixer des droits, mais aussi d'établir l'ordre et le cadre de sa restriction avec prudence. Le groupe de travail prêtait davantage attention aux modalités d'exercice du droit, de même qu'aux motifs et à la procédure de sa limitation. C'est cet aspect-là qui procura à ce texte son caractère raisonnable.

Les experts réussirent à élaborer aussi bien une approche généralisée à l'égard de la restriction de tous les droits, que celle visant des droits particuliers et, ce, en dépit des difficultés qu'il pouvait y avoir à prévoir les situations et problèmes concrets pouvant surgir au cours de l'exercice de ces droits, surtout en ce qui concernait leur restriction et leur équilibre avec les besoins institutionnels. Leur réalisation principale fut de se focaliser sur la nature spécifique de chaque droit et de son exercice. Ceci permit de mieux adapter la clause limitative à l'impératif spécifique de mise en équilibre du droit et des préoccupations de sécurité et d'ordre.

¹²⁴⁶ Ibid, p. 257-258.

¹²⁴⁷ Ibid, p. 260-261.

Il convient d'insister, par ailleurs, sur la portée pratique de la détermination des garanties en matière d'application de restrictions de droits. Relevons notamment l'obligation de la communication écrite au détenu des motifs de la mesure restrictive le concernant, la possibilité pour l'intéressé de faire valoir ses observations à propos de cette décision, de même que l'accent mis sur les modalités de recours¹²⁴⁸. Il est évident que le processus de limitation des droits des détenus, malgré sa nature "conflictuelle", a plutôt été, pour les experts, une question de concertation et non de confrontation. Ils ont clairement mis toutes ces garanties en rapport avec les questions de la légitimité de la démarche décisionnelle en tant que gage de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement.

En analysant la législation pénitentiaire actuelle du Canada à la lumière des propositions évoquées du groupe de travail, nous notons la forte influence de ses idées. Nombre de ses propositions ont été transposées presque littéralement dans la Loi et dans son Règlement d'application¹²⁴⁹.

3.4.1.2. Limitations dans la Loi

Dès le début de l'analyse de la Loi, il convient de dégager le principe selon lequel "le délinquant continue à jouir des droits reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou la restriction légitime est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée" (art. 4, d). Il présente un lien notable avec un autre principe, aux termes duquel le service pénitentiaire "prend les mesures qui, compte tenu de la protection de la société, des agents et des délinquants, ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire et proportionnel aux objectifs de la présente Loi"¹²⁵⁰ (art. 4, c). D'une part, la Loi autorise les restrictions qui sont proches des restrictions de fait, soient celles qui sont la conséquence nécessaire de la peine infligée, tout en les limitant, d'autre part, par le principe de proportionnalité.

Ces principes trouvent leur prolongement dans d'autres normes de la Loi. C'est ainsi que l'article 28 signifie que le Service doit s'assurer, dans la mesure du possible, que le pénitencier dans lequel est incarcéré le détenu constitue un milieu où seules existent les

¹²⁴⁸ D'importantes parties des Documents de travail sont consacrées à cette question.

¹²⁴⁹ Corrections and Conditional Release Regulations (SOR/92-620).

¹²⁵⁰ La Loi ne contient pas de normes définissant ses propres objectifs. Toutefois le Service correctionnel du Canada interprète ces objectifs comme devant contribuer à la justice, la paix et la sécurité de la société ainsi qu'à faciliter la réhabilitation et la réinsertion des délinquants (Corrections and Conditional Release Act Guiding Principles (Canada), disponible sur : http://www.csc-scc.gc.ca/acts-and-regulations/005006-1003-eng.shtml#_4 (accédé le 26.11.2016)).

restrictions nécessaires à la lumière des éléments suivants:

- a) Le degré de garde et de surveillance nécessaire à la sécurité du public, à celle du pénitencier, des personnes qui s'y trouvent;
- b) La facilité d'accès à la collectivité à laquelle il appartient, à sa famille et à un milieu culturel et linguistique compatible;
- c) L'existence de programmes et services qui lui conviennent et sa volonté d'y participer.

Il convient de souligner que les principes généraux de limitation de droits, cités plus haut, ont été récemment modifiés. Ils diffèrent à présent sensiblement des dispositions antérieures. Les modifications apportées marquent une régression considérable survenue dans le cadre régulateur canadien relatif aux restrictions des droits et, notamment, concernant la nécessaire justification de la proportionnalité des restrictions appliquées. Ainsi qu'il ressort de notre analyse, ces modifications se manifestent par un abaissement des normes par rapport aux précédentes, ce qui s'explique par l'influence des préoccupations pratiques de l'administration pénitentiaire.

La loi prévoyait auparavant que les mesures nécessaires à la protection de la société, des agents et des délinquants eux-mêmes devaient être, autant que possible, moins restrictives (ancienne rédaction de l'article 4d). À présent, ces mesures ne doivent pas aller "au-delà de ce qui est nécessaire et proportionnels aux objectifs de la loi" (4 c). Le même changement de formulations a été subi par l'article 101 (c), qui détermine le principe d'action des commissions des libérations conditionnelles.

Alors qu'antérieurement le lieu de détention devait être aussi peu restrictif que possible, il ne s'agit désormais que d'un "milieu où seules existent les restrictions nécessaires" (art. 28).

Ces changements, insignifiants à première vue, cachent en vérité le souci d'alléger le fonctionnement de l'administration pénitentiaire. La minimalité de la restriction est perçue comme une formulation plus exigeante que la proportionnalité, bien que celle-ci comprenne la minimalité. La différence consiste dans l'accent mis sur le fait que les restrictions dans le cadre de la minimalité doivent être aussi minimales que possible alors que la proportionnalité des restrictions prévoit que les restrictions ne doivent pas être plus contraignantes qu'il n'est nécessaire pour atteindre l'objectif posé.

D'autre part, le principe de proportionnalité comporte une exigence implicite, qui veut

que, non seulement, les restrictions doivent être minimales, mais encore que l'administration pénitentiaire fournisse les arguments voulus et justifie l'absence de mesure moins restrictive dans chaque cas d'espèce. Cette opposition de l'administration pénitentiaire canadienne ne surprend pas, puisqu'elle estime qu'accorder aux détenus "trop de droits" limite sa capacité d'administrer efficacement les prisons du point de vue de la sécurité¹²⁵¹.

D'un autre côté, la vision canadienne du principe de proportionnalité pose que: 1) Une sanction ne doit pas être arbitraire et elle doit être appliquée avec prudence pour atteindre les objectifs qui sont rationnellement liés à elle; 2) La sanction doit le moins possible affecter un droit; 3) La sanction restrictive et son objectif doivent avoir entre eux un rapport de proportionnalité: plus négatifs sont les effets de la sanction, plus important devra être le but de la restriction¹²⁵².

L'association canadienne des avocats estime, cependant, que la rédaction actuelle de la norme de l'article 4 comprend le premier et le troisième élément tout en ignorant le deuxième. L'association propose, en conséquence, d'inclure dans la norme la condition de proportionnalité, en insistant sur la nécessité de respecter la minimalité¹²⁵³. Lors des débats dans le cadre du Comité de la justice et des droits de l'homme portant sur les modifications à apporter à la Loi, le représentant de l'Association observait que, tout en pouvant discuter du point de savoir si le principe de minimalité des restrictions faisait partie de la norme de proportionnalité, le projet d'amendement de la Loi était déjà appréhendé en tant que texte qui supprimait la condition de minimalité¹²⁵⁴.

L'ombudsman canadien, Howard Sapers, réagit ainsi au changement de la formulation de la minimalité des restrictions en proportionnalité: "Le changement de formulation exerce un impact direct sur la pratique. Cela peut signifier l'application de sanctions plus restrictives, alors que l'on pourrait user d'une contention physique ordinaire. Cela peut également signifier qu'il est possible de recourir au gaz poivre, alors que la contention physique aurait suffi ; à la ségrégation, alors qu'il suffirait d'une détention temporaire en cellule ; ou encore à l'application du niveau maximum de sécurité, alors que le niveau moyen aurait suffi. Cela

¹²⁵¹ Beliveau P., La condition juridique du détenu au regard de la Charte canadienne des droits et liberté, La condition juridique du détenu. Sous la direction de Pradel J. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8, Paris, Editions Cujas, 1993, p. 170.

¹²⁵² R v Oakes, [1986] 1 SCR. 103.

¹²⁵³ Submission on Bill C-10 Safe Streets and Communities Act, Ottawa, Canadian Bar Association, 2011, p. 35-36.

¹²⁵⁴ Standing Committee on Justice and Human Rights. Recorded by Electronic Apparatus of the Meeting on Thursday, November 3, 2011, disponible sur : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&DocId=5228779> (accède le 26.11.2016).

permet donc d'être plus restrictif qu'il n'est absolument nécessaire"¹²⁵⁵. De même, lors des débats relatifs aux modifications de la Loi, Sapers observait que son personnel se servait quotidiennement du principe de minimalité pour examiner les situations très graves dans les pénitenciers, à savoir le transfèrement forcé, le placement à l'isolement, le changement du niveau de sécurité, l'application de mesures physiques¹²⁵⁶. Il existe ainsi une différence pratique d'application du principe de minimalité par rapport à celui de proportionnalité.

L'expérience canadienne nous semble confirmer l'utilité d'approches combinées. La formulation approximative pourrait se présenter ainsi : "Les restrictions doivent être proportionnées à l'objectif (légitime) et être réduites à un minimum nécessaire". Une telle formulation permettrait de prévenir les interprétations régressives du point de vue des droits de l'homme de la part de l'autorité appliquant le droit, tout en soulignant la nécessité de rechercher une mesure moins restrictive.

Il serait probablement utile de formaliser l'exigence de vérification de l'existence d'une alternative moins restrictive car, bien qu'elle se comprenne elle-même, elle peut parfaitement, en pratique faire l'objet d'interprétations erronées ou de sous-estimation de sa portée. Il pourrait être ainsi énoncé que l'administration pénitentiaire appliquant des restrictions aux détenus devrait examiner la possibilité d'atteindre le but qu'elle viserait par des mesures moins restrictives. Elle aurait acquis une importance particulière en indiquant qu'une décision écrite serait nécessaire pour appliquer une sanction. Cette exigence fournirait des points de référence à valeur juridique complémentaires pour les deux parties au cas où une décision portant application de restrictions ferait l'objet d'un recours en justice.

Dans son rapport final de 2007 intitulé "Feuille de route pour une sécurité publique accrue", le Comité d'examen indépendant du Service correctionnel du Canada a confirmé la complication du travail des personnels pénitentiaires à cause du principe de minimalité: "Les employés et la gestion du Service correctionnel, de même que les tribunaux, ont accordé trop d'importance à ce principe (principe voulant que les mesures nécessaires soient les moins restrictives possibles) dans les décisions prises quotidiennement au sujet des délinquants. Ce déséquilibre fait en sorte que le Service correctionnel a le fardeau de justifier pourquoi il ne peut pas prendre une mesure moins restrictive, alors que ce devrait être au délinquant de justifier son accès aux privilèges en fonction de son rendement par rapport à son plan de

¹²⁵⁵ Fine S., Five Fundamental Ways Harper Has Changed the Justice System, <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/five-fundamental-ways-harper-has-changed-the-justice-system/article18503381/?page=all> (accédé le 26.11.2016).

¹²⁵⁶ Standing Committee on Justice and Human Rights, Ibid.

correction"¹²⁵⁷.

Les critiques ont observé que le Comité ne prenait pas en compte le fait que le principe de minimalité des restrictions répondait à la Charte des droits et libertés¹²⁵⁸, puisque la Cour suprême du Canada avait fixé, dans son célèbre arrêt *Oakes*, la norme selon laquelle toute restriction des droits contenus dans la Charte devrait se traduire par une intervention la moindre possible dans le droit¹²⁵⁹. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada avait appliqué cette norme dans l'arrêt *Sauvé c. Canada*¹²⁶⁰. Les critiques estiment, en outre, que le retrait de l'exigence de minimalité du texte de la Loi est contraire aux normes internationales et notamment aux Règles minima pour le traitement des détenus (la règle disant que les autorités doivent réduire les différences qui peuvent exister entre la vie en prison et la vie libre) et les Règles pénitentiaires européennes (Règle 3 réduisant les restrictions au minimum).

Il convient de remarquer que les propositions finales du projet d'amendement de la Loi sur le système correctionnel représentent une sorte de compromis, car les structures concernées avaient exigé un retrait plus radical du principe de minimalité. Il était proposé, par exemple, que les restrictions (les mesures) fussent "appropriées", de manière à assurer la protection du public. Il était également proposé de compléter l'exception à la règle disant que les détenus continuaient de jouir de tous les droits, sauf ceux dont la limitation est l'effet nécessaire de la peine prononcée. Il était proposé, notamment, d'autoriser les restrictions nécessaires "pour inciter le délinquant à entreprendre ou à poursuivre son plan correctionnel"¹²⁶¹. Il a, de plus, été proposé de compléter cette norme de manière à entériner une autre vision de la conservation des droits des détenus. Selon la formule proposée, les détenus devraient continuer de jouir de tous les droits *de base* des membres de la société, à l'exception de (...).

Ces propositions subirent des critiques virulentes de la part d'experts et c'est peut-être la raison pour laquelle elles ne furent reflétées que partiellement dans les modifications apportées à la Loi. Les principaux reproches qui leurs étaient faites se résument ainsi:

¹²⁵⁷ Rapport du Comité d'examen du Service correctionnel du Canada «Feuille de route pour une sécurité publique accrue», Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2007, p. 17.

¹²⁵⁸ La Charte fait partie de la Constitution.

¹²⁵⁹ Mémoire présenté au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, au sujet de l'étude du projet de loi C-10, Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel et d'autres lois. Février 2012, Ottawa, Réseau juridique canadien VIH/sida, 2012, p. 8-10.

¹²⁶⁰ Voir *infra*.

¹²⁶¹ Rapport du Comité d'examen du Service correctionnel du Canada, *Ibid*, p. 18.

- Le principe de strict nécessité découlait de la Charte et il fut repris dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. La formulation proposée de ce principe était contraire aux réalisations constatées en matière de droit constitutionnel, ainsi qu'à la philosophie des droits de l'homme et à la philosophie pénitentiaire du Canada. Le principe constitutionnel était remplacé par des préoccupations opérationnelles (pratiques). Conformément à la Charte la charge de la preuve de la justification des restrictions devaient être supportées par les autorités publiques et non par la personne. Par conséquent, le détenu ne devait pas prouver que la restriction de son droit n'était pas justifiée, mais l'autorité pénitentiaire devait démontrer d'abord la légitimité des restrictions. La formule des restrictions "appropriées", qui devait s'appliquer à la place de la notion de restrictions "minimales", n'était pas claire sur le fond et accordait trop de pouvoirs discrétionnaires aux autorités. D'après Benzvy Miller, l'un des fonctionnaires canadiens en charge du respect des droits de l'homme dans le service pénitentiaire, "les mesures les moins restrictives sont justement les seules et les plus appropriées...". Bien que, à son avis, le principe de minimalité des restrictions n'obligeât pas le Service correctionnel canadien, mais l'incitât seulement à ne pas oublier qu'elle répondait de la détention et du contrôle des personnes ayant des droits¹²⁶²;

- La proposition soutenant que les détenus ne conservent que des droits de base¹²⁶³ est contreproductive, car elle remplace le droit aux privilèges. C'est-à-dire qu'elle se fonde sur le principe selon lequel les détenus ne jouissent que de droits de base (le sens de cette notion ne fut pas expliqué, ce qui suscitait déjà des observations), alors qu'ils devraient acquérir tous les

¹²⁶² Jackson M., Stewart G. A Flawed Compass: A Human Rights Analysis of the Roadmap to Strengthening Public Safety, 2009. – pp. 48, 55 // http://www.justicebehindthewalls.net/resources/news/flawed_Compass.pdf (accédé le 26.11.2016).

¹²⁶³ Les critiques voient les racines de cette approche dans la position de l'ancien Parti de l'Alliance, qui déclarait dans son rapport négatif relatif aux 5 années d'examen de la Loi par le sous-comité pénitentiaire au Parlement: "L'article 4 de la Loi stipule que les détenus conservent les droits et privilèges de tous les membres de la société à l'exception de ceux qui ont été retirés ou limités avec nécessité en conséquence de la peine infligée. L'Alliance canadienne estime que toute personne condamnée par la justice canadienne doit perdre temporairement certains de ses droits et privilèges de Canadien. Les exceptions principales en sont les droits de base comme le droit au défenseur et au traitement humain et sain. Nous le voyons comme droit d'être placé dans des conditions à l'environnement approprié, de bénéficier de soins de base, d'être nourri conformément à la norme canadienne d'alimentation, et d'obtenir l'accès à l'assistance médicale de base. Hors ceci, les détenus doivent pouvoir mériter des droits et privilèges tels que la liberté dans le cadre de la prison, le transfèrement à des établissements préférés, la participation à des formations, aux programmes sportifs, le privilège des visites, le salaire pour le travail, les privilèges de cantine, les permissions temporaire et la libération sous condition. Chacun de ces droits et privilèges doit être mérité par le comportement approprié qui signifie pour sa part qu'ils peuvent aussi être retiré pour la conduite mauvaise" (Canadian Alliance Official Opposition Minority Report on the Corrections and Conditional Release Act, Jim Gouk M.P. in A Work in Progress: The Corrections and Conditional Release Act. – Ottawa: Public Works and Government Services, 2000).

autres droits. Autrement dit, les détenus ayant une bonne conduite mériteraient d'avoir certains droits, ceux dont la conduite est mauvaise ne le mériteraient pas et ne devraient donc pas avoir certains droits. Il était proposé de créer une base pour mettre en place le système de droits en tant que privilèges à la manière britannique¹²⁶⁴.

En invoquant l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Sauvé*, les critiques ont remarqué que cela était contraire à la Charte qui prévoyait l'attribution des droits aux personnes sans savoir s'ils le méritaient; cela était contraire également à la philosophie des droits de l'homme qui s'appuyait sur l'idée que les droits ne devaient pas être mérités et qu'ils appartenaient à chaque être humain qui représentait une valeur par le fait même de l'être¹²⁶⁵. En considérant les hommes comme "méritant" ou "ne méritant pas" des droits, on entame la valeur de la dignité humaine. La Cour signifiait notamment dans son arrêt *Sauvé*: "Les droits garantis par la Charte ne sont pas une question de privilège ou de mérite, mais une question d'appartenance à la société canadienne qui ne peut être écartée à la légère". D'autre part, l'idée des auteurs du projet de loi, selon laquelle les restrictions de droits seraient une sorte de punition et d'incitation à une bonne conduite fut qualifiée de "mauvaise pédagogie", car les droits sont attribués aux détenus pour leur insuffler le sens de participation à la vie de la société. L'attribution de droits ne doit pas être justifiée, à la différence de leurs restrictions. Une approche contraire, qui s'appuie sur l'idée que la détention rompt le lien entre les détenus et les droits, ne répond pas aux traditions du droit au Canada¹²⁶⁶.

Il convient de noter que le retrait du principe de minimalité de la Loi ou, du moins, la réduction de son rôle, se traduit aussitôt par certains actes réglementaires. C'est ainsi qu'au lendemain même de l'amendement de la Loi était adoptée une nouvelle Directive sur les effets personnels des délinquants (N° 566-12). Alors que la directive précédente (du 14.10.2009) relative à ces mêmes questions contenait la règle énonçait que les décisions concernant les biens privés des détenus devaient être prises en fonction des besoins de ces personnes et être les moins restrictives possibles (art. 6), la nouvelle directive dispose simplement que le directeur d'établissement pourra, au besoin, imposer des restrictions voulues afin de ne pas compromettre la sécurité de l'établissement, la sécurité et la santé des détenus et de respecter les exigences en matière de prévention des incendies (art. 7, b).

Toutefois, ce changement ne fut pas intégré dans d'autres textes. C'est ainsi que la directive portant sur la gestion des comportements d'automutilation et suicidaires chez les

¹²⁶⁴ Voir au 3.3.2 " Politique de motivation et de privilèges".

¹²⁶⁵ Cette idée fondamentale est posée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

¹²⁶⁶ Jackson M., Stewart G. A., Ibid, p. 36-55.

détenus définit l'objectif que voici: "Assurer la sécurité des détenus qui ont des comportements d'automutilation ou suicidaires en utilisant les mesures les moins restrictives possibles pour préserver la vie et prévenir toute blessure physique grave tout en maintenant leur dignité dans un environnement sûr et sécuritaire".

Alors que dans d'autres pays et au niveau international, les normes de restrictions sont souvent formulées à l'exemple du droit à la vie privée, la Loi canadienne ne fixe qu'incidemment les normes relatives à l'intervention dans ce droit. Ainsi, le droit de maintenir des rapports avec l'extérieur à l'aide de visites ou de la correspondance s'exerce-t-il dans les limites raisonnables fixées par règlement pour assurer la sécurité de quiconque ou du pénitencier (art. 71). Cependant, le taux de détails insuffisant de la Loi est compensé par le Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (dénommé ci-après Règlement). Nous nous proposons d'analyser un peu plus les dispositions du Règlement relatives aux restrictions de droits.

Le principe de minimalité des restrictions peut être remarqué dans les normes du Règlement qui concernent les pratiques disciplinaires. L'article 34 du Règlement, par exemple, dispose que la personne présidant la commission des sanctions disciplinaires doit prendre en compte la sanction la moins restrictive dans les circonstances données.

Les détenus ont droit aux visites sans cloison excluant le contact physique, à moins que le directeur d'établissement ou un autre agent n'ait des motifs raisonnables d'estimer que la cloison est nécessaire pour la sécurité de l'établissement ou des personnes et s'il n'existe pas une mesure moins restrictive (art. 90). De même, pour assurer la sécurité de l'établissement ou des personnes, les visites peuvent être surveillées par des agents du pénitencier ou par des moyens techniques, cette surveillance devant être opérée de la façon la moins gênante dans les circonstances (art. 90.2).

Les visites elles-mêmes peuvent être interdites ou suspendues provisoirement. Ces limitations du droit sont applicables s'il y a des motifs légitimes d'estimer que:

a) D'une part, que le détenu ou le visiteur risque, au cours de la visite :

- (i) Soit de compromettre la sécurité du pénitencier ou de quiconque,
- (ii) Soit de préparer ou de commettre un acte criminel;

b) D'autre part, que l'imposition de restrictions à la visite ne permettrait pas d'enrayer le risque (art. 91).

La législation canadienne se distingue par l'option de l'arrêt total des visites de tous les détenus lorsque la sécurité de l'établissement est sérieusement menacée et qu'il n'existe aucune autre solution moins restrictive (art. 92.1). En règle générale, les visites ne peuvent pas être interdites aux députés, sénateurs ou juges, sous réserve, toutefois, que la visite ne risque pas de compromettre la sécurité du pénitencier ou de quiconque et que l'imposition de restrictions à la visite ne permettrait pas d'enrayer le risque (art. 93). Les mesures de ce type doivent être communiquées aux personnes concernées avec indication des motifs les justifiant.

Il est possible de limiter les droits à la correspondance et aux communications téléphoniques au moyen de la lecture du courrier et de l'écoute des communications lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire :

a) D'une part, que la communication contient ou contiendra des éléments de preuve relatifs:

(i) Soit à un acte qui compromettrait la sécurité du pénitencier ou de quiconque;

(ii) Soit à une infraction criminelle ou à un projet de commission d'une infraction criminelle;

b) D'autre part, que l'interception des communications est la solution la moins restrictive dans les circonstances (art. 94).

De telles restrictions sont soumises à l'autorisation écrite du directeur d'établissement ou de l'agent habilité par lui.

Le détenu doit être informé des restrictions appliquées à son égard avec indication des motifs et il a le droit d'exprimer ses observations à ce propos. L'exigence de notification peut être omise, lorsque cette information risque d'affecter l'enquête en cours. Dans ce cas, la décision doit être communiquée au détenu avec la possibilité pour lui de faire valoir ses observations à ce sujet (art. 94.3). Des restrictions complémentaires concernent les mineurs dont le droit à la correspondance et aux communications téléphoniques peut être limité à la demande écrite des parents (art. 95).

Le Règlement prévoit, par ailleurs, des restrictions au droit à l'information. Il peut être ainsi interdit d'introduire dans le pénitencier, ou de faire circuler à l'intérieur du pénitencier, des publications, des enregistrements vidéo et audio, des films ou des programmes informatiques, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que ceux-ci compromettraient la sécurité du pénitencier ou de quiconque (art. 96). L'utilisation de ces informations peut être

interdite aussi lorsqu'il y a des raisons d'estimer qu'elles seraient probablement vues par d'autres personnes ou qu'elles porteraient atteinte à la dignité d'une autre personne en la dégradant, en l'humiliant ou en l'embarrassant pour des motifs de race, d'origine nationale ou ethnique, de couleur, de religion ou de sexe (art. 96.2).

Le système canadien n'interdit pas aux détenus d'exercer leur droit à l'association, tout en prévoyant la possibilité de certaines limitations. Le directeur d'établissement peut charger ses agents de surveiller les réunions des détenus afin de garantir la sécurité de l'établissement ou des personnes. De même, en présence de motifs raisonnables d'estimer que les réunions des détenus ou les activités de l'organisation ou du comité des détenus peuvent menacer la sécurité de l'établissement ou de quiconque, les réunions ou les activités concernées peuvent être interdites (art. 98.1). Le cas échéant, les détenus seraient informés par écrit de l'application de la restriction avec exposé des motifs, les détenus, pour leur part, pouvant présenter leurs observations (art. 98.2). Les motifs de menace possible à la sécurité de l'établissement ou des personnes peuvent être invoqués pour interdire à des détenus d'assister aux réunions ou de participer aux activités susmentionnées. La décision motivée sera notifiée par écrit en confirmant la possibilité pour l'intéressé de faire valoir ses observations (art. 99).

Tout détenu a le droit de pratiquer sa religion et sa vie spirituelle, sous réserve que ces pratiques ou la vie spirituelle ne menacent pas la sécurité de l'établissement ou de quiconque et ne prévoit pas l'utilisation d'objets interdits (art. 100).

Le Canada permet aux personnes détenues dans les pénitenciers d'exercer des activités d'entreprise, sous réserve d'obtenir une autorisation du commissaire ou de l'agent désigné par lui (art. 112). L'exercice de ces activités ne peut être autorisé que si, d'un côté, cela ne compromet pas la sécurité et les préoccupations opérationnelles et que, d'un autre côté, ces activités sont compatibles avec le plan individuel de détention.

La question des garanties de justification des restrictions et de leur proportionnalité ne figure pas dans les normes relatives aux fouilles (art. 47-50). Bien plus, la fouille périodique de la cellule peut être opérée par l'agent pénitentiaire "sans soupçons précis" (art. 51.1), ce qui vise toutefois à découvrir des objets interdits ou d'autres objets qui peuvent compromettre la sécurité de l'établissement ou de quiconque (art. 51), ces fouilles étant opérées conformément au plan de fouilles correspondant (art. 51).

Il ressort, de ce qui précède, que le Règlement contient nombre de normes détaillées relatives aux restrictions, ce qui le distingue par rapport à la Loi. Ces normes incarnent le principe de proportionnalité et comprennent parfois la mention exigeant le respect du strict

nécessaire dans les restrictions. Dans le même temps, la mention de la minimalité des restrictions, qui reflétait le principe du strict nécessaire dans l'application des restrictions aux droits des détenus, a été supprimée dans la clause limitative générale de la Loi. Alors que, dans la loi, la proportionnalité a pris la place de la minimalité, cette dernière trouve une expression partielle en ayant été insérée dans le Règlement.

Conclusion du sous-chapitre 3.4.1

La Loi canadienne sur le système correctionnel et la libération sous condition (1992) a été élaborée pour une meilleure réalisation des normes contenues dans la Charte canadienne des droits et libertés dans le contexte pénitentiaire. La Loi contient des normes relatives aux limitations des droits. Leur mise au point a donné lieu à de vifs débats entre les experts et le Service correctionnel. Elles se sont appuyées sur une position ferme de l'opinion publique et sur la jurisprudence ce qui a permis de les adopter et de les maintenir pendant plus de trente ans sans grandes concessions au préjudice des droits de l'homme.

Les universitaires ayant longtemps préparé la Loi sont partis du principe de limitation maximale du pouvoir pénitentiaire. Celui-ci devait attacher une attention particulière à la justification des restrictions à appliquer. Grâce à ce texte législatif, la charge de justification a été reportée par les juges sur les autorités, qui devaient désormais démontrer, entre autres, pourquoi une restriction moins sévère n'avait pas été appliquée dans une situation donnée. De plus, le groupe de travail en cause insistait sur l'exigence de minimalité des restrictions et sur la nécessité de déterminer celles-ci par voie législative et non par voie réglementaire. Une attitude prudente était adoptée, par ailleurs, à l'égard de la sécurité en tant que motif pour des restrictions potentielles inutiles.

Un aspect important dans les résultats du groupe de travail était de comprendre qu'il était important, non seulement, de fixer un droit, mais aussi, de veiller à une détermination prudente des modalités et du cadre admissible pour sa restriction, le groupe de travail prêtant donc l'attention la plus grande à la procédure d'exercice d'un droit et aux motifs ainsi qu'aux modalités de ses restrictions. Il convient de citer, parmi ses résultats notables, les normes fixant le caractère spécifique de l'exercice et de la limitation de certains droits, qui s'ajoutaient à la norme générale de restrictions.

La norme canadienne se distingue ainsi par la détermination de garanties procédurales

essentielles contre des restrictions irrégulières de droits. Il s'agit de la notification écrite au détenu des motifs de la restriction dont il fait l'objet, de sa possibilité de faire valoir ses observations à propos d'une telle décision, de l'importance accrue de la procédure de recours, etc.

Les difficultés de la réalisation pratique du principe de minimalité ont incité le pouvoir canadien à amender la Loi de manière à supprimer l'exigence en question. Ces amendements ont suscité des critiques virulentes de la part d'institutions de la société civile, des avocats et de l'ombudsman. La suppression de la minimalité revêt, à leur avis, non seulement une importance théorique, mais aussi, une importance pratique considérable. La défense du principe de minimalité dans la loi s'est transformée en une véritable guerre juridique, qui a montré combien il était important pour la société. Finalement, tout en étant supprimée, la minimalité a été remplacée par l'exigence de proportionnalité. Bien que l'exigence de proportionnalité ne soit pas perçue par les spécialistes canadiens comme exigeant clairement de minimiser les restrictions, il existe une tendance à concevoir la proportionnalité en tant que principe incluant l'exigence du strict minimum. Cela se confirme par les normes du Règlement relatif au système correctionnel et à la libération sous conditions qui visent à la mise en œuvre de la Loi.

L'expérience canadienne en matière d'application de la clause limitative démontre la pertinence d'une mention complémentaire relative à la minimalité des restrictions dans les clauses limitatives, même si celles-ci contiennent l'exigence de proportionnalité dans les restrictions des droits. Elle donne aussi l'exemple de l'importance attachée aux aspects procéduraux d'application des restrictions de droits.

3.4.2. Jurisprudence de la Cour suprême du Canada et limitations des droits des détenus

Il est considéré que les juges canadiens saisis des affaires de détenus qualifient plus facilement comme justifiées les restrictions des droits fixés dans la Charte. Cela tient à ce qu'une grande importance est attachée aux objectifs de la peine privative de liberté¹²⁶⁷. Dans le même temps, la jurisprudence canadienne peut servir d'exemple pour une évaluation détaillée du bien-fondé des restrictions.

¹²⁶⁷ Beliveau P., La condition juridique du détenu au regard de la Charte canadienne des droits et libertés, *in* La condition juridique du détenu. Sous la direction de Pradel J. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8, Paris, Editions Cujas, 1993, p. 151-152.

3.4.2.1. *Affaire Solosky*

L'un des arrêts les plus importants relatifs aux restrictions des droits des détenus au Canada a été rendu dans l'affaire *Solosky*¹²⁶⁸. Cet arrêt est connu pour avoir déterminé les bases d'application de la norme de proportionnalité dans le domaine pénitentiaire.

S'appuyant sur les documents régulateurs internes, le directeur de la prison dans laquelle était détenu le détenu Solosky décida de contrôler sa correspondance avec son avocat. Le directeur d'établissement se fondait sur le comportement de Solosky qui, à son avis, justifiait qu'il fût accordé une attention particulière à son courrier entrant et sortant. Les lettres qui pouvaient être potentiellement importantes pour la sécurité dans l'établissement étaient portées à la connaissance du directeur. Les recours en justice n'aidèrent pas à annuler cette restriction.

La Cour d'appel observait, par exemple, que, pour savoir si la correspondance était vraiment protégée, il fallait d'abord l'ouvrir, parce que les privilèges n'étaient accordés qu'au courrier qui répondait aux critères de correspondance protégée: le courrier devait s'échanger entre l'avocat et le détenu ; il devait viser la prestation d'assistance juridique ; et être défini comme confidentiel par les correspondants eux-mêmes. La Cour spécifiait, par ailleurs, que l'interdiction totale de l'ouverture de ces courriers signifierait l'attribution aux détenus des mêmes droits qu'aux autres citoyens.

Solosky réclamait, pour sa part, que la Directive qui autorisait le contrôle de la correspondance avec les avocats ne fût pas appliquée pour violer ou restreindre les droits reconnus par la Déclaration des droits.

La Cour suprême s'interrogea sur le point de savoir si le droit du requérant de consulter l'avocat était incompatible avec le droit des autorités pénitentiaires de prévenir les dangers menaçant la sécurité de l'établissement. Du point de vue du juge Dickson, qui rédigea l'arrêt pour la majorité des juges, cette incompatibilité n'avait pas lieu, à moins que les autorités n'exerçassent des pouvoirs plus importants que nécessaires pour garantir la sécurité. Les dispositions pertinentes de la Directive admettaient trois interprétations alternatives possibles: 1) Les lettres ne devaient pas être ouvertes ; 2) Le droit de recevoir le courrier de ce type pouvait être suspendu ; 3) Le courrier pouvait être ouvert pour un contrôle qui était strictement nécessaire pour savoir si le courrier pouvait être classé dans la catégorie protégée. De l'avis de Dickson, en adoptant la première interprétation, on risquait de priver le directeur

¹²⁶⁸ Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821.

d'établissement de sa possibilité de prévenir la contrebande dans l'établissement, ce qui pouvait mettre en danger sa sécurité.

La solution optimale, pour ce juge, était donnée par la troisième version. Il en proposa d'ailleurs sa propre interprétation: 1) Le contenu de l'enveloppe pouvait être contrôlé; 2) Dans des circonstances limitées, le courrier pouvait être lu pour s'assurer qu'il était écrit en vue de l'assistance juridique; 3) Le courrier ne devait être lu que lorsqu'il existait des raisons rationnelles et probables d'estimer qu'une intention contraire pourrait avoir lieu; 4) La personne chargée de contrôler la correspondance devait être tenue à la confidentialité.

Finalement, la Cour rejeta les requêtes du détenu. Toutefois, nonobstant le résultat négatif pour Solosky, on estime que cet arrêt a apporté une contribution notable au développement de la théorie des droits des détenus au Canada.

La Cour a reconnu, en premier lieu, que les détenus conservaient tous leurs droits civils, sauf ceux qui leur avaient été retirés explicitement ou indirectement par la loi. La Cour soulignait aussi la nécessité d'une intervention minimale dans les droits¹²⁶⁹, en observant que le rôle des juges dans les cas appropriés (restrictions de droits) était de veiller à l'équilibre des intérêts de la société et de l'individu (détenu).

Pourtant, la Cour a manqué de résolution pour admettre le droit à la confidentialité totale de la correspondance avec l'avocat. La cause en est clairement démontrée par cette phrase du juge Dickson: "En règle générale, je ne pense pas que les juges doivent mettre en doute les considérations du directeur d'établissement à propos de ce qui peut ou ne peut pas être nécessaire pour le maintien de la sécurité dans l'établissement". C'est pourquoi le rôle du juge dans cette affaire devait, estimait-on, tendre vers l'équilibre de l'intérêt public de maintien de la sécurité dans l'établissement correctionnel, de la sécurité du personnel et des détenus, contre l'intérêt lié à la protection de la confidentialité de la correspondance avec l'avocat. Le résultat fit que, même en tenant compte de la reconnaissance totale du droit du détenu à la libre correspondance avec l'avocat et de la nécessité d'exceptions minimale à ce droit, la balance devait pencher en faveur de l'intérêt social. La Cour a indiqué que l'intérêt social portait sur les possibilités à accorder à l'attribution pénitentiaire pour découvrir la contrebande, les armes et les plans d'évasion.

¹²⁶⁹ L'on considère comme l'un des effets de cet arrêt l'inclusion du principe de minimalité à l'art. 4 de la Loi relative au système correctionnel et à la libération sous condition (1992) (Ghedia J., *Prisoners: Rights, Rhetoric and Reality*, A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Laws in the Faculty of Graduate Studies, the University of British Columbia, Vancouver, University of British Columbia, 2002, p. 38).

Cette approche de la Cour suprême montre qu'elle n'a pas entendu se risquer à intervenir dans les questions de garantie de la sécurité de l'établissement. Sur ce plan, la Cour a été très proche de la position des juges américains qui estiment qu'il est nécessaire d'accorder un certain niveau de confiance (déférence) à l'administration pénitentiaire qui est censée connaître mieux que le juge comment s'acquitter de ses tâches¹²⁷⁰. Cette vision atteste que les juges peuvent ne pas être prêts à prendre sur eux la responsabilité de la suppression de certaines restrictions de droits lorsqu'il y a risque de compromettre la sécurité dans les établissements. Cela est vrai surtout des démarches radicales visant à élargir les droits des détenus. Avec le temps, toutefois, les données de la science et de la pratique permettent d'adopter une attitude plus libérale vis-à-vis de l'équilibre des droits individuels et des préoccupations de sécurité. De telles décisions semblent alors "avoir mûri" bien que parfois avec un retard considérable.

3.4.2.2. *Affaire Oakes*

L'affaire *Oakes* de 1986¹²⁷¹ ne portait pas sur les restrictions de droits dans les établissements pénitentiaires. La Cour suprême y qualifiait de non constitutionnelle la disposition de la Loi sur le contrôle des stupéfiants, qui présumait qu'au cas où des stupéfiants seraient trouvés sur la personne, celle-ci devrait être considérée comme étant coupable du trafic de stupéfiants et prouver elle-même le contraire. L'arrêt de la Cour revêt une importance notable pour les questions de restriction des droits, notamment en ce qui concerne les restrictions des droits des personnes privées de liberté.

La Cour suprême a exprimé, dans l'arrêt *Oakes*, sa vision de la manière dont il faut évaluer la justification des restrictions des droits. La Cour a formulé un "test" pouvant servir à évaluer à quel point une restriction donnée répond aux stipulations de la Charte. Ce test représente une sorte de memento pratique montrant comment il faudrait analyser et évaluer le bien-fondé des restrictions.

L'article 1 de la Charte canadienne dispose que des restrictions de droits sont permises lorsqu'elles sont explicitement justifiées et nécessaires dans une société démocratique. Dans l'affaire *Oakes*, la Cour s'est mise à élaborer sa propre position pour savoir ce que ces formulations signifiaient en pratique (par. 62-71).

¹²⁷⁰ Voir chapitre 3.2 "Etats-Unis".

¹²⁷¹ R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103.

À cette fin, deux critères principaux de légitimité ont été posés. En premier lieu, l'objectif poursuivi par la restriction du droit inclus dans la Charte doit être suffisamment important pour permettre l'intervention dans le droit ou la liberté constitutionnelle. La norme doit être suffisamment élevée pour garantir que ces objectifs ne soient pas superficiels ou ne répondent pas aux principes d'une société libre et démocratique¹²⁷². Pour pouvoir être traité d'important, l'objectif doit au moins relever des besoins sociaux qui sont impératifs et fondamentaux dans une société libre et démocratique. En second lieu, l'établissement de la légitimité des mesures prises pour atteindre ces objectifs nécessite l'utilisation du test de proportionnalité. Celui-ci comprend trois éléments: a) Les mesures (restrictions) doivent être justes et ne peuvent pas être arbitraires, elles doivent être élaborées en détail pour atteindre les objectifs visés et avoir un rapport rationnel (raisonnable) avec ces derniers; b) Les restrictions doivent porter le moins possible atteinte au droit et être minimales. Pour pouvoir constater si ces règles sont respectées, la Cour doit savoir quelles étaient les mesures restrictives alternatives accessibles et si elles porter atteinte au droit dans une mesure moindre, mais avec le même taux d'efficacité dans la réalisation des objectifs visés¹²⁷³; c) Une proportionnalité est nécessaire entre les effets de la mesure restrictive et son but: plus graves sont les effets de la sanction et plus important devrait être son but. Plus graves sont les effets de la restriction pour la personne et plus important doit être l'objectif poursuivi par cette mesure.

Il importe aussi de remarquer que la charge de la preuve du caractère justifié des restrictions des droits et libertés prévus par la Charte incombe à la partie qui démontre le bien-fondé de la restriction, c'est-à-dire à l'État. D'autre part, les restrictions des droits doivent être exceptionnelles, alors que la garantie des droits doit être la règle (par. 66).

Il convient d'observer, dans le contexte de l'affaire *Oakes*, que les théoriciens distinguent deux types de restrictions des droits prévus par la Charte: les restrictions intérieures et les restrictions extérieures. Les restrictions intérieures d'un droit dépendent directement du contenu de celui-ci et elles sont établies par l'interprétation de la notion de droit subjectif. La Cour suprême du Canada, par exemple, défend la position selon laquelle la

¹²⁷² La Cour désigne plusieurs exemples des signes d'une société démocratique: le respect de la dignité humaine inaliénable, l'attachement à la justice sociale et à l'égalité, la prise en compte des variations des convictions individuelles, le respect de l'identité culturelle et collective, la confiance en institutions sociales et politiques qui font augmenter la participation des individus et des groupes à la société (par. 64).

¹²⁷³ L'élément de minimalité est dénommé encore élément "paretonien" à cause d'un lien étroit avec les théories économiques d'optimum de Pareto. L'optimum de Pareto se réduit à l'idée que pour mieux atteindre les objectifs nécessitant des ressources il faut garantir le profit maximum avec des frais minima (Foley B., *The Proportionality Test: Present Problems*, *Judicial Studies Institute Journal*, 2008, n° 1, p. 70-71).

liberté d'expression n'inclut pas les actes de violence, c'est pourquoi un meurtre ne saurait être considéré comme un acte d'expression de convictions. Il s'agit en fait de "qualificateurs" des droits évoqués dans la première partie de cette thèse. Les restrictions extérieures ont des sources différentes: par exemple, les lois qui limitent les droits déjà existants dans leur définition actuelle¹²⁷⁴. En évoquant le test de proportionnalité, nous visons justement les restrictions extérieures.

Un lien étroit existe entre les restrictions extérieures et intérieures. Pour pouvoir appliquer une restriction extérieure, il faut connaître le contenu du droit, c'est-à-dire quelles sont ses restrictions intérieures (qualificateurs). La norme élaborée dans l'arrêt *Oakes* laisse telle quelle la question du rapport de la proportionnalité avec les restrictions intérieures définies dans d'autres articles de la Charte. La Cour suprême a fait appel, dans certaines affaires, à ces clauses, et les juges eux-mêmes ont constaté la problématique de leur rapport avec la norme de proportionnalité générale dans l'affaire *Oakes*, notamment en ce qui concerne la nécessité d'appliquer la clause limitative générale au cas où la clause limitative spéciale aurait déjà été appliquée¹²⁷⁵. Ce débat fut reporté à plus tard.

Le mérite le plus grand de l'arrêt *Oakes* consiste dans la mise en œuvre d'une interprétation vaste et libérale des droits protégés au stade de son examen; si une application rigoureuse du critère de proportionnalité y était associée, cela aboutirait à des rejets fréquents des preuves du gouvernement. Pourtant, il fut très vite évident que la majorité à la Cour ne se sentait pas très à l'aise avec cette possibilité¹²⁷⁶. Avec le temps, le test *d'Oakes* se déprécia sensiblement et se réduisit à l'obligation pour le gouvernement de prouver qu'il y avait "des raisons justifiées" pour une restriction de droits¹²⁷⁷. L'une des principales causes de cette dégradation a tenu à la difficulté et à la mauvaise volonté de la Cour à établir l'existence d'une alternative moins restrictive dans chaque cas concret¹²⁷⁸, la Cour ayant ainsi commencé à "faire confiance" aux allégations du gouvernement sur l'absence de restrictions moins contraignantes¹²⁷⁹. Du grand nombre de tentatives de compréhension de la décision *Oakes*,

¹²⁷⁴ Slattery B., *The Pluralism of the Charter: Revisiting the Oakes Test*, *Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The Limitation of Charter Rights : Critical Essays on R. v. Oakes*, sous la direction de Luc B. Tremblay et Grégoire C.N. Webber, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 23.

¹²⁷⁵ Ibid, p. 28-29.

¹²⁷⁶ Hievert J.E., *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1996, p. 70.

¹²⁷⁷ Hievert J.E., Ibid, p. 87.

¹²⁷⁸ Ibid, p. 7, 76-77, 152.

¹²⁷⁹ Ibid, p. 80, 87.

l'on peut retirer une formule : "Tout dépend des circonstances" (angl. "it all depends")¹²⁸⁰.

Du reste, ainsi que le montrent les décisions analysées ci-après¹²⁸¹, la Cour suprême ne se borne pas à la norme d'Oakes et à l'article 1 de la Charte dans les affaires où il faut trancher sur la justification des restrictions. L'existence de plusieurs solutions possibles pour décider de leur légitimité découle de la Charte elle-même. C'est ainsi que, conformément à l'article 7 de la Charte, chacun a le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, de même que le droit de ne pas en être privé, sauf dans les cas où la décision en ce sens est prise en accord avec les principes de justice fondamentale. Ces principes concernent, en premier lieu, la justice procédurale et les garanties d'empêchement des abus. Ils prévoient toutefois l'équilibre entre les intérêts de la société et les intérêts individuels de la personne dont les droits sont affectés. Il convient de noter aussi que l'équilibre des intérêts dans ce cas est très limitée et cède beaucoup au test *d'Oakes* d'après le niveau d'attention à la comparaison des intérêts et la motivation.

3.4.2.3. *Affaire Sauvé*

L'arrêt *Sauvé* rendu en 2003¹²⁸² est l'une des décisions clefs de la Cour suprême du Canada. Il est aussi l'un des plus cités, lorsqu'il s'agit d'analyser la justification des restrictions des droits dans les établissements pénitentiaires.

Il fut précédé d'une autre décision rendue en 1993 dans une affaire concernant ce même détenu¹²⁸³, par laquelle la Cour suprême constatait la violation de la Charte par l'article 51 de la Loi électorale canadienne. Aux termes de l'article 51 de cette loi, toutes les personnes purgeant leur peine étaient privées du droit de vote. La décision était motivée d'une manière très succincte et s'appuyait sur un seul argument: le contenu de l'article était trop vaste (c'est-à-dire qu'il concernait un cercle trop large de personnes) et ne répondait pas au test de proportionnalité, en particulier à l'exigence de minimalité en tant que partie de ce test.

Cependant, la Cour dut s'attacher, d'une manière plus conséquente, à la résolution du problème dans sa nouvelle décision concernant ce même détenu en 2003. La requête portait

¹²⁸⁰ Lokan A., *The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter*, *Ottawa Law Review*, 1992, Vol. 24.1, p. 184.

¹²⁸¹ Cf. arrêts *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809, 2005 SCC 82 et *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143.

¹²⁸² *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68.

¹²⁸³ *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438.

sur le fait que, conformément à l'article 51 de la Loi électorale canadienne, les personnes condamnées à des peines privatives de liberté pour une durée de deux ans ou plus étaient privées du droit de vote. Dans son recours auprès de la Cour suprême, le requérant mettait en doute la conformité de l'article 51 de la Loi aux articles 3 et 15 de la Charte¹²⁸⁴. La Cour statuait en conséquence que l'article 51 de la Loi n'était pas conforme à l'article 3 de la Charte et ne crut pas nécessaire d'examiner à part la conformité à l'article 15.

L'importance et l'influence de cette décision de la Cour tiennent au grand nombre d'arguments théoriques qu'elle renferme et à la motivation volumineuse des juges qui ont soutenu l'attribution aux détenus du droit de vote ainsi que des juges qui s'y sont opposés. Ainsi que le montrent les spécialistes, les arguments de la Cour ont été "particulièrement solides" et ils ont ainsi exercé un impact considérable, y compris sur les décisions judiciaires étrangères en matière de droit de vote des détenus¹²⁸⁵. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi appuyé ses arguments sur la décision *Sauvé* dans l'affaire fondamentale *Hirst v. Royaume Uni* portant sur les droits des détenus¹²⁸⁶. La CEDH qualifia la décision canadienne de "détaillée et pertinente"¹²⁸⁷. Des juges d'Afrique du Sud et d'Australie s'en sont servis, pour leur part, pour débattre des décisions connues relatives au vote des détenus¹²⁸⁸. Du fait d'une prise de position nette et d'un rejet rigoureux des arguments gouvernementaux, les experts estiment qu'il est peu probable que les détenus au Canada soient privés un jour à nouveau du droit de vote¹²⁸⁹. Cela n'empêche toutefois pas de voir subsister des doutes à ce propos¹²⁹⁰.

Bien qu'exerçant une influence sensible sur la doctrine dans le domaine des droits des détenus, cette décision a reçu un accueil négatif dans l'opinion publique. Les *media* ont rapporté sur ce sujet dans le contexte du respect des victimes de crimes en ajoutant des informations détaillées sur les crimes les plus graves. Bien plus, les théoriciens du droit

¹²⁸⁴ Article 3: droit de vote; article 15: égalité de tous devant la loi.

¹²⁸⁵ Fatim-Rouge Stéfani M., Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen, *Révue internationale de droit comparé*, 2007, n° 3, Vol. 59, p. 630-631; Plaxton M., Lardy H., Prisoner Disenfranchisement: Four Judicial Approaches, *Berkeley Journal of International Law*, 2010, Vol. 28, Issue 1, 2010, p. 101-141.

¹²⁸⁶ *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) (GC) (n° 74025/01, 06.10.2005).

¹²⁸⁷ Ewald A.C., Rottinghaus B., *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 8.

¹²⁸⁸ *In* Ewald A.C., Rottinghaus B., *Ibid*, p. 8.

¹²⁸⁹ Parkes D., *Ballot Boxes Behind Bars: Toward the Repeal of Prisoner Disenfranchisement Laws*, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 2003, Vol. 13, p. 71-92.

¹²⁹⁰ M. Dhami estime que peut-être à l'avenir des détenus canadiens puissent être privés du droit de vote pour des infractions spécifiques (concrètes). En plus, les juges pourraient appliquer l'interdiction de voter en tant que partie de la peine (Dhami M., *Prisoner Disenfranchisement Policy: A Threat to Democracy?*, *Analyses of Social Issues and Public Policy*, 2005, Vol. 5, n° 1, p. 238).

s'associaient aux *media* dans leurs critiques sévères de cette décision en la traitant d'attitude non démocratique et "d'activisme judiciaire" libéral¹²⁹¹.

Dans cette affaire, la Cour suprême a appliqué la norme de proportionnalité élaborée dans l'affaire *d'Oakes*. Les principaux arguments du gouvernement portaient sur deux dispositions: 1) La peine privative de liberté pour deux ans et plus a pour but d'inculquer la responsabilité civique et le respect de la suprématie du droit (objectif 1); 2) La privation du droit de vote était une punition nécessaire "pour renforcer les buts généraux de la sanction pénale" (objectif 2).

Examinant ces arguments relatifs aux buts de la restriction, la Cour répondait par ses propres arguments en appliquant le test de proportionnalité:

- Les objectifs vastes et symboliques compliquent l'analyse de la proportionnalité¹²⁹² (mais ne l'excluent pas). Le premier objectif peut concerner n'importe quelle loi pénale et même les sanctions non liées à la privation de liberté. Quant au deuxième objectif, rien ne dit qu'il n'a pas déjà été atteint par la peine elle-même;

- Le gouvernement n'a pas pu prouver le lien rationnel entre la privation du droit de vote et les objectifs cités:

- En ce qui concerne l'objectif 1, non seulement l'interdiction de voter ne leur inculque pas la responsabilité civique, mais elle compromet le respect de la démocratie, car la légitimité des lois et l'obligation de leur obéir découle directement du droit de chaque citoyen de voter et d'élire l'autorité qui adopte ces lois. L'interdiction du droit de voter au motif que l'individu "ne le mérite pas" est incompatible avec le respect de la dignité de chaque homme qui est placé au cœur de la Charte;

- En ce qui concerne l'objectif 2, le gouvernement ne fournit aucune théorie fondée expliquant pourquoi la privation d'un droit fondamental devrait être permise en tant que forme de sanction. De même, la sanction doit être individualisée pour ne pas être arbitraire. Or, la privation du droit de vote constitue une sanction automatique d'un vaste groupe de personnes,

¹²⁹¹ Voir plus de détails *in*: Parkes D., *Prisoner Voting Rights*, *in* Mele C. and Miller T.A. (eds.). Canada : *Rejecting the Notion of Temporary Outcasts*. Civil penalties, social consequences, Abingdon, Routledge, 2005, p. 245.

¹²⁹² D'après la Cour, de tels objectifs vastes et symboliques presque garantissent leur convenance pour un large cercle de restriction de droits. Qui pourrait prétendre que le respect de la loi n'est pas nécessaire? Qui pourrait contester que les punitions appropriées ne sont pas importantes? Qui pourrait contester que n'importe lequel de ces objectifs est contraire aux principes démocratiques? (par. 22). En posant ces questions la Cour observait que les objectifs allégués n'expliquaient pas pour quoi sont nécessaires les restrictions et quel était le résultat concret attendu. Du reste, les gens ne devaient pas être obligés à se demander pourquoi les droits garantis par la Charte furent limités (par. 22-23).

quelles que soient les circonstances concrètes de leurs infractions, le préjudice qu'ils ont causé ou leur comportement. Les exigences de châtement proportionné sont ainsi ignorées. En plus, ni les preuves, ni la logique ne démontrent que la privation du droit de vote retient les détenus de la commission d'infractions;

- La disposition de l'article 51 privant de vote les personnes condamnées à la privation de liberté pour deux ans et plus n'est pas une restriction minimale parce que concernant un grand nombre de personnes. Une restriction ne pourrait être considérée comme minimale au seul motif qu'elle ne concerne pas la totalité des détenus;

- Les effets négatifs de l'interdiction de voter faite aux détenus excèdent considérablement l'utilité d'une telle interdiction, car ils compromettent la voie du développement social et la politique de réhabilitation et de réinsertion.

Les juges dissidents présentèrent dans leur avis les arguments suivants:

- L'affaire ne se fonde pas sur des "preuves scientifiques" de réalisation des objectifs allégués, mais sur des considérations philosophiques, politiques et sociales;

- La Cour suprême n'a pas à se pencher sur les questions portant sur les avantages ou les inconvénients d'un choix politique ou d'un autre (priver ou ne pas priver les détenus du droit de vote) du Parlement qui avait pris la décision de retirer ce droit aux détenus. La Cour ne doit que dire si cette restriction était justifiée ou non dans une société démocratique et si elle répondait aux exigences de la Charte;

- La privation du droit de vote est liée à des objectifs justifiés, car elle sort d'une sorte de "leçon" pour les détenus qui représente une barrière morale protégeant le contrat social et la suprématie du droit. Bien que l'inculcation de la responsabilité civique puisse être conçue comme un objectif abstrait et symbolique, cela ne veut pas dire que ces objectifs ne soient pas valables pour cette raison;

- La restriction répond au test de proportionnalité. Tout d'abord, la législation concernée est rationnellement liée aux objectifs appropriés. Bien que ce lien ne puisse pas être démontré de façon empirique, les arguments d'experts attestent que la privation du droit de voter pour avoir commis des infractions graves se trouve en lien rationnel avec la transmission de la responsabilité civique, de la suprématie du droit et sert aussi à l'élargissement des objectifs généraux de la sanction. La privation du droit de vote est perçue comme une mesure significative par les délinquants eux-mêmes;

- Cette restriction porte aux délinquants et à la société le message disant que les

infractions graves ne sont pas tolérées. Cette restriction constitue aussi une condition pour la participation démocratique à la vie de la société. Nombre de démocraties actuelles admettent une forme ou une autre de privation des détenus du droit de vote;

- Le principe de minimalité a été respecté, car le vote n'est interdit qu'aux délinquants les plus dangereux. C'est une moindre mesure restrictive qui était accessible pour garantir la réalisation efficace des objectifs visés. D'autres alternatives n'auraient pas permis d'atteindre le même niveau d'efficacité dans la réalisation desdits objectifs. Deux ans d'emprisonnement n'est pas un chiffre choisi au hasard, puisqu'il concerne une catégorie concrète d'infractions que le Parlement considère comme graves.

Dans le contexte de notre étude, l'arrêt examiné est également important en raison du fait qu'il a retenu que, s'agissant de la justification des restrictions, c'était au gouvernement qu'incombait la charge de prouver qu'il visait les objectifs appropriés, que les restrictions étaient liées à ces objectifs et qu'elles étaient minimales et proportionnées aux effets bénéfiques obtenus (par. 7, 10). La Cour a observé que l'absence de preuves empiriques démontrant que telle ou telle restriction pouvait atteindre les objectifs que le gouvernement tentait de réaliser n'était pas un obstacle pour justifier les restrictions (par. 18). Faute de données quantitatives ou empiriques, la tâche de justification relève de l'analyse de la motivation humaine, de la détermination des objectifs et de la compréhension des philosophies sociales et politiques (par. 90). Cela montre que certaines restrictions pourraient, peut-être, être justifiées avec une précision mathématique, alors que d'autres, celles qui concernent les considérations philosophiques, politiques et sociales ne pourraient pas l'être. Dans ces cas, il faudrait recourir à la logique avec une prise en compte du contexte social. Cela veut dire qu'une personne raisonnable qui analyse les preuves fournies doit pouvoir parvenir à des conclusions quant à la conformité de la restriction aux objectifs.

Il serait difficile de ne pas donner raison à cet avis. Il convient aussi de rappeler la, d'une part, le fait que la Cour en tant qu'organe ne peut être impliquée dans la recherche et l'évaluation des données empiriques et que, d'autre part, elle pourrait être limitée dans une telle entreprise, par la nature spécifique des questions mêmes que ces données

concerneraient¹²⁹³. Il en irait ainsi à plus forte raison si les données en question étaient contradictoires, inaccessibles ou échappaient à la compréhension du public.

D'un autre côté, au cas où le rapport entre la restriction et l'objectif ne pourrait être établi avec une précision mathématique, il n'est pas à exclure que les situations où les données empiriques puissent servir de repères. Même en invoquant la logique en tant que motif de la justification, la Cour part d'une information communément accessible, dont une partie pourrait être considérée comme une sorte de "données empiriques". En sont les témoins les publications relatant l'expérience du fonctionnement des établissements pénitentiaires. La Cour peut, en outre, avoir accès à des informations contenant les avis des théoriciens sur l'impact de certaines restrictions ou sur l'absence de témoignages pertinents. Toutefois, de telles preuves seraient "douteuses" aux fins du test *d'Oakes*¹²⁹⁴. Ce fut le cas de l'affaire *Sauvé* où l'insuffisance ou, pour être plus précis, l'absence de preuves empiriques¹²⁹⁵ attestant que la restriction contribuait à la prévention des infractions ou à la responsabilité fut utilisée comme une preuve *a contrario*¹²⁹⁶. Il apparaît donc que l'accessibilité des données empiriques pour le

¹²⁹³ Dans ce contexte, D. Pinard apprécie la phrase de K. Davis disant que "Le droit répond à certaines questions en s'appuyant sur la science, à certaines autres à la place de la science et il répond à beaucoup de questions auxquelles la science ne peut répondre" (Davis K.C., *Administrative Law of the Eighties*, Supplement to *Administrative Law Treaties*, San Diego: K.C. Davis Pub. Co., 1989, p. 371 : Cité dans Pinard D., *La promesse brisée de Oakes*, in *Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The Limitation of Charter Rights : Critical Essays on R. v. Oakes*, sous la direction de Luc B. Tremblay et Grégoire C.N. Webber, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 136). Commentant l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Oakes* D. Pinard affirme qu'une erreur a été commise. Le fait que le test de proportionnalité doit être objectif, vu qu'il est considéré comme étant valable pour prouver le bien-fondé ou le mal-fondé des restrictions. Il s'avère toutefois que la Cour n'a pas pu s'en tenir à ce postulat étant donné que les faits sociaux sont imprécis d'après leur nature. Les affirmations les concernant ne sont ni justes ni fausses. Il s'agit du "monde d'approximations". De plus, les sciences sociales qui maîtrisent généralement les questions qui se posent devant la Cour ne savent pas en règle générale ce qui pourrait être utile pour la résolution des affaires (Pinard D., *Ibid*, p. 134-135).

¹²⁹⁴ Pal M., *Democratic Rights and Social Science Evidence*, *National Journal of Constitutional Law*, 2014, n° 32, p. 155-156.

¹²⁹⁵ La minorité dans cette affaire soulignait que les preuves se fondaient principalement sur un grand nombre d'avis experts de théoriciens dans le domaine de la philosophie du droit et de la philosophie politique auxquels on ne devrait pas se fier aussi librement. Dans le même temps, les données empiriques relatives aux effets de l'instauration ou de la suppression de l'interdiction du vote pour les détenus n'étaient pas suffisantes par exemple en matière de criminologie (par. 101 de l'arrêt). D'un autre côté, la majorité qui demandait à la minorité des preuves empiriques s'appuyait elle-même sur des preuves théoriques et des repères axiologiques. Ainsi que le fait noter G. Webber, l'argument moral et politique de la majorité dans cet arrêt s'avéra être inadmissible de la même manière et avait en général peu de chances d'être accepté (Webber G., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 83).

¹²⁹⁶ Nous pensons que l'absence de preuves empiriques du rapport de la restriction des droits des détenus avec un objectif légitime devrait être comprise comme un argument en leur faveur pour plusieurs raisons: a) l'application du principe *in dubio pro reo*, bien que son application dans le droit pénitentiaire soit relativement limitée et nécessite d'être modifiée; b) la reconnaissance par la théorie des restrictions des droits et par la jurisprudence des juges étrangers du fait que la charge de la preuve de justification des restrictions des droits doit incomber à l'État.

sujet de justification des restrictions constitue un autre dimension revêtant une importance fondamentale.

À côté des aspects juridiques évoqués, l'arrêt *Sauvé* a soulevé des questions importantes de fonctionnement et d'interprétation de la Charte. Le résultat du vote de la décision qui donna cinq voix de juges "pour" et quatre voix "contre" en témoigne avec éloquence.

D. Brown présente une analyse détaillée de l'arrêt¹²⁹⁷ en pointant du doigt nombre de ses défauts et effets possibles. En soutenant les juges de la minorité, il critique la Cour suprême pour son manque de conséquence dans la vision du rôle des objectifs abstraits pouvant servir de motif aux restrictions. La Cour critique les objectifs de la restriction défendus par le gouvernement pour leur flou et, d'après la Cour elle-même, pour leur "suspicion". Dans le même temps, elle se réfère aux objectifs abstraits analogues en justifiant la nécessité de supprimer la restriction du droit des détenus de voter. Parmi ceux-ci, il y a aussi le but de renforcement des principes démocratiques par le fait que les détenus peuvent élire les personnes qui écrivent les lois que doivent respecter ces mêmes détenus. Autrement, la non-participation au processus d'élection du législateur compromet la légitimité de ce dernier.

D'autre part, David Brown estime que l'arrêt a soulevé le problème du rapport de l'interprétation de la Charte avec la Charte elle-même. Dans cette affaire, la Cour a utilisé la norme *Oakes* élaborée par elle-même, laquelle, pourtant, n'est qu'une interprétation de la clause limitative fixée à l'article 1 de la Charte: "(La Charte) garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Le principe retenu dans l'affaire *Oakes*, qui joue le rôle de guide pratique dans l'application de l'article 1 de la Charte¹²⁹⁸ est en même temps plus limité, d'où la question de savoir pourquoi la Cour n'a pas pris en compte un contenu plus large pour l'article 1 de la Charte.

L'observation citée de David Brown est directement liée à la pierre d'achoppement dans l'affaire *Sauvé*: le problème du dialogue entre le Parlement et la Cour suprême du

¹²⁹⁷ Brown D.M., *Sauvé and Prisoners' Voting Rights : the Death of the Good Citizen*, *Supreme Court Law Review*, 2003, Vol. 20, p. 297-342.

¹²⁹⁸ Dans l'affaire *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199 (par. 126) la Cour rappelait aux instances inférieures que la norme du test d'*Oakes* n'était qu'un guide pour l'application de l'article. Quant au contenu de celui-ci il devrait être trouvé dans l'article même.

Canada¹²⁹⁹. Il a tenu à la possibilité de l'intervention de la Cour sur les questions politiques par l'utilisation de ses compétences¹³⁰⁰. La question de la privation du droit de vote des détenus était considérée comme relevant de cette matière. Ainsi qu'il a déjà été observé, les juges de la minorité ont critiqué la Cour pour s'être occupé de questions de nature politique, au lieu d'étudier la conformité de la norme de la loi aux dispositions de la Charte relatives à l'interdiction de voter.

Il convient de souligner que la majorité des juges s'appuyant, dans cette affaire, sur le test d'Oakes, a conclu à la non-justification de la restriction du droit de vote des détenus. Par ailleurs, les juges de la minorité en sont venus à une conclusion opposée en s'appuyant sur le même test *d'Oakes*. La juge Gontier, par exemple, a invoqué la jurisprudence antérieure de la Cour pour observer qu'un lien rationnel existait entre la restriction donnée et les objectifs qu'elle devait atteindre. Pour elle, cela ne demandait pas de confirmations empiriques, ainsi que l'argumentait la majorité dans cette affaire. Seuls la logique générale et le bon sens auraient suffi. Il serait suffisant, pour le moins, que le Parlement disposât d'arguments logiques appropriés¹³⁰¹. Cet exemple démontre que le test de proportionnalité d'Oakes (comme tout autre test de proportionnalité) n'est pas une panacée. Tout en étant assez sûres de la justification des restrictions des droits, les idées qui les fondent peuvent, en outre, être interprétées d'une manière souple et diverger de façon visible, selon le sujet d'application. L'utilisation de ce test et son résultat peuvent différer en fonction des données empiriques disponibles ou absentes qui concernent le lien entre la restriction et son objectif.

¹²⁹⁹ Une vision critique de ce dialogue dans le contexte de l'arrêt *Sauvé* voir plus en détail à: Manfredi C.P., *The Day the Dialogue Died: A Comment on *Sauvé v. Canada**, *Osgoode Hall Law Journal*, 2007, Volume 45, n° 1, p. 105-123; Manfredi C.P., *Rush M.E., Judging Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, p. 52-62; McCormick P.J., *The End of the Charter Revolution: Looking Back from the New Normal*, Toronto, University of Toronto Press, 2014, p. 121-125.

¹³⁰⁰ L'arrêt *Sauvé* est exceptionnel en ce qu'avant son adoption la Cour suprême prêtait très peu d'attention au rôle du parlement dans les affaires concernant la privation du droit de vote qui existaient en grand nombre (Hulme K.C., *The Unnatural Likeness of Deference: the Supreme Court of Canada and the Democratic Process. A thesis for the degree of Doctor of Philosophy*, Ontario, Queen's University Kingston, 2011, p. 204.). Ainsi que le note C. Feasby, la décision dans l'affaire *Sauvé* fait partie de celles qui peuvent se caractériser comme étant attachées à l'évaluation parlementaire des valeurs démocratiques mais sceptiques quant au choix des moyens (des restrictions – N.D.L.A.) par le parlement pour atteindre les objectifs voulus (Feasby C., *Freedom of Expression and the Law of the Democratic Process*, *Supreme Court Law Review*, 2005, n° 29, S.C.L.R. (2d), p. 285). Cette thèse n'est pas bien fondée car la Cour était assez critique et dans l'appréciation des objectifs mêmes tout en les considérant comme acceptables. Dans l'ensemble cette critique est considérée comme un exemple de l'analyse minutieuse des motifs de l'État pour la restriction de droits (Partisan M.P., *Manipulation of the Democratic Process and the Comparative Law of Democracy*, A thesis for the degree of Doctor of Juridical Science, Toronto, University of Toronto, 2014, p. 274-275).

¹³⁰¹ Manfredi C.P., *Rush M.E., Judging Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, p. 58.

La décision *Sauvé* est examinée comme visant la résolution du conflit portant sur le droit politique de voter, mais elle est aussi envisagée comme un acte pouvant être utilisé pour justifier les restrictions des droits des autres détenus. Elle reste importante pour l'avenir des droits des autres détenus, y compris les droits énoncés dans la Charte¹³⁰². Certes, la restriction du droit de vote des détenus revêt son propre caractère spécifique. Son principal trait distinctif tient à ce que cette restriction ne peut pas être justifiée par des considérations de sécurité de l'établissement servant ordinairement à justifier les restrictions d'autres droits, car ces arguments ne seraient pas pertinents¹³⁰³. Cela n'empêche toutefois pas d'évaluer les conclusions générales de cette décision en matière de proportionnalité des restrictions des droits des détenus comme étant tout à fait convenables pour l'examen portant sur la restriction d'autres droits.

Efrat Arbel estime notamment que cette décision peut être utilisée dans la mise en œuvre des mesures d'isolement dans le cadre des établissements pénitentiaires. L'auteur dégage, dans ce contexte, des principes normatifs tels que contenus dans l'affaire *Sauvé* et qui peuvent être utiles. L'un d'eux prévoit, par exemple, que la sanction ne doit pas être exécutée suivant des modalités non modulées (non flexibles) de manière à ne pas permettre de traiter les détenus comme des "outsiders temporaires" du système de protection des droits par l'État. Cette approche ne répond pas aux principes d'inclusivité et d'égalité. La décision fournit des outils permettant de faire la distinction entre les mesures d'isolement qui limitent les droits, contenus dans la Charte et qui peuvent être autorisés et les mesures qui contestent des droits et doivent être soumises à une justification plus détaillée¹³⁰⁴. Cette position reflète, entre autre, l'applicabilité de certaines dispositions de la norme de proportionnalité dans le contexte pénitentiaire. Ainsi, l'exigence de souplesse prévoit-elle que les restrictions applicables aux détenus pour le temps de leur mise à l'isolement (administratif ou disciplinaire) ne devraient pas être non individualisées.

Notons, pour conclure, que l'exécution au Canada de l'arrêt rendu dans l'affaire *Sauvé* reste toujours problématique. Ceci tient au fait que les litiges accessoires portant sur la

¹³⁰² Parkes D., *A Prisoners' Charter?: Reflections on Prisoner Litigation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *University of British Columbia Law Review*, 2007, Vol. 40.2, p. 641.

¹³⁰³ Parkes D., *The Punishment Agenda in the Courts*, *Supreme Court Law Review*, 2014, n° 67, p. 605.

¹³⁰⁴ Arbel E., *Contesting Unmodulated Deprivation: Sauvé v Canada and the Normative Limits of Punishment*, *Canadian Journal of Human Rights*, 2015, Vol. 4.1, p. 121-141.

protection de ce même droit des détenus se poursuivent malgré l'arrêt de la Cour suprême¹³⁰⁵. L'une des causes d'un tel rejet réside, à notre avis, en ce que le résultat de l'application de la norme de proportionnalité choisi par la Cour n'a pas été confirmé par des preuves empiriques suffisamment "fermes" pour pouvoir contester les arguments du gouvernement. Il est à souligner, par ailleurs, que cette thèse concerne la restriction qui, normalement, ne doit pas être mise en rapport avec la sécurité. Si la décision d'une telle portée concernait une restriction ayant un impact potentiel sur la protection et la sécurité de la société, les attentes de l'opinion publique quant à la fermeté de la justification auraient été encore plus élevées.

3.4.2.4 Autres décisions en matière de restrictions de droits des détenus

En dépit de l'importante influence des décisions *Sauvé* et *Oakes* sur les pratiques pénitentiaires et la jurisprudence, sur la législation pénitentiaire ainsi que sur la doctrine, la Cour suprême du Canada (à la différence de la Cour suprême des États-Unis) n'a pas eu à examiner un grand nombre d'affaires portant sur les restrictions des droits des détenus dans lesquels seraient directement en équilibre les intérêts de l'individu et de la société. Le peu d'affaires dans lesquelles cette mise en équilibre a eu lieu ont essentiellement concerné des aspects d'exercice de certains droits procéduraux. En plus, certains d'entre elles n'ont pas fait usage du test d'*Oakes* et se sont bornées à la mise en œuvre d'autres approches vis-à-vis de l'équilibre et de la proportionnalité sans qu'une importance notable leur fût accordée.

Dans l'affaire *May v. Ferndale Institution*¹³⁰⁶, la Cour suprême a étudié la question de l'application possible de l'*habeas corpus* (liberté fondamentale de ne pas être emprisonné sans jugement) dans le contexte du changement du régime d'exécution de la peine pour un régime plus élevé¹³⁰⁷. Les requérants, condamnés à la réclusion à vie, se plaignaient de la nouvelle procédure d'évaluation des risques des détenus, selon laquelle ils avaient été soumis à un régime de sécurité plus élevé. Cette procédure évaluait automatiquement le niveau du risque sur la base des données de l'administration pénitentiaire relatives au profil de l'individu et à son comportement. Bien que ces détenus n'eussent pas enfreint le régime, ils

¹³⁰⁵ Dhimi M., Cruise P., Prisoner Disenfranchisement: Prisoner and Public Views of an Invisible Punishment, *Analyses of Social Issues and Public Policy*, 2013, Vol. 13, n° 1, p. 213.

¹³⁰⁶ *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809, 2005 SCC 82.

¹³⁰⁷ Cette interprétation découle de la jurisprudence de la Cour selon laquelle l'adjonction de nouvelles restrictions aux conditions ordinaires de privation de liberté constituait une limitation de la liberté aux fins d'application de *habeas corpus* (*R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613 (§ 637); *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459 (§ 464)).

furent transférés dans un établissement à niveau de sécurité plus élevé.

Un tel changement de la politique, estimaient les requérants, ne répondait pas aux exigences de la Charte, puisqu'il entraînait une augmentation automatique de l'ensemble des restrictions qui leur étaient appliquées. La Cour signifia toutefois que, même si la fixation du niveau de sécurité était réévaluée automatiquement, elle s'appuyait sur une approche individuelle, compte tenu de l'ensemble des caractéristiques individuelles ayant une signification pour la détermination du niveau de sécurité¹³⁰⁸. Dans le même temps, cette restriction fut qualifiée de non justifiée, parce que les requérants ne purent pas se faire communiquer, à leur demande, la matrice sur la base de laquelle le logiciel avait calculé leur niveau de risque. Les requérants furent informés sur les facteurs ayant influé sur l'évaluation du niveau de risque, mais ils ne savaient pas quelle valeur avait chacun de ces facteurs pour l'évaluation du risque. En d'autres termes, ils ne savaient pas quels étaient les facteurs ayant influé plus ou moins sur leur évaluation négative. Ceci permit de conclure à une irrégularité de nature procédurale: le non-respect des garanties de la prise correcte des décisions. Le fait de manquer d'informations complètes prises en compte pour la prise de décision priva ces condamnés de possibilité de mieux fonder leur recours contre la décision les concernant¹³⁰⁹. La Cour suprême conclut donc que la restriction portant sur le changement du régime de sécurité n'était pas conforme à la Charte.

Dans l'affaire *Cunningham v. Canada*¹³¹⁰, le requérant invoquait la violation de l'article 7 de la Charte, en raison de la modification des modalités de la mise en liberté sous condition. L'individu bénéficiait du droit d'être mis en liberté automatiquement avec mise sous surveillance obligatoire, ce, après l'expiration d'environ les deux tiers de sa peine, sous réserve d'une bonne conduite dans l'établissement correctionnel. Toutefois, peu avant la date attendue de mise en liberté, la législation en la matière fut modifiée.

Conformément aux modifications survenues, le Commissaire du Service

¹³⁰⁸ Notons à ce propos que la rédaction antérieure de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition exigeait un environnement le moins restrictif pour les détenus. Cette exigence concernait également la détermination du niveau de sécurité de l'établissement d'exécution de la peine, étant donné que ce niveau devait être strict nécessaire. L'article 28 de la Loi dispose toujours que dans la détermination du niveau de sécurité l'environnement ne doit assurer que les restrictions nécessaires compte tenu de la protection de la société, de la sécurité des détenus et des autres personnes, y compris le personnel.

¹³⁰⁹ Cette exigence est fixée à l'article 27 de la Loi citée. Dans l'affaire semblable *Mission Institution v. Khela*, [2014] SCC 24, 1 S.C.R. 502, le détenu fut transféré dans l'établissement d'un niveau de sécurité différent mais il n'eut pas l'accès à l'information sur la base de laquelle était prise la décision de changer le niveau de sécurité. La Cour constatait que la décision n'était pas juste au plan procédural.

¹³¹⁰ *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143.

correctionnel¹³¹¹ reçut le droit de soumettre à la Commission des libérations conditionnelles du Canada des avis négatifs à propos de la mise en liberté sous condition, ce, s'il avait des raisons d'estimer que l'intéressé pouvait commettre, pendant la période de surveillance, un crime grave causant la mort ou un autre préjudice considérable. La Commission, pour sa part, pouvait refuser la mise en liberté anticipée. Suite à la mise en application des modifications évoquées, la demande de refus de la mise en liberté sous conditions fut satisfaite en raison de quoi le requérant se plaignait de la violation de l'*habeas corpus*.

Examinant cette affaire, la Cour se référait notamment, à l'équilibre des intérêts individuels et sociaux. Elle observait que l'intérêt de la société était de se protéger contre la violence susceptible de survenir du fait de la mise en liberté anticipée. L'équilibre fut maintenu au détriment des attentes du détenu concernant les modalités d'exécution de sa peine. Ce changement n'était contraire en soi à aucun principe de justice fondamentale.

Toutefois, la Cour n'étudia pas les détails de la mise en équilibre en tant que justification de la restriction. Elle insista, en revanche, sur le respect d'autres principes de justice fondamentale de nature procédurale. Ceux-ci étaient assurés par la fixation des modifications en question dans la loi, par l'audience relative à la mise en liberté sous conditions, par la possibilité d'y assister, par des audiences nouvelles et par le caractère limité de la marge d'appréciation du Commissaire pénitentiaire.

Il est intéressant de noter que la norme de proportionnalité élaborée dans l'affaire *Oakes* en accord avec l'article 1 de la Charte fut utilisée pour établir la proportionnalité de la sanction. C'est ainsi que dans l'affaire *R. v. Smith (Edward Dewey)*¹³¹², le requérant se plaignait de la non-proportionnalité de la condamnation minimale automatique pour sept ans et demi de privation de liberté pour avoir introduit au Canada environ 200 grammes de cocaïne¹³¹³. La Cour constatait que cette approche du législateur était contraire à la Charte, parce qu'elle ne correspondait pas aux dispositions de l'article 1. L'originalité de cette décision consiste en ce que la Cour a considéré la sanction qui représentait ***un ensemble de restrictions*** comme étant une seule restriction complexe d'après l'article 1 de la Charte. La Cour a utilisé la clause limitative de l'article 1 de la Charte pour statuer sur la justification de l'intervention

¹³¹¹ Commissaire du Service correctionnel – officier supérieur du Service correctionnel répondant du contrôle et du management du Service, y compris les programmes réalisés en période de détention et la surveillance après la mise en liberté.

¹³¹² *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045.

¹³¹³ La loi prévoyait une peine minimale de sept ans.

au regard du droit de ne pas être soumis à un "traitement cruel ou inusité" (article 12)¹³¹⁴.

Il est à noter que la Convention européenne utilise aussi les clauses limitatives de certains droits pour déterminer le bien-fondé d'une sanction, qui est considérée, dans ce cas, comme étant une catégorie de limitation du droit¹³¹⁵. La différence tient au fait que le Canada accorde la possibilité d'évaluer directement le bien-fondé du droit de ne pas être soumis à un "traitement cruel ou inusité" alors que la Convention européenne n'admet absolument pas la restriction de ce droit.

Nous voyons donc qu'il est possible d'évaluer *l'ensemble des restrictions* à l'aide de la norme de proportionnalité. Son application à des sanctions particulières, en tant que restrictions complexes (par exemple punitions ou changement du régime de détention), demande que la norme de proportionnalité soit fixée au niveau constitutionnel. Nous obtiendrions ainsi la garantie que cette norme puisse s'appliquer à un cercle plus large de rapports, et non seulement aux cas de restrictions individuelles de droits.

Conclusion du sous-chapitre 3.4.2

La décision de la Cour suprême du Canada rendue dans l'affaire *Solosky* représente l'une des décisions judiciaires principales en matière de restrictions de droits. Dans cette affaire, le détenu perdit le procès portant sur son droit à la correspondance confidentielle avec l'avocat. Cependant, la Cour fit une analyse de la proportionnalité de restriction de droits qui eut, par la suite, un effet sur l'application de la norme aux affaires concernant des détenus. La Cour insistait sur le maintien, pour ces derniers, de tous les droits, sauf exceptions prévues par la loi, le principe de restrictions minimales ainsi que sur l'équilibre des intérêts individuels et des intérêts de la société. Cet arrêt montra, en outre, que la Cour ne s'était pas décidée à mettre en doute la décision de l'administration pénitentiaire pour déterminer si une telle restriction du droit à la correspondance était nécessaire à la sécurité.

Une autre décision considérée comme progrès essentiel dans le domaine des normes de restriction des droits des détenus a été rendue dans l'affaire *Sauvé*. La Cour suprême y a

¹³¹⁴ Cela confirme la restriction possible de ce droit au Canada. Notons que la Convention européenne n'admet aucune restriction du droit similaire énoncé à l'article 3 de la Convention mais n'est pas identique à la formulation de l'article 12 de la Charte: "Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités".

¹³¹⁵ L'emprisonnement peut être considéré par exemple comme une restriction non justifiée du droit à la liberté d'expression d'après l'article 10 de la Convention (cf. *Perinçek c. Suisse* (n° 27510/08, 15.10.2015), *Shvydka c. Ukraine* (n° 17888/12, 30/10/2014)).

conclu que l'interdiction de voter, faite aux personnes condamnées à deux ans et plus de privation de liberté, était contraire aux normes de la Charte. L'un des points principaux des débats conduisant à l'adoption de cette décision a porté sur la question de savoir si l'interdiction de voter imposée aux détenus contribuait à l'objectif de renforcement de leur responsabilité civique et à celui de prévention des infractions. Les parties furent confrontées au problème d'absence de preuves empiriques valables pour confirmer ou réfuter cette thèse. Dans ces conditions, la Cour suprême décida de s'appuyer, dans ses jugements, sur l'analyse de la motivation humaine, sur la détermination des buts et sur la compréhension de la philosophie sociale et politique. La Cour a estimé que certaines restrictions pouvaient être justifiées avec une précision mathématique, alors que d'autres, celles qui concernaient les considérations philosophiques, politiques et sociales, ne pouvaient pas l'être. Dans ces cas, il fallait recourir à la logique et à la philosophie. Le caractère controversé de la décision (cinq juges étaient "pour", tandis que quatre étaient "contre") tenait, à notre avis, à l'impossibilité de prouver, en l'absence de preuves empiriques, que la restriction pouvait atteindre les objectifs qu'elle visait.

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada n'abonde pas en décisions qui, de manière semblable à l'arrêt *Sauvé*, soient focalisées sur le bien-fondé des restrictions de droits au sens commun. D'un autre côté, certains traits de la norme de restrictions de droits peuvent être remarqués dans les décisions portant sur le lieu d'exécution des peines, sur l'évaluation automatique des risques en tant que motif de changement de régime, de mise en liberté sous condition, de sanction minimale automatique, etc. Ces décisions se distinguent fondamentalement par la démonstration du lien entre la restriction et l'objectif qu'elle poursuit et qui doit être légitime, ladite restriction devant être proportionnée ce qui suppose qu'elle soit minimale. Nous observons que la norme de restrictions peut être appliquée à un vaste cercle de questions, qui naissent pendant l'exécution des peines. C'est la raison pour laquelle la norme de proportionnalité des restrictions acquiert une nouvelle importance qui s'explique par la possibilité de son application, non seulement aux restrictions ponctuelles, mais aussi, à des restrictions complexes telles que la punition, le changement de régime d'exécution de la peine, l'application d'une sanction disciplinaire et autres.

Le Canada fournit l'exemple d'une application attentive par le juge de la norme de proportionnalité dans les affaires carcérales. D'autre part, l'expérience de ce pays montre toute l'importance de l'attitude sérieuse des juges à l'égard de l'application de la norme de proportionnalité contenue dans la législation. Cette attitude contribue à un débat large et argumenté entre toutes les parties intéressées, en exigeant des juges une motivation détaillée

de la question de bien-fondé ou de mal-fondé des restrictions. L'exemple canadien montre que l'analyse approfondie de la proportionnalité des restrictions des détenus peut avoir besoin, non seulement, de logique et de rationalité, mais aussi de données empiriques. Leur défaut peut conduire à des avis controversés au sein de la société à propos des décisions arrêtées.

Conclusion du chapitre 3.4

La norme canadienne de restrictions de droits est unique en son genre, par rapport aux autres pays que nous analysons ici. Cette unicité tient à deux aspects: 1) La norme de restriction du droit est fixée dans la loi comprenant des garanties procédurales importantes qui revêtent non pas un caractère déclaratif, mais pratique, puisqu'elles sont effectivement appliquées; 2) La jurisprudence s'appuie sur la norme de restriction qui est conçue comme une exigence concrète. La norme a été élaborée en prenant en compte les dispositions de la Charte et elle a été utilisée dans les dispositions de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition de 1992.

Résultat d'un long travail d'experts, la Loi reflète nombre de normes relatives aux restrictions des droits dont le niveau de modernité n'est pas en retard sur l'actualité. Les composantes essentielles de cette norme consistent en l'exigence de garanties procédurales contre l'application de restrictions non justifiées de droits, ainsi que de minimalité des restrictions ainsi que de proportionnalité. Tout ceci distingue, à notre avis, le Canada, de manière positive, par rapport à d'autres pays. Il est à noter que les débats dans la société canadienne montrent l'importance attachée à la mention spéciale de l'exigence de minimalité à côté du principe de proportionnalité, bien que ce dernier doit être considéré comme incluant la minimalité. C'est pourquoi le maintien par le Canada de l'exigence de proportionnalité et la suppression de l'exigence nette de minimalité des restrictions dans la Loi qui a été opérée pour faciliter le fonctionnement du système pénitentiaire, a été accueilli par les juristes et les activistes comme un pas en arrière dans le rôle pratique de la clause limitative pour la défense des droits des détenus.

L'attitude sérieuse de la société canadienne vis-à-vis de la norme de restrictions permet d'observer l'importance des preuves empiriques servant à démontrer que la restriction est nécessaire pour atteindre tel objectif et qu'elle n'est pas excessive. Par ailleurs, il apparaît évident, dans ces conditions, que les juges sont limités dans la résolution de la question principale: La restriction était-elle nécessaire pour la sécurité/la prévention d'infractions ou pour tout autre objectif que la société assigne à la prison ? Ceci fait que, pour résoudre des questions discutables relatives à la proportionnalité d'une restriction ou d'une autre, les juges réclament des preuves "fermes", que peuvent fournir les données empiriques appropriées. Cela peut concerner surtout les affaires où la restriction paraît douteuse du point de vue de la sécurité de la société, car celle-ci demande à être sûre de la sécurité des restrictions.

L'exemple canadien montre, également, que la norme de restrictions de droits peut s'appliquer, non seulement, comme une mesure du bien-fondé des restrictions individuelles, mais aussi pour évaluer la justification d'un ensemble de restrictions aux droits, comprenant, notamment, le type de la peine, le changement de régime ou l'extradition. Cela souligne le rôle complémentaire de cette norme et les perspectives qu'offre son développement dans le domaine pénitentiaire.

3.5. Belgique

Tout comme le Canada, la Belgique peut être analysée comme fournissant un autre exemple d'introduction directe dans la législation d'idées théoriques marquantes dans le domaine des droits des détenus. Cela concerne totalement les restrictions des droits.

La Constitution de ce pays ne prévoit pas des normes spécifiques concernant les détenus. D'après les théoriciens belges, cela signifie que leurs droits doivent être définis à partir des droits fondamentaux reconnus à chaque citoyen, ce, en analysant, pour chacun de ces droits, à quel point l'emprisonnement justifie les restrictions qui leur sont appliquées¹³¹⁶.

3.5.1. Loi pénitentiaire

La Loi de Principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus de 2005, désignée généralement "Loi Dupont" est considérée comme un pas décisif franchi sur le chemin historique d'évolution de l'exécution des peines en Belgique¹³¹⁷. Avant cette loi, la plupart des aspects de la vie pénitentiaire relevaient de la marge d'appréciation du pouvoir pénitentiaire¹³¹⁸. Le pouvoir exécutif organisait le fonctionnement du système pénitentiaire au moyen d'arrêtés et de circulaires. Cette situation était souvent source d' "insécurité juridique", car elle posait des barrières à l'égard des normes internationales, du milieu politique belge et du pouvoir législatif en général¹³¹⁹. La crise

¹³¹⁶ Verdussen M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 474.

¹³¹⁷ En 1996, le ministre de la justice S. De Clerck soumettait au parlement la note d'orientation "Politique pénale et exécution des peines" dans laquelle il soulignait la nécessité des réformes dans le domaine des peines et présentait des voies de réalisation de ces réformes. En conséquence, le ministre chargea Lieven Dupont, professeur de droit pénal, de pénologie et de droit pénitentiaire à l'Université catholique de Louvain, de préparer l'avant-projet de loi relative aux principes d'administration pénitentiaire et d'exécution des peines privatives de liberté. Le prof. Dupont commença son travail le 1 octobre 1996 dans le cadre d'un comité d'accompagnement qui comprenait des fonctionnaires dont les activités étaient en rapport avec la politique pénale, un juge et un expert indépendant. Son rapport sortit au bout d'un an. Cet événement fut suivi par la mise en place de la "Commission Dupont" qui termina en 2000 son rapport final. Ce document est considéré comme base préparatoire principale de la Loi pénitentiaire.

¹³¹⁸ Giovannini N., Zingoni M., *Belgium – Country Report. Imprisonment in Europe*, Brussels, European Commission, 2013, p. 13.

¹³¹⁹ Mary P., *La nouvelle loi pénitentiaire. Retour sur un processus de réforme (1996-2006)*, Courrier hebdomadaire du CRISP, 2006, n° 11 (n° 1916), p. 5.

législative portait notamment sur la définition, par le pouvoir exécutif, du contenu et de la signification de la peine privative de liberté, sur l'absence de la protection juridique des détenus, sur la révision de jugements en mettant à contribution le pouvoir législatif, etc.¹³²⁰. Aussi, malgré le long ajournement de son entrée en vigueur¹³²¹, son adoption fut-elle accueillie comme un contraste important dans le développement du cadre régulateur dans le domaine pénitentiaire¹³²². L'effet était renforcé par le fait que la loi reflétait des idées fixées dans les normes de la CEDH, du CPT et des RPE¹³²³.

Le document comporte nombre de règles détaillées, qui fixent directement les normes de restrictions de droits. Dès le chapitre "Principes fondamentaux généraux", l'article 6 dispose que "le détenu n'est soumis à aucune limitation de ses droits politiques, civils, sociaux, économiques ou culturels autre que les limitations qui découlent de sa condamnation pénale ou de la mesure privative de liberté, celles qui sont indissociables de la privation de liberté et celles qui sont déterminées par ou en vertu de la loi".

Il convient de souligner d'emblée que cette norme peut être interprétée de façon ambiguë, à savoir: la condamnation (ou la mesure privative de liberté) et la loi constituent des sources distinctes de restrictions. Il est donc possible que la condamnation soit source de restrictions malgré l'absence de l'éventualité prévisible de limitation d'un droit dans la loi. Les théoriciens belges observent à ce propos que les restrictions justifiées par l'emprisonnement n'en doivent pas moins être déterminées par la loi¹³²⁴.

Le professeur Xavier Dijon soumet la loi à une juste critique grammaticale, en insistant sur la nécessité d'analyser le concept même de privation de liberté en tant source de restrictions. En désignant la virgule placée entre la source de nature juridique (limitations qui

¹³²⁰ Mary P., *Ibid*, p. 9 ; voir aussi: Seron V., La loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus : vers la fin d'un non-droit ? , *Journal des Tribunaux*, 2006 (30 sept.), p. 553-563 ; Bartholeyns F., Béghin J., La loi de principes du 12 janvier 2005, vecteur de changements dans l'univers carcéral belge ? , *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2005, liv. 9-10, p. 862-893.

¹³²¹ Beernaert M.-A., *Manuel de droit pénitentiaire*. Préface de Françoise Tulkens, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 26-30.

¹³²² En 2006 était adoptée également la Loi relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine. Cette loi porte sur les questions de mise en liberté sous conditions et sur d'autres types de mise en liberté, les permissions, d'autres questions à caractère purement procédural, sur le statut de la victime pendant l'exécution de la peine.

¹³²³ Dupont L., Smaers G., Les nouvelles règles pénitentiaires européennes et la loi de principes de 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, *Une criminologie de la tradition à l'innovation (en hommage à Georges Kellens)*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2006, p. 297-322.

¹³²⁴ Giovannini N., Zingoni M., Belgium – Country Report. Imprisonment in Europe, Brussels, European Commission, 2013, p. 11.

découlent de la condamnation pénale ou de la mesure privative de liberté) et la source de nature effective (limitations qui sont indissociables de la privation de liberté), le professeur pose la question: quelles sont les privations qu'entraîne la condamnation pénale elle-même? Une autre question consiste à savoir s'il est admissible qu'une limitation ne découlant pas de la condamnation, ne soit pas indissociable de la privation de liberté, tout en étant déterminée par la loi? Le professeur problématise le sujet par d'autres interrogations. Citons notamment la question du rapport des normes relatives aux limitations dans cette loi et dans d'autres lois pouvant comporter de telles normes. Sachant que cela peut influencer sur la résolution du problème de concurrence des normes, celle de l'article 6 serait-elle une norme à caractère général ou à caractère spécial¹³²⁵?

D'autres spécialistes ayant analysé en détail cette norme observent son caractère ambigu. Dans leur étude portant sur le droit des détenus à la sécurité sociale, Véronique Van der Plancke et Guido Van Limberghen procèdent à une analyse minutieuse de cette norme dans le contexte de son impact éventuel sur la limitation du droit à l'assurance sociale.

Les auteurs font remarquer, à juste titre, qu'à la lumière de l'article 6, la limitation du droit à la sécurité sociale des détenus paraît douteuse. La loi prévoit, à leur avis, trois sources de limitation:

1. La condamnation en elle-même (par exemple en cas d'interdiction d'exercer une activité) ;
2. Les impératifs indissociables de la privation de liberté (sécurité extérieure ou intérieure, maintien de la vie communautaire dans l'établissement) ;
3. La loi (motifs découlant des règles du procès pénal; par exemple privation du droit de vote d'après la loi électorale)¹³²⁶.

Les deux premières sources ne posent pas de problèmes, ainsi que l'estiment ces auteurs, sous réserve, certes, qu'il n'y ait pas besoin d'analyser correctement et logiquement ce qui "découle" effectivement de la condamnation ou ce qui est indissociable de la privation de liberté¹³²⁷. Les auteurs se sont posés une question fort proche de celle des restrictions de fait:

¹³²⁵ Dijon X., Prolégomènes : la protection sociale des détenus : pour quelle sécurité? , Van der Plancke V., Van Limberghen G., La sécurité sociale des (ex-) détenus et de leurs proches, Bruxelles, La Charte, 2008, p. 14-15.

¹³²⁶ Van der Plancke V., Van Limberghen G., Ibid, p. 51.

¹³²⁷ C'est cette analyse elle-même qui constitue un problème inévitable qui surgit en essayant de justifier les restrictions de fait (voir les détails au 1.3.2 "Classification selon l'origine de la limitation. Restrictions de droits découlant de l'incarcération").

à quel titre la limitation du droit à la sécurité sociale n'est-il pas compatible avec la privation de liberté? Pourquoi ce droit devrait-il être limité? Sans revenir à la problématique des restrictions de faits, soulignons seulement que cela confirme à nouveau qu'au lieu de fournir un instrument complémentaire de protection des droits, ainsi que le souhaitaient probablement les auteurs de la loi, la fixation de la norme relative à la non-restriction des droits, à moins d'exceptions tenant à leur exercice en détention, provoque une confusion. Cette norme n'accorde pas d'arguments complémentaires à la personne nécessitant la défense de son droit. Elle pourrait plutôt être utile en cas d'application par le représentant du pouvoir de sa marge d'appréciation en faisant recours à des limitations de droits.

En ce qui concerne la troisième source, les auteurs estiment qu'elle suscite un doute: ne créerait-elle pas le risque de violation du principe de "protection juridique", car il s'avère que le détenu a droit à tout ce qui n'est pas interdit par une autre loi. Il en découle que la loi relative aux principes admet elle-même des limitations de son propre principe de respect des droits de l'homme par une autre loi.

Van der Plancke et Van Limberghen soutiennent, en partant de la loi, que la limitation du droit des détenus à la sécurité sociale devrait être soumise au test correspondant de "justification". Ils se réfèrent à ce propos au rapport de la Commission Dupont¹³²⁸, lequel soutenait que les limitations des droits fondamentaux devraient être fixées dans la loi et qu'elles devraient être justifiées du point de vue de leur nécessité et de leur but. C'est pourquoi au cas où serait posée la question de la conformité de la limitation du droit à la sécurité sociale à la Constitution de la Belgique, la Cour constitutionnelle aurait à répondre à la question de savoir si la limitation donnée poursuivait un objectif légitime compatible avec la Loi pénitentiaire, puis, dans l'affirmative, à établir si les mesures utilisées étaient proportionnelles au but poursuivi¹³²⁹?

La Loi pénitentiaire dispose spécialement en quoi consiste le caractère punitif de la peine privative de liberté: il "se traduit exclusivement par la perte totale ou partielle de la liberté de mouvement et les restrictions à la liberté qui y sont liées de manière indissociable" (article 9.1). L'exécution des peines doit, pour sa part, être axée sur la réparation du tort causé aux victimes de l'infraction, sur la réhabilitation du détenu et sur sa préparation personnalisée à la réinsertion dans la société libre (art. 9.2).

Il convient de noter que la législation belge utilise les termes "réhabilitation" et

¹³²⁸ Rapport Commission Dupont, Doc. parl., Ch. repr., 2000-2001, Doc 50 n° 1076/001, pp. 49–60.

¹³²⁹ Van der Plancke V., Van Limberghen G. Ibid, p. 52.

"réinsertion" comme étant deux concepts distincts. La réhabilitation renvoie, de manière traditionnelle, au renouvellement du statut de citoyen à part entière, tandis que la réinsertion est considérée comme renvoyant à la limitation des effets négatifs de l'emprisonnement, ainsi qu'à l'éducation et à l'emploi dans le but de préparer la personne détenue à son retour à la société¹³³⁰.

Le principe fondamental de la loi, dès le stade de son élaboration, portait sur la détermination du statut de détenu en tant que sujet du droit, ce qui devait améliorer les perspectives de la réinsertion. À cette fin, la privation de liberté devait être définie comme limitation de la liberté de mouvement qui ne devait être augmentée d'aucun effet punitif de manière à ce que le détenu puisse conserver tous les autres droits¹³³¹. L'attribution d'un tel statut juridique s'inscrit dans le concept de la punition d'après lequel "la lutte contre le traumatisme carcéral (...) est considérée comme une condition sine qua non de la réalisation d'objectifs individualisés, constructifs et orientés vers l'avenir"¹³³². Si la détention a pour objectif la réinsertion de l'individu dans la société, dont il a enfreint les normes, l'encouragement à l'apprentissage de ces normes doit s'effectuer en incitant à l'exercice des droits et non par la privation de ces droits¹³³³.

La Loi pénitentiaire belge a, en outre, ceci de spécifique, qu'elle fixe clairement le principe de proportionnalité des restrictions. Les généralités du chapitre "De l'ordre, de la sécurité et du recours à la coercition" (Chapitre 6) ne comprennent que trois principes: la combinaison de la sécurité dynamique et de la sécurité statique ; la proportionnalité des limitations ; et la responsabilité du directeur d'établissement et de son personnel pour le maintien de l'ordre et de la sécurité (article 105).

Le principe de proportionnalité qui fut un peu modifié par le gouvernement par rapport à sa version initiale au cours du processus législatif¹³³⁴, est ainsi exprimé: "Les obligations et restrictions de droits imposées au détenu en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité doivent être proportionnées à ces objectifs, tant par leur nature que par leur durée" (article 105.1). Il est intéressant de noter que cette norme, bien que ne faisant pas partie du chapitre relatif aux principes fondamentaux généraux, vise, de fait, à régler le problème général de l'application des restrictions, ce qui tient au rapport des objectifs de sécurité et

¹³³⁰ Giovannini N., Zingoni M., Ibid, p. 15.

¹³³¹ Mary P., Ibid, p. 11.

¹³³² Dupont L., Essai d'avant-projet de loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et l'exécution des peines privatives de liberté. Instituut voor strafrecht, Louvain, KUL, 1997, p. 16.

¹³³³ Détienne J. Les droits fondamentaux des détenus et le droit belge, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2003, n° 3, p. 532.

¹³³⁴ Mary P., Ibid, p. 46.

d'ordre avec les droits de l'homme. En outre, elle signifie qu'en évaluant la proportionnalité des restrictions, il faudrait prendre en compte, non seulement, le contenu des restrictions, mais aussi leur durée.

Le principe de proportionnalité touche directement à l'application de sanctions disciplinaires qui peuvent porter sur l'application de restrictions de droits concrets. L'article 133 de la Loi pénitentiaire établit la possibilité de limiter le droit de posséder certains objets, de retirer ou de limiter le droit de servir de la bibliothèque (sauf certains types de littérature tels que livres religieux), de retirer ou de limiter le droit aux visites ce qui peut se traduire, notamment, par la mise en place de la cloison pendant les visites, de retirer ou de limiter le droit au téléphone (ce qui peut se traduire par l'écoute des communications, leur enregistrement et leur remise aux services de police dans les cas prévus par la loi). Ces restrictions sont applicables pour une durée maximale de trente jours pour la première catégorie d'infractions (art. 129) et de quinze jours pour la deuxième catégorie (art. 130).

Une attention particulière est attachée aux personnes placées en détention provisoire. Même si la Loi ne comporte pas de dispositions concrètes relatives aux limitations de leurs droits, elle détermine des principes pouvant avoir une incidence sur l'appréhension et l'attitude vis-à-vis de pareilles limitations. C'est ainsi que l'article dispose que les inculpés doivent être traités de manière à ne donner aucunement l'impression que leur privation de liberté présente un caractère punitif. De même, conformément à l'article 13 de la Loi et sauf les restrictions appliquées en vertu de la loi, les personnes prévenues bénéficient de toutes les facilités compatibles avec l'ordre et la sécurité.

Un exemple vivant de la tentative législative de recherche de compromis dans l'application des limitations de droits, est fourni par la règle relative à la nécessité d'accorder au détenu le droit d'aménager sa cellule, pour autant que cela s'accorde avec l'ordre et la sécurité d'après le règlement intérieur. Aux termes de l'article 41 de la Loi pénitentiaire, le détenu peut aménager à sa guise sa cellule pour autant qu'il respecte les dispositions du règlement d'ordre intérieur relatives à l'ordre et la sécurité. Une disposition similaire concerne les vêtements des détenus qui doivent être compatibles avec la cohabitation forcée avec les autres détenus, ainsi qu'avec l'hygiène, la bienséance, l'ordre et la sécurité (article 43.1). De même, le règlement intérieur permet de conserver des objets lorsque cela n'est pas incompatible avec l'ordre et la sécurité dans l'établissement (article 45.2). Il est à noter, par ailleurs, que la concertation avec le détenu à propos des questions relatives aux modalités de la détention constitue l'une des principes de la Loi. C'est ainsi qu'un plan individuel de détention est établi en concertation avec le détenu et avec sa participation (article 38.1).

Le principe de concertation est une caractéristique spécifique importante de la Loi pénitentiaire belge. L'article 7 de la Loi signifie que chaque prison doit essayer d'instaurer un "climat de concertation". L'on crée, à cet effet, dans chaque établissement un organe de concertation permettant aux détenus de s'exprimer à propos des questions d'intérêt communautaire auxquelles ils peuvent contribuer. Il en ressort que le détenu participe d'une certaine manière à l'établissement de l'ordre dans l'établissement dont le respect peut par ailleurs servir de motif de limitation de ses droits.

La Loi pénitentiaire belge se distingue aussi par une attention particulière attachée à l'individualisation des limitations des droits. L'article 55 de la Loi, par exemple, permet le contrôle des lettres pour assurer l'ordre et la sécurité, mais l'article 56 précise que ce contrôle ne peut s'opérer qu'en présence de signes individuels de la nécessité d'un tel contrôle dans l'intérêt de la sécurité et de l'ordre. Une règle générale est fixée: la lecture des lettres est interdite. Or une exception est instaurée aussitôt: la lecture est autorisée en présence d'indices personnalisés que cela est nécessaire pour le maintien de l'ordre et de la sécurité. L'intérêt de la sécurité et de l'ordre est établi compte tenu des caractéristiques individuelles de la personne.

Un accent additionnel est mis sur la modération à respecter en cas d'ingérence dans le droit à la vie privée dans le 2^o alinéa de l'article évoqué, qui dispose que dans les cas où "cela est absolument nécessaire pour le maintien de l'ordre ou de la sécurité", le directeur d'établissement peut (en vertu d'une décision motivée) ne pas transmettre au détenu les lettres ou les objets qui ont été découverts. Le législateur distingue ainsi sur un mode douteux deux niveaux du bien-fondé de l'application des restrictions: lorsque la sécurité et l'ordre le nécessitent ; et lorsque la sécurité et l'ordre le nécessitent "absolument".

De la même manière, nous pouvons qualifier d'exigence complémentaire du bien-fondé la norme selon laquelle les visites des détenus peuvent être interdites en présence d'indices personnalisés que "la visite pourrait présenter un **grave** (souligné par nous – N.D.L.A.) danger pour le maintien de l'ordre ou de la sécurité" (art. 59). Il est vrai que cette interdiction peut survenir seulement lorsque la sécurité et l'ordre ne peuvent pas être assurés par la visite à travers une cloison. Ce qu'on appelle des visites intimes peuvent être également interdites "lorsque la personnalité du détenu constitue une contre-indication à l'octroi de la visite dans l'intimité" (article 59.1.3).

La visite des personnes n'ont pas de lien de parenté avec le détenu nécessite l'autorisation préalable du directeur d'établissement. Cette autorisation peut être refusée si la

personne concernée ne peut pas justifier d'un intérêt valable ou lorsqu'il existe des indices individualisés que la visite peut présenter un danger pour le maintien de l'ordre ou de la sécurité.

La limitation du droit à la vie privée, par la mise en place d'une cloison au parloir, peut s'appliquer dans les cas où cela est demandé par le visiteur ou le détenu lui-même, si le visiteur ou le détenu a enfreint antérieurement le règlement des visites et qu'il y a des raisons de soupçonner que cette infraction est susceptible de se reproduire ou encore s'il existe des motifs sérieux de craindre pendant la visite des incidents pouvant mettre en danger l'ordre ou la sécurité (article 60.3). Cela confirme l'idée que le législateur exige une approche individualisée même pour des interventions relativement insignifiantes dans le droit à la vie privée. Il est exigé à cette fin aux administrations pénitentiaires de prendre en compte le comportement antérieur du détenu.

Par ailleurs, la restriction portant sur la surveillance de la visite est automatique et n'admet aucun degré de souplesse (article 62) qui ne réponde pas aux normes de la CEDH et du CPT. D'un autre côté, la surveillance visuelle est autorisée (c'est-à-dire qu'elle peut être opérée ou non) en cas des visites d'avocats (article 67). La même chose s'applique à la correspondance (article 40). La Loi insiste sur la nécessité d'une justification plus sérieuse de l'intervention dans le droit à la visite de l'avocat. Le directeur d'établissement ne peut interdire ces visites que lorsqu'il y a "de *sérieuses* raisons de penser que la visite de l'avocat peut compromettre *gravement* la sécurité"¹³³⁵ (souligné par nous – N.D.L.A.). La conception du caractère "sérieux", tout comme à l'article 40, est assez floue et dépend essentiellement de la personne appliquant la restriction¹³³⁶. Une question logique surgit en plus: les restrictions sont-elles autorisées quand le danger menaçant la sécurité "n'est pas sérieux"?

La limitation totale ou partielle des communications téléphoniques peut être imposée sous réserve d'indices individualisés révélant qu'elles peuvent menacer le maintien de l'ordre et de la sécurité (article 64). Cette interdiction, comme dans le cas des visites, doit être précédée d'une décision motivée qui sera notifiée au détenu par écrit.

Une approche particulière est pratiquée à l'égard du droit aux contacts avec les *media*. Ces contacts ne peuvent être autorisés qu'après accord préalable du ministre et ils doivent être

¹³³⁵ Pour une raison inconnue, la catégorie "ordre" qui est d'habitude placée à côté de la sécurité dans les clauses limitatives a été oubliée.

¹³³⁶ Hild B. La liberté de correspondance des personnes détenues : étude de la correspondance épistolaire en prison : Mémoire de recherche réalisé sous la direction des Pr. A. Darsonville et J. Fernandez, Année 2012-2013, Lille, Université Lille 2, 2013, pp. 73, 94-95.

compatibles non seulement avec le maintien de l'ordre et de la sécurité, mais aussi avec la morale et la protection des droits et libertés des tierces personnes, ainsi qu'avec le respect des victimes des infractions (article 70). C'est dire que les objectifs, en vertu desquels peuvent s'appliquer les restrictions correspondantes, sont un peu élargis par rapport aux objectifs habituels, soient l'ordre et la sécurité de l'établissement.

La limitation du droit de pratiquer une religion ou une philosophie est reliée à la nécessité de respecter les droits d'autrui (article 71). La mention d'après laquelle les restrictions peuvent être liées à la sécurité et à l'ordre ne figure pas dans la règle générale relative au droit à la profession d'une religion ou d'une philosophie. Elle est toutefois contenue dans la règle relative au droit aux visites des ministres du culte. De la même manière, la participation aux rites religieux est autorisée sous réserve de l'ordre, de la dignité et de la tolérance indissociables de ces rites (article 74.2).

La limitation de la lecture de certaines publications ne peut intervenir que sur décision du directeur d'établissement. Au besoin, cette décision sera motivée et notifiée par écrit au détenu concerné. Cette limitation (interdiction) ne peut concerner la publication en totalité ou en partie que cela est absolument nécessaire pour le maintien de l'ordre et de la sécurité (article 77.3). Les mêmes motifs servent à interdire certains programmes télévisés ou radiodiffusés (article 77.4).

L'ordre et la sécurité sont les intérêts (la Loi n'utilise pas le terme "objectifs" dans ce contexte) justifiant d'appliquer des limitations au droit à la vie privée dans les cas de la fouille des vêtements (art. 108.1) et de la perquisition dans la cellule¹³³⁷ (art. 109).

La Loi autorise, par ailleurs, des mesures particulières de sécurité. Elles peuvent porter sur le retrait de certains objets, sur l'interdiction de participer à certaines types d'activité, la surveillance durant la journée et la nuit, le séjour obligatoire dans la cellule, le placement en cellule sécurisée spéciale (art. 112). Ces mesures doivent être proportionnées au danger (art. 110) et s'appliquer pendant un temps strictement nécessaire (art. 112). Les mesures disciplinaires doivent être limitées aux situations dans lesquelles le maintien de l'ordre et de la sécurité de l'établissement le justifient "de manière impérieuse" et lorsqu'aucune autre mesure ne peut être employée pour l'assurer (art. 122).

¹³³⁷ Les spécialistes estiment toutefois que l'intervention dans la cellule, à la différence des pratiques actuelles, doit se fonder sur des dispositions législatives (Détienne J., Seron V., Politiques pénitentiaires et droits des détenus en Belgique, *in* Politiques pénitentiaires et droits des détenus. La protection des droits fondamentaux des détenus en droit national et international. P. J. P. Tak & M. Jendly (Eds), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 250).

Les détenus conservent le droit aux visites, à la participation à des activités utiles. Toutefois, ces droits peuvent être exercés pour autant qu'ils soient compatibles avec les mesures de sécurité (art. 113). Celles-ci constituent un motif complémentaire pour de telles restrictions qui est de nature évolutive et relève de la marge d'appréciation de la direction d'établissement.

Les conditions de travail doivent, autant que possible, être proches de celles existant dans la société libre. Les limitations de ce principe sont admissibles dans les cas où un tel rapprochement est contraire à la "nature de l'emprisonnement" (article 83), c'est-à-dire qu'il s'agit de l'existence de l'élément d'admissibilité des restrictions de faits imposées aux détenus. La permission d'effectuer un travail autre que celui qui est proposé par l'établissement peut être refusée si ce travail représente un danger pour l'ordre et la sécurité ou si le contrôle nécessaire de la part de l'administration est trop incommodant (article 85). Le refus doit être motivé et notifié au détenu par écrit.

Une importance particulière revient à la disposition relative à la motivation obligatoire de toutes les décisions prises en conformité avec les règles de la Loi pénitentiaire. L'exception concerne les situations où une telle motivation n'est pas exigée par la loi du 29 juillet 1991 ("Loi relative à la motivation formelle des actes administratifs"¹³³⁸) ou lorsque la notification d'une telle motivation risque de mettre en grand danger la sécurité de l'établissement (article 8).

Cela produit un effet direct sur la procédure de restriction des droits, car la motivation de la décision dans ce sens est bénéfique et même nécessaire pour une application convenable du principe de proportionnalité. Ainsi qu'il a été déjà indiqué, le caractère automatique d'application d'une restriction qui se traduit le plus souvent par l'absence de motivation écrite et relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration ne favorise par la mise en œuvre du principe de proportionnalité. Notons, à ce propos, que la loi citée relative à la motivation est constamment invoquée par les détenus dans leurs recours contre les décisions de l'administration pénitentiaire¹³³⁹. En se basant sur cette dernière le Conseil d'État belge a suspendu diverses décisions de l'administration pénitentiaire, en ce qui concerne, par

¹³³⁸ En 1991 aussi sortait la circulaire prévoyant la possibilité d'annulation des décisions des autorités pénitentiaires si elles influaient sur le statut d'une personne ou plus et si elles n'étaient pas motivées (Snacken S. Belgium, *in* Imprisonment Today and Tomorrow : International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions, Ed. by D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Second edition, The Hague, Kluwer Law International, 2001, p. 51-52).

¹³³⁹ Giovannini N., Zingoni M., *Ibid*, p. 12.

exemple, une motivation des décisions trop laconique, inexistante ou inadéquate¹³⁴⁰.

Comme il a été signalé plus haut, la nécessité de motiver les décisions se manifeste dans d'autres normes, plus spécifiques, concernant l'application de restrictions. Ainsi, la motivation de la décision et sa notification au détenu est-elle exigée dans certains cas de limitations du droit à la correspondance, du droit aux visites, du droit aux communications téléphoniques, du droit de prendre connaissance de publications (droit à l'information), du droit au travail...

3.5.2 La Loi Dupont en pratique

Malgré le caractère progressiste de la Loi belge de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus de 2005, ses dispositions sont peu respectées en pratique¹³⁴¹. D'ailleurs, une partie de ces règles ne sont pas entrées en vigueur depuis une dizaine d'années, en raison de l'absence d'arrêts-royaux d'application¹³⁴². C'est pourquoi le CPT a appelé les autorités belges à prendre sans délai toutes les mesures nécessaires afin d'assurer une entrée en vigueur totale et entière de l'ensemble de la loi¹³⁴³. Toutefois, même les règles qui sont en vigueur ne sont pas toujours respectées.

Ainsi, ne sont souvent pas respectées les règles concernant : l'exigence que les inculpés ne soient pas tenus à l'écart des condamnés ; le droit des détenus en détention préventive à une visite par jour ; le droit des condamnés à un minimum de trois visites par semaine ; la possibilité d'exercer une activité sportive durant au moins deux heures par semaine ; la normalisation du travail (sécurité sociale, contrat de travail etc.) ; les fouilles etc¹³⁴⁴. L'une des raisons de ce non-respect peut être que le ministère de la Justice n'a pas impliqué le personnel pénitentiaire dans le processus de rédaction du projet de loi. Il existe ainsi la crainte de voir une radicalisation des positions de certains agents qui ne percevraient pas l'intérêt de conférer des droits aux détenus¹³⁴⁵. Dans ces conditions, les spécialistes

¹³⁴⁰ Beernaert M.-A., Manuel de droit pénitentiaire, Préface de Françoise Tulkens, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 376.

¹³⁴¹ L'Observatoire international des prisons (section belge), Notice 2016, p. 51-61 / <http://oipbelgique.be/fr/wp-content/uploads/2017/01/Notice-2016.pdf> (accédé le 07.11. 2017).

¹³⁴² Ibid.

¹³⁴³ Par. 57, Rapport au gouvernement de la Belgique relative à la visite effectuée en Belgique par le CPT du 24 septembre au 4 octobre 2013, CPT/Inf (2016) 13.

¹³⁴⁴ L'OIP, Ibid.

¹³⁴⁵ Ibid, p. 60.

appellent à être vigilant quant aux modifications de la loi, qui vont toutes dans le sens d'un durcissement du système pour les détenus¹³⁴⁶, ainsi que quant à l'introduction de nouvelles restrictions visant à répondre aux tensions ou encore quant au recours à la violence au sein des prisons (ensuite elles ont en partie été annulées)¹³⁴⁷.

De ce point de vue, nous notons que les spécialistes belges ont pointé la nécessité d'impliquer l'administration pénitentiaire dans la rédaction des règles qu'elle doit appliquer. Dans le cas contraire, il peut se produire que la loi progressiste puisse être sérieusement affaiblie en pratique. Nous voyons comment, lors du développement d'un projet de loi, il est possible de se trouver face à un dilemme : développer les règles selon les hautes normes internationales et la nécessité d'y impliquer l'administration pénitentiaire pour leur donner de la légitimité à ses yeux.

D'une manière similaire, l'application de la Loi dans la jurisprudence semble être peu favorable aux principes et garanties énoncées par elle.

Commençons par indiquer que la Belgique a été récemment condamnée par la CEDH pour la violation de l'article 13 de la Convention à cause de l'absence de recours effectif pour faire valoir les griefs tirés de l'article 3 de la Convention¹³⁴⁸. L'affaire concernait l'absence de recours effectif pour se plaindre des transferts et des modalités d'exécution de la détention. Les procédures devant les juridictions judiciaires et devant le Conseil d'État n'avaient pas été effectives¹³⁴⁹. Avant cet arrêt, la CEDH a aussi établi qu'en Belgique il n'y avait pas une certitude suffisante que l'usage des recours fût de nature à offrir une réparation au requérant quant à la plainte concernant les conditions matérielles de sa détention¹³⁵⁰.

Selon les spécialistes belges¹³⁵¹ « l'accès aux juridictions administratives est entravé par les compétences spécifiques et techniques requises en droit administratif. Cet accès restreint est renforcé par la jurisprudence extrêmement restrictive du Conseil d'État belge, contrairement à celle de son homologue français. Ainsi, le Conseil d'État belge a-t-il rejeté les recours en annulation de la plupart des décisions en matière pénitentiaire. ... [il] a défini son

¹³⁴⁶ Ibid, p. 61.

¹³⁴⁷ Le Conseil central de surveillance pénitentiaire, Rapport annuel 2011-2014, p. 89 / https://5058.f2w.fedict.be/fr/system/files/jv_ctrg_fr-sans_chiffres.pdf (accédé le 08.11.2017)

¹³⁴⁸ Bamouhammad c. Belgique (n° 47687/13, 17.11.2015).

¹³⁴⁹ Ibid, §§ 97-99, 165-173.

¹³⁵⁰ Vasilescu c. Belgique (n° 64682/12, 25.11.2014)..

¹³⁵¹ Le réseau contentieux pénitentiaire, Rapport sur les contentieux pénitentiaires en Belgique / http://www.prisonlitigationnetwork.eu/?page_id=601&lang=fr#_ftn50 (consulté le 07.11. 2017)

champ d'intervention en utilisant le concept de « mesure interne » en tant que critère du contentieux administratif. Cette notion est utilisée par le juge pour rejeter les recours considérés comme irrecevables au motif que la mesure litigieuse est une mesure relevant exclusivement du fonctionnement interne de l'administration »¹³⁵². Le Conseil d'État s'est ainsi déclaré incompétent pour statuer sur les affaires concernant des mesures de sécurité à cause de considérations de sécurité et de prudence¹³⁵³.

L'arrêt principal dans ce domaine a été rendu dans l'affaire de *M. De Smedt*¹³⁵⁴. Citons entièrement la partie principale de cet arrêt : « Considérant que le directeur d'un établissement pénitentiaire est chargé de veiller au bon fonctionnement de celui-ci ainsi qu'au maintien de l'ordre; qu'à cette fin, il peut prendre de nombreuses mesures susceptibles d'occasionner certains désagréments ou certaines contrariétés au détenu; que, toutefois, pour autant que ces mesures soient exclusivement ou principalement dictées par un souci de sécurité ou de prudence, elles s'avèrent être de simples mesures d'ordre intérieur qui, en principe, ne sont pas susceptibles d'annulation; qu'il en va autrement si la mesure a pour objet exclusivement ou principalement de punir un détenu en raison de manquements disciplinaires; que, dans ce cas, la mesure est avant tout motivée par le comportement reconnu fautif du détenu et par la volonté que celui-ci soit puni; que pareille mesure [...] est effectivement susceptible d'annulation devant le Conseil d'État »¹³⁵⁵.

Toutefois, malgré le fait que l'arrêt rendu dans l'affaire *De Smedt* soit antérieur à la loi de principes du 12 janvier 2005, il est depuis de jurisprudence constante qu'il appartient au requérant de démontrer que la mesure de placement en régime de sécurité particulier, qu'il attaque, constitue non une mesure d'ordre, à l'égard de laquelle le Conseil d'État est sans compétence, mais une sanction disciplinaire déguisée qui vise à punir son comportement¹³⁵⁶. Dans cette logique le Conseil d'État rejette les recours concernant le placement sous régime de sécurité particulier prévu aux articles 110 de la Loi Dupont¹³⁵⁷ et les autres placements

¹³⁵² Ibid.

¹³⁵³ Mary P., *Enjeux contemporains de la prison*, Bruxelles, Publications de l'Université Saint-Louis Bruxelles, 2013, p. 100.

¹³⁵⁴ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 11 mars 2003, arrêt *De Smedt c. État belge*.

¹³⁵⁵ Ibid.

¹³⁵⁶ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 15 septembre 2016, arrêt de *El Jaabari c. État belge*.

¹³⁵⁷ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 31 mars 2007, *Sekkaki c. État belge*; Conseil d'État, section d'administration, 21 mai 2015, *Budisavljevik c. État belge*.

Art. 110 § 1 de la Loi dispose : « Sans préjudice des règles de sécurité générales à déterminer par le Roi, le directeur peut, s'il existe de sérieux indices que l'ordre ou la sécurité sont menacés, ordonner

similaires comme le placement sous prévu par article 116¹³⁵⁸.

Ainsi, pour que la mesure soit susceptible d'appel, elle doit viser à punir le détenu ou, en utilisant des termes du Conseil d'État, elle doit « avoir pour objet exclusivement ou principalement de punir un détenu en raison de manquements disciplinaires ». Seulement de ce point de vue, les mesures de nature disciplinaire ou concernant le régime en Belgique peuvent être contestées devant une autorité judiciaire ou administrative. Toutefois, le critère de contestation d'une mesure ne se base pas sur les effets qu'elle cause au détenu ou encore les effets sur ses droits, mais sur le but de cette mesure. Il est donc admis, que quelques soient les effets négatifs d'une restriction, elle ne saura être objet du recours, si elle n'a pas été appliquée pour punir. Il en ressort que les restrictions ne peuvent être contestées, même si elles punissent une personne objectivement sans toutefois avoir un tel but.

Par exemple, la mesure de placement sous le régime de sécurité particulier limite clairement les droits des détenus. En effet, cette mesure peut prévoir : le retrait ou la privation d'objets dont l'utilisation peut être dangereuse; l'exclusion de certaines activités communes ou individuelles; l'observation durant la journée et la nuit, tout en respectant au maximum le repos nocturne; le séjour obligatoire dans l'espace de séjour attribué au détenu; le placement en cellule sécurisée, sans objets dont l'utilisation peut être dangereuse (art. 112 de la Loi).

En ce qui concerne les mesures qui visent à punir les détenus, le Conseil d'État a rendu de nombreux d'arrêts. Les exemples des décisions favorables aux détenus sont nombreux. Nous en retiendrons quelques uns.

Dans l'affaire de *Feratovic*¹³⁵⁹, le détenu s'est vu infliger une sanction disciplinaire d'isolement dans l'espace de séjour attribué, ce, pendant sept jours, pour avoir perturbé le calme de l'aile et pour avoir insulté et violemment repoussé un infirmier. Le requérant souffrant de la maladie de Parkinson a fait valoir que chaque jour qui passe aggravait son état de santé et qu'il y avait urgence à agir, dès lors que la mesure attaquée violait ses droits fondamentaux «à ne pas subir de traitement inhumain et dégradant et à voir sa dignité

des mesures de sécurité particulières à l'égard d'un détenu. La mesure de sécurité particulière doit être proportionnelle à la menace et de nature à y porter remède ».

¹³⁵⁸ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 6 décembre 2012, Hilami c. État belge
Art. 116 § 1 de la Loi dispose : « S'il ressort de circonstances concrètes ou des attitudes d'un détenu que celui-ci représente une menace constante pour la sécurité, et s'il est apparu que tant les mesures de contrôle prévues à la section Ire que les mesures de sécurité particulières prévues à la section II sont insuffisantes, le détenu peut être placé sous régime de sécurité particulier individuel ».

¹³⁵⁹ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 08 octobre 2014, arrêt de *Feratovic* c. État belge.

respectée». Étant donné son état de santé et la violation de la Loi Dupont exigeant que le médecin-conseil déclare au directeur d'établissement l'absence de contre-indication médicale à l'enfermement en cellule de punition, le Conseil d'État a ordonné la suspension de l'exécution de la décision disciplinaire¹³⁶⁰.

L'application de la sanction disciplinaire d'isolement, pour une durée de sept jours, aurait été suspendue aussi, s'il y avait eu des doutes concernant les capacités de discernement du détenu¹³⁶¹. De même, l'exécution de la décision disciplinaire aurait été suspendue si le détenu s'était vu infligé quelques sanctions excédant la durée maximale de quatorze jours, prescrite par la Loi Dupont (art. 139)¹³⁶².

Dans l'affaire de *De Rouck*¹³⁶³ la sanction de quinze jours a été infligée pour le refus du détenu de se soumettre à la fouille demandée, contrairement aux exigences de la Loi Dupont. La sanction a été suspendue par le Conseil d'État parce que la décision n'avait pas été suffisamment motivée et que la fouille présentait un caractère systématique (non-individualisée)¹³⁶⁴, malgré le changement de la Loi qui obligeait le directeur de prison à prendre une décision formelle, individualisée et motivée¹³⁶⁵. Similairement, dans l'affaire *de Preud'homme d'Hailly de Nieupoort* le Conseil d'État a suspendu la sanction disciplinaire de quatre semaines de placement en régime cellulaire strict en raison du manque de motivation. Cela constituait une violation de la loi mentionnée du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs¹³⁶⁶.

Plus généralement, le manque de motivation devient souvent le fondement de la suspension de l'exécution de la décision. Ainsi, le Conseil d'État décide-t-il de suspendre la mesure si le choix et le degré de la sanction (de trente jours) n'ont pas été motivés au regard de la Loi Dupont¹³⁶⁷, si l'administration s'est limitée à faire état concernant les considérations de droit qui lui servent de fondement, sans expliquer quelle était la disposition du règlement

¹³⁶⁰ Ibid.

¹³⁶¹ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 16 janvier 2017, arrêt de Riahi Hichal c. État belge.

¹³⁶² Conseil d'État, section du contentieux administratif, 20 mai 2013, arrêt de Afkir c. État belge.

¹³⁶³ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 18 février 2015, arrêt de De Rouck c. État belge.

¹³⁶⁴ De plus, elle a été prise verbalement et plus tard remplacée par une décision formelle, mais avec une motivation très courte et non-individualisée.

¹³⁶⁵ Ibid.

¹³⁶⁶ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 01 décembre 2010, arrêt de Preud'homme d'Hailly de Nieupoort c. État belge.

¹³⁶⁷ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 12 septembre 2017, arrêt de Trimini Langeri c. État belge.

d'ordre intérieur qui était méconnue¹³⁶⁸, lorsque la décision ne démontre pas en quoi l'action collective concernée, qui ne s'est pas accompagnée de violences, a mis sérieusement en péril la sécurité ou l'ordre dans la prison¹³⁶⁹, si l'administration n'a pas expliqué les raisons précises pour lesquelles elle n'avait pas tenu compte de la teneur d'un avis médical négatif de placer un détenu à l'isolement¹³⁷⁰, lorsque la motivation d'une sanction disciplinaire ne répond ni en fait ni en droit aux arguments qui ont été soulevés par le détenu sanctionné et son conseil¹³⁷¹. Dans tous ces cas, comme dans beaucoup d'autres arrêts similaires favorables aux détenus, le Conseil d'État s'est fondé sur les exigences concernant la motivation de la Loi Dupont et de la Loi relative à la motivation formelle des actes administratifs de 1991. La loi Dupont devient donc un argument sérieux dans ce type de contentieux. Néanmoins, nous observons qu'auparavant le Conseil d'État était plus résistant à reconnaître l'absence de la motivation suffisante¹³⁷².

Si l'application de la Loi Dupont est fréquente dans les affaires concernant l'application des sanctions pénitentiaires, il ne semble pas que le Conseil d'État se serve de la Loi dans beaucoup d'autres cas concernant les limitations d'autres droits des détenus. Si la Loi est appliquée dans le contexte de limitations des droits (droit de communiquer avec autrui, de participer aux activités, fouilles etc), elle est plutôt utilisée dans les cas où ces limitations ont été les conséquences des décisions disciplinaires. Dans ces circonstances, les règles sophistiquées concernant les restrictions des droits en matière pénitentiaire analysées *supra* semblent avoir peu d'importance, en pratique, pour le Conseil d'État.

Cependant, en Belgique, un rôle important dans la protection des droits des détenus est joué par les juridictions civiles. Comme le fait remarquer le spécialiste franco-belge Gaëtan Cliquennois, un certain nombre d'affaires ont été jugées recevables par le juge des référés concernant l'imposition de mesures spéciales de sécurité, le système individuel de sécurité spécifique, les transfèrements d'un établissement à l'autre, les fouilles, le refus ou la révocation de la libération conditionnelle, l'isolement pour des raisons médicales (détenus

¹³⁶⁸ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 27 janvier 2017, arrêt de Detournay c. État belge.

¹³⁶⁹ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 09 février 2017, arrêt de Van Vinkenroije c. État belge.

¹³⁷⁰ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 10 novembre 2015, arrêt de Dahmani c. État belge.

¹³⁷¹ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 14 mars 2012, arrêt de Soufiani c. État belge.

¹³⁷² Voir par exemple les arrêts de Conseil d'État dans les affaires de de Mouffe (03.05.2012), Malengreaux (26.11.2010), d'Evita (03.09.2010), de Badra (25.06.2010), de Devolli (11.03.2008), de Goorickx (09.09.2005).

atteints du sida), le droit à l'information et l'imposition d'un traitement dégradant etc.¹³⁷³. Souvent, dans ce type d'affaire, la Loi pénitentiaire est utilisée en tant qu'acte qui désigne les droits dont les détenus peuvent bénéficier. Un exemple pertinent se trouve dans une affaire récente où les détenus se sont référés aux nombreuses règles de la Loi qui leur garantissaient leur droits et qui avaient été violés en raison de grèves des agents pénitentiaires¹³⁷⁴. De plus, les spécialistes observent que, dans de « nombreuses décisions récentes, la référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 de la Convention (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants), ou aux rapports du CPT, ce qui tend à souligner l'influence croissante du contrôle direct ou indirect des autorités européennes sur les juges belges »¹³⁷⁵.

Nous observons également des affaires où les juridictions civiles utilisent la Loi Dupont dans les cas défavorables aux détenus. Par exemple, la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas trouvé¹³⁷⁶ de violation de la loi en raison du déshabillage du détenu selon les règles de fouilles de vêtements, au lieu des règles de fouilles à corps¹³⁷⁷. D'après la Cour, si, dans le cadre d'une fouille complète des vêtements, le corps du détenu n'était pas examiné en détails¹³⁷⁸, il n'y aurait pas de raison d'appliquer les règles propres à la fouille à corps, même s'il était amené à remettre tous ses vêtements¹³⁷⁹. Dans ce cas, la Cour n'a pas appliqué les garanties prévues par la Loi ; elle les a écartées sur la base de l'ambiguïté de la frontière entre fouille à corps et fouille de vêtement.

Plus généralement, l'une des idées de la Loi a été d'éviter les fouilles systématiques par la création de l'obligation, pour l'administration pénitentiaire, de motiver ses décisions. En pratique, cette idée a été ignorée par la création d'une motivation... standardisée. Par exemple, cette motivation devait avoir lieu dans tous les cas de contact du détenu sans surveillance avec des personnes externes à l'établissement et consistait en quelques

¹³⁷³ Cliquennois G., Report on Belgian remedies, p. 15 / <http://www.prisonlitigationnetwork.eu/wp-content/uploads/2016/11/country-report-belgium.pdf> (accédé le 07.11.2017).

¹³⁷⁴ Cour d'appel, Mons, 21.06.2017, 2017/RF/1 (2ème chambre).

¹³⁷⁵ Le réseau contentieux pénitentiaire, Ibid.

¹³⁷⁶ Bruxelles (8^e ch.), 11 décembre 2007, R.G. 2007 / KR / 232, inédit, cité dans Beernaert M.-A., *L'exécution des peines et mesures privatives de liberté en Belgique : le droit nouveau est-il vraiment arrivé ?*, in *L'exécution des condamnations pénales*, sous dir. d'A. Masset, Liège, Commission Université-Palais, Université de Liège, Anthemis, 2008, p. 20.

¹³⁷⁷ Ces derniers ne peuvent avoir lieu que dans un espace fermé, en l'absence d'autres détenus, et doit être effectuée par au moins deux membres du personnel du même sexe que le détenu, mandatés à cet effet par le directeur (art. 108, § 2 de la Loi).

¹³⁷⁸ Le détenu n'est pas invité à dénouer ses cheveux, à les secouer, à montrer la plante de ses pieds, à ouvrir sa bouche ou à se pencher en avant et à fléchir les genoux.

¹³⁷⁹ Beernaert M.-A., Ibid.

phrases¹³⁸⁰. L'article 108 §2 de la Loi Dupont concernant les fouilles au corps systématiques a été annulé par la Cour Constitutionnelle¹³⁸¹. Par la suite, l'administration pénitentiaire belge a fait, contrairement à la Loi Dupont, des efforts pour restaurer la pratique des fouilles systématiques par ses « lettres collectives » (décisions infra-normatives), mais elle a dû formellement l'abandonner en janvier 2017¹³⁸². Ces efforts ont été accomplis en ignorant la décision de la Cour constitutionnelle et la Loi, ce qui a été aussi constaté par le Conseil d'État¹³⁸³.

Même si la Loi suscite une attention des tribunaux, suite aux arguments du requérant, cela ne veut pas dire que ses exigences telles que la nécessité des mesures vont être analysées en détail. Par exemple, en statuant sur la question du placement en régime de sécurité particulier individuel d'un détenu incarcéré pour des faits de terrorisme, la Cour d'appel a fait plutôt attention au respect de la procédure de son application prévue par une circulaire (ce placement a été en fait automatique) qu'au fait de l'absence de considération de possibilités d'appliquer les mesures moins strictes, comme cela est exigé par l'article 116 de la Loi¹³⁸⁴.

Peu protectrice semble être l'article 6 de la Loi, qui énonce la clause limitative selon laquelle les droits des détenus peuvent être limités : « Le détenu n'est soumis à aucune limitation de ses droits politiques, civils, sociaux, économiques ou culturels autre que les limitations qui découlent de sa condamnation pénale ou de la mesure privative de liberté, celles qui sont indissociables de la privation de liberté et celles qui sont déterminées par ou en vertu de la loi ». En effet, il suffit qu'une loi détermine n'importe quelle restriction pour éviter toute autre justification. En quoi consiste la portée de cette garantie si une autre loi peut facilement contredire l'idée de minimisation des limitations ? Un exemple très pertinent est donné par la Cour de cassation de Belgique¹³⁸⁵. Selon elle, la suspension de la pension de retraite et de survie est faite conformément à l'article 6, dès lors qu'elle est imposée aux détenus en vertu d'une norme législative (l'arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés).

Nous observons que la Loi est peu utilisée comme point de départ par les juridictions autres que les juridictions administratives. Cela peut être attribué au fait qu'elles utilisent

¹³⁸⁰ Ibid, p. 21.

¹³⁸¹ Cour Constitutionnelle, 29 janvier 2014, arrêt n° 20/2014.

¹³⁸² Avis du Conseil central de surveillance pénitentiaire, 2017-07.

¹³⁸³ Conseil d'État, section du contentieux administratif, 18 février 2015, arrêt de De Rouck c. État belge.

¹³⁸⁴ Cour d'appel de Liège (1^{re} chambre civile), 03 février 2016, 2015/RF/48.

¹³⁸⁵ Cour de cassation de Belgique, 04 mai 2015, N° S.13.0128.F.

plutôt les règles du Code judiciaire. En effet, l'intervention des juridictions civiles requiert la violation de droits individuels de la personne détenue qui semble résulter d'une faute commise par l'autorité dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (art. 584 § 1 du Code judiciaire), notamment en cas d'urgence¹³⁸⁶.

Dans ces conditions, nous pouvons constater que malgré le caractère progressiste de la Loi Dupont, elle n'est pas devenue, à ce jour, une barrière efficace contre l'application de limitations non justifiées de droits en prison. Cela tient tant à la résistance de l'appliquer de la part de l'administration pénitentiaire qu'à l'application superficielle de ses règles par le juge administratif.

¹³⁸⁶

Cliquennois G., Ibid, p. 14.

Conclusion du chapitre 3.5

Un trait important de la norme belge de limitation des droits consiste dans sa fixation détaillée dans une loi spéciale dénommée aussi "Loi Dupont" (en l'honneur de son auteur principal). Cette loi a été essentiellement élaborée par la doctrine et elle reflète, pour cette raison, sur beaucoup de points les normes de restrictions correspondant aux normes de la CEDH, du CPT et des RPE.

La norme belge comprend un principe général qui prévoit que les restrictions doivent être établies par la loi, "découler de la condamnation pénale ou de la peine privative de liberté" et être indissociables de la privation de liberté. Elle comporte, en outre, des normes spéciales relatives aux limitations de certains droits. Le principe général a suscité des débats parmi les spécialistes belges à cause de la nature problématique d'établissement de deux sources de limitations: source de nature juridique (condamnation pénale) ; et source de nature factuelle (indissociabilité de la privation de liberté). Des débats se sont engagés à propos de la conception de l'indissociabilité des limitations de la privation de liberté. Il est difficile de comprendre pourquoi, par exemple, le droit à la sécurité sociale n'est pas compatible avec la privation de liberté.

L'unicité de la Loi Dupont réside, en outre, dans la disposition concrète visant le principe de proportionnalité de restriction de droits. Il n'est pas étonnant que la Loi attache une grande importance à l'individualisation des restrictions de droits. Celle-ci peut se traduire, par exemple, par la prise en compte du comportement antérieur du détenu, de sa personnalité, voire des "contre-indications" personnelles.

Pourtant, l'évaluation des restrictions doit s'opérer de préférence du point de vue de leur besoin en matière de sécurité et d'ordre. La Loi définit divers degrés de ce besoin qui peut être "nécessaire", "absolument nécessaire", ou traduire un "danger grave" (à la sécurité et l'ordre). La sécurité et l'ordre peuvent déterminer les restrictions d'une autre manière également. C'est ainsi que l'exercice de droits doit "être compatible" avec eux, comme cela se voit, par exemple, pour l'aménagement de la cellule ou le choix des vêtements. Dans ce cas, la sécurité et l'ordre ne sont pas définis en tant que buts directs des restrictions, mais il est évident qu'ils définissent ces objectifs de manière indirecte.

L'exemple belge montre que, même en prenant en compte au plus haut point les

normes de proportionnalité du Conseil de l'Europe à propos des restrictions de droits, la sécurité et l'ordre restent tout naturellement les facteurs décisifs de l'établissement du bien-fondé des limitations. D'autre part, en vue de réduire la marge d'appréciation de l'administration pénitentiaire qui naît de l'application inconditionnelle de ces notions, il est exigé la motivation des décisions portant application de restrictions.

La Loi pénitentiaire belge inclut nombre de règles éparses, qui définissent diverses exigences pratiques en matière d'application de restrictions. Un tel éparpillement ne favorise pas l'uniformité des exigences faites aux restrictions, ce ne peut guère contribuer à une meilleure appréhension et une meilleure mise en œuvre de la norme de restrictions. La détermination non-uniforme des objectifs et des motifs des restrictions, l'indétermination de la clause limitative générale sont des imperfections propres tant à la Belgique qu'à d'autres pays.

Il est possible de constater qu'à ce jour la Loi Dupont n'est pas devenue une barrière efficace contre l'application de limitations non justifiées de droits en prison. Cela tient tant à la résistance de l'appliquer de la part de l'administration pénitentiaire qu'à l'application superficielle de ses règles par les autorités judiciaires. Ainsi, les dispositions de la Loi inspirées de normes progressistes internationales de droits des détenus se sont-elles heurtées aux réalités juridiques dans le champ pénitentiaire belge.

3.6. Pays-Bas

Le caractère humain du système pénitentiaire néerlandais tient à plusieurs facteurs. Ceux-ci comprennent, entre autres, la tradition de tolérance néerlandaise et l'expérience de l'occupation nazie. Son humanité est expliquée, en outre, par des facteurs plus spécifiques, à savoir l'influence de l'École de criminologie d'Utrecht qui s'associe avec l'Institut de criminologie de l'Université d'Utrecht. Cette école a rejeté l'approche criminologique positiviste au profit de la réhabilitation au lieu de la punition, ainsi qu'au profit du développement d'alternatives à l'emprisonnement¹³⁸⁷.

3.6.1. Loi sur les principes de l'administration pénitentiaire

Comprenant des chercheurs à orientation pratique, cette école a apporté une contribution considérable à la rédaction de la Loi sur les principes de l'administration pénitentiaire (1953) et à la constitution de bases pour une politique relativement souple dans le domaine de la justice pénale. L'une de ses réalisations consiste dans la mise en pratique de l'idée selon laquelle les détenus doivent être traités comme des sujets du droit qu'il faut aider à réintégrer la société¹³⁸⁸.

Susan Easton estime que la vision positive de la tolérance en politique pénale néerlandaise concerne plutôt le passé que les années récentes¹³⁸⁹. Elle souligne, néanmoins, que ceci n'a pas eu d'impact sur la réduction des droits des détenus, qui restent à ce jour assez solides par rapport aux États-Unis et le Royaume-Uni où les juges cherchent toujours à accorder les droits avec les besoins des établissements pénitentiaires (au sens négatif – N.D.L.A.)¹³⁹⁰.

La nouvelle Loi portant principes pénitentiaires (1998) constitua une sorte de réaction

¹³⁸⁷ Easton S., p. 45.

¹³⁸⁸ De Jonge G., Van Swaaningen R., *The Dutch Prison System and Penal Policy in the 1990s : from Humanitarian Paternalism to Penal Business Management*, in *Western European Penal Systems: A Critical Anatomy*, M. Ryan, J. Sim, V. Ruggiero (Eds), London, SAGE, 1995, p. 34.

¹³⁸⁹ Easton S., *Ibid*, p. 47.

¹³⁹⁰ *Ibid*, p. 48.

à la mise en œuvre, dans les années 1980, du principe développé antérieurement, selon lequel le traitement des détenus en tant que sujets de droit responsables était le seul moyen de garantir qu'ils se comporteraient convenablement dans la société¹³⁹¹.

Cette Loi est intéressante pour notre étude en ce qu'elle comporte une norme spéciale consacrée à la question de restriction des droits des détenus. Son article 2.4 dispose notamment que les personnes détenues ne doivent être soumises à aucune restriction autre que celles qui sont nécessaires pour les objectifs de l'emprisonnement ou pour le maintien de l'ordre ou de la sécurité dans l'établissement¹³⁹². Il est considéré que, pris avec la deuxième partie de la Loi, qui prévoit que les peines infligées doivent préparer, autant que possible, le détenu à son retour dans la société, le principe de minimalité des restrictions de droits se situe au cœur du droit pénitentiaire néerlandais depuis 1953¹³⁹³.

La Loi a subi l'influence notable des Règles minima pour le traitement des détenus de 1957. Nous retrouvons, notamment, dans le libellé de l'article 2.4, des éléments de la logique présente dans les Règles: "la discipline et l'ordre doivent être maintenus avec fermeté, mais sans apporter plus de restrictions qu'il n'est nécessaire pour une incarcération sécurisée et l'organisation normale de la vie communautaire" (par. 27); "la personne en détention provisoire... ne doit être soumise qu'aux restrictions et à la surveillance qui sont nécessaires dans l'intérêt de la justice ou de la sécurité ou de l'ordre normal dans l'établissement" (par. 92), " ;... les détenus ne doivent ainsi être soumis à aucune restriction ou sévérité plus contraignante qu'il n'est nécessaire pour garantir la sécurité de la détention et l'ordre normal" (par. 94).

Il convient de signaler, toutefois, une différence notable entre les règles relatives aux restrictions dans les RMT et dans la règle énoncée à l'article 2.4 de la Loi. La formulation de celle-ci ne comporte aucun renvoi à l'exigence selon laquelle l'on ne doit pas apporter plus de restrictions qu'il n'est nécessaire, mais mentionne seulement la "nécessité" des restrictions. En prenant cette règle à la lettre, il s'avère que toute restriction nécessaire pour atteindre les objectifs de sécurité ou d'ordre dans l'établissement pourrait être considérée comme justifiée d'après la Loi. Cependant, une interprétation légaliste de cette règle ne convient probablement pas au contexte du système pénitentiaire néerlandais où elle est lue comme principe de restrictions minimales des droits des détenus. Le fait est que l'on entend par "nécessité" la

¹³⁹¹ De Jonge G., Van Swaaningen R., Ibid, p. 35.

¹³⁹² Toutes les traductions dans ce chapitre sont faites à partir des traductions de néerlandais en anglais disponible en libre accès. C'est pourquoi nous ne pouvons garantir une traduction précise.

¹³⁹³ Boone M., *Judicial Rehabilitation in the Netherlands: Balancing Between Safety and Privacy*, *European Journal of Probation*, 2011, Vol. 3, n° 1, p. 64.

"stricte nécessité" qui suppose la minimalité.

Ainsi que l'observe Peter Tak, la Loi pénitentiaire a pour principes directeurs la règle selon laquelle la peine doit être exécutée le plus vite possible après avoir été prononcée, ainsi que le principe selon lequel le détenu ne doit être soumis que le moins possible à des restrictions¹³⁹⁴.

De l'avis de certains scientifiques, le principe de resocialisation (ou de réhabilitation, synonyme par lequel on le remplace souvent), de même que le principe de restrictions minimales furent placés au cœur du droit pénitentiaire hollandais dès 1953. Cela s'explique par l'humanisation du système pénitentiaire hollandais après la Seconde guerre mondiale¹³⁹⁵. D'autres considèrent le principe de restrictions minimales comme étant l'un des points de départ les plus importants du droit pénal néerlandais et font remonter ses racines à la Constitution de ce pays¹³⁹⁶ qui fait partie de ceux dont les textes constitutionnels comportent des dispositions relatives aux restrictions des droits des détenus.

L'article 15.4 de la Constitution dispose notamment que "celui qui a été légitimement privé de sa liberté peut être limité dans l'exercice des droits fondamentaux pour autant que cet exercice n'est pas conciliable avec la privation de liberté". Cette norme est considérée comme une exception de la Constitution hollandaise qui ne comporte pas la mention de "société démocratique" ou d'autres formulations similaires qui permettraient l'application de la proportionnalité pour déterminer l'admissibilité du moyen servant à atteindre le but des restrictions. Elle contient, toutefois, la formulation "pour autant", laquelle est considérée comme autorisant à appliquer le principe de proportionnalité et, de ce fait, comme une barrière appréciable permettant de savoir à quel point les droits de la personne peuvent être limités¹³⁹⁷. L'interprétation littérale de cette norme signifie la formalisation des restrictions de fait.

Van Kalmthout A.M., Van der Landen D., estiment, par exemple, que conformément à ce principe le gouvernement est tenu de justifier de manière concrète l'ingérence dans les

¹³⁹⁴ Tak P., *Prison Policy, Prison Regime and Prisoners' Rights in the Netherlands under the 1998 Penitentiary Principles Act*, in *Prison Policy and Prisoners' rights*, Proceedings of the Colloquium of the IPPF, Stavem, Norway, 25-28 June 2008, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 460. Voir aussi: Tak P., *The Dutch Criminal Justice System*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 141.

¹³⁹⁵ Boone M., Kox M., *What Works for Irregular Migrants in the Netherlands?*, *European Journal of Probation*, 2012, Vol. 4, n° 3, p. 55.

¹³⁹⁶ Vermeulen G., Paterson N., *Material Detention Conditions, Execution of Custodial Sentences and Prisoner Transfer in the EU Member States*, Antwerpen, Maklu Publishers, 2011, p. 746.

¹³⁹⁷ Van der Schyff G., *When is a Bill of Rights Fit for Judicial Review? The Limitation of Rights Regime in the Netherlands Considered*, *Utrecht Law Review*, 2013, Vol. 9, Issue 2, p. 11.

droits des détenus sans qu'il puisse se considérer comme ayant raison *a priori*¹³⁹⁸. Le fait est que la peine prononcée par le juge ne peut entraîner, en principe, que la privation de la liberté physique du citoyen. C'est pourquoi le principe de restrictions minimales signifie que le détenu bénéficie des mêmes droits que tout autre citoyen, sauf les cas où l'exercice de ces droits est impossible dans les conditions de détention¹³⁹⁹.

Cependant, nous ne doutons pas de la portée que les juristes attribuent au rapport entre le principe de restrictions minimales et les considérations en matière de réinsertion, ce qui reflète, d'une certaine manière, les caractéristique du terme "normalisation juridique" que nous avons proposé précédemment. Il est supposé que le respect des restrictions minimales et la limitation des effets secondaires négatifs peuvent faciliter la réhabilitation des détenus et réduire la probabilité de la récidive. En pratique, cela concerne l'atténuation ou la prévention de la perte du revenu, de l'emploi, du domicile ou de la rupture avec la vie sociale. Ce principe prévoit que la prison ressemble aux conditions de la vie hors de ses murs. Plus les conditions sont humaines, moins de mal cause l'emprisonnement, ce qui peut présager un avenir sans infractions. De plus, ce principe signifie que c'est l'emprisonnement lui-même (sa durée) qui doit servir d'inhibiteur contre de nouvelles infractions (c'est-à-dire jouer un rôle préventif général) et non les conditions de la détention¹⁴⁰⁰.

La réduction des restrictions au strict minimum est également considérée non seulement comme un principe, mais encore comme un devoir du système pénitentiaire. Il existe une conception originale de cette tâche en tant que type de critère pouvant servir de base pour évaluer l'efficacité du système pénitentiaire. Toon Molleman examine l'exigence des restrictions minimales dans le cadre du mécanisme d'orientation du système pénitentiaire néerlandais vers un but précis. Les restrictions réduites au minimum visent la réalisation de l'objectif réhabilitatif de l'emprisonnement, cet objectif faisant, pour sa part, partie de la prévention individualisée en tant qu'objectif encore plus grand de la justice pénale¹⁴⁰¹.

Dans le même temps, cette tâche est critiquée, à juste titre, en raison de son manque de précision, ce qui empêche de l'évaluer valablement en période de détention. En résumant les

¹³⁹⁸ Van Kalmthout A.M., Van der Landen D., Breda Prison, Holland, *in* From State of the Prisons: 200 Years On. D. Whitfield (ed.), New York, Routledge 1991, p 88-118.

¹³⁹⁹ Ibid.

¹⁴⁰⁰ Molleman T., Performance Measurement in the Dutch Prison System: Methodological Guidance for Public Sector Performance Assessment, Enschede, Ipskamp Drukkers, 2014, p. 38-39. Il entend par "conditions" dans ce cas les modalités d'exécution de la peine, c'est-à-dire les questions de statut juridique des détenus.

¹⁴⁰¹ Molleman T., Ibid, p. 41.

idées de T. Molleman¹⁴⁰², une série de raisons expliquant l'échec d'un tel critère peut être dégagée:

- a) Les restrictions ne peuvent être imposées que pour atteindre "les objectifs de l'emprisonnement ou pour le maintien de l'ordre ou de la sécurité dans l'établissement". Cette règle suscite dès lors une question: pourquoi les détenus sont-ils limités dans le contrôle de leur argent, de la qualité de la nourriture, de leur vie privée et de leur liberté de mouvement dans l'établissement et pourquoi les placer en cellule ? Ces restrictions sont considérées comme relevant plutôt de représailles, d'intimidation, d'économie financière ou bien comme servant à donner le signal (politique) à la société: l'emprisonnement ne doit pas être luxueux;
- b) L'article 2.2 de la Loi portant principes pénitentiaires dispose que "tout en maintenant le caractère de la peine liée à l'incarcération ou de la décision relative à l'emprisonnement, son exécution doit viser à préparer la personne autant que possible à sa réinsertion dans la société". L'expression "tout en maintenant le caractère (de la peine)" pose problème. Nous pouvons deviner dans cette phrase un contrepoids caché au principe de restrictions minimales. Autrement dit, les restrictions doivent être minimales, mais pas au point de désavouer le caractère de la peine. Il semble que l'idée selon laquelle la peine doit comprendre un élément de souffrance soit ainsi masquée;
- c) La réalisation "des objectifs de l'emprisonnement" se trouve parmi les buts admissibles des restrictions. Or, la législation nationale ne définit pas ces objectifs ce qui rajoute de l'indétermination au principe de restrictions minimales en tant que tâche du système pénitentiaire.

Il en résulte, d'après l'auteur, un manque de clarté dans la vision pratique de la réduction des restrictions au minimum en tant que mission fixée dans la législation néerlandaise. Cela peut conduire à l'indétermination dans l'évaluation de la réalisation de cette mission et aussi à sa mise en œuvre différente d'un établissement à l'autre.

La vision des restrictions minimales en tant que mission ou devoir semble en effet être trop audacieuse. En premier lieu, cette vision exige l'identification d'un dénominateur par rapport auquel la réalisation de la mission serait évaluée. Cependant, compte tenu du fait que les restrictions nécessitent d'être déterminées dans la législation, la réalisation d'un tel "idéal"

¹⁴⁰² Ibid, p. 42-43, 135.

de restrictions minimales serait assimilée au respect convenable de la loi. Pour sa part, la "minimisation" des restrictions est une mission, non seulement pour l'autorité appliquant la loi, mais encore pour le législateur. Sa réalisation est donc difficilement imaginable au moyen du critère d'évaluation du système pénitentiaire, mais elle pourrait servir potentiellement comme critère d'évaluation de la politique pénitentiaire. En deuxième lieu, non seulement la vision de la "minimalité" des restrictions diffère considérablement dans des pays différents, même voisins, mais elle change constamment avec le temps. Les variations de la perception des restrictions "minimales" à des époques différentes ne permettraient probablement pas de l'utiliser comme un critère stable d'évaluation du fonctionnement des prisons.

D'un autre côté, le critère de respect de la loi, qui peut être évalué en partie, peut comprendre le respect du principe de minimalité. Cela nécessite toutefois une détermination plus nette de la condition de minimalité au niveau de la législation ce qui fait défaut à la Loi néerlandaise portant principes pénitentiaires, laquelle insiste seulement sur l'inadmissibilité de restrictions superflues et non sur la condition de minimalité des caractéristiques du contenu des restrictions.

Cela n'a toutefois pas empêché d'inclure dans la Loi certaines garanties relatives aux restrictions de droits. Ainsi l'article 36 dispose-t-il que le directeur d'établissement peut contrôler – et donc ouvrir à cette fin – les enveloppes ou d'autres objets postaux qui sont envoyés par les détenus ou qui leur sont destinés, ce, afin de découvrir des objets cachés. Une exception est apportée pour certaines personnes (l'ombudsman, l'autorité judiciaire, les organes de surveillance, le défenseur...), avec lesquelles la correspondance ne peut être ouverte qu'en présence du détenu concerné. Le directeur d'établissement peut aussi contrôler le courrier lui-même avec la possibilité pour lui de faire des copies des lettres ou des envois postaux. Il peut interdire la remise au détenus de lettres ou d'envois postaux en vue d'assurer les intérêts appropriés: a) Le maintien de l'ordre ou de la sécurité dans l'établissement; b) La prévention des infractions ou la conduite de l'enquête; c) La protection des victimes ou des personnes autrement concernées par l'infraction.

L'article 39.2 prévoit que le directeur de prison peut déterminer la nécessité de l'écoute des communications téléphoniques des détenus lorsqu'il est nécessaire d'identifier l'interlocuteur du détenu ou dans l'intérêt des trois objectifs admissibles de limitation du droit à la correspondance cités ci-dessus. Ces mêmes objectifs peuvent justifier l'interdiction ou l'interruption de la communication (article 39.3). Le détenu doit être prévenu au préalable de l'écoute de sa communication.

La possibilité de limiter le droit aux visites est définie un peu différemment (article 38). Le directeur d'établissement peut limiter le nombre de personnes pouvant être autorisées à visiter le détenu, lorsque ceci s'explique par les intérêts de maintien de l'ordre ou de la sécurité de l'établissement. Il peut, en outre, interdire la visite à une personne ou à des personnes, mais lorsque cette décision est nécessaire pour les trois objectifs cités ci-dessus (l'ordre et la sécurité, la prévention d'infractions et la conduite de l'enquête, la protection des victimes). À cet effet, il peut être mis fin à la visite avant terme.

Nous constatons, par ailleurs, des différences d'objectifs pour lesquels peut être limité le droit de communiquer avec les journalistes. Ces contacts sont acceptés s'ils "n'ont pas d'effet négatif" pour les intérêts de maintien de l'ordre et de la sécurité de l'établissement, de la protection de l'ordre public et de la bienséance, pour la protection des droits et libertés d'autrui et la prévention de la commission d'infractions ou la réalisation d'enquêtes. Les entretiens peuvent être organisés sous la surveillance d'un agent de l'administration dans l'intérêt des trois objectifs cités ci-dessus.

Le directeur d'établissement peut aussi intervenir dans les restrictions relatives aux objets que le détenu est autorisé à garder. La liste des objets peut être fixée lorsque ceci est nécessaire dans l'intérêt de maintien de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement ou dans l'intérêt de la "limitation de la responsabilité du directeur pour ces objets". De plus, le directeur peut autoriser le détenu à garder des objets qui lui appartiennent, lorsque cela est conciliable avec les intérêts de maintien de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement, nonobstant la responsabilité du directeur pour ces objets. L'autorisation de se servir de ces objets peut être assortie de certaines conditions qui peuvent comprendre la responsabilité restreinte du directeur (une somme déterminée d'argent).

Il est à spécifier, en outre, que la Loi ne comporte pas de règles spéciales concernant les restrictions possibles pour la profession d'une religion ni de restrictions des fouilles. Sur ce dernier point, une exception est apportée pour la fouille des cavités corporelles et l'analyse forcée d'urine, qui sont autorisées pour les besoins de maintien de l'ordre et de la sécurité. La fouille des cavités corporelles s'opère sous réserve de la nécessité "de prévenir un risque grave pour le maintien de l'ordre ou de la sécurité ou pour la santé du détenu". Le législateur souligne ainsi de manière complémentaire la signification de la nature exceptionnelle des situations admissibles et celle de la modération dans les restrictions applicables dans le cas des fouilles en question.

L'analyse de la Loi sur les principes de l'administration pénitentiaire et de ses règles

relatives aux limitations des droits des détenus aux Pays-Bas montre qu'elle présente de similaires imperfections à la Loi pénitentiaire française, comme il sera vu ci-après.

L'absence de détermination explicite du principe de minimalité (ou de proportionnalité) des restrictions dans la clause limitative générale.

La phrase "les détenus ne doivent pas être soumis à aucune autre restriction sauf celles..." (article 2.4) contenue dans la Loi néerlandaise n'indique pas avec évidence le principe de proportionnalité. Par ailleurs, en procédant à une interprétation systémique avec l'article 15.4 de la Constitution des Pays-Bas, qui est envisagée comme reflétant, d'une certaine manière, le principe de proportionnalité dans la limitation des droits des détenus, l'on peut conclure qu'existe une exigence, du moins contextuellement. Cela se confirme d'ailleurs par l'approche de la doctrine qui ne désigne par la règle fixée à l'article 2.4 de la Loi autrement que principe de minimalité des restrictions.

Les règles spéciales portant sur les restrictions de certains droits de détenus ne contiennent aucune indication relative à la proportionnalité nécessaire entre les restrictions et les objectifs admissibles.

Ainsi qu'il a déjà été observé, cette situation limite la portée de l'orientation des restrictions vers un but déterminé, en tant que barrière contre l'application de limitations non justifiées des droits.

Les objectifs des restrictions admissibles diffèrent selon les droits concernés. Il est difficile de voir une logique quelconque ni la moindre cohérence dans ses dissemblances.

Ainsi, l'écoute des communications téléphoniques et l'interdiction de ces communications peuvent-elles être justifiées par les mêmes objectifs: a) Le maintien de l'ordre ou de la sécurité dans l'établissement; b) La prévention de la commission d'infractions ou la réalisation d'enquêtes; c) La protection des victimes ou des personnes autrement concernées par l'infraction. La limitation du nombre de personnes pouvant être admis en visite peut être opérée sur la base d'un objectif d'ordre et de sécurité, alors que les restrictions portant sur les personnes dont les visites sont autorisées, peuvent poursuivre les mêmes objectifs cités. Il peut être mis fin à la visite avant terme dans le même but.

Les contacts des détenus avec les *media* peuvent être interdits au titre des objectifs suivants: la protection de l'ordre et de la sécurité de l'établissement, la protection de l'ordre public et de la bienséance, la protection des droits et libertés d'autrui, la prévention d'infraction ou la conduite d'enquêtes. L'entretien peut être surveillé par un agent de

l'administration avec les objectifs cités ci-dessus. Une question se pose: pourquoi la protection de l'ordre public ou celle des droits et libertés d'autrui, par exemple, ne pourrait-elle servir d'objectif légitime pour ordonner la surveillance de l'entretien avec le représentant des médias? Pourquoi ces mêmes objectifs ne s'appliquent-ils pas, par exemple, au droit à la correspondance ou aux visites? La Loi néerlandaise comporte ainsi des imperfections en termes de concordance et de cohérence dans la définition des objectifs admissibles pour les restrictions.

Non seulement les exigences spéciales relatives aux limitations de droits particuliers ne sont pas en corrélation convenable entre elles, mais encore elles ne le sont pas plus avec la clause limitative générale contenue à l'article 2.4 de la Loi néerlandaise. Elle cite les objectifs admissibles suivants pour toutes les restrictions: "les objectifs d'emprisonnement ou le maintien de l'ordre ou de la sécurité dans l'établissement". Or, les autres règles de la Loi ne mentionnent pas les objectifs de l'emprisonnement. De plus, les auteurs néerlandais disent ne pas comprendre ce qu'il faut classer dans ces objectifs¹⁴⁰³.

Cela suscite la question suivante: pourquoi mentionner à l'article 2.4 les objectifs de l'emprisonnement en tant qu'objectifs admissibles des restrictions? Il apparaît ainsi que toute règle de la Loi qui comporte des objectifs admissibles pour les restrictions peut être élargie en y rajoutant les "objectifs de l'emprisonnement". Comment, dans ces conditions, expliquer la formulation de règles particulières, évoquées plus haut, où l'admissibilité de restrictions est rédigée de manière à faire supposer que les objectifs énumérés dans ces règles sont exhaustifs? En outre, en admettant l'application du principe de supériorité de la règle spéciale sur la règle générale, il apparaît que les "objectifs d'emprisonnement" ne peuvent pas être appliqués en tant que motifs des restrictions.

L'exemple néerlandais rappelle, sur ce plan, les exemples français et belge, qui présentent eux aussi des imperfections similaires de rapport entre les normes générales et spéciales en matière de limitation des droits.

La coordination entre la clause limitative générale et les clauses limitatives spéciales est nécessaire en pratique, si le législateur se propose d'assurer une application efficace de ces normes dans la limitation des droits des détenus. Le problème d'incohérence entre ces deux types de normes pourrait être évité, à notre avis, en fixant, dans la clause générale, les exigences relatives à l'application des restrictions, exception faite des objectifs pour lesquels

¹⁴⁰³ Molleman T., *Performance Measurement in the Dutch Prison System: Methodological Guidance for Public Sector Performance Assessment*, Enschede, Ipskamp Drukkers, 2014, p. 135.

elles sont admissibles. Ainsi, la norme générale pourrait-elle contenir la mention de la minimalité et de la proportionnalité des restrictions par rapport aux objectifs qui permettent d'appliquer les restrictions. Elle pourrait aussi indiquer les qualités admissibles de l'objectif ou leur origine. Les objectifs eux-mêmes devraient être définis pour chaque restriction particulière compte tenu de sa spécificité.

Il serait utile de préciser en détails, dans chaque clause limitative spéciale, quelles sont les garanties procédurales particulières applicables, telles que la notification de la décision prise, la nécessité même d'une telle décision, la motivation convenable de celle-ci, l'autorité prenant la décision, les délais d'application de la restriction, les personnes qu'elle concerne, etc. Une telle approche est exigée par le besoin d'un équilibre optimal entre l'exercice d'un droit et les considérations pratiques de sécurité et d'ordre, compte tenu de la nature spécifique de chaque droit subjectif.

Conclusion du chapitre 3.6

La Loi néerlandaise sur les principes de l'administration pénitentiaire de 1998, qui entérine les normes de limitation des droits des détenus, succède aux normes progressistes de la Loi analogue précédente de 1953. Elle a été élaborée sous l'influence des acquis théoriques innovants antérieurs dans le domaine de l'exécution des peines.

Ce texte fixe une norme générale laconique concernant les restrictions, lesquelles doivent être nécessaires pour atteindre les objectifs de l'emprisonnement ou pour le maintien de l'ordre ou de la sécurité dans l'établissement. La mention de l'orientation des restrictions vers les objectifs de l'emprisonnement vise, en premier lieu, la réinsertion, qui occupe une place privilégiée parmi les principes du droit pénitentiaire néerlandais. Le but de l'emprisonnement n'est toutefois pas clairement défini.

La minimalité des restrictions, en tant que principe, revêt une importance concrète pour la réinsertion: moins il y a de différence entre les droits en prison et ceux en liberté, et plus facile serait l'adaptation à la nouvelle situation juridique après la libération. C'est ce que nous appelons "normalisation juridique".

La Loi néerlandaise n'est pas dépourvue d'imperfections propres à d'autres pays: elle ne fixe pas, de manière explicite, le principe de minimalité ou de proportionnalité; les objectifs de restrictions particulières cités dans les clauses limitatives sont différents et ne sont pas cohérents entre eux, ce qui risque de limiter ces normes à une valeur purement théorique sans mise en œuvre pratique convenable.

Au vu du problème répandu de corrélation des objectifs des restrictions, nous proposons notre propre modèle de rapport entre la clause limitative générale et les clauses limitatives spéciales pour le cas où elles auraient été incluses dans la loi pénitentiaire spéciale. La clause générale ne devrait pas comporter des indications concernant les objectifs concrets des restrictions, mais seulement celles concernant des exigences générales particulières, telles que la proportionnalité ou la minimalité des restrictions dans la réalisation des objectifs légitimes (il serait possible de mentionner l'exigence de justification de ces objectifs). Les clauses spéciales pourraient préciser quels doivent être les objectifs légitimes des droits qu'ils concernent. Ces clauses pourraient comporter en outre des exigences portant sur la prise de décision, sur sa notification et la procédure de recours.

3.7. L'Ukraine (évolution actuelle de la législation en rapport avec la limitation des droits des détenus)

Le développement de la théorie de restriction des droits des détenus en Ukraine dans la période post-soviétique a subi un retard considérable par rapport aux normes internationales et l'expérience d'autres pays. L'Ukraine ne dispose pas de clauses limitatives relatives aux restrictions des droits des détenus et elle n'a pas de vision de la nature ciblée des restrictions. Les exigences de proportionnalité ne sont mentionnées que lorsqu'il s'agit de l'utilisation de moyens de coercition physiques et des armes.

Cependant, l'évolution de la législation ces dernières années atteste de timides avancées dans la mise en œuvre des normes de restriction. Comme il est signalé dans l'introduction à cette thèse, nous avons pu exercer une influence directe sur cette évolution par la mise au point d'un certain nombre de normes juridiques, dont beaucoup sont déjà adoptées par le pouvoir ukrainien. Il se trouve que les conclusions de la présente étude ont été incorporées dans le champ du droit ukrainien avant leur formulation définitive. D'une part, cela a eu un impact sur la qualité des modifications proposées à la législation n'ont pu intégrer en totalité les idées de notre thèse. D'autre part, cela ne pouvait pas déformer l'étude elle-même car, du point de vue méthodologique, l'analyse des propositions propres à l'auteur pour la législation aurait été discutable. Nous estimons, cependant, que les propositions étudiées pour la mise en place de certaines normes de restriction de droits des détenus, ainsi que les conditions de leur validation par les autorités nationales et les spécialistes pourraient intéresser les chercheurs concernés. Cette expérience illustre les difficultés et les particularités du processus d'implantation qui, à leur tour, permettent de tirer certaines conclusions. C'est ce qui nous a décidé à présenter ce chapitre d'une manière concise et à commenter les modifications correspondantes à la législation nationale, ainsi que le processus de leur avancement.

3.7.1. Projets de loi relatifs aux limitations des droits des détenus

En 2014, l'auteur de ces lignes fut coordinateur du projet du Groupe de Kharkiv de défense des droits de l'homme portant sur la mise en œuvre des normes du Comité européen pour la prévention de la torture et du Comité des Nations Unies contre la torture dans la

législation pénitentiaire ukrainienne¹⁴⁰⁴. Le projet aboutit entre autre à une étude¹⁴⁰⁵ qui révéla la non-conformité, dans des proportions considérables, de la législation pénitentiaire ukrainienne à ces normes, notamment en ce qui concerne les restrictions des droits des détenus. En conséquence, nous avons formulé nombre de propositions de modifications à apporter au Code de l'exécution des peines de l'Ukraine, à la Loi de l'Ukraine "Sur la détention provisoire", ainsi qu'à d'autres lois et textes normatifs d'application¹⁴⁰⁶. Il convient de noter que ces modifications reflétaient, non seulement, les résultats de notre étude dans le cadre du projet évoqué en ce qui concerne les normes du CPT, mais aussi, en partie, les premiers résultats de notre étude de la jurisprudence de la Cour européenne.

Nous n'allons pas nous livrer dans ce chapitre à l'analyse des modifications concernant les restrictions des droits dans les règlements¹⁴⁰⁷. Des exemples éclairants sont notamment fournis par le Règlement intérieur des maisons d'arrêt (Note de service du Ministre de la justice du 18.03.2013, N° 460/5) et des établissements d'exécution des peines (Note de service du Ministre de la justice du 29.12.2014, N° 2186/5). Ces documents ont subi récemment une révision, sans toutefois que ne se trouvent modifiées les restrictions existantes, lesquelles ont même été aggravées, dans certains cas. Il en est principalement ainsi des interdictions concernant la vie quotidienne (interdiction de garder la vaisselle, des documents, des photos, certains aliments...). Or, ces interdictions sont vécues difficilement par les personnes purgeant leur peine ou placées en détention provisoire. Certaines de nos observations visant ces notes de services ont été prises en compte, mais ce, uniquement dans une mesure

¹⁴⁰⁴ Le projet était réalisé dans le cadre du projet "Démocratisation, droits de l'homme et développement de la société civile" mis en place par le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) en Ukraine et financé par le Ministère des affaires étrangères du Danemark en 2013–2016. L'auteur exprime sa profonde reconnaissance au PNUD Ukraine et au Gouvernement du Danemark pour le soutien de notre projet dont une partie portait sur l'étude de la mise en œuvre de certaines normes de restriction des droits des détenus.

¹⁴⁰⁵ Ashchenko O., Chovgan V., *Ukrainian Penitentiary Legislation in the Light of the Standards of the UN and Council of Europe Anti-torture Committees*. Preface by M. Gnatovskyy, Ed. by E. Zakharov, Kharkiv, Prava Ludyny, 2014, disponible sur : <http://library.khpg.org/files/docs/1413663931.pdf> (accédé le 01.07.2017).

¹⁴⁰⁶ Une partie de ces propositions furent publiées dans l'ouvrage: Човган В.О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). – Харків: ТОВ «Права людини», 2014 (Chovgan V.O., Réforme de la législation de l'exécution des peines à la lumière des normes internationales (propositions et observations), Kharkiv, Droits de l'Homme, 2014).

¹⁴⁰⁷ Ceux-ci révélèrent également des problèmes tenant à des restrictions excessives ou tout simplement non rationnelles à propos des quoi quelles nous avons soumis, à maintes reprises, nos observations au Service pénitentiaire d'État et au Ministère de la justice.

restreinte. Toutefois, leur analyse serait trop détaillée pour la présente thèse¹⁴⁰⁸. Aussi nous proposons-nous d'examiner les projets de loi que nous avons élaboré nous-même.

Il s'agit, en premier lieu, des modifications à apporter au Code de l'exécution des peines et à la Loi de l'Ukraine "Sur la détention provisoire". Les projets de loi les concernant furent adoptés par le Parlement en première lecture et recommandés à la seconde lecture. Leur préparation fut un processus long et épuisant de discussions avec les représentants d'administrations et d'associations. Ce processus représente un intérêt parce qu'il permet de comprendre les positions des autorités appliquant les normes à mettre en œuvre, dont l'administration pénitentiaire. Il éclaire, en outre, la position des experts internationaux. À titre d'illustration, nous analyserons uniquement les normes concernant les limitations des droits.

Le projet de loi "Sur les amendements du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine (sur l'amélioration des conditions de la détention)" N° 2685 fut déposé au Parlement le 21 avril 2015¹⁴⁰⁹. Il avait pour titre original "Sur les amendements du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine (sur la mise en œuvre des recommandations et des normes du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants)"¹⁴¹⁰.

Le projet comportait nombre de règles portant sur la prise en compte du principe de proportionnalité des restrictions. Il proposait notamment l'inclusion de clauses limitatives conformément à la Convention européenne. Le titre initial du projet indiquait que son idée principale était d'appliquer les normes du CPT, l'accent étant mis sur les normes relatives aux restrictions des droits.

Il convient de préciser, tout d'abord, que l'organe chargé de l'initiative des lois a apporté au projet original des changements complémentaires qui n'ont pas toujours été de nature progressiste.

¹⁴⁰⁸ Nous proposons de consulter certaines d'entre elles: Човган В.О. Презумпція винуватості від Міністерства юстиції України або крок у минуле в діяльності слідчих ізоляторів (Chovgan V.O., La présomption de culpabilité proposée par le Ministère de la justice ou un pas vers le passé dans le fonctionnement des maisons d'arrêt), disponible sur : <http://ukrprison.org.ua/expert/1365497506> (accédé le 14.07.2016); Човган В.О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). – Харків: ТОВ «Права людини», 2014. – С. 105–154 (Chovgan V.O., Réforme de la législation de l'exécution des peines à la lumière des normes internationales (propositions et observations), p. 105-154).

¹⁴⁰⁹ À présent le projet est adopté en première lecture et recommandé pour adoption en deuxième.

¹⁴¹⁰ Le texte du projet de loi original était un peu différent par rapport à sa version déposée. Voir: Човган В.О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). – С. 5–27. (Chovgan V.O., Ibid, p. 5-27).

C'est ainsi que le projet initial perdit les modifications prévues à l'article 7 du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine, qui régissait les bases du statut juridique des détenus et qui était ainsi formulée: "Les restrictions des droits des détenus doivent être proportionnées conformément aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme". Cette règle devait fixer le *statu quo*, puisque l'Ukraine devait s'en tenir à l'exigence de proportionnalité, en accord avec la Convention. D'autre part, elle diffèrait sensiblement de l'idée de clause limitative générale que nous proposons dans la présente thèse. Son vrai but, toutefois, était d'énoncer l'idée même de proportionnalité dans la législation de l'exécution des peines, ainsi que d'initier un débat à ce sujet dans les milieux académiques, en vue de combler par la suite les lacunes existantes. Cette condition devait s'appliquer à toutes les autres clauses limitatives et régler également les situations difficiles lorsqu'un droit ou un autre ne prévoyait pas de clause limitative spéciale.

Il est d'ailleurs à noter que, par la suite, lors de la mise au point en 2016 du projet de loi gouvernemental "Sur le système pénitentiaire", réalisée en coopération avec l'ONG "Reanimation Package of Reforms", nous réussîmes tout de même à insérer la clause limitative générale au 2^e alinéa de l'article 4: "Les limitations des droits et libertés de l'homme et du citoyen doivent être prévues par la loi, poursuivre des objectifs légitimes fixés par la Constitution de l'Ukraine et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et être nécessaires (proportionnées) dans une société démocratique".

Cette clause présente quelques difficultés. D'abord, elle fait partie d'une loi particulière, et non de la Loi de l'Ukraine "Sur la détention provisoire" ou du Code de l'exécution des peines, qui comportent des règles relatives aux droits des détenus susceptibles d'être limités. Ensuite, compte tenu de la valeur juridique supérieure de la Constitution, il a fallu prouver que les objectifs légitimes des restrictions étaient déterminés, non seulement par la Convention, mais encore par la Constitution. Enfin, nous avons dû choisir entre l'insertion de l'exigence de "proportionnalité" ou de "minimalité" des restrictions. D'un côté, compte tenu de l'expérience canadienne, dans le contexte d'une sensibilisation insuffisante des scientifiques, sans parler des praticiens, à ce que suppose le principe de proportionnalité, il aurait fallu indiquer spécialement que les restrictions devraient être minimales. Il était toutefois difficile, dans ce cas, d'expliquer l'énonciation séparée de la minimalité et de la proportionnalité, la proportionnalité englobant la minimalité. La mention de ces deux notions aurait signifié leur tautologie. Aussi, avait-on choisi la "proportionnalité" en tant que notion

plus large. Il est vrai qu'une formulation convenable fut trouvée par la suite.

Lors des dernières étapes de la discussion du projet, cette règle fut critiquée par des experts au motif qu'elle aurait été "dépourvu de sens pratique". L'une des causes de ces critiques était liée, à notre avis, au peu de connaissances dans le milieu des professionnels et experts à propos du rôle de la norme de proportionnalité dans la jurisprudence de la CEDH relative aux droits des détenus. Cependant, cette critique conduisit à l'élaboration d'une formulation améliorée, plus détaillée et pratique, de la norme (art. 4, al. 2-3 du Projet): "Les restrictions des droits et libertés applicables aux personnes condamnées et aux personnes placées en détention provisoire doivent être prévues par la loi, poursuivre des objectifs justifiés du point de vue des normes internationales et être nécessaires dans une société démocratique au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De telles restrictions doivent se fonder sur un équilibre juste des intérêts individuels et sociaux. Elles doivent être aussi minimales que possible pour atteindre les objectifs légitimes et elles ne doivent pas être appliquées lorsqu'une mesure restrictive alternative moins contraignante existe pour la réalisation efficace des objectifs qu'elles visent. Dans les cas où l'application de la restriction de droits et de libertés relève des compétences discrétionnaires du personnel du système pénitentiaire¹⁴¹¹, la restriction sera appliquée en vertu d'une décision motivée écrite adoptée avec prise en compte du 2^e alinéa [cité ci-dessus, N.D.L.A] du présent article et avec indication des modalités du recours. Une copie de la décision sera remise au condamné ou à la personne placée en détention provisoire". A la date où le travail sur ce chapitre touchait à sa fin, l'acceptation de cette formulation de la clause limitative demeurait incertaine, le Ministère de la justice ayant décidé de remanier considérablement le projet de loi.

Malgré le retrait de la clause limitative générale du projet de loi N° 2685, le projet conserva des clauses limitatives plus concrètes, qui ne fixent toutefois qu'en partie le principe de proportionnalité. Nous montrons plus loin les leçons que nous avons tirées de l'énonciation insuffisante du principe de proportionnalité dans ces clauses. C'est ainsi que le projet d'amendement de la loi "Sur la détention provisoire" contient déjà des clauses limitatives plus détaillées, même s'il ne prévoit pas non plus l'insertion d'une clause limitative générale.

Aux termes de la rédaction actuelle de l'article 110 du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine, les visites de courte durée sont accordées en présence d'un agent de la colonie. Il n'existe qu'une exception dans le cas des d'avocat. Les modifications proposées prévoient que les visites doivent se dérouler, en règle générale, en dehors de tout contrôle et ce n'est que

¹⁴¹¹ Il s'agit de restrictions en application de la loi (pratiques) dont la mise en œuvre, à la différence des restrictions normatives, pourrait, à notre avis, être réglée par cette norme.

"dans des cas exceptionnels, les visites de courte durée peuvent être surveillées par un agent de la colonie. L'administration de l'établissement pénitentiaire agissant sur la base de l'évaluation individualisée des risques prend la décision motivée en indiquant les motifs, la période, le type du contrôle et les modalités de recours. Une copie de la décision sera remise au détenu. Les modalités d'évaluation individualisée des risques sont définies par les textes normatifs du Ministère de la justice de l'Ukraine" ¹⁴¹².

Notons que le libellé initial de l'article fut complété, de façon inattendue, par une nouvelle formulation introduite par l'organe d'initiative des lois: "Les visites de courte durée des personnes condamnées à la peine privative de liberté au titre des articles 109-114-1, 258-258-5, 260, 261 du Code pénal de l'Ukraine se déroulent uniquement sous contrôle et en présence d'un agent de la colonie". Cette phrase prévoit le contrôle automatique des visites accordées aux personnes ayant commis des crimes liés à l'atteinte à l'intégrité territoriale du pays. Il est évident qu'elle a été intégrée dans le projet de loi pour des considérations populistes: les députés considéraient comme inacceptable que de telles personnes pussent avoir des visites sans contrôle. Or, cette approche déforme l'idée principale des modifications proposées: les restrictions ne devraient pas être appliquées de manière automatique, sans examen des risques individualisés dans chaque cas particulier.

Les garanties procédurales principales contre des restrictions non justifiées se résument ainsi comme suit:

- La surveillance de la visite n'est admise que dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire que la limitation du droit à l'intimité constitue une exception et non la règle comme c'était le cas auparavant;

- Le contrôle de la visite nécessite une décision motivée avec indication des motifs, de la période, du type de contrôle et des modalités de recours. Une copie de la décision est remise au détenu concerné.

Outre le fait que ces modifications créent une base pour le renforcement du contrôle judiciaire des décisions portant sur les restrictions de droits et qu'elles contribuent à la juridictionnalisation, elles reflètent presque littéralement les normes correspondantes du

¹⁴¹² Cette norme oblige le Ministère de la justice à mettre au point un règlement d'évaluation individualisée des risques.

CPT¹⁴¹³.

Le projet de loi prévoit, par ailleurs, le changement de la fréquence des visites. Quel que soit le niveau de sécurité de l'établissement pénitentiaire, les détenus doivent pouvoir bénéficier d'au moins une visite de courte durée par mois. L'accent est mis sur l'expression "au moins", qui concerne aussi les normes existantes pour les visites de longue durée. Ceci prévoit la constitution d'un pouvoir discrétionnaire "positif" complémentaire pour l'administration des établissements. Par conséquent, la norme change de manière à admettre une augmentation du nombre de visites¹⁴¹⁴, même si ce nombre est toujours insuffisant. Ainsi qu'il sera observé plus loin, nous avons pu, par la suite, initier un plan gouvernemental visant à prévoir le droit des détenus à des visites hebdomadaires de courte durée.

Une approche analogue en matière de restrictions est pratiquée envers le droit à la correspondance écrite, aux communications téléphoniques voire l'utilisation d'Internet (modifications des art. 110, 5^e al., et 113, 3^e al. du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine). Les garanties prévues doivent concerner les limitations de ces droits.

La limitation du droit à la correspondance présente des particularités. Il est énoncé, par exemple, que la correspondance sortante des détenus n'est pas contrôlée. Quant au courrier entrant, il peut être contrôlé en prenant en compte les garanties procédurales citées ci-dessus pour le droit aux visites. L'aspect spécifique consiste en ce que le détenu concerné doit assister au contrôle de son courrier si un tel contrôle a lieu.

Le contrôle de la correspondance est opéré sur le fondement de l'évaluation individualisée des risques, dans des cas exceptionnels, en présence de raisons plausibles de supposer que celle-ci contient des objets interdits ou des informations susceptibles d'être utilisées pour des infractions au régime de détention. L'ingérence dans les communications téléphoniques et l'utilisation d'Internet est autorisée sur le fondement "de raisons bien fondées et sur la base de l'évaluation individualisée des risques".

Il est possible de voir, de ce qui précède, que des garanties procédurales importantes ont été créées contre des limitations indues des droits indiqués. Elles reflètent le principe d'individualisation et sont destinées à mettre en œuvre une approche plus souple de

¹⁴¹³ Lors de ses visites en Ukraine, le CPT insistait en particulier sur les garanties procédurales contre les restrictions non justifiées: Ащенко О.М., Човган В.О. Вказ. праця. – С. 61–67 (Aschenko O.M., Chovgan V.O., Ibid, p. 61-67).

¹⁴¹⁴ Le projet n'établit pas la motivation d'une telle augmentation au risque de certains effets négatif en raison de cette indétermination. Néanmoins, en réalité cela ne risque pas d'aggraver le niveau de restrictions pour certaines personnes, ce serait plutôt le contraire. La suppression de cette lacune n'en devrait pas moins être considérée comme une tâche importante à l'avenir.

l'application de restrictions. L'individualisation est le contraire de l'approche automatique actuelle, selon laquelle les droits en question sont soumis à des restrictions automatiques (contrôle automatique du courrier, surveillance automatique des visites, etc.).

Conformément au Code de l'exécution des peines de l'Ukraine en vigueur, les courriers que les détenus adressent au délégué de l'Ombudsman, à la Cour européenne des droits de l'homme et à d'autres institutions concernées des organisations internationales, dont l'Ukraine est membre ou auxquelles elle participe, aux mandataires de ces organisations internationales, au tribunal ou au procureur, ne sont pas soumis au contrôle et sont envoyés à leur destinataire dans les 24 heures suivant leur dépôt. Le courrier que les détenus reçoivent des organismes et agents cités ci-dessus n'est pas non plus soumis au contrôle (art. 113, 5^e al.). Les amendements proposés exonèrent du contrôle la correspondance avec toute administration publique.

Cette approche paraît logique, puisque le contrôle par l'administration de l'établissement pénitentiaire de la correspondance entrante et sortante avec d'autres administrations publiques signifierait le manque de confiance de l'État en lui-même. Est significatif, à cet égard, l'exemple des autorités pénitentiaires, puisque l'article 13 dispose en son 5^e al. que doit être contrôlée y compris la correspondance des détenus avec les directions territoriales, voire avec l'administration pénitentiaire! Ce fait donne déjà lieu à des constatations de violation de l'article 8 de la Convention¹⁴¹⁵. Ces circonstances nous confirment l'idée qu'il convient de lever les limitations à la correspondance avec les administrations publiques¹⁴¹⁶.

Il est prévu d'interdire, non seulement, le contrôle de la correspondance avec l'avocat chargé de la défense dans le dossier pénal, tel que c'est le cas aujourd'hui, mais aussi avec les

¹⁴¹⁵ Dans l'affaire *Sergey Volosyuk c. Ukraine* (n° 1291/03, 12.06. 2009) la violation de l'article 8 de la Convention était constatée du fait de la punition du détenu par le placement en cellule disciplinaire pour 10 jours pour s'être plaint des conditions de détention auprès de la direction régionale du service pénitentiaire en contournant la procédure officielle. Dans l'affaire *Buglov c. Ukraine* (n° 28825/02, 10.07.2014), une violation de l'article 8 de la Convention fut constatée dans des circonstances semblables, sauf que le détenu avait été puni pour avoir envoyé un courrier à l'administration pénitentiaire centrale même.

¹⁴¹⁶ Notons qu'il peut y avoir un problème pratique d'établissement des adresses officielles des administrations où le courrier peut être envoyé. Or le gros du courrier est destiné aux mêmes administrations dont la vérification de l'adresse ne présenterait pas de difficultés. En revanche il peut être plus difficile de s'assurer que le courrier entrant était envoyé par une administration.

avocats dans d'autres procédures (civiles, administratives...) ¹⁴¹⁷. De telles procédures sont conduites en vertu d'une procuration que le détenu délivre au spécialiste qui n'est pas toutefois tenu d'être avocat ou d'avoir une formation juridique. Il importe de noter que le contentieux pénitentiaire n'est pas "attrayants" pour les avocats, car la rentabilité est faible, sinon absente. Les affaires de ce type peuvent intéresser les défenseurs des droits de l'homme, qui, souvent, ne sont pas avocats. D'autre part, beaucoup de spécialistes ukrainiens concernés par la protection des droits des détenus auprès de la Cour européenne sont intervenus et interviennent toujours au titre d'une procuration, sans avoir la carte d'avocat. Dans ce cas, l'autorisation en vigueur permettant de contrôler la correspondance avec ces personnes peut relever de la violation de l'article 34 de la Convention, laquelle prévoit l'obligation des États de ne faire aucun obstacle à l'exercice efficace du droit à la requête individuelle à la Cour européenne.

Par ailleurs, le projet de loi proposé modifie radicalement la procédure disciplinaire des détenus. Jusqu'ici, la procédure devant la commission disciplinaire, et notamment l'assistance du détenu et de son défenseur au cours de celle-ci, relevaient essentiellement d'un domaine non réglementé, ce qui rendait les garanties procédurales pratiques faibles sinon absentes.

Aux termes des modifications devant être apportées à l'article 134, le placement du détenu en cellule disciplinaire ou en isolement administratif s'opèrerait au titre de la décision motivée de la commission disciplinaire. Le texte prévoit que le détenu peut être représenté par un spécialiste du droit. Le détenu ou son représentant peut se faire communiquer les informations écrites sur les sanctions disciplinaires dont il fait l'objet, assister à la réunion de la commission saisie de la question de sa responsabilité disciplinaire, prendre connaissance du dossier de la procédure disciplinaire et de son dossier personnel, et en prendre copie. Il peut également fournir des explications, des objections et présenter des requêtes verbales et écrites, fournir des preuves, demander la convocation de témoins et leur poser ses questions. Le détenu se voit remettre une copie de la décision de sanction avec indication des possibilités et des modalités du recours. Le placement en cellule disciplinaire des personnes condamnées à la restriction de liberté doit être opéré suivant la même procédure.

Les garanties procédurales citées visent à assurer le bien-fondé des restrictions

¹⁴¹⁷ Les effets de la législation imparfaite en vigueur s'observent dans la jurisprudence. C'est ainsi que le Tribunal administratif du district de Jitomir rejeta l'action en illégalité du contrôle de la correspondance avec l'avocat qui n'était le défenseur du détenu dans l'affaire pénale. Le tribunal se référa à juste titre à l'article 113 du Code de l'exécution des peines qui n'interdit le contrôle de la correspondance qu'avec le défenseur au pénal (cf. Aschenko O.M., Chovgan V.O., Ibid, p. 68-69).

appliquées aux détenus. Ainsi qu'il a déjà été observé, l'engagement de la responsabilité disciplinaire spécifique constitue l'une des formes témoignant de la restriction du droit¹⁴¹⁸, car elle signifie que la personne est punie pour des actes ou pour une inaction qui n'est pas punissable dans le monde libre.

L'octroi de garanties procédurales de l'engagement de la responsabilité disciplinaire a été recommandée depuis longtemps par le CPT qui a notamment observé dans son rapport de la visite en Ukraine en 2009 (par. 147): "Le CPT invite les autorités ukrainiennes à revoir les modalités de placement en cellule d'isolement/cellule disciplinaire et en local du type cellulaire afin d'assurer que les détenus: (I) soient informés par écrit des accusations portées contre eux, (II) bénéficient d'un temps suffisant pour préparer leur défense, (III) puissent faire venir des témoins qui déposeraient en leur propre nom et lors du contre-interrogatoire contre eux, et (IV) se fassent remettre la copie de la décision comportant les motifs du placement et des informations régulières sur ses droits, y compris le droit à l'assistance juridique, et sur les moyens disponibles pour contester la décision devant un organe indépendant (par exemple le juge)". Des exigences similaires ont été reprises au par. 174 du Rapport de la visite en Ukraine en 2012. Dans ce même rapport de 2012, le CPT observe au par. 57: "Les mesures relatives au placement du détenu en cellule d'isolement, en local du type cellulaire ou en zone de contrôle renforcé doivent être appliquées toujours pour une durée aussi réduite que possible après avoir, entre autre, pris en compte l'avis du détenu, et sous réserve seulement de lui remettre la copie de la décision comportant les motifs de ce placement et des informations de base sur ses droits, y compris les moyens disponibles pour contester la décision le concernant auprès d'un organe indépendant".

La mise en place de ces procédures est nécessaire, en outre, à la lumière des études empiriques selon lesquelles la "justice procédurale" (Tom Tyler) produit un effet bénéfique sur la situation dans l'établissement¹⁴¹⁹ et sur la prévention de la récidive¹⁴²⁰. D'autre part, la valeur symbolique de la sanction diminue lorsque les détenus n'ont pas de garanties

¹⁴¹⁸ Voir au 1.2.1.5 "Instauration de la responsabilité spécifique en tant que forme de limitation du droit".

¹⁴¹⁹ Beijersbergen K.A., Dirkzwager A. E., Eichelsheim V. I., van der Laan P. H., Nieuwebeerta P., Procedural Justice, Anger, and Prisoners' Misconduct. A Longitudinal Study, *Criminal Justice and Behavior*, 2014, n° 20(10), p. 1-23; Herzog-Evans M., Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle « LJ-PJ-TJ », *AJ pénal*, 2016, mars, p. 130-132 ; Ross M. W., Diamond P. M., Liebling A., Saylor W. G., Measurement of Prison Social Climate: A Comparison of an Inmate Measure in England and the US, *The Prison Journal*, 2008, n° 10, p. 447-474, Cesaroni C., Peterson-Badali M., The Role of Fairness in the Adjustment of Adolescent Boys to Pretrial Detention, *The Prison Journal*, 2016 (first published on June 9 as doi:10.1177/0032885516650873), p. 1-20.

¹⁴²⁰ Beijersbergen K.A., Dirkzwager A.J.E., Nieuwebeerta P., Does Procedural Justice During Imprisonment Matter? , *Criminal Justice and Behavior*, 2016, n° 43 (1), p. 63-82.

procédurales de protection de leurs droits, ce qui suscite l'impression du traitement injuste¹⁴²¹.

Ainsi qu'il sera montré plus loin, des garanties similaires sont proposées par le projet d'amendement de la Loi de l'Ukraine "Sur la détention provisoire". Par la suite, compte tenu des observations des spécialistes formulées en vue de la deuxième lecture au Parlement, les procédures ont été améliorées et unifiées, aussi bien pour les personnes placées en détention provisoire que pour les condamnés.

Le projet de loi modifie certaines limitations substantielles lors de la détention en isolement disciplinaire. Actuellement, les personnes qui y sont placées se voient interdire les visites, sauf celles des avocats ou d'autres juristes qui ont le droit, en vertu de la loi, d'accorder l'assistance juridique. Il est également interdit d'acheter des produits alimentaires et des objets de première nécessité, de recevoir les colis et les paquets, de jouer aux jeux de société (art. 134, 11 al., du CEP).

Cette règle est contraire aux normes du CPT en matière de restrictions de droits. Les Normes générales contiennent notamment la recommandation (par. 61 du Rapport général de 2011): "Comme pour tous les régimes appliqués aux détenus, le principe selon lequel les détenus placés à l'isolement ne doivent pas être soumis à davantage de restrictions que ce qui est nécessaire pour un confinement sûr et correctement mis en œuvre, doit être respecté. Par ailleurs, des efforts spéciaux doivent être faits pour améliorer le régime de ceux qui sont maintenus à l'isolement pour une longue durée, lesquels ont besoin d'une attention particulière afin de minimiser les dommages que cette mesure peut leur causer. Il n'est pas nécessaire d'adopter une approche "tout ou rien" de cette question. Chaque restriction particulière ne devrait être appliquée qu'en réponse, appropriée, à une évaluation du risque d'un détenu individuel". La formulation "tout ou rien" sous-entend, dans ce cas, l'approche selon laquelle il est interdit à tous les détenus d'effectuer ou de ne pas effectuer de tels actes, de détenir des objets sans aucune procédure d'individualisation préalable, c'est-à-dire sans la possibilité d'imposer ces restrictions lorsqu'elles vraiment nécessaires. En revanche, on applique une restriction automatique des droits de tous les détenus à statut spécifique (dans le cas présent, c'est, par exemple, le statut de détenu placé à l'isolement disciplinaire).

Il ressort de ce qui précède que l'interdiction des communications téléphoniques à toutes les personnes placées à l'isolement disciplinaire est contraire aux Normes générales du Comité. Cela concerne, au même titre, l'interdiction des visites aux détenus placés à

¹⁴²¹ Faugeron C., Chauvenet A., Combessie P., *Approches de la prison*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1996, p. 309, 316.

l'isolement disciplinaire, compte tenu de l'absence de justifications valables pour ce type de restrictions et du caractère automatique de celles-ci. Les normes du CPT le confirment, une nouvelle fois, notamment par le biais du par. 55 du Rapport général pour 2011, qui insiste sur le respect du principe de nécessité des restrictions durant l'exécution de la sanction disciplinaire: "la règle selon laquelle seules sont permises les restrictions nécessaires à un confinement sûr et correctement mis en œuvre et répondant aux exigences de la justice, s'applique de la même manière aux détenus soumis à l'isolement. En conséquence, lors d'un placement à l'isolement, il ne devrait, par exemple, y avoir aucune suppression automatique des droits de visite, d'accès au téléphone et à la correspondance... De la même manière, le régime doit être suffisamment flexible pour permettre la levée de toute restriction qui n'est pas nécessaire dans un cas individuel". Les mêmes insistances se retrouvent dans le rapport sur la visite en Ukraine en 2009 (par. 150): "Il convient d'ajouter que les détenus placés à l'isolement disciplinaire/cellule disciplinaire et en local du type cellulaire sont généralement privés automatiquement de contacts avec le monde extérieur (visites, correspondances et communications téléphoniques). **Le CPT recommande aux autorités ukrainiennes de prendre des mesures de manière à ce que le placement des détenus à l'isolement disciplinaire/cellule disciplinaire et en local du type cellulaire ne comprenne pas l'interdiction totale des contacts familiaux (cf. aussi Règle 60 (4) des Règles pénitentiaires européennes)**" (souligné par le Comité (N.D.L.A.).

Ainsi qu'il a déjà été remarqué, le caractère non souple et non proportionné des restrictions est contraire, non seulement aux normes du CPT, mais aussi à celles de la CEDH. D'autre part, l'interdiction totale des visites, des colis, de l'achat de produits alimentaires, d'objets de première nécessité... est également contraire à la règle 3 des Règles pénitentiaires européennes, qui prévoit le degré minimal des restrictions. Or, non seulement ces restrictions ne sont pas minimales, mais, bien au contraire, elles sont maximales, ce qui va à l'encontre de l'idée même des règles¹⁴²².

Le projet de loi n° 2685 a suscité l'opposition tant du Service pénitentiaire d'État que de certains députés.

C'est ainsi qu'un grand nombre d'amendements ont été présentés en deuxième lecture qui visaient non à améliorer les règles en questions, mais à les supprimer tout simplement.

¹⁴²² Човган В.О. Вимоги до правообмежень осіб, які позбавлені волі, за Європейськими тюремними правилами і їх втілення в національному законодавстві // Право та управління. – 2012. – №2. – С. 977–988 (Chovgan V.O., Exigences relatives aux restrictions de droits des personnes privées de liberté d'après les Règles pénitentiaires européennes et leur mise en œuvre dans la législation nationale, Droit et gestion, 2012, n° 2, p. 977-988).

Il a, par exemple, été proposé de supprimer les règles concernant:

- L'application des garanties procédurales en cas d'engagement de la responsabilité disciplinaire des détenus condamnés à la privation de liberté (dép. Némirovski A.V.);
- La suppression de l'interdiction des visites dans le quartier de quarantaine, de diagnostic et d'affectation où le détenu séjourne les quatorze premiers jours suivants son arrivée dans l'établissement (dép. Némirovski A.V., Institut du Service d'État d'exécution des peines);
- La révision périodique obligatoire de la nécessité de maintenir la personne dans le quartier à contrôle renforcé (dép. Lenski O.O., Némirovski A.V.);
- Les restrictions des appels téléphoniques uniquement sur la base de l'évaluation individualisée des risques (Service pénitentiaire d'État);
- La révision des approches à l'égard de la limitation du droit à la correspondance et aux visites (Service pénitentiaire d'État).

Les observations qui concernaient les nouvelles approches vis-à-vis des restrictions étaient expliquées par leur caractère incompréhensible pour le système pénitentiaire national. Une justification habituelle portait sur la question de sécurité, car il était considéré qu'une approche plus libérale des restrictions "constituerait une menace" envers le maintien de l'ordre dans les établissements¹⁴²³. Nos arguments se référant à l'expérience de la mise en œuvre de ces approches dans d'autres pays ont été réfutés par des phrases du type: "Les détenus dans ces pays ont une mentalité différente". Nous voyons donc que l'opposition aux nouvelles normes s'explique essentiellement par l'incertitude quant à leur sécurité, étant donné les réalités du système pénitentiaire national. La seule référence aux normes internationales n'a pas suffi. De la même manière, les praticiens ont exigé des assurances que de telles normes libérales "fonctionneraient" en Ukraine. Évidemment de telles assurances étaient impossibles à donner, car la mise à l'épreuve de ces normes en Ukraine n'était pas possible du fait de la législation en vigueur.

Projet de loi "Sur la détention provisoire" (portant sur l'implémentation de certaines normes du Conseil de l'Europe) n° 2291a du 06.07.2015

Le Projet n° 2291a, tout comme le Projet n° 2685, été focalisé sur la mise en place des

¹⁴²³ Cette réaction est normale sachant que la mise en place d'un nombre plus grand de procédures est accueilli par le personnel pénitentiaire comme une réduction de la capacité de maîtriser la situation et d'assurer la discipline dans l'établissement (Faugeron C., Chauvenet A., Combessie P., Ibid, p. 318).

normes du Conseil de l'Europe en matière de limitation des droits¹⁴²⁴. En Ukraine, les restrictions des droits applicables aux personnes en détention provisoire sont beaucoup plus importantes que celles imposées aux condamnés, ce qui ne s'accorde pas avec la présomption d'innocence. Cela concerne surtout les contacts avec le monde extérieur que la Loi actuelle autorise à titre exceptionnel. Le Projet change cette approche en "présomption en faveur du maintien de contacts avec le monde extérieur", lorsque les limitations de ces contacts sont exceptionnelles, alors que leur facilitation devient la règle¹⁴²⁵.

Aux termes de l'article 12 de la Loi de l'Ukraine "Sur la détention provisoire", les visites de parents ou d'autres personnes ne peuvent être autorisées pour les prévenus par l'administration de la maison d'arrêt qu'avec l'accord de l'enquêteur ou du juge en charge de la procédure pénale au moins trois fois par mois. La partie finale de cette règle présente un aspect assez hypocrite, quand on apprend que le nombre de visite ne devrait pas être inférieur à trois par mois. En réalité, en l'absence d'autorisation de l'enquêteur ou du juge concernés par l'enquête pénale donnée, il n'y aurait pas de visites, ce qui rend cette garantie bien chimérique. Ajoutons que, d'après le par. 1.1 du Règlement intérieur des maisons d'arrêt du Service d'exécution des peines de l'Ukraine, l'autorisation de l'enquêteur ou du juge effectuant l'enquête n'est valable que pour une seule visite (note de service du Ministère de la justice du 18.03.2013). Cela se traduit par des allées et venues des parents (ou du défenseur qui aide les parents à obtenir la visite) pour se faire accorder une visite à la personne prévenue, l'autorisation devant être obtenue pour chaque visite.

Les amendements proposés prévoient que "les personnes placées en détention provisoire ont droit aux visites de parents ou d'autres personnes au moins tous les sept jours, à moins que l'enquêteur ou le juge en charge de l'enquête pénale ne les interdise. La décision portant interdiction de visite doit être justifiée et motivée avec l'indication possible du cercle de personnes qui ne sont pas concernées par cette interdiction. La décision doit préciser la durée de cette mesure, qui devrait être la plus courte possible, sans pouvoir toutefois excéder trente jours avec la possibilité de sa reconduite mensuelle par une décision spéciale à prendre dans des cas exceptionnels et avec un complément de justification. L'interdiction doit être nécessaire dans une société démocratique dans l'intérêt de la sécurité nationale et publique ou du bien-être économique du pays, pour prévenir des troubles ou des crimes, pour protéger la santé ou la morale ou pour protéger les droits et libertés d'autrui. Les copies des décisions

¹⁴²⁴ À présent le projet est adopté en première lecture et recommandé pour adoption en deuxième.

¹⁴²⁵ Dans l'ensemble, l'idée de la présomption de mal-fondé des restrictions du point de vue de la sécurité est un sujet à perspective pour l'avenir en l'absence des preuves du contraire. Il dépasse toutefois le cadre de la présente thèse.

avec l'indication des modalités de recours seront remises à la personne concernée placée en détention provisoire".

Il est proposé, en outre, de modifier l'approche des restrictions pendant les visites. La loi actuellement en vigueur les soumet au contrôle de l'administration de la maison d'arrêt. Les amendements proposés modifient radicalement cette approche: "La visite autorisée à la personne prévenue s'effectue dans des conditions assurant sa confidentialité, sauf les cas où une évaluation individualisée des risques fait apparaître une ingérence nécessaire dans une société démocratique dans l'intérêt de la sécurité nationale et publique ou du bien-être économique du pays, pour prévenir des troubles ou des crimes, pour protéger la santé ou la morale ou pour protéger les droits et libertés d'autrui. Le cas échéant, l'administration de la maison d'arrêt prend une décision justifiée et motivée avec indication du cercle de personnes qu'elle concerne et de la durée de la mesure appliquée qui doit être la plus courte possible mais sans pouvoir excéder trente jours avec la possibilité de sa reconduite mensuelle par une décisions spéciale à prendre dans des cas exceptionnels et avec un complément de justification. Les copies des décisions avec l'indication des modalités de recours seront remises à la personne placée en détention provisoire. Les modalités de l'évaluation individualisée des risques sont définies par des règlements du Ministère de la justice de l'Ukraine". Il est prévu également que les visites peuvent être accordées dans des conditions ouvertes (avec possibilité de contact physique). Les exceptions sont admises sous la même réserve que le contrôle des visites.

Une approche quasiment analogue est proposée pour la mise en œuvre des restrictions du droit aux appels téléphoniques et à la correspondance écrite.

Au vu de ce qui précède les clauses limitatives du Projet n° 2291 diffèrent de celles du Projet n° 2685 par quelques caractéristiques essentielles:

- L'uniformisation des restrictions de divers droits. S'agissant de la limitation du droit aux visites, à la correspondance, aux appels téléphoniques, le Projet fixe les mêmes conditions pour toutes ces restrictions: une restriction doit être nécessaire (c'est-à-dire proportionnée) dans une société démocratique et répondre aux objectifs qui se recoupent littéralement avec les objectifs dans l'intérêt desquels est admise la restriction du droit à la vie privée d'après la Convention (art. 8, 2° al.), à savoir les intérêts de la sécurité nationale et publique ou du bien-être économique du pays, la prévention des troubles ou des crimes, la protection de la santé ou de la morale ou la protection des droits et libertés d'autrui;

- L'invalidation automatique de certaines restrictions au bout d'un temps déterminé

(trente jours). La restriction ne peut être renouvelée que dans des cas exceptionnels;

- La détermination du cercle de personnes non concernées par la restriction (par exemple, les parents);

- Les restrictions concernent tant la possibilité même d'exercice d'un droit (correspondance, visites, appels téléphoniques) que les modalités de leur application (contrôle de la correspondance, des visites, des appels).

L'uniformisation des conditions de limitation de certains droits est importante, à notre avis, pour éviter des incohérences dans le développement de la théorie et de la pratique des restrictions. Sur ce plan, nous tirons des leçons des incohérences observées dans les clauses limitatives d'autres pays examinés dans la présente thèse.

Les amendements portent, en outre, sur les modalités d'accès à Internet, droit que les prévenus n'avaient pas auparavant. Le projet prévoit, toutefois, que l'accès au réseau global d'Internet pourrait être interdit par l'enquêteur ou le juge chargé de l'enquête pénale suivant les modalités applicables pour les limitations des appels téléphoniques, des visites et de la correspondance, c'est-à-dire en appliquant le principe de proportionnalité et en prenant en compte nombre de garanties procédurales (projet de l'article 13¹). Le projet d'article dispose que les personnes prévenues bénéficient du droit d'accès au réseau global d'Internet suivant les modalités fixées par les règlements du Ministère de la justice de l'Ukraine au moins tous les sept jours et chacun à son tour. Cela permet au Ministère de la justice d'élaborer les modifications qu'il considérerait comme étant plus pratiques. Dans le même temps, on assiste à une menace d'abus de pouvoirs dans la mise au point des restrictions réglementaires. Malheureusement, nos propositions visant une détermination plus détaillée de ce droit dans la loi ne furent pas soutenues par la Direction juridique générale du Parlement pendant la

préparation du projet à la deuxième lecture¹⁴²⁶.

Il est à souligner, en particulier, que cette direction était catégoriquement opposée à cet article, en alléguant que cette exigence était contraire à celle "d'incarcération" contenue dans la Loi "Sur la détention provisoire". Nous voyons là une nouvelle confirmation de l'enracinement de l'idée négative des restrictions de fait et un témoignage de l'incompréhension de la portée de cette exigence. Si l'incarcération veut dire incarceration totale, il faudrait alors interdire aussi le droit de ces personnes aux visites. Cependant, s'il s'agit d'une incarceration relative, il faut voir à quel point l'accès à Internet est contraire à l'incarcération en tentant compte des conditions déterminées garantissant la sécurité. Potentiellement, toute innovation visant à l'augmentation des contacts des détenus avec le monde extérieur pourrait se heurter à des objections tenant au risque d'atteinte à l'incarcération au lieu de susciter un débat constructif sur sa sécurité et son utilité.

Le projet de loi fixe des garanties procédurales portant sur les sanctions disciplinaires. Les spécialistes du Conseil de l'Europe Eric Svanidze et John McGuckin ont exprimé leurs observations à propos de ces garanties¹⁴²⁷. L'observation la plus importante concernait

¹⁴²⁶ Nous avons réussi tout de même à intégrer des amendements similaires au CEP. Le Projet de loi n° 2490a "Sur l'amendement de certains textes législatifs de l'Ukraine relatifs à l'exécution des peines et à la réalisation des droits des condamnés" adopté par le parlement au printemps 2016 et déjà entré en vigueur modifie l'art. 110, 7^e al., du CEP: "Les personnes condamnées bénéficient du droit d'accès au réseau Internet sous le contrôle de l'administration. Les condamnés peuvent créer leur boîte postale électronique et s'en servir sous le contrôle de l'administration de l'établissement pénitentiaire. L'administration de l'établissement pénitentiaire prend connaissance du contenu des messages entrants et sortants dans les cas où cela est nécessaire compte tenu des risques individualisés des condamnés concernés. En utilisant le réseau global d'Internet les condamnés se voient interdire: de saisir toutes informations et notamment d'envoyer des lettres, des commentaires, des signes, de se faire enregistrer sur des sites web, sauf les cas de création et d'utilisation de la boîte postale électronique suivant les modalités fixées par le présent article et les cas d'enregistrement obligatoire pour pouvoir consulter les sites autorisés; de constituer toutes bases de données et des disques d'emmagasinage y compris les disques virtuels; de consulter les sites web des réseaux sociaux, les sites qui font l'apologie de la cruauté, de la violence, les sites à contenu érotique ou pornographique, de visionner les sites susceptible d'exercer un effet négatif sur l'état psychologique du condamné. La liste des sites autorisés est établie par l'administration centrale en charge de la politique de l'État dans le domaine de l'exécution des peines et de la probation, cette liste pouvant être complétée, suite à la demande des condamnés, par des sites qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent article. L'accès du réseau global d'Internet est autorisé dans la journée, pendant les heures libres du travail et en dehors des heures fixées pour les repas et le sommeil ininterrompu. L'utilisation du réseau global d'Internet est payée par les condamnés sur leurs propres fonds ou sur les fonds d'autres personnes en les versant en porte-monnaie électronique. Les condamnés séjournant dans des établissements de santé stationnaires ne relevant pas de l'administration centrale en charge de la politique de l'État dans le domaine d'exécution des peines et de probation peuvent garder, avec l'autorisation de l'administration de l'établissement pénitentiaire, et utiliser sous le contrôle de l'administration des ordinateurs portables avec accès au réseau global d'Internet".

¹⁴²⁷ Des spécialistes furent sollicités pour l'analyse de ce projet de loi et de quelques autres dans le cadre du projet du Conseil de l'Europe "Soutien à la réforme pénitentiaire en Ukraine". Voir analyse en Annexe n°2.

l'incohérence entre des projets de loi parallèle (le projet 2291a évoqué et le projet de loi 2251a d'I.S. Iakovets élaboré sur la base d'une étude spéciale portant sur ce thème¹⁴²⁸). Tous ces projets avaient notamment des traits progressistes que les autres n'avaient pas. Il était nécessaire d'accorder cette norme avec le projet n° 2685 cité qui contenait lui aussi des normes similaires¹⁴²⁹.

Finalement, des amendements quasiment identiques ont été proposés pour ce projet et le projet n° 2685 en deuxième lecture. Ils contenaient notamment les dispositions suivantes:

- La notion de faute disciplinaire qui constitue un acte illicite, coupable ou une inaction portant atteinte aux rapports de droit inhérents à la détention en détention provisoire et qui se traduit par un manquement aux exigences auxquelles est soumis le comportement de l'intéressé en vertu des règles appropriées;

- Le personnel de l'établissement est tenu de prouver la présence effective de tous les éléments constitutifs des fautes disciplinaires dans les actes ou manquement du détenu;

- La détermination des modalités de procédures administratives concernant des fautes disciplinaires dans un règlement approprié;

- L'application de la sanction est décidée par la commission disciplinaire de l'établissement (cette question n'avait pas de règles précises auparavant). La disposition porte sur la composition de la commission, les modalités de ses réunions et de la délibération;

- La nécessité de motiver la décision de la commission avec une argumentation détaillée en cas de placement du détenu en cellule disciplinaire. Une copie de la décision sera remise au détenu;

- La personne sujette à la sanction devra être informée en temps utile de la date de

¹⁴²⁸ Правове регулювання застосування заходів заохочення та стягнення в процесі виконання покарань, пов'язаних з ізоляцією засуджених: монографія / В.В. Карелін, І.С. Яковець, К.А. Автухов; за заг. Ред.. А.Х. Степанюка. – Х. : Право, 2014 (Réglementation juridique des mesures de stimulation et des sanctions au cours de l'exécution des peines liées à l'isolement des condamnés: monographie/V.V. Kareline, I.S. Iakovets, K.A. Avtoukhov, sous la dir. de A.H. Stepaniounk, Kharkiv, Pravo, 2014). Cette étude sert notamment à faire une conclusion importante sur l'inclusion au CEP de la notion de faute disciplinaire en tant que fondement de la sanction disciplinaire.

¹⁴²⁹ Au cours de la deuxième lecture, il fut décidé, pour accorder nos propositions avec celles de I.S. Iakovets, de réunir les garanties procédurales des deux propositions et d'amender l'art. 135 du CEP par le projet de loi sur l'amendement du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine (sur l'amélioration des modalités d'application aux détenus des mesures de stimulation et des sanctions) n° 2251a du 03.07.2015. Ce projet de loi fut adopté récemment par le Parlement et entré en vigueur le 07.04.2017. Cela veut dire que désormais la liste des garanties procédurales citée ci-dessous devient applicable aux détenus.

réunion de la commission (trois jours au plus tard avant la réunion);

- La participation de représentants de la commission de surveillance avec voix consultative;

- La possibilité d'audition des témoins de l'infraction;

- La possibilité pour l'avocat d'assister à la réunion de la commission;

- La détermination d'un certain nombre de droits du détenu et/ou de son représentant, dont notamment: le droit de se faire communiquer l'information sur le procédé de l'administration, y compris les documents concernant l'affaire, trois jours avant la réunion de la commission disciplinaire (sauf les cas de réduction motivée de ce délai par décision du directeur d'établissement); le droit d'assister à la réunion de la commission décidant de l'application de la sanction; le droit de prendre connaissance des documents de la procédure disciplinaire et de son dossier personnel, d'en faire des relevés et d'en prendre copie; le droit d'exprimer ses explications, ses objections et de former des requêtes verbales et écrites; le droit de fournir des preuves; le droit de citer des témoins et de les interroger;

- La mise en place de la médiation disciplinaire dont les modalités de fonctionnement sont définies par le Ministère de la justice (cette novation ne fut pas accueillie positivement par les experts et fut par la suite retirée).

Il convient de souligner, en complément, que beaucoup de garanties procédurales citées, de même que nombre d'autres dispositions des projets préparés, représentent quasiment la mise en miroir des normes correspondantes du CPT¹⁴³⁰.

Le projet de loi comporte, par ailleurs, des normes moins étendues relatives aux restrictions. Il prévoit, notamment, la confidentialité de l'examen médical lors de l'admission dans la maison d'arrêt. L'examen s'effectue hors les limites de l'écoute et, à moins que le spécialiste médical ne souhaite le contraire, en dehors de la visibilité du personnel non médical¹⁴³¹.

Lors de la deuxième lecture du Projet au Parlement il a été proposé de retirer la norme

¹⁴³⁰ Voir par exemple l'évocation des recommandations correspondantes: Ащенко О.М., Човган В.О. Українське пенітенціарне законодавство у світлі стандартів Комітетів проти катувань ООН та Ради Європи. – С. 111–116 (Ashshenko O.M., Chovgan V.O., Ibid, p. 111-116)

¹⁴³¹ Cette approche répond aux normes fixes du CPT (par ex. para. 40-44, 12th 12e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2001 (CPT/Inf. (2002) 15); para. 18-25, 21e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er août 2010 au 31 juillet 2011 (CPT/Inf (2011) 28); para. 71- 84, 23e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er août 2012 au 31 juillet 2013 (CPT/Inf. (2013) 29)).

présente de la Loi selon laquelle les plaintes, les requêtes, les propositions et les lettres contenant des renseignements dont la diffusion pouvait compromettre l'enquête pénale ne seraient pas envoyées à qui de droit, mais seraient remises pour examen à l'agent ou au service en charge de l'enquête pénale, avec notification signifiée à la personne prévenue et au procureur supervisant le respect des lois lors de l'enquête préliminaire. La suppression de cette norme était préconisée par les experts susmentionnés du Conseil de l'Europe, en raison de sa formulation contradictoire: d'un côté, elle interdit le contrôle de la correspondance avec les administrations alors que, d'un autre côté, elle exige de la réexpédier si son contenu peut affecter l'enquête (ce qui suppose inévitablement la lecture de ce courrier).

De la même manière, est passée en deuxième lecture la règle qui garantit aux détenus manquant de fonds au moins une heure d'appels téléphoniques par semaine au frais de l'État.

Des limitations non justifiées concernant la vie quotidienne ont été supprimées: les détenus sont autorisés à se servir du réfrigérateur personnel, de garder des documents, des photos et des notes sauf celles pouvant servir à l'évasion ou à la préparation d'autres infractions (avant il était interdit de garder les objets de ce type à l'exception des documents relatifs à la procédure pénale); la surface habitable admissible est augmentée de 2,5 m² à 4 m², les cellules de moins de 6 m² et/ou celles ayant moins de 2 m entre les murs sont interdites.

Le projet de la loi évoqué ci-dessus est le résultat de la concertation à propos de la première version du projet de loi avec le Service pénitentiaire d'État. Il a subi, de ce fait, des modifications nécessaires pour satisfaire les préoccupations administratives.

Les discussions avec le Service pénitentiaire d'État, qui ont eu lieu lors de la phase de préparation du projet pour la première lecture, portaient sur les sujets suivants:

- L'impossibilité ou la difficulté d'assurer certaines règles au plan matériel. Il était observé, par exemple, que le droit aux appels téléphoniques (la loi en vigueur ne prévoit pas ce droit pour les personnes en détention provisoire!) nécessiterait l'aménagement d'espaces complémentaires à cette fin et entraînerait aussi des obligations en plus pour le personnel de la maison d'arrêt déjà bien chargé. Les problèmes potentiels formulés concernaient également les normes de surface augmentées. En effet, les maisons d'arrêt ont été construites à une époque ancienne et les exigences proposées par le Projet, malgré la diminution ces dernières années de la population des prévenus, risquaient de maintenir l'exploitation de certaines cellules qui ne répondraient plus à un autre des paramètres architecturaux recommandés;

- L'équilibre entre le régime de détention et les limitations libérales des droits. Cette

question provoqua les débats les plus actifs. Du point de vue du Service pénitentiaire d'État, les garanties procédurales contre une restriction excessive des droits (individualisation, constat écrit de la sanction, motivation de celle-ci, application temporaire, etc.) étaient trop difficiles à appliquer en réalité.

L'un de nos contre-arguments a consisté à dire que les restrictions automatiques prenaient elles aussi beaucoup de temps, dès lors que les restrictions devaient être appliquées à tous. La lecture de la correspondance, par exemple, ou encore la surveillance des visites, sont actuellement obligatoires et ne connaissent pas d'exceptions. En changeant d'approche, lorsque toutes ces actions ne seraient plus exigées de l'administration, l'on dégagerait du temps pour une application convenable des restrictions individualisées. Cela permettrait, de plus, de ne pas trop affecter les droits de l'homme.

Un compromis assez libéral fut trouvé dans ces discussions. Le Service pénitentiaire consentit à la plupart des amendements sous réserves de quelques concessions. C'est ainsi que la première version du Projet prévoyait un délai maximum de trente jours pour les restrictions du droit aux appels téléphoniques, à la correspondance, aux visites, mais après les débats, un accord fut trouvé sur la possibilité de prolonger ce délai dans des cas exceptionnels et une fois seulement pour la même durée, avec justification complémentaire de la part de l'administration¹⁴³².

Suite à ces discussions, le Service pénitentiaire ne présenta pratiquement pas d'observations sur le fond pour la deuxième lecture de ce projet, à la différence des amendements visant en deuxième lecture le projet 2685, où l'Institut du Service d'exécution des peines s'opposait formellement à l'inclusion de clauses limitatives au CEP, le projet 2291a ayant été ainsi accueilli d'une manière plus favorable. Cela ne manque pas de surprendre, dans la mesure où les amendements relatifs aux restrictions dans la Loi "Sur la détention provisoire" modifient d'une manière beaucoup plus radicale l'approche actuelle dure à l'égard des restrictions imposées aux prévenus que les amendements au CEP concernant les droits des condamnés.

Il est ainsi aisé de voir que les observations visant la mise en œuvre de nouvelles normes de restrictions se sont essentiellement concentrées sur les difficultés de leur réalisation

¹⁴³² Pour l'analyse d'autres compromis et une comparaison plus détaillée de la version initiale du projet de loi et de la version déposée au Parlement voir: Човган В.О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). – С. 85–90 (Chovgan V.O., Réforme de la législation de l'exécution des peines à la lumière des normes internationales (propositions et observations), Ibid, p. 85-90).

pratique, de même que sur la sécurité publique. Une solution de compromis a néanmoins été trouvée en donnant ainsi un exemple d'accommodation des intérêts de l'ordre et de la sécurité avec des approches plus libérales envers les limitations des droits.

Loi sur les juges pénitentiaires

La plupart des plaintes des détenus ukrainiens adressées à la CEDH concernent les mauvaises conditions de détention. L'Ukraine se trouve face à la menace d'une décision pilote la concernant du fait de l'absence de mesures préventives et compensatoires efficaces¹⁴³³ visant les victimes des tortures et du traitement dégradant (article 3 de la Convention), ainsi que cela découle du contexte de l'article 13 de la Convention.

Compte tenu de la situation, les spécialistes du Conseil de l'Europe ont établi un rapport précisant la manière dont il est possible de mettre en place en Ukraine les mesures préventives et compensatoires appropriées aux fins d'exécution des décisions correspondantes de la CEDH. Le 12 octobre 2015, le Ministre de la justice de l'Ukraine a mis en place, par sa note de service n° 283/7, le groupe de travail interministériel avec pour mission de résoudre le problème évoqué. L'auteur de la présente thèse y a été associé. Dans le cadre de ce groupe, nous avons élaboré un projet de loi qui prenait en compte les meilleures pratiques de certains pays de l'UE et la jurisprudence de la CEDH. Le projet propose de mettre en place des mesures préventives et compensatoires, ainsi que d'instituer la fonction de juge pénitentiaire en charge de leur application¹⁴³⁴.

Le projet de loi porte principalement sur des questions autres que la justification des limitations, tout en comportant des règles destinées à améliorer les normes existant en la matière.

¹⁴³³ Les mesures préventives visent à faire cesser et à ne pas admettre le traitement dégradant à l'avenir. Les mesures compensatoires visent à indemniser les victimes de traitements dégradants moyennant une indemnisation pécuniaire ou, par exemple, la réduction de la peine.

¹⁴³⁴ Voir les détails relatifs à l'argumentation et les mécanismes concrets de mise en œuvre de la novation au projet et dans la note explicative: *Projet de Loi sur les mesures préventives et compensatoires à appliquer du fait des tortures, du traitement inhumain ou dégradant ou bien des punitions des personnes condamnées, prévenues et sur l'institution de la fonction de juge pénitentiaire* n° 4936 du 08.07.2016, disponible sur : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59613 (accédé le 18.07.2016). À propos du contexte voir aussi: Човган В.О., Яковець І.С. Превентивні та компенсаційні заходи як захист від катувань і жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання // Вісник кримінологічної асоціації. Збірник наукових праць. – 2016. – №2. – С. 184–198 (Chovgan V.O., Iakovets I.S., Mesures préventives et compensatoires en tant que défense contre la torture et le traitement ou des peines inhumains et dégradants, Revue de l'association criminologique. Recueil d'ouvrages scientifiques, 2016, n° 2, p. 184-198).

Ainsi qu'il a déjà été démontré, l'intervention maximale des juridictions pour l'appréciation des limitations des droits des détenus constitue un important facteur potentiel d'évolution de la norme nationale de restrictions de droits. Il convient de préciser que la législation actuelle et la pratique créent des conditions rendant l'accès des détenus à la justice difficile (voire impossible)¹⁴³⁵.

Eu égard à ces circonstances, il est proposé de compléter les multiples compétences du juge pénitentiaire par celles portant sur l'établissement du bien-fondé des restrictions individualisées des droits des personnes en détention provisoire ou purgeant leur peine (amendements à l'article 537 du CPP).

Il apparaît que le juge pénitentiaire est mieux placé que le juge d'un tribunal local pour examiner les questions de ce type¹⁴³⁶. Il aura, en effet, immanquablement une meilleure formation en matière de législation pénitentiaire et pourra analyser plus en profondeur les aspects juridiques. De plus, il pourra entendre en personne les deux parties, le détenu et l'administration, tout en pouvant examiner les preuves directement. Ensuite, il pourra résoudre les affaires de ce type plus rapidement.

La résolution de ces affaires par les tribunaux d'arrondissement risque d'être trop superficielle à cause de leur relative "insignifiance" pour les tribunaux d'arrondissement ainsi qu'à cause de leur mauvaise volonté (ou de leurs craintes) d'intervenir dans le fonctionnement des établissements pénitentiaires¹⁴³⁷. D'autre part, la participation personnelle du détenu à ces audiences est exclue en règle générale.

Notons aussi que l'application des mesures préventives et compensatoires tenant aux mauvais traitements peut inclure la résolution de questions concernant telle ou telle

¹⁴³⁵ Le problème principal est celui du refus des tribunaux d'arrondissement d'examiner ces affaires, parce que, à leur avis, celles-ci devraient incomber à la justice administrative, cette dernière, pour sa part, les refusant en disant que ces affaires devraient être examinées dans le cadre d'exécution des peines, c'est-à-dire au titre du CPP. Cet état de choses se traduit déjà par la violation de la Convention européenne (Vintman c. Ukraine (23.01.2015, n° 28403/05)).

¹⁴³⁶ Nous avons mis au point déjà et examiné dans le cadre du sous-comité du Parlement le Projet de loi portant amendement de plusieurs textes législatifs de l'Ukraine (sur l'amélioration de l'accès à la justice des personnes détenues dans les établissements de détention provisoires et d'exécution des peines) (2255a du 03.07.2015) qui fut par la suite adopté et devint Loi. Il prévoyait le règlement de la question de compétence des juridictions relative aux affaires des détenus. Ces affaires doivent maintenant relever de la compétence des tribunaux d'arrondissement mais être examinées au titre de la procédure administrative ce qui permettrait d'appliquer le principe de proportionnalité des restrictions qui est directement fixé dans le Code de procédure administrative (article 2, par. 3.8, du CPA de l'Ukraine). Cette approche peut créer une base pour l'extension de l'application pratique du principe de proportionnalité dans le domaine pénitentiaire.

¹⁴³⁷ L'une des raisons peut provenir du manque de formation et de l'incompréhension des pratiques pénitentiaires.

restriction. Nous savons qu'en statuant sur la violation de l'article 3, il y a lieu de prendre en compte, non seulement, les actes concrets ou l'inaction de l'administration, mais encore l'ensemble de divers facteurs concernant les conditions de détention¹⁴³⁸. Ces facteurs peuvent comprendre, en particulier, les limitations du droit à la vie privée. La prise en compte des restrictions applicables servant à l'analyse du respect de l'article 3 de la Convention est surtout indispensable pour examiner les conditions et les modalités de l'emprisonnement individuel.

Compte tenu du fait que le Projet de loi contient des règles relatives à l'utilisation des recours préventifs, il permet, par ailleurs, de résoudre les questions des restrictions non justifiées au titre de la prévention, c'est-à-dire de prendre des décisions visant à ne pas admettre des restrictions non justifiées que l'administration de l'établissement pénitentiaire prévoit appliquer.

3.7.2. Plan d'action dans le domaine des droits de l'homme

En décembre 2015, le gouvernement ukrainien publiait le Plan d'action relatif à la réalisation de la Stratégie nationale dans le domaine des droits de l'homme à horizon de 2020¹⁴³⁹. Ce Plan d'action avait été mis au point par des groupes de travail mis en place par le Ministère de la justice de l'Ukraine et comprenant des représentants de la société civile, d'administrations et d'organisations internationales. Il est à noter que ces groupes ont travaillé sur un rythme assez soutenu, car l'adoption du Plan avant la fin de 2015 était l'une des exigences liées aux processus d'intégration européenne.

Nous avons eu l'occasion d'élaborer directement les dispositions du Plan relatives aux droits de l'homme dans le domaine pénitentiaire¹⁴⁴⁰. Certaines d'entre elles visent à introduire de meilleures normes en matière de restriction de droits, alors que d'autres embrassent des axes plus globaux de la réforme pénitentiaire, tels que la démilitarisation du système pénitentiaire, l'intégration de celui-ci dans le système du Ministère de la justice, le maintien de la détention collective des condamnés, la réduction de la capacité d'accueil maximale des

¹⁴³⁸ Kalashnikov c. Russie § 95 (n° 47095/99, 15.10.2002).

¹⁴³⁹ Arrêté du Cabinet des ministres de l'Ukraine du 23 novembre 2015, N° 1393-p "Sur la validation du plan d'action relatif à la réalisation de la Stratégie nationale dans le domaine des droits de l'homme à horizon de 2020", disponible sur : <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248740679> (accédé le 26.11.2016).

¹⁴⁴⁰ Voir leur liste dans l'extrait du Plan dans Annexe n°3.

établissement pénitentiaire, la mise en œuvre de techniques novatrices du management de l'exécution des peines et de la détention provisoire, l'amélioration du mécanisme de mise en œuvre des normes pénitentiaires internationales, l'attribution d'un statut indépendant au service médical pénitentiaire et beaucoup d'autres aspects¹⁴⁴¹.

Comme les projets de loi précités comportaient des dispositions visant à l'intégration, dans la législation ukrainienne, du principe de proportionnalité des restrictions¹⁴⁴², le Plan d'action était appelé à remplir un rôle subsidiaire dans leur mise en œuvre.

Une grande attention a notamment été prêtée à la limitation du droit à la vie privée.

Le par. 7.8 du Plan prévoit la nécessité pour chaque établissement d'exécution des peines et de détention provisoire de se munir de boîtes pour la correspondance, dont l'accès ne serait pas autorisé à l'autorité en charge du retrait du courrier. L'accès des boîtes et du courrier qu'elles contiennent est fermé à l'administration des établissements d'exécution des peines et de détention provisoire. Le retrait du courrier doit être confié à l'Entreprise publique ukrainienne postale "Ukrposhta" (par. 7.7).

L'idée d'un intermédiaire indépendant entre les détenus et les destinataires de leurs courriers était exprimée dans les recommandations du CPT à l'Ukraine. Son rapport sur la visite en Ukraine en 2000 indique, au par. 124, que l'un des moyens d'assurer la confidentialité des plaintes des détenus est la mise en place de boîtes dont l'accès ne serait autorisé qu'aux personnes de confiance. Dans son rapport sur la visite en Ukraine de 2002, le Comité insistait déjà, au par. 136, sur la mise en œuvre urgente de la recommandation relative à la confidentialité de la procédure de recours formulée dans le rapport précédent et, notamment, sur l'aménagement de boîtes pouvant être contrôlées par les personnes de confiance. Le Comité laissait ainsi entendre que les personnes en charge de l'expédition du courrier ne devaient pas appartenir à l'administration pénitentiaire.

La disposition portant l'aménagement des boîtes postales prévoit la suppression de la

¹⁴⁴¹ Voir la description détaillée et l'explicitation des innovations à: Човган В. Ключові напрями пенітенціарної реформи як складові національного Плану дій у сфері прав людини (Chovgan V., Principaux axes de la réforme pénitentiaire en tant qu'élément du Plan d'action dans le domaine des droits de l'homme), disponible sur : http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#_ftn1 (accédé le 26.11.2016). en russe : <http://www.prison.org/content/mezhdunarodnyy-opyt-klyuchevye-napravleniya-penitenciarnoy-reformy-v-ukraine> (accédé le 26.11.2016).

¹⁴⁴² Le projet de loi "Sur les amendements du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine (sur l'amélioration des conditions de la détention)" n° 2685, "Sur la détention provisoire" (portant sur l'implémentation de certaines normes du Conseil de l'Europe) n° 2291a, "Sur le Système pénitentiaire" (attendant d'être soumis au Parlement)

procédure de contrôle du courrier sortant. La règle correspondante est formulée dans le projet de loi cité ci-dessus "Sur l'amendement du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine (sur l'amélioration des conditions de détention des personnes condamnées)" (n° 2685 du 21.04.2015). La nouvelle rédaction de l'art. 111, 3^e al., du CEP dispose que le courrier envoyé par les condamnés n'est pas soumis à la lecture.

Cela n'exclut cependant pas la possibilité de limiter le droit à la vie privée et d'intervenir dans cette correspondance selon les modalités générales fixées par le Code de procédure pénale de l'Ukraine, ce, en cas de soupçon justifié du risque de commission d'une infraction. Les arguments du Service pénitentiaire d'État à propos de la dangerosité de cette initiative (par exemple risque de transmission de plans d'évasion, etc.) semblent être assez douteux à la lumière des techniques modernes d'Internet et de GPS, sachant aussi que les détenus de presque chaque établissement peuvent se procurer un accès illégal aux téléphones portables. De plus, cette restriction n'est pas justifiée, étant donné que les détenus ont de nombreuses possibilités de transmettre l'information pendant les visites de longue durée de parents (durant lesquelles le contrôle de l'administration ne porte pas sur le contenu des entretiens) ou pendant les visites confidentielles avec leurs avocats.

D'autre part, la suppression du contrôle obligatoire de tout le courrier épargne du temps aux agents chargés de la lecture de la correspondance. Ce temps pourrait être utilisé d'une manière plus efficace pour le contrôle du courrier entrant à partir de l'évaluation individualisée des risques, ainsi que le prévoit le projet n° 2685 évoqué.

En ce qui concerne la détention provisoire, les amendements à la loi correspondante attribuent à l'enquêteur, ainsi qu'il a été déjà signalé, la possibilité de soumettre au contrôle la correspondance de personnes désignées, sous réserve de respecter les procédures en vigueur. Cela suppose, par ailleurs, la mise en place d'un mécanisme permettant aux agents de l'établissement de contrôler le courrier des personnes concernées déposé dans les boîtes confidentielles. L'une des solutions à ce problème pourrait consister à remettre à l'administration de la maison d'arrêt la liste des personnes auxquelles l'enquêteur limite le droit à la correspondance. Pour éviter des abus, le représentant de la poste devrait enregistrer cette information à titre complémentaire.

Le paragraphe 8.7 du Plan prévoit la mise en place de la plainte en ligne. Il est notamment prévu la possibilité, pour les personnes placées en détention provisoire et les condamnés, d'adresser des plaintes confidentielles en lignes portant sur les mauvais traitements ou les conditions de détention à l'aide d'un système spécial d'information et de

communication du Service pénitentiaire d'État vers l'Autorité préventive nationale, les autorités supérieures du Service pénitentiaire d'État, les procureurs. Cela suppose la suppression de la possibilité pour les personnes non concernées d'intervenir dans le processus de dépôt des plaintes, ainsi que la mise au point de propositions relatives au financement de ces mesures. A l'heure actuelle, ce système fonctionne déjà en mode pilote, mais il a suscité tout de suite l'opposition des responsables directs des établissements, dans la mesure où les plaintes parviennent aux autorités supérieures en contournant l'administration de l'établissement. Il est prévu de mettre au point, par la suite, un mécanisme de formalisation du droit d'expédition de plaintes confidentielles en ligne.

Cette innovation correspond aux amendements apportés au CEP de l'Ukraine par le projet susmentionné n° 2685 tout en assurant la confidentialité complète de la correspondance avec les administrations.

La possibilité d'appels téléphoniques confidentiels aux administrations publiques (Par. 8.4 du Plan) est un prolongement logique de l'initiative relative au droit de plainte en ligne. Tout d'abord, ces appels peuvent être effectués depuis les téléphones stationnaires des établissements ainsi que depuis les téléphones portables autorisés par l'établissement et auxquels les détenus ont l'accès. Cependant, à la différence des appels ordinaires, les communications avec les administrations ne doivent être soumises à aucune écoute, même à titre exceptionnel. Il est à ajouter, qu'ainsi que l'atteste la pratique, les détenus se permettent à présent d'appeler diverses *hot lines* même avec leurs propres téléphones portables illégaux.

L'échange confidentiel d'informations avec les administrations signifie un rapprochement maximal du droit des détenus de saisir les autorités avec ce qui se passe pour les citoyens libres, ce qui constitue un exemple vivant de normalisation juridique. Les préoccupations de sécurité et d'ordre ne sauraient, de ce fait, être considérées comme des motifs valables pour la restriction de ce droit, car cela reviendrait à dire que l'État ne se fait pas confiance. Il convient d'insister aussi sur le fait que l'exercice non limité du droit de communiquer avec les administrations à l'aide de la correspondance, du téléphone et d'Internet peut être pour les détenus plus impératif encore que pour les citoyens libres, puisque les moyens de défense des droits dans les établissements pénitentiaires sont plus réduits qu'en liberté.

Le Plan d'action prévoit également d'autres normes portant sur la libéralisation des restrictions du droit à la vie privée.

C'est ainsi que, parmi les mesures de lutte contre la torture, il prévoit l'examen médical

des détenus en dehors de l'écoute et de la vue du personnel non médical, si le spécialiste de la santé n'y voit pas d'objections. Ceci contribue à la mise en oeuvre des exigences sur le constat des dommages corporels relevés chez les condamnés ou les personnes en détention provisoire. Cette exigence est directement prévue par les normes du Comité européen pour la prévention de la torture¹⁴⁴³.

Nos propositions dans ce sens avaient déjà été soumises au Service pénitentiaire d'État, mais elles s'étaient heurtées à des critiques acerbes. Il était notamment soutenu que cela mettait en danger le personnel médical et que la mesure manquait de clarté: comment organiser cette procédure sur les lieux? comment effectuer la surveillance visuelle sans écoute¹⁴⁴⁴? Or, le Service pénitentiaire ne prit pas en compte nos arguments selon lesquels le personnel soignant pourrait, s'il le souhaitait, demander aux agents de l'établissement de surveiller l'auscultation. Il est également possible d'assurer la surveillance visuelle en dehors des limites d'audibilité, en installant dans une salle de visites une porte insonorisée avec lucarne.

Le paragraphe 7.12 du Plan prévoit, pour les condamnés et les prévenus, des conversations via Internet confidentielles de leurs défenseurs. Cette mesure est capable de faciliter sensiblement l'accès des détenus à l'assistance juridique. Sous réserve d'assurer la possibilité de consulter à distance divers documents (par exemple, à l'aide de copies scannées), cette innovation peut se substituer valablement à une partie de visites particulières des personnes accordant l'assistance juridique. Cette mesure revêt une actualité particulière pour les condamnés du fait de la possibilité de bénéficier d'une assistance juridique gratuite, car ils purgent leur peine en grande partie dans des établissements situés en dehors de grandes villes (parfois à plus d'une centaine de kilomètres), rendant les visites des défenseurs délicates. À ce jour, nous avons préparé, en coopération avec le Ministère de la justice, la note de service appropriée qui est en cours de validation.

La mesure décrite est intéressante, en ce que certains fonctionnaires du Service pénitentiaire d'État ont d'emblée exprimé leur soutien à sa mise en oeuvre. Ils constatent toutefois la mauvaise volonté des responsables des centres d'assistance juridique gratuite. Aux termes de la Loi de l'Ukraine "Sur l'assistance juridique gratuite", les condamnés représentent la catégorie de la population qui bénéficie de l'assistance juridique gratuite. La mise en oeuvre

¹⁴⁴³ Voir par ex. le 3^e Rapport général de 2012/2013 et le par. 30 du Rapport sur la visite en Ukraine en 2012.

¹⁴⁴⁴ De tels arguments furent énoncés le 03.09.2015 lors de notre réunion avec les responsables de la direction de la santé du Service pénitentiaire d'Etat portant sur la mise en oeuvre de normes médicales internationales dans les activités des établissements et des unités médicales concernées.

effective de ce droit nécessite la mobilisation de ressources supplémentaires de la part des centres accordant cette assistance. Or, ces centres viennent seulement d'être constitués et ils sont donc au tout début de leur mise en place. C'est peut-être la raison de la mauvaise volonté à prendre en charge en plus les consultations des détenus via Internet. D'un autre côté, les techniques nouvelles épargnent le temps nécessaire à la visite les établissements pénitentiaires.

À côté des rencontres par Internet des défenseurs, le Plan comporte des mesures visant à créer des possibilités de rencontres par Internet d'autres personnes (par.11.2). Il est important de noter que le Plan traite de la nécessité d'amender la législation de manière à y prévoir la clause limitative en accord avec l'art. 8, 2^e al. de la Convention européenne. La mesure proposée est ainsi libellée: "Mise au point du projet de loi relatif aux amendements à apporter au Code de l'exécution des peines de l'Ukraine et du projet de note de service du Ministère de la justice relative à la libre tenue de rencontres par Internet des condamnés et des personnes placées en détention provisoire avec possibilité de restriction de leur confidentialité dans les cas exceptionnels conformément aux dispositions de l'article 8, deuxième alinéa, de la Convention et en vertu d'une décisions individualisée motivée".

Certes, l'organisation technique des visites de ce type constitue un véritable défi pour le Service pénitentiaire d'État. Néanmoins, ce Service a déjà mis au point un logiciel spécial dédié aux rencontres par Internet, qui permet la sauvegarde de l'entretien enregistré sur un serveur dont l'accès pourrait être autorisé en cas de besoin. Des garanties complémentaires sont ainsi assurées pour prévenir les abus. Ceci étant, la procédure d'accès à ce serveur devrait être spécialement réglementée, afin d'éviter son accès non justifié de la part de l'administration de l'établissement pénitentiaire, sinon la clause limitative en tant que garantie de la non-intervention dans l'entretien pourrait être totalement annihilée.

Le Plan accorde une attention particulière au droit des visites. A notre avis, la limitation du droit à la vie privée (surtout pendant les visites) constitue l'un des meilleurs indicateurs de la mise en œuvre des normes de restriction de droits dans les établissements pénitentiaires.

Sur ce point, le Plan prévoit l'élaboration d'un projet de loi d'amendement du Code de l'exécution des peines de l'Ukraine, de manière à augmenter la fréquence des visites des condamnés jusqu'à une fois par semaine¹⁴⁴⁵ au moins, quel que soit le type et le niveau de sécurité de l'établissement pénitentiaire (par. 32.4). Une telle fréquence des visites est

¹⁴⁴⁵ A ce jour, il s'agit d'une visite par mois.

recommandée par le CPT¹⁴⁴⁶.

Il est prévu, d'autre part, de modifier les règlements intérieurs des maisons d'arrêt et des établissements d'exécution des peines, pour ce qui concerne les visites fermées (avec cloison) des condamnés et des prévenus pratiquées à titre exceptionnel et les visites ouvertes (avec possibilité de contact physique) en règle générale. Cette approche est clairement préconisée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par le Comité pour la prévention de la torture, notamment dans leurs normes, qui concernent directement l'Ukraine.

Dans son rapport sur la visite de 2002, le Comité pour la prévention de la torture observe au paragraphe 137: "le CPT regrette que dans tous les établissements visités, les visites de courte durée se déroulaient généralement en parloir vitré, détenus et visiteurs devant se parler au téléphone... Une exception positive était la pièce réservée au SIZO n° 21, aux visites "à table" des mineurs et détenus "économiques". C'est là un exemple à suivre... Le CPT souhaite enfin avoir les vues des autorités ukrainiennes sur l'invitation qu'il a réitérée au paragraphe 123 de son rapport relatif à la visite de 2000 de revoir les conditions de déroulement des visites, pour assurer, autant que possible, que tant les condamnés que les prévenus puissent recevoir des visites dans des conditions plus ouvertes". Le gouvernement ukrainien répondait à cette observation: "En vue d'améliorer les conditions de contact direct lors des visites de courte durée, la colonie correctionnelle n° 56 de Romny et la colonie n° 66 de Chostka ont démonté, à titre expérimental, les barrières de verre qui séparaient les détenus et leurs visiteurs. En cas de succès de cette expérimentation, des recommandations seront données aux autres établissements pénitentiaires à cet effet"¹⁴⁴⁷.

Dans son rapport sur la visite de 2005, le CPT signalait (par. 145): "Comme par le passé, les visites de courte durée ont lieu dans des parloirs de verre, les détenus et les visiteurs parlant à travers une cloison de verre au téléphone (certains d'entre eux, par exemple dans la colonie N° 65, sont hors de service). Les autorités ukrainiennes ont annoncé à ce propos que l'aménagement des lieux de visites sans la cloison de verre était prévu dans le cadre des travaux de reconstruction dans les sections de visite".

La recommandation était à nouveau modifiée et reprise dans le rapport de 2009 (par. 153): "Changer les conditions pour les visites de courte durée de manière à ce que les détenus puissent recevoir les visiteurs dans des conditions assez ouvertes. Les visites ouvertes doivent

¹⁴⁴⁶ Par. 37, Rapport sur la visite du CPT en Ukraine en 2016 (Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the CPT from 21 to 30 November 2016 (CPT/Inf (2017) 15).

¹⁴⁴⁷ Cette expérimentation n'eut pas de prolongement appréciable.

être la règle, les visites fermées, une exception. De telles exceptions doivent se fonder sur des décisions justifiées et motivées prenant en compte l'évaluation individualisée du risque potentiel provenant du détenu concerné. D'autre part, le nombre de locaux pour visites de courte durée doit être augmenté pour satisfaire les besoins des détenus".

L'usage systématique des cloisons de verre pendant les visites était qualifié de violation de la Convention européenne. L'absence du contact avec les proches pendant les visites et la communication au moyen d'un combiné de téléphone et à travers une vitre peuvent se traduire par la violation de l'article 8 de la Convention¹⁴⁴⁸.

D'autres types de limitation du droit à la vie privée mentionnés dans le Plan relèvent des fouilles et de l'utilisation de moyens technique de surveillance et de contrôle.

Le par. 32.2 prévoit, notamment, la mise au point et la validation du règlement relatif à l'utilisation des moyens techniques de surveillance et de contrôle dans les lieux de détention des condamnés et des personnes placées en détention provisoire avec mise en place de garanties sûres contre les restrictions non justifiées du droit à la vie privée, compte tenu des propositions exprimées lors des débats publics sur le projet de note de service du Ministère de la justice "Sur la validation des règlements relatifs à l'utilisation des moyens techniques de surveillance et de contrôle dans les lieux de détention des condamnés et des personnes placées en détention provisoire". Dans le cadre de notre coopération avec le groupe de défense des droits de Kharkiv, des propositions¹⁴⁴⁹ ont été envoyées au Ministère de la justice lors des débats sur le projet de règlement susmentionné. Elles prévoyaient l'individualisation des restrictions et des garanties procédurales contre les abus dans leur application. Cependant, la mise au point de ce document par le Ministère de la justice a ensuite été suspendue pour des raisons inintelligibles. Il avait pour défaut principal l'absence totale de toute évocation de la proportionnalité ou de l'individualisation de l'utilisation des moyens techniques et en arrivait parfois, à des absurdités. Le projet de note de service ne contenait, par exemple, aucune restriction d'emploi des moyens techniques (tels que surveillance vidéo), ce, y compris aux toilettes.

En ce qui concerne les fouilles, le Plan comporte un par. 32.7, qui préconise une amélioration du règlement intérieur des maisons d'arrêt et des établissements pénitentiaires en

¹⁴⁴⁸ Voir par ex., les Arrêts de la CEDH dans les affaires Trosin c. Ukraine (n° 39758/05, 23.02.2012), Horych c. Pologne (n° 13621/08, 17.04.2012).

¹⁴⁴⁹ Човган В.О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). – С. 189–198 (Chovgan V.O., Réforme de la législation de l'exécution des peines à la lumière des normes internationales (propositions et observations), p. 189-198).

matière de fouilles dans les établissements d'exécution des peines et de détention provisoire en vue d'interdire des fouilles systématiques, dépourvues de motifs justifiés et non basées sur une décision argumentée. Comme on le voit, cette mesure met l'accent sur le refus des fouilles systématiques (donc sans évaluation individualisée) de même que sur la nécessité de motiver la décision sur la fouille et de formuler les raisons qui la justifient. Une telle accentuation s'accorde avec les conclusions de la présente thèse à propos de l'importance de la motivation des restrictions de droits.

Il reste, par ailleurs, la question de l'admissibilité de la fouille dans les cas urgents. Cela concerne particulièrement les fouilles personnelles. Pour encadrer cette question, l'on pourrait, par exemple, s'inspirer de la procédure employée par le CPP, lorsque le document prévu à cet effet est établi *post factum*, étant entendu qu'un tel mode d'action doit être aussi limité que possible. En règle générale, les perquisitions (fouilles de locaux), surtout celles des locaux devraient être opérée en vertu d'une décision motivée. Les documents actuels classés "réserve au service" prévoient des perquisitions "planifiées" qui n'ont rien à voir avec la garantie convenable du droit à la vie privée. D'un autre côté, le système de détention dans des locaux collectifs accueillant des condamnés, qui est toujours pratiqué en Ukraine, facilite la tâche de l'administration pour justifier la perquisition dans les locaux communs. Ce système crée, de manière objective, l'impératif de perquisitions fréquentes, au regard de la probabilité élevée, par rapport au système de détention cellulaire, de pénétration et de diffusion d'objets interdits dans les baraquements.

L'abandon du système de détention collective constitue l'un des axes stratégiques du Plan. Il est envisagé de préparer et soumettre au gouvernement ukrainien un Programme d'État relatif à la réorganisation progressive du système de détention collective dans les établissements pénitentiaires en système de détention cellulaire (par. 32.1). Le système de détention collective engendre tout un complexe de restrictions indues aux droits et d'autres effets négatifs.

Dans son 11^e Rapport général (2001), le Comité européen pour la prévention de la torture critiquait le principe d'hébergement des détenus dans de grands dortoirs, dès lors que de tels dortoirs hébergent souvent les détenus dans des espaces exigus et insalubres. En plus de l'insuffisance d'intimité, le Comité constatait un grand risque d'intimidation et de violence à l'égard de certaines catégories de détenus, ainsi que des problèmes de contrôle de la part du personnel. Au surplus, l'hébergement convenable des détenus compte tenu de leur risque individualisé devenait pratiquement impossible.

Lors de la visite en Ukraine en 2009, le Comité critiquait la détention collective en citant des violations concrètes découlant de ce type de détention dans la colonie correctionnelle de Boutcha (Rapport sur la visite en Ukraine en 2009, par. 113).

Dans son document "Espace vital par détenu dans les établissements pénitentiaires: normes du CPT", le Comité résume qu'étant donné les problèmes de la détention collective massive dans des dortoirs, il se prononce depuis longtemps pour l'abandon des dortoirs multiplaces, ce, au profit de locaux d'hébergement moins grands¹⁴⁵⁰.

Le caractère spécifique des prisons ukrainiennes tient au passé soviétique. La philosophie soviétique de l'exécution des peines prévoyait que le condamné devait se corriger en s'associant au travail, ainsi que "par le collectif et à travers le collectif". Cette approche se traduit par la construction d'établissements pénitentiaires du type collectif ou de "colonies", ainsi qu'ils sont désignés en Ukraine. Les colonies représentent des prisons avec des « chauffoirs » de type baraquement conçus généralement pour un grand nombre de personnes. Un local peut contenir jusqu'à 50 personnes ou plus.

Nous avons déjà évoqué les nombreux problèmes de droits de l'homme qui surgissent du fait de la détention collective dans ce qu'on appelle "casernes"¹⁴⁵¹. Nous y constatons des problèmes de management, lorsque l'administration de l'établissement est obligée de compter sur les leaders informels qui dirigent la masse des détenus séjournant dans le local multiplaces, ainsi que le problème de violence entre les détenus. La cohabitation d'un grand nombre de personnes ayant au surplus un passé criminel, engendre inévitablement des situations conflictuelles systématiques, qui peuvent dégénérer dans certains cas en violences psychiques et physiques. Cela concerne surtout les groupes vulnérables de détenus qui, se trouvant constamment dans le milieu d'autres détenus, sont soumis à un risque particulièrement élevé de violence et de discrimination¹⁴⁵².

C'est le droit à la vie privée qui est le plus affecté. Les locaux hébergeant un grand nombre de détenus donnent lieu en fait à une ingérence permanente dans le droit à la vie privée. L'absence presque totale de la possibilité de rester seul, sans compter les cas des sanctions disciplinaires et certains moments à courte durée constituent une intervention

¹⁴⁵⁰ Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards (CPT/Inf (2015) 44, 15.12.2015). – P. 3.

¹⁴⁵¹ Voir plus de détail: Alternative interim report by Ukrainian Helsinki Human Rights Union on implementation of recommendations, provided by the Committee against Torture based on the consideration of the sixth periodic report of Ukraine (CAT/ C/UKR/6) / Blaga A., Martynenko O., Telychkin I., Chovgan V. Ed. by Arkadiy Bushchenko. – Kyiv, KIT, 2015. – pp. 14–16.

¹⁴⁵² Ibid.

sensible dans le droit à la vie privée. Il en résulte des tentatives variées de la part des détenus, visant à éviter cette intervention, par exemple, en voilant leurs lits (souvent à plusieurs niveaux) avec des draps pour s'isoler. Or, de tels actes violent le régime d'exécution de la peine, car qu'ils sont interdits par le Règlement intérieur des établissements pénitentiaires (Chapitre 3, par. 3). Les détenus doivent donc se trouver en permanence parmi d'autres personnes, subir diverses incommodités: bruits et odeurs extérieures. Les détenus se plaignent souvent des cas où l'hébergement de ce type provoque des maladies transmissibles, comme des infections respiratoires virales aiguës ou la tuberculose.

Nous constatons ainsi que l'architecture pénitentiaire peut être déterminante quant aux restrictions des droits. L'administration pénitentiaire se retrouve, de ce fait, face à la difficile tâche de mise en équilibre des intérêts individuels, non seulement, avec les impératifs de sécurité, mais aussi avec les exigences du collectif dans lequel vivent les détenus. Un exemple bien simple et parlant est celui de la difficulté de trouver un accord dans un grand collectif de détenus à propos de l'écoute des chaînes radio différentes, compte tenu des préférences de chacun.

Le Plan prévoit, en outre, de créer le droit de sortie accompagnée des personnes condamnées pour des crimes graves et particulièrement graves et des garanties de sortie accompagnée hors les murs de l'établissement pénitentiaire en cas de décès de parents proches. Il est ainsi exigé d'assurer la possibilité de sortie accompagnée hors les murs de la maison d'arrêt ou de l'établissement pénitentiaire en cas de décès ou de maladie grave (menaçant la vie du malade) d'un parent proche pour toutes les catégories des personnes en détention provisoire et des condamnés (par. 32.6).

L'article 111 du CEP prévoit la possibilité d'une sortie de courte durée (pas plus de sept jours) en cas de décès ou de maladie grave (menaçant la vie) de parents uniquement pour les condamnés détenus dans les colonies correctionnelles à niveau minimal de sécurité et à conditions allégées de détention, dans les sections de réhabilitation sociale des colonies à niveau de sécurité minimal et à niveau général de détention, ainsi que dans les colonies à niveau de sécurité moyen et les colonies correctionnelles. La rédaction actuelle du Code exclut tous les autres condamnés détenus dans les colonies. Ils n'ont aucune possibilité de sortie de l'établissement en cas de décès ou de maladie grave, y compris de leurs parents les plus proches, sans égard pour leur comportement dans l'établissement et leurs risques

individualisés. Cette approche ne correspond pas à la Convention européenne¹⁴⁵³. Or, le Ministère de la justice nous a déjà laissé comprendre qu'aucune souplesse concernant cette restriction ne serait possible en pratique. Sa position est que le lent système de convoyage pratiqué en Ukraine (essentiellement par le chemin de fer)¹⁴⁵⁴ ne permettait pas d'assurer la présence des détenus aux funérailles de leurs proches.

Le Plan d'action prévoit également de régir le droit d'assister à l'audience du tribunal. Sont projetées des modifications à apporter aux textes de branches différentes du droit, concernant les raisons et les modalités de la présence à l'audience des condamnés et des prévenus, compte tenu de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine, rendu à la requête de *Troyan*¹⁴⁵⁵, ainsi qu'en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle de l'Ukraine a signifié que le condamné bénéficiait du droit d'être représenté en justice en personne en vertu de la législation procédurale. Cependant, en l'absence d'une telle législation, il est bien difficile d'obtenir la présence du détenu à l'audience. Cela risque de déboucher sur un constat de violation de la Convention européenne. C'est pourquoi la mise en œuvre de cette mesure devrait s'opérer avec une prise en compte de la jurisprudence de la CEDH en la matière (voir par exemple, l'arrêt *Karpenko c. Russie*¹⁴⁵⁶), dans lequel la Cour conclut à la violation de l'article 6 de la Convention, du fait de l'interdiction faite au condamné de participer directement à l'audience portant sur le retrait de son autorité parentale). La jurisprudence relative à la Russie illustre le besoin impératif d'assurer la présence personnelle des détenus lors de l'examen de certaines catégories d'affaires en justice¹⁴⁵⁷. De concert avec le Ministère de la justice, nous avons récemment amendé le projet de loi en ce sens ; ce point étant actuellement en cours de validation. Pour leur part, les représentants des autorités ont allégué, à plusieurs reprises, que la mise en place d'un système de participation des détenus aux audiences par visioconférence pourrait se substituer de manière satisfaisante à la participation physique au procès ; une

¹⁴⁵³ Voir par ex. les arrêts de la Cour européenne *Giszczak c. Pologne* (n° 40195/08, 29.11.2011) (refus de visiter la fille mineure mourante), *Płoski c. Pologne* (n° 26761/95, 12.11.2002) (refus d'assister à l'enterrement des parents mors l'un après l'autre), ainsi que l'affaire inverse où la CEDH statue à l'absence de violations de la Convention du fait du refus d'assister à l'enterrement de la grand-mère (*Kubiak c. Pologne* (n° 2900/11, 21.04.2015)).

¹⁴⁵⁴ Parfois le convoyage entre des régions voisines peut durer plusieurs jours sans parler du transport vers des régions éloignées.

¹⁴⁵⁵ Cour constitutionnelle de l'Ukraine dans l'affaire de *Troyan A.P.* du 12 avril 2012 n° 9-пп/2012

¹⁴⁵⁶ *Karpenko c. Russie* (n° 5605/04, 13.03.2012).

¹⁴⁵⁷ Cf. *mutatis mutandis* *Kovalev c. Russie* (n° 78145/01, 10.05.2007), *Khuzhin et autres c. Russie* (n° 13470/02, 23.10.2008), *Shilbergs c. Russie* (n° 20075/03, 17.12.2009), *Artyomov c. Russie* (n° 14146/02, 27.05.2010), *Roman Karasev c. Russie* (n° 30251/03, 25.11.2010)

affirmation démentie par l'expérience acquise des procès conduit par visioconférence¹⁴⁵⁸.

Le Plan d'action comporte en outre des dispositions relatives à l'exercice de certains droits civils.

Il s'agit, en l'occurrence, de faciliter, pour les condamnés et les personnes en détention provisoire, l'usage des sommes qu'ils gagnent (après les prélèvements nécessaires), ce, en mettant en place un mécanisme de conservation de ces fonds dans les comptes bancaires à carte de leur choix et d'usage libre, de même qu'en mettant en place un système de cartes de paiement individuels. L'utilisation libre de l'argent est en effet complexe si la personne n'a pas le libre choix des modalités de sa conservation. Cet usage devient encore plus difficile si le compte personnel du détenu est géré par l'administration pénitentiaire.

Dès lors qu'il ne paraît pas y avoir de raisons valables pour limiter le droit de décider du lieu de dépôt des fonds légaux du détenu, la législation doit élaborer des mécanismes leur permettant de gérer librement leur argent. Le droit de détenir librement et, surtout, de gérer des fonds scripturalement, à la différence de la disposition de fonds en numéraires au sein de l'établissement pénitentiaire, peut avoir un intérêt différent. Ainsi, s'agit-il de la facilitation du soutien de la famille ou du soutien de sa part, la résolution des questions de la vie quotidienne et d'autres questions surgissant pendant l'exécution de la peine (y compris la gestion d'autres biens restés en liberté), voire les intérêts de la conduite des affaires à l'extérieur¹⁴⁵⁹. Bien que, normalement, la gestion des comptes restés en liberté par procuration ne soulève pas d'importantes difficultés, l'utilisation de l'argent gagné dans l'établissement et de celui qui vient des proches devrait être réglementé. L'absence de réglementation relative à la libre gestion du compte bancaire illustre en quoi l'absence de

¹⁴⁵⁸ Comme le confirme le Contrôleur général des lieux de privation de liberté français dans son Avis relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté, dans de nombreux cas «la visioconférence constitue un affaiblissement des droits de la défense en ce qu'elle met fin à la présence physique du comparant qui est aussi un moyen d'expression (d'autant plus que bon nombre de prévenus ont de grandes difficultés à s'exprimer oralement). Elle suppose une facilité d'expression devant une caméra ou devant un pupitre et une égalité à cet égard selon les personnes qui sont loin d'être acquises, notamment pour celles souffrant d'affections mentales. Dans les cas où la personne bénéficie d'un avocat, ce dernier est contraint d'avoir à choisir entre se trouver auprès du juge (ce qui se fait dans la majorité des cas) ou demeurer auprès de son client : les liens avec l'un ou l'autre s'en trouvent moins aisés et la tâche du conseil rendue plus difficile. Des aléas techniques peuvent accentuer les difficultés (montrer un document, contester la présentation d'un objet...)» Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 14 octobre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté NOR : CPLX1130072V, sur : http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2011/11/Avis-JO_visioconference_20111109.pdf (accédé le 16.07.2017).

¹⁴⁵⁹ La pratique ukrainienne connaît des cas d'emprisonnement de millionnaires.

mécanisme d'exercice d'un droit peut constituer une forme de limitation du droit¹⁴⁶⁰. Le besoin d'un ordre libéral de gestion des fonds est encore plus impérieux, si l'on prend en compte les amendements apportés au CEP en vue de supprimer totalement les limites d'utilisation de leur argent par les détenus¹⁴⁶¹. Actuellement, le Ministère de la justice envisage un projet pilote visant à tester l'utilisation de cartes bancaires dans deux établissements pénitentiaires. Cependant, il se heurte à de multiples barrières bureaucratiques, qui illustrent à quel point il peut être difficile de préparer la suppression d'une restriction au nom de la normalisation juridique ne serait-ce que d'un seul aspect de la vie carcérale, et ce même lorsque les préoccupations de sécurité ne sont pas le problème principal.

Le Plan d'action prévoit, par ailleurs, la suppression de motifs provoquant l'application de restrictions automatiques. Il s'agit, par exemple, du nouveau système de classification primaire (choix de l'établissement où le condamné devrait être placé pour purger sa peine) et secondaire (choix du lieu d'hébergement au sein de l'établissement). Ce système devrait s'appuyer sur l'évaluation des risques relevant de la classification concernée. Il conviendrait aussi de procéder à une réévaluation périodique des risques, compte tenu des données recueillies au cours de l'exécution de la peine (par. 8.15).

Pour l'heure, l'Ukraine n'a pas de système spécial d'évaluation des risques, qui pourrait être utilisé dans le système de classification proposé. L'approche actuelle se fonde sur une vision formaliste, et la classification ne dépend souvent que de critères formels, tels que le fait d'avoir purgé une peine par le passé ou le type de l'infraction commise. Cette approche n'admet pas la souplesse et, par conséquent, l'individualisation des restrictions. Il en résulte le risque de restrictions de droits qui ne soient pas justifiées dans les cas individuels et soient donc disproportionnées.

Le désaccord du système de classification existant avec les normes internationales était signalé dans le rapport du CPT relatif à sa visite en Ukraine en 2012. Il citait notamment le problème de la faible marge d'appréciation de l'administration pénitentiaire dans la détermination du type de prison dans laquelle les condamnés devaient purger leur peine (par. 55): "La marge de manœuvre des autorités pénitentiaires est trop limitée par la loi. Certaines catégories de condamnés sont détenus automatiquement dans des conditions maximales de

¹⁴⁶⁰ Voir au 1.1.1.1 "Contenu du droit".

¹⁴⁶¹ Le CEP de l'Ukraine fixait avant des limites déterminées pour l'utilisation de leur argent par les détenus. De plus cet argent devrait être gagné dans l'établissement. À titre de stimulation, des sommes supplémentaires pouvaient être autorisées à dépenser (art. 138, 139, 140). Le projet de Loi sur l'amendement de certains textes législatifs de l'Ukraine relatifs à l'exécution des peines et à l'exercice des droits des détenus N° 2490a du 10.08.2015, adopté récemment, supprima les deux types de limitations.

sécurité et sont placés en isolement dans un but préventif pendant une longue durée après le jugement et compte tenu seulement des infractions qu'ils ont commises... La décision d'appliquer ou non tel niveau de sécurité ou des mesures d'isolement dans des buts préventifs ne doit dépendre que de l'administration pénitentiaire et ne pas faire partie de la sanction pénale. **Le Comité réitère sa recommandation d'amender dans ce sens les règlements concernés**" (souligné par le Comité).

Le fait que l'affectation par établissement ne doive pas faire partie de la peine infligée signifie, avant toute chose, qu'une telle affectation ne doit pas découler automatiquement du type d'infraction commise, l'administration devant pouvoir affecter les détenus, par exemple, vers des établissements à niveau de sécurité inférieur et vice versa en se fondant sur l'évaluation des risques individualisés.

Conclusion du chapitre 3.7

La théorie des restrictions des droits des détenus est nouvelle pour l'Ukraine. Les idées des théoriciens soviétiques en la matière qui sont toujours utilisées sont loin des concepts progressistes de la norme de proportionnalité. Il n'est donc pas surprenant que la législation ukrainienne n'ait pas le pouvoir de réguler les motifs et le processus de limitation des droits, les spécialistes nationaux n'abordant quasiment pas ces sujets de manière ciblée. Il est également logique que les limitations des droits prévues par la législation ukrainienne soient souvent applicables de façon automatique, dès lors que l'approche consistant à "mettre tout le monde dans le même panier" était normale dans le cadre du système soviétique de l'exécution collective des peines. Dans ces conditions, la souplesse de restriction des droits est perçue avant tout, non comme la possibilité d'user de l'approche individualisée et d'allègement de la situation de la personne, mais comme celle de l'arbitraire et d'un pouvoir discrétionnaire excessif.

Certes, les normes en vigueur régissaient d'une manière ou d'une autre (ne serait-ce qu'indirectement) les questions des restrictions. Toutefois, elles ne fixaient pas de clauses limitatives au sens universellement admis à l'étranger. Sur ce plan, nos développements dans le domaine de la législation permettent au moins d'initier dans les milieux scientifiques un débat sur un sujet aussi important que les limitations des droits. D'autre part, il y a des raisons d'espérer que ces initiatives seront le point de départ d'un développement adéquat de la norme de restriction de droits dans la législation pénitentiaire à venir.

Notre association au développement de la législation, surtout en matière de restrictions de droits, a permis de dégager quelques leçons.

La méconnaissance des normes internationales de restriction des droits des détenus et des pratiques de leur mise en œuvre débouche conduit à des critiques des idées portant sur la mise en place de clauses limitatives et de garanties procédurales correspondantes, non seulement de la part d'administrations, mais aussi de la part de certains experts dans les milieux scientifiques. Dans cette situation, les références aux normes concrètes se sont avérées utiles, quoique souvent insuffisantes. L'inquiétude a principalement porté sur la sécurité des approches nouvelles, plus libérales. A ces craintes, a pu être opposée l'expérience d'autres États, de même que sur l'expérience nationale, laquelle semble démontrer que la suppression (de la réduction) de certaines restrictions n'impacte pas sur la sécurité.

Il a aussi été important de constater que l'idée même de l'humanisation n'était presque

pas mise en doute. La question fondamentale a été celle de la sécurité de nouvelles restrictions plus libérales du point de vue empirique, ainsi que celle des possibilités pratiques de l'administration pénitentiaire de remplir ses deux devoirs essentiels: la garantie des droits et celle de la sécurité et de l'ordre dans l'établissement.

L'exemple ukrainien permet ainsi d'affirmer qu'une justification empirique convenable sert d'instrument fondamentalement important en matière d'établissement d'un équilibre optimal entre l'exercice des droits, d'une part, et la sécurité et l'ordre, d'autre part. Ainsi que nous le montrons dans la présente thèse, l'expérience propre de l'Ukraine et celle d'autres pays est capable de remplacer, dans une certaine mesure, cette argumentation empirique.

Conclusion (Partie III)

L'analyse présentée de la législation et des pratiques de pays étrangers dévoile des problèmes similaires dans les normes de limitation des droits des détenus. Notre principale observation révèle qu'ils possèdent presque tous une norme de restrictions, qui n'incarne pas totalement l'idée de proportionnalité et l'exigence de minimalité des restrictions qui en découle. Le problème peut provenir, notamment, de l'absence d'exigence claire de proportionnalité/minimalité des restrictions (Pays-Bas, France, Grande-Bretagne, États-Unis), d'une conception dénaturée/répressive de la proportionnalité (États-Unis), de l'idée instituée de restrictions de fait (restrictions découlant de l'incarcération) (France, Belgique), ainsi que de la dissonance des objectifs admissibles des restrictions entre la clause limitative générale et les clauses spéciales relatives aux limitations de droits particuliers (France, Canada). Nous formulons, à ce sujet, des propositions qui portent sur la rédaction optimale de la clause limitative générale, sur l'inadmissibilité de la fixation concomitante dans la clause générale et les clauses spéciales d'objectifs différents permettant d'imposer des restrictions et, enfin, sur l'inadmissibilité de l'ancrage de l'idée des restrictions de fait.

Notre analyse montre, par ailleurs, que le rôle de la clause limitative dépend de son utilisation pratique, car souvent la norme revêt un caractère déclaratif plutôt que régulateur. L'effet régulateur de la clause limitative peut s'opérer en lui attribuant un caractère procédural, en indiquant les modalités de son application, les durées des restrictions, etc. En outre, l'effet pratique de la norme de restrictions dépend de sa mise en œuvre et de son application aussi complète que possible par les juges afin d'évaluer le bien-fondé des restrictions. C'est donc une jurisprudence bien développée qui constitue le meilleur indicateur de l'efficacité et de la qualité de la norme de restriction. Une administration pénitentiaire qui réalise que la restriction de droit peut être annulée par le juge, en entraînant en plus certains effets juridiques pour elle-même, sera plus disposée à la mise en œuvre effective des normes de restrictions.

L'acceptation et les limites de l'intervention du pouvoir judiciaire dans le fonctionnement de l'administration pénitentiaire se trouvent au cœur des questions de renforcement du rôle des juges dans la prévention des restrictions non justifiées (États-Unis, France, Grande-Bretagne). D'autre part, l'histoire du progrès de la défense des droits contre les restrictions non justifiées à l'étranger illustre que le renforcement du contrôle judiciaire des restrictions des

droits constitue un facteur important, sinon déterminant dans ce processus. Plus élevées sont les normes judiciaires, qui, à leur tour, sont fonction des normes fixées dans la législation, et moins grande sera la probabilité des restrictions non justifiées de droits. Il est donc particulièrement important pour le développement des normes de restrictions de droits d'affermir le rôle des juges en ce qui concerne les restrictions imposées aux détenus et le domaine pénitentiaire dans son ensemble. L'expérience étrangère et nationale nous permet de formuler quelques idées à propos de la manière de renforcer le rôle des juges. Ces mesures comprennent notamment l'implication directe au procès des fonctionnaires ayant appliqué les restrictions, l'éventualité de sanctions disciplinaires vis-à-vis de ces fonctionnaires, l'amélioration de l'accès des détenus à la justice, y compris en instituant la fonction de juge pénitentiaire, l'exemption des frais pour les détenus saisissant le tribunal, la fixation directe par la loi des restrictions de droits soumises au contrôle judiciaire, etc.

La Partie III illustre, par ailleurs, les oppositions suscitées par les tentatives d'intégrer dans la législation et la pratique les exigences de proportionnalité/minimalité des restrictions. Il est tout à fait logique de voir s'y opposer l'administration pénitentiaire (Canada, Ukraine), car le développement de la norme de restrictions entraîne inévitablement un renforcement des garanties juridiques contre les restrictions non justifiées. Ces garanties peuvent imposer à l'administration pénitentiaire des actions qui ne lui sont pas jusque-là demandées: l'élaboration et la motivation des décisions spéciales, l'évaluation des risques individualisés, la défense de sa position devant le juge.

Le trait commun de tous les pays analysés tient à la détermination de l'admissibilité d'une restriction, compte tenu de ses conséquences potentielles pour la sécurité et l'ordre dans l'établissement. L'équilibre des restrictions et des incidences qu'elles comportent pour la sécurité est le facteur le plus répandu influant sur la libéralisation des restrictions et la mise en forme de la norme de restriction de droits. Si une telle mise en équilibre s'effectue au tribunal, c'est l'administration pénitentiaire qui bénéficiera d'une meilleure position, dans la mesure où elle est considérée comme ayant le monopole de la compréhension des questions de sécurité dans les établissements. Cette situation aboutit souvent à une limitation non justifiée et non nécessaire des droits. Dans ces conditions, la démonopolisation du rôle du service pénitentiaire dans l'établissement de ce qui peut être considéré comme posant un problème de sécurité devient une question fondamentale. Les modes d'une telle démonopolisation peuvent viser la mise en œuvre de sources alternatives de connaissances en matière de sécurité: normes internationales, analyses comparées avec d'autres pays de l'expérience, études empiriques. L'utilisation de ces moyens permet d'approcher d'une manière plus pragmatique la

question de savoir à quel point il est possible d'admettre le rapprochement du niveau de limitation des droits dans l'établissement pénitentiaire par rapport à celui prévalant en liberté. Cela devient évident lorsque l'application de la norme de proportionnalité exige de prouver le rapport entre les restrictions concrètes et les objectifs qu'elles visent.

Conclusion générale

En conclusion de notre étude, il convient de remarquer que la question des limites de rapprochement du statut juridique des détenus avec celui des citoyens libres ne continue pas seulement d'alimenter le débat juridique, mais devient aussi le déclencheur de réflexions philosophiques. Quelle devrait être l'intensité de la peine infligée aux délinquants? À quel point est-il possible de justifier la minimisation de la différence des droits entre les personnes se trouvant derrière les grilles de la prison et les citoyens libres? En fin de compte, où se situent les limites de l'humanisation du système pénitentiaire? Ce sont là des questions logiques inévitables qui se posent lorsqu'il en va des droits des détenus et de leurs limitations.

Malheureusement, la nature philosophique de ces questions ne suscite pas un intérêt particulier de la part des philosophes. Ou, pour être plus précis, le focus de leur intérêt est un peu décalé. Au lieu de débattre des limites admissibles/inadmissibles de la répression par l'État, ils parlent plus souvent d'une argumentation inconditionnelle en faveur du besoin de libéralisation des restrictions malgré des menaces collatérales. Sans condamner cette manière de traiter les droits de l'homme, il convient de reconnaître qu'elle présente un défaut évident: elle est peu convaincante pour une grande partie de la société. Une situation curieuse en résulte: d'une part, les spécialistes (juristes, sociologues, philosophes) se laissent entraîner inévitablement par cette tendance et se prononcent pour la libéralisation, et, d'autre part, une partie considérable de la société doute de sa sécurité ou, pis encore, se laisse séduire par l'influence des discours répressifs populistes.

Au vu des réalités actuelles, cette approche aboutit parfois à la libéralisation des restrictions de droits, malgré une opposition sérieuse de la société. Cela engendre alors des problèmes de légitimation. L'ignorer est délicat, car, en matière pénale, la société réagit essentiellement de manière émotionnelle et il est difficile d'emporter sa conviction, y compris avec des arguments rationnels (ainsi des débats à propos de la peine de mort dans certains pays). Il est d'autant plus difficile de convaincre lorsque ces arguments sont faibles ou qu'ils sont très peu nombreux, comme dans les cas où il est nécessaire de démontrer le caractère superflu d'une limitation de droits. Ces arguments rappellent plutôt des exhortations ou des conjectures se fondant sur la logique et le bon sens et non pas des affirmations "fermes", s'appuyant sur la science ou l'expérience.

Bien que propre aux sciences humaines comme le droit, le langage des conjectures est particulièrement vulnérable lorsqu'il s'agit de la sécurité de l'individu/de la société. Il ne faut donc pas s'étonner que "l'effet secondaire" de l'objectif de sécurité se traduise par une restriction démesurée de droits. Lorsqu'une restriction n'est pas sûre du point de vue de la sécurité, on observe une tendance à son durcissement excessif de la part de l'État "à toute fin utile": pour le cas où une restriction moins importante ne suffirait pas. En outre, la notion de "sécurité" n'est pas perçue d'une manière bien précise, ce qui ouvre la voie à des restrictions excessives. De plus, le monopole de la détermination de ce que constitue la "sécurité" appartient, en pratique, à l'administration pénitentiaire, pour laquelle la libéralisation des restrictions des droits des détenus signifie la perte d'une partie de sa propre autorité et une complexification de ses tâches. Il est donc normal que la sécurité, en tant que justification des restrictions, suscite des critiques de la part des scientifiques et des défenseurs des droits. La perception que l'Etat peut avoir de la dangerosité, tend, à leur avis, à augmenter les atteintes aux droits de l'homme.

D'un autre côté, chaque norme de restrictions, que nous analysons, désigne les intérêts de la sécurité en tant que fondement essentiel (objectif) des restrictions de droits. Bien plus, l'objectif de sécurité, en tant que justification des restrictions, acquiert un statut particulier dans le contexte pénitentiaire. Aussi, demande-t-on au droit de dire comment déterminer le bien-fondé des restrictions et ne pas surestimer celles-ci. La norme de proportionnalité est utilisée à cette fin. Il semblerait que son contenu et son application à l'égard des citoyens libres et des détenus ne diffèrent pratiquement pas. Nous observons, toutefois, une certaine spécificité de son utilisation compte tenu de l'incarcération de l'individu et de la raison des restrictions: l'application de la peine.

La conception et la mise en place de la norme de proportionnalité peuvent différer sensiblement d'un pays à l'autre. Dans le même temps, leurs pratiques et leurs législations peuvent être analysées repèrent à l'aune du trait essentiel que revêt la proportionnalité des restrictions au sens des normes internationales, soit la conformité des restrictions à des objectifs définis.

Par ailleurs, les normes nationales de restrictions des droits des détenus, révèlent, dans les pays examinés, des problèmes à caractère juridique. L'un des problèmes principaux porte sur le fait que l'exigence même de proportionnalité des restrictions ne soit pas clairement fixée. En revanche, sont fixés les objectifs pour lesquels les restrictions sont admissibles, ce qui s'avère être insuffisant, dès lors qu'il est facile de justifier la restriction en rapport au regard d'objectifs de ce type. C'est tout autre chose de déterminer si la restriction donnée n'est pas

excessive pour atteindre ces objectifs. C'est ce que préconise la norme de proportionnalité.

Parmi d'autres défauts des normes nationales sous l'angle de la défense des droits de l'homme, il convient de citer: l'absence de mention du caractère minimal des restrictions (avec la proportionnalité) ; la mauvaise formulation de la clause limitative générale ou l'absence de celle-ci ; la consécration de l'admissibilité des restrictions de fait ; la mauvaise corrélation des objectifs de la clause limitative générale et des clauses limitatives spéciales ; de même que la déficience d'une approche unifiée dans les clauses limitatives spéciales elles-mêmes ; et la conception des droits en tant que privilèges à mériter. Le défaut caractéristique de toutes les normes nationales (des clauses limitatives) consiste souvent en leur tournure déclarative, qui ne peut acquérir une coloration pratique que lorsque leur sont adjointes des garanties procédurales contre toutes limitations excessives. Un autre moyen d'attribuer un caractère pratique aux clauses limitatives consiste à assurer convenablement le contrôle judiciaire de leur application par les autorités pénitentiaires.

Il apparaît donc que la démonstration du bien-fondé d'un objectif et de la réalisation de celui-ci par la restriction ne pose pas de problèmes particuliers. C'est la question de savoir ce que devrait être la restriction minimale nécessaire pour atteindre l'objectif visé qui est la plus difficile et se trouve au cœur du thème de la présente étude. En prenant en compte ce problème, nous avons essayé d'examiner le potentiel de la norme de proportionnalité à partir des positions du juriste, car la norme elle-même se présente tout d'abord comme un instrument juridique. C'est ce qui nous amène à constater une déficience évidente du droit dans l'argumentation des restrictions des droits des détenus.

Imaginons le juriste auquel est posée la question: "Le fait de priver les détenus d'accès à la téléphonie mobile est-il justifié?". Il devra conclure au besoin d'une telle restriction pour la sécurité, l'ordre ou d'autres objectifs similaires. Les limites de la restriction admissible dépendront de cette conclusion. D'où ce juriste pourra-t-il tirer potentiellement ses arguments pour et contre? Il est naturel que ses sources principales puissent être trouvées dans la logique, laquelle s'appuiera tant sur les connaissances professionnelles que sur l'expérience personnelle. Or, les arguments rationnels sont apparemment insuffisants, puisque la question principale revêt à la fois un caractère technique et pratique. Pour pouvoir y répondre, il est nécessaire, non seulement, de bien connaître les capacités techniques modernes, mais de savoir aussi à quel point il est probable que les détenus abuseront de ces capacités et comment ils s'y prendront.

Ceci étant, les problèmes de sécurité ne constituent pas un ultimatum: tout ce qui est

nécessaire à la sécurité ne saurait justifier les restrictions, et il faut donc maintenir en équilibre les intérêts individuels et ceux de la sécurité. Il importe de savoir comment les droits de l'homme peuvent avoir le dessus sans pour autant porter atteinte à la sécurité.

L'aspect technique et pratique de la justification concerne, dans une mesure ou une autre, toutes les restrictions. Il en va de la nécessité de déterminer, non seulement, les effets éventuels négatifs, mais encore, les effets positifs de la non-application des restrictions, étant donné qu'ils peuvent servir à mettre en équilibre les intérêts individuels et ceux de la société. Tout le monde reconnaît, par exemple, l'effet positif de la réduction au minimum des restrictions des contacts avec le monde extérieur. Cela est positif pour l'individu, mais aussi pour la société du fait de la diminution de la probabilité de récidive après la mise en liberté. Compte tenu de ces éléments, les données empiriques et d'autres données pratiques relatives à la sécurité des restrictions deviennent incontournables pour une application convenable de la norme de proportionnalité dans le contexte pénitentiaire.

La pratique d'application de la proportionnalité, tant par certains pays que par les institutions internationales, telles que la CEDH, démontre le rôle insignifiant de la preuve empirique dans l'évaluation du bien-fondé des restrictions des droits des détenus. Ceci s'explique par plusieurs raisons: principalement, les données sont actuellement encore insuffisantes; en outre, ces données sont largement inaccessibles aux praticiens. Pour ce motif, pour l'analyse la proportionnalité d'une restriction, le rôle essentiel revient à l'analyse rationnelle, laquelle peut prendre appui sur la philosophie, la logique et l'expérience non systématisée de l'exécution des peines. Il est peu probable, cependant, qu'une telle approche soit véritablement judicieuse, puisque la détermination de la proportionnalité de la restriction devient artificielle, détachée des réalités pratiques.

Notons que le recours à des preuves "fermes" de la nécessité d'une restriction n'exclut pas l'utilisation d'arguments rationnels. La mise en équilibre des intérêts individuels du détenu et des intérêts collectifs de la société suppose aussi l'évaluation axiologique. L'évaluation du bien et du mal pour ces deux sujets se base sur les valeurs considérées comme prioritaires dans la philosophie du droit de la société donnée. Cela peut inclure la défense de droits individuels, quand bien même l'on se rend compte d'un préjudice potentiel considérable pour la société.

Quoi qu'il en soit, l'aspect empirique de la justification reste le fondement sur lequel doit s'opérer l'évaluation de la restriction. S'il fait défaut, l'évaluation de l'équilibre des intérêts, qui déjà porte une forte mesure de subjectivisme, s'appuierait sur des argumentations rationnelles

(non scientifiques mais fondées sur la logique). Elle ne serait pas sûre du point de vue de la protection de la société et d'autres intérêts semblables. Cette évaluation soulèverait, de plus, des problèmes de légitimation des restrictions allégées aux yeux de la population. Pour cette raison, l'évaluation de la restriction au regard de la protection de la société devient un instrument forcé, mais incontournable, de la libéralisation légitime, à l'heure d'un certain scepticisme à l'égard de "l'attribution de droits excessifs aux détenus".

La composante empirique de la justification des restrictions peut porter notamment sur la réalisation d'études purement empiriques. Nous sommes d'avis qu'il serait intéressant, sur ce plan, d'utiliser la méthode comparée (la comparaison des pratiques d'application de restrictions controversées dans divers pays), l'expérimentation (le test de suppression des restrictions d'un droit concret uniquement dans quelques établissements pénitentiaires) et l'étude de l'expérience propre ou étrangère d'application de restrictions similaires (la confirmation de la non-dangereuse de la suppression d'une restriction). Les normes internationales, en tant que quintessence de l'expérience mondiale, pourraient être pleinement utiles, mais l'attitude des praticiens vis-à-vis de ces normes risque d'être problématique par manque de retour d'expérience sur les conditions de leur utilisation.

Le débat sur la justification rationnelle et la justification empirique touche aussi bien les restrictions pratiques, en tant que conséquences de la mise en œuvre par les praticiens de leur pouvoir discrétionnaire, que les restrictions normatives instituées par l'autorité compétente. Notre expérience atteste que, dans le cas de l'activité normative, ce sont les vérifications empiriques de l'innocuité pratique de la suppression d'une restriction donnée qui s'avèrent essentielles pour convaincre les autorités concernées. Les acteurs principaux en charge de la politique pénitentiaire ne s'opposent pas, ainsi qu'il apparaît, à l'idée de libéralisation des restrictions, mais exigent des preuves que celle-ci sera sans danger. Cette approche est dictée par une demande de sécurité croissante dans la société.

Il ne faut pas, pour autant, sous-estimer l'aspect rationnel de l'application de la proportionnalité. Il fournit nombre d'instruments pour justifier les restrictions. Il suffit de voir l'attitude critique envers les restrictions automatiques imposées aux détenus selon le principe d'uniformité, en lieu et place de l'approche individualisée. Peut-on contester la valeur du procédé logique de "moindre alternative", qui suppose de répondre à la question de savoir s'il est possible d'atteindre le même objectif par une restriction alternative de moindre sévérité? Notre thèse consiste à dire que la rationalité seule, non appuyée par des données empiriques ou quasi-empiriques (expérience, analyse comparée, expérimentation, etc.) débouche sur un niveau sensiblement plus faible de l'évaluation de la restriction. Une telle justification

artificielle peut présenter de nombreux inconvénients. Doit être cité, notamment, la menace d'insécurité provenant d'une mauvaise évaluation des risques associés à la suppression de la restriction et à la délégitimation des restrictions moindres aux yeux de la société en général et des praticiens en particulier.

L'efficacité de la conception même de la norme de proportionnalité dans le domaine pénitentiaire soulève une autre question. La possibilité de l'appliquer aux détenus n'est pas pratiquement mise en doute et c'est donc, à première vue, la même norme que celle appliquée aux citoyens libres. Or, il existe objectivement un obstacle essentiel à l'application égale de la norme de proportionnalité, à savoir l'exécution de la peine infligée à la personne sous forme d'incarcération de celle-ci. L'objectif de sécurité, qui justifie de limiter les droits des citoyens libres, peut justifier de plus grande limitations encore s'agissant des personnes détenues. D'autre part, concernant ces derniers, les restrictions portent sur des objectifs complémentaires: ceux de la peine infligée et de son exécution. De la même manière, le besoin de maintien de l'ordre intérieur constitue une exigence objective, que l'on ne saurait ignorer. Quelle est toutefois la mesure selon laquelle l'incarcération peut justifier une différence des droits par rapport aux citoyens libres?

Sur ce plan, l'idée que la personne ne doit être soumise qu'aux restrictions qui découlent "inévitablement" de l'incarcération est très utilisée. Cette idée avait été conçue en tant que barrière contre des restrictions non nécessaires de droits. Elle dénote que le détenu bénéficie des mêmes droits que les citoyens libres, sauf exceptions rigoureuses de nature objective. Cependant, une analyse plus approfondie de cette idée révèle son caractère contre-productif.

Le véritable problème tient à la détermination des restrictions qui sont "inévitables". Nous sommes convaincus qu'il s'agit là d'une notion absolument subjective qui dépend, pour le moins, de l'étape d'évolution où sont parvenues la société et la science. Ce qui était "inévitables" en prison il y a cinquante ans ne l'est plus aujourd'hui. Priver les détenus d'accès à Internet qui semblait inévitable il y a tout juste dix ou quinze ans, commence petit à petit à être reconsidérée, un tel accès cessant progressivement d'être vu comme étant contraire à l'emprisonnement. En fin de compte, peut-on dire que la restriction de tout contact avec le monde extérieur est inévitable en prison? D'un autre côté, peut-on les qualifier de restrictions inévitables en situation d'incarcération alors que, par exemple, les détenus de certaines catégories sont autorisés à s'absenter de l'établissement pénitentiaire? En effet, la définition même de ce qui constitue une incarcération est fournie par le droit lui-même, en sorte qu'il n'est point d'obstacles objectifs qui ne puissent être surmontés par le droit.

Il serait plus pertinent, pour cette raison, de ne pas se pencher sur les restrictions inévitables en prison, de tâcher de déterminer la restriction moindre dont la non-application risque de s'avérer dangereuse en situation d'emprisonnement. Certes, la sécurité n'est pas l'objectif unique, mais elle semble être l'objectif le plus important. Dans l'ensemble, en traitant des questions de restrictions applicables aux détenus, nous débattons du rapport entre les intérêts individuels et ceux de la société. L'exemple idéal est fourni par la limitation du droit des détenus à l'assurance sociale, laquelle n'a rien à avoir avec "l'impossibilité d'être réalisé en situation d'incarcération" et a pour cause la prépondérance des intérêts financiers de la société.

L'idée des restrictions inévitables (restrictions de fait) présente un important aspect négatif, que la présente thèse analyse en détail. Nous en arrivons à la conclusion que les restrictions de fait ne constituent pas une barrière forte contre les restrictions non justifiées, et, qu'au contraire, elles constituent un motif de plus permettant de justifier des restrictions qui ne sont même pas prévues par la loi. Le fait est que l'admissibilité des restrictions qui découlent objectivement de l'emprisonnement (l'incarcération) suppose inévitablement une forte marge d'appréciation de la part de l'autorité. L'appréhension même de l'emprisonnement (de l'incarcération) n'est ni statique ni objective, mais dépend en réalité essentiellement de son "design juridique", c'est-à-dire de sa description dans les normes juridiques. Il s'ensuit que la popularité de l'idée des restrictions de fait dans divers pays et dans les normes internationales ne saurait probablement pas se justifier du point de vue de défense efficace des droits de l'homme. À cet égard il est à noter que cette idée critiquée continue à être appliquée par la CEDH sous une forme implicite dans le cadre de l'article 3 de la convention. De plus, elle a été récemment reflétée dans les nouvelles Règles Mandela sur le traitement des détenus.

Un autre aspect de l'application du principe de proportionnalité dans le domaine pénitentiaire, qui illustre la nature spécifique inéluctable des restrictions de droits, consiste dans la compatibilité des objectifs avec lesquels les limitations de droits des citoyens libres sont admises et du but de la peine infligée et/ou de l'incarcération. La peine prononcée tout comme, d'ailleurs, la détention provisoire, représente un ensemble de restrictions et c'est la raison pour laquelle ces dernières doivent viser dans une certaine mesure le but de la punition. C'est en cela que réside la différence importante entre les restrictions des droits des détenus et des citoyens libres. Cela risque de conduire à une confusion entre les objectifs des restrictions dans les normes internationales et la législation nationale. Bien plus, notre analyse montre que la confusion entre les buts des restrictions est également chose habituelle dans la législation nationale.

La mise en œuvre de la norme de proportionnalité dans les pratiques pénitentiaires

présente un caractère spécifique et soulève au surplus d'autres problèmes. L'une des causes réside en ce que cette norme exige l'individualisation des restrictions. Par ailleurs, les pratiques pénitentiaires actuelles sont souvent axées sur les restrictions automatiques, lorsque les restrictions sont imposées à des détenus comme à un groupe ou à un groupe particulier de détenus sans tenir compte des caractéristiques individuelles. Cela facilite l'action de l'administration pénitentiaire, car une restriction automatique n'exige pas d'effort pour justifier et motiver son application.

L'individualisation, en tant que composante intégrante de la proportionnalité, demande souvent, en prison, une décision formalisée assortie d'une motivation. Cela stimule l'individualisation et rend possible un recours efficace contre la sanction prononcée, ce qui constitue en lui-même un facteur important de limitation de restrictions non justifiées. Le rôle clef y est joué par un contrôle judiciaire efficace, dont la valeur se traduit, non seulement, par la possibilité de défendre un droit, mais aussi par le rôle préventif dans la protection contre l'imposition de restrictions infondées.

Notre thèse met l'accent sur la juridictionnalisation des restrictions en tant que voie menant à une amélioration de la protection juridique contre les restrictions non justifiées. Nous entendons, par juridictionnalisation, le renforcement (ou la mise en place) du contrôle judiciaire, visant des aspects particuliers de la vie pénitentiaire qui se trouvaient auparavant non assujettis à un tel contrôle. S'agissant du domaine pénitentiaire, c'est l'intervention des juges dans le processus d'exécution des peines, que la juridictionnalisation prévoit. Les limites d'une telle intervention prêtent à discussion. Notre analyse, surtout celle tirée de l'expérience française, montre que le renforcement du contrôle judiciaire exerce une action motrice sur le processus de pénétration globale du droit dans les prisons, ce processus marquant un progrès sous l'angle des droits de l'homme.

La juridictionnalisation demande des mesures concrètes, surtout dans le domaine législatif. Après avoir analysé les problèmes d'accès des détenus à la justice dans plusieurs pays, nous formulons les conditions à remplir pour pouvoir résoudre ces problèmes. Ce sont donc, notamment, une attribution claire de compétence, une accessibilité du point de vue économique, la possibilité d'une participation personnelle à l'audience, l'exigence de motivation des décisions imposant les restrictions, une mise en jeu de la responsabilité de l'État et notamment ses agents individuels pour l'application de restrictions non justifiées, etc.

L'influence du juge sur les restrictions de droits existantes est considérable, parce qu'elle permet de changer les pratiques pénitentiaires. Cependant, la jurisprudence recèle également

un potentiel pour le développement de la législation et des politiques pénitentiaires au niveau stratégique. C'est à ce niveau que s'opère l'établissement du "design" admissible des restrictions dans le domaine pénitentiaire. De plus, la jurisprudence peut alimenter le débat portant sur les limites des restrictions admissibles au niveau doctrinal et politique.

Nous voyons les perspectives de la norme de proportionnalité dans le domaine pénitentiaire, ce, tant au plan pratique qu'au niveau normatif. Pourtant, l'application de cette norme, pour ce qui concerne la prison, est problématique étant donné: a) La séparation objective de la personne par rapport à la société; b) Le statut de la personne purgeant sa peine. La présente thèse expose des réflexions relatives à la manière dont ces aspects devraient/ne devraient pas être pris en compte. Nous avons essayé d'analyser comment le droit peut aider à fixer des limites aux restrictions. Nous avons voulu ainsi trouver des réponses à la question fondamentale sur les limites admissibles des restrictions sur le plan juridique.

Toutefois, en revenant à cette question principale à la fin de ce travail, après six années de réflexion, nous en arrivons à la conclusion que la réponse dépasse de loin le cadre du droit. Le droit n'est pas en mesure de donner une réponse exclusive à la question de savoir jusqu'où l'État peut aller dans la limitation des droits des détenus. Associé à l'aspect technique ou, comme nous l'appelons, à l'aspect empirique de détermination du bien-fondé d'une restriction, l'instrument juridique acquiert un niveau plus élevé de justification. Cependant, l'aspect empirique semble ne pas suffire non plus.

En définitive, nous ne pouvons éviter, s'agissant de la réponse à la question des limites de l'humanisation de la prison, le point de vue philosophique. Quel degré d'allègement de la peine serait juste? Quelles sont les limites admissibles "d'effacement" de la différence entre les droits des détenus et ceux des citoyens libres? La norme de proportionnalité peut fournir une réponse un peu sèche, "juridique" à ces questions. Pourtant, elles resteront ouvertes tant qu'existera la prison.

Liste des annexes

ANNEXE n° 1 : Projet de loi ukrainien sur les juges pénitentiaires (loi sur les recours préventifs et compensatoires en ce qui concerne le traitement cruel, inhumain ou dégradant des détenus et la création de juges pénitentiaires)

ANNEXE n° 2 : L'analyse des experts du Conseil de l'Europe de certains projets des lois concernant la limitation des droits des détenus en Ukraine préparés par nous ou avec coopération de nous (deux analyses de John McGuckin et Eric Svanidze)

ANNEXE n° 3 : Plan d'action relatif à la réalisation de la Stratégie nationale dans le domaine des droits de l'homme à horizon de 2020 adopté par arrêté du Cabinet des ministres de l'Ukraine du 23 novembre 2015, n° 1393-p (la partie sur les droits des détenus)

Annexe n° 1

Projet de loi ukrainien sur les juges pénitentiaires (loi sur les recours préventifs et compensatoires en ce qui concerne le traitement cruel, inhumain ou dégradant des détenus et la création de juges pénitentiaires)

Draft law

Submitted by the Members of Parliament of Ukraine

Miroshnichenko Yu. R.

Barvinenko V. D.

Kotvitskyi I. O.

Kostenko P. P.

Bukhariyev V. V.

Korol V. M.

Heraschenko A. Yu.

Palamarchuk M. P.

Razvadovskyi V. Y.

THE LAW OF UKRAINE

On Preventive and Compensatory Measures in Respect of Torture, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment of Convicts and Detainees and Establishment of the institution of Penitentiary Judges

This Law regulates the relations related to the establishment and functioning of the mechanism of preventive and compensatory measures intended to ensure safeguards of rights of persons detained at pre-trial detention facilities or penitentiary facility in order to prevent torture, inhuman or degrading treatment or punishment as well as establishes the institution of penitentiary judges for its practical implementation.

Article 1. Definitions

1. For the purpose of this Law the following meanings shall apply:

Preventive measures shall mean actions taken based upon a relevant decision of a penitentiary judge in order to stop or prevent torture or inhuman or degrading treatment or punishment.

Compensatory measures shall mean actions taken based upon a relevant decision of a penitentiary judge in order to provide compensation to victims of torture or inhuman or degrading treatment or punishment for physical and (or) non-pecuniary damage.

Article 2. Absolute prohibition of torture or inhuman or degrading treatment or punishment

1. No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

2. The right of a person not to be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment is absolute. There shall be no exception to this right.

3. The State and its official shall refrain from any actions that violate paragraph one of this Article and take measure in order to prevent such violations.

Article 3. Elements of torture, inhuman or degrading treatment or punishment

1. In order to determine what shall be deemed torture, inhuman or degrading treatment or punishment, a penitentiary judge should be guided by provisions of Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and by respective case-law of the European Court of Human Rights against Ukraine or any other states, as well as standards of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and Article 1 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

Article 4. Types of Preventive measures

1. Preventive measures shall include measures intended to prevent (stop) violation of provisions of Article 2 of this Law, to prevent its reoccurrence or prevent the violation which may take place in view of totality of the circumstances in particular individual cases.

2. Preventive measures may include cancellation of decisions taken by an administration of a penitentiary facility or of a pre-trial detention facility and a decision to bind relevant officials to:

change the pre-trial detention facility or the penitentiary facility where a detainee or a convict is detained;

change a cell where a detainee or a convict is detained, including by placing them in a solitary-confinement cell or any other structural unit of the facility;

completely or partially renovate or equip a cell where a detainee or a convict is detained, including its disinfection, desinfestation or deratting or suspend operations of such cells;

provide proper nourishment, material or sanitary support;

ensure proper medical support, including by transferring a person to a relevant health-care institution irrespective of its chain of command;

prevent certain decisions, actions or inactivity from taking place subsequently;

take other individual measures necessary to prevent or stop violation of provisions of part of Article 2 of this Law.

3. A decision to use preventive measures as defined by paragraph 2 of this Article may be taken irrespective of consent of a detainee or a convict and must contain detailed instructions pertaining to them, terms of their execution and persons responsible for their execution.

4. A preventive measure shall be applied based on the nature of a violation or a possible violation of provisions of Article 2 of this Law, and its consequences for the person, with consideration of its health, age and other features.

Article 5. Compensatory measures

1. A person who was subjected to violations of Article of this Law, shall be entitled to compensation in accordance with this Law or other legislation.

2. Compensatory measures may be applied in the amount of one to five minimum wages per fifteen days of detention in conditions that is considered a violation of Article 2 of this Law and depending on the nature of such violation and (or) its consequences for the individual - inflicted physical or non-pecuniary damage considering his/her state of health, age and other features. Calculation of monetary compensation for periods less than fifteen days shall be made proportionally.

3. Monetary compensation may also be applied for single violations of Article 2 of this Law. In such case its minimum amount shall be at least at the amount of a minimum wage.

4. Monetary compensation may be applied simultaneously for lasting violation (improper conditions of detention) and single violation or repeated violations of Article 2 of this Law. In case of application of monetary compensation simultaneously for several violations of Article 2 of this Law it shall be applied as a single amount.

5. Monetary compensation shall not be subject for taxation and shall be paid within three months from the date of decision on its payment. For each month of delay of payment of monetary compensation a person shall receive an additional interest of 3 per cent on the payable amount.

Article 6. Initiation and jurisdiction of applying preventive and compensatory measures

1. Motion on application of preventive and compensatory measures shall be filed by a detainee or convict to a penitentiary judge of a local court at the location of a pre-trial detention facility or penitentiary institution where such individual is detained. A motion shall be addressed to a relevant court in accordance with a procedure established by the Penal Code of Ukraine.

2. Proceedings in cases where preventive or compensatory measures are involved shall follow the criminal procedure and with proper regard to the provisions of this Law. When deciding on monetary compensation a penitentiary judge shall also honor provisions of the Civil Procedure Code of Ukraine related to the compensation of damage. When deciding on proportionality of exercise of his/her powers by an official, relevant provisions of the Administrative Court Procedure Code of Ukraine shall be considered.

3. A penitentiary judge shall be entitled to make a decision on application of preventive and compensatory measures in accordance with the legislation in force. In the view of authority and jurisdiction of an investigating judge and penitentiary judge an individual

filing a relevant motion shall be entitled to select a method to protect his/her rights at his/her discretion.

In case a detainee files a motion to apply preventive or compensatory measures, such individual must notify a penitentiary judge on the fact of proceedings in accordance with the procedure envisaged by Article 206 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, if such proceedings is or was based on grounds due to which an individual addressed a penitentiary judge.

A penitentiary judge shall be entitled to refuse considering a motion, if there is a relevant proceedings in accordance with the procedure envisaged by Article 206 of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

In case a penitentiary judge initiates proceedings on application of preventive or compensatory measures personally, then a penitentiary judge must verify that an investigative judge has proceedings on the same matters in accordance with the procedure envisaged by Article 206 of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

In case when a penitentiary judge receives a motion on application of preventive and compensatory measures that is already being considered by an investigative judge in accordance with the procedure envisaged by Article 206 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, a penitentiary judge shall refuse in initiating proceedings based on those grounds. An individual shall not be denied a right to file a relevant motion to a penitentiary judge after this motion was considered by an investigative judge in accordance with the procedure envisaged by Article 206 of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

An individual shall be entitled to file a motion to an investigation judge on ceasing proceedings in accordance with the procedure envisaged by Article 206 of the Criminal Procedure Code of Ukraine due to a reason of filing a motion on application of preventive or compensatory measures to a penitentiary judge. In such case an investigating judge shall cease relevant proceedings.

Article 7. Specific features of proceedings pertaining to application of preventive measures

1. A motion for preventive measures shall be considered within three business days from the date of filing thereof. This term can be extended for as long as one month subject to motivated decision of a penitentiary judge if this is required by reasons of ensuring neutrality of verification or other circumstances. In any case such extension shall be possible only to ensure more effective protection of rights of a detainee or a convict and shall not be used on grounds of inability of administration of penal authority or institution to perform certain actions.

2. For the purpose of verifying grounds for application of preventive measures, securing evidence of violations of Article 2 of this Law, a penitentiary judge shall be obliged to personally visit a pre-trial detention facility or a penitentiary facility and premises which pertain to the request for motion of applying preventive measures. During such visit, a penitentiary judge shall take all measures to establish facts about which an applicant complains, including the size and condition of cells, number of people detained therein, availability and quality of health care and food, bodily injuries suffered and other facts that may demonstrate a violation of Article 2 of this Law.

3. In order to properly secure evidence of violations of Article 2 of this Law, a penitentiary judge can use necessary technical aids, as well as to involve relevant experts,

including the Commissioner on Human Rights to the President of Ukraine, staff of the Office of the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights, his/her regional representatives, members of Supervisory Commissions at the penitentiary facility, members of public councils at the central executive authority that implements state policy in the area of execution of criminal sentences, its territorial agencies, staff of the Ministry of Health, subject to their consent.

4. In course of consideration of a motion to apply preventive measures, a penitentiary judge shall use information regarding relevant facility obtained from judgments of the European Court of Human Rights, previous remarks and reports of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

5. In order to find out whether there are grounds for application of preventive measures, a penitentiary judge shall be entitled to personally communicate with staff of a pre-trial detention facility, penitentiary facility or a remand prison, any detainee or a convict, and shall also be obliged to have an anonymous personal meeting with the person who filed the relevant motion. A defense counsel may be present at the anonymous meeting at request of the detainee or a convict. At the request of a penitentiary judge and in order to follow security requirements, an anonymous meeting may be held at the place where the meeting can be observed but not heard by staff of a pre-trial detention facility or a penitentiary facility.

6. Information collected during the proceedings on application of preventive measures shall be used to confirm that there are grounds for applying preventive measures in other proceedings concerning the events occurred at the same facility, if such information is still up-to-date.

7. Where the facts that may confirm that a criminal offense took place have been established, a penitentiary judge shall address relevant law-enforcement agencies in order to register the information at the Unified Register of Pre-Trial Investigations. Applying to the authorities as mentioned above shall be without prejudice to the application of preventive measures.

8. The burden of proof that there are no grounds for application of preventive measures shall lie with the administration of pre-trial detention facilities or penitentiary institutions.

Article 8. Specific features of proceedings pertaining to application of compensatory measures

1. Where a motion for application of compensatory measures is filed, proceedings shall be executed within the terms envisaged by the Criminal Procedure Code of Ukraine. An individual shall indicate a period during which he/she allegedly was subject to violation of rights envisaged by Article 2 of this Law. A motion can be filed at any moment during the detention of an individual at a penitentiary institution.

2. Filing a motion on application of compensatory measures shall be inconsistent with a motion on compensation of damage in civil or administrative proceedings on the same subject or on the same grounds.

3. Motion for compensation of damage in civil or administrative proceedings shall be inconsistent with a claim for application of compensatory measures in accordance with this Law in connection with the same subject or on the same grounds.

4. For the purpose of confirmation that there are grounds for application of compensatory measures, a penitentiary judge shall establish relevant violations personally and with assistance of experts, and shall be obliged to use information collected in the course of proceedings regarding application of preventive measures and to visit a relevant pre-trial detention facility or a penitentiary facility.

5. Information collected in one set of proceedings regarding application of preventive or compensatory measures shall be used to confirm that there are grounds for application of preventive or compensatory measures in the course of the other set of proceedings concerning the events that occurred at the same facility, if such information is still up-to-date. Information collected during the proceedings regarding application of preventive measures can be used in the course of a pre-trial investigation, if the relevant entity took a decision to initiate it. Such information can be used in a pre-trial investigation, if in the course of proceedings regarding application of preventive or compensatory measures, a relevant entity took a decision to initiate it.

6. Absence of fault on the part of the officials of administration of a pre-trial detention facility or penitentiary institution for violation of Article 2 of this Law shall not constitute grounds for refusal to apply compensatory measures.

7. The burden of proof that there are no grounds for application of compensatory measures shall lie with the administration of pre-trial detention facilities or penitentiary institutions..

8. In case a pre-trial investigation was initiated on the grounds of crime envisaged by the Criminal Code of Ukraine regarding the facts that constituted grounds for proceedings on application of compensatory measures, a matter of application of compensation shall be considered after such investigation is finished. If a compensation of damage is awarded to a convict or a detainee as the result of a pre-trial investigation and conviction of a guilty party, a penitentiary judge shall cease relevant proceedings.

Article 9. Execution of judgments on application of preventive and compensatory measures

1. Judgments on application of preventive measures shall be executed immediately upon becoming final (coming into effect). A penitentiary judge making a judgment shall be responsible for supervision over its execution.

2. If officials specified in a judgment on application of preventive measures fail to commence its immediate execution or execute it improperly, a penitentiary judge shall submit a ruling to the relevant central executive authority that implements state policy in the area of execution of criminal sentences, its territorial department, for bringing the persons concerned to disciplinary responsibility, and, if necessary, shall apply to law-enforcement agencies for recording information about failure to execute a court judgment into the Unified Register of Pre-Trial Investigations.

3. Having established a violation of Article 2 of this Law, a penitentiary judge shall decide upon the matter of establishing those guilty of such violation, and, where such persons have been established, the penitentiary judge shall file a motion to the heads of the superior authorities on bringing the officials of subordinate pre-trial detention facilities, penitentiary facilities or territorial departments of the authority that implements state policy in the area of execution of criminal sentences to a disciplinary responsibility.

4. If a violation of Article 2 of this Law involved actions that contain elements of a criminal offense, a penitentiary judge shall apply to relevant law-enforcement agencies for the registration of the information into the Unified Register of Pre-Trial Investigations.

5. Judgments on application of compensatory measures shall be executed in accordance with a procedure established by a legislation in force with consideration of provisions hereof.

6. A penitentiary judge can demand that officials submit a written report on the execution of his/her judgment and set a deadline to submit such report. As a result of considering a report submitted by officials following the execution of his/her judgment or in case of failure to submit such report, a penitentiary judge can adopt a ruling to set a new

deadline to submit such report or impose a fine of ten to thirty minimum wages to an official responsible for execution of such judgment. Half of the fine shall be levied in favor of an individual that is subject to violation of Article 2 of this Law, and the other half shall go into the State Budget of Ukraine. Decision of a penitentiary judge on imposing a fine that came into effect shall be forwarded for execution to the State enforcement service. Late charges in the amount of 3% per annum shall be accrued to the total due amount for each day past due (including inflation rate), following the day the decision came into effect and without requirement for any additional decisions. A judgment of a penitentiary judge shall be executed and a report on its execution shall be submitted regardless of a fact of paying a fine. Repeated failure to comply with such obligation shall result in consequences envisaged by this paragraph of the Article, however the total payable amount of a fine shall increase for the amount that was or had to be paid in accordance with a previous ruling.

Article 10. Periods of limitation in respect of application of preventive and compensatory measures

1. A motion for application of preventive measures may be filed during detention of an individual at a pre-trial detention facility or penitentiary institution.

2. A motion for application of compensatory measures may be filed during detention of an individual at a pre-trial detention facility or serving the sentence, as well as after release from custody or from a sentence or from serving it, but no later than within one year from the date of release from pre-trial detention facility or penitentiary institution.

FINAL PROVISIONS

I. This Law shall come into effect on the day following the day when it is published.

II. Amend the following legal acts of Ukraine

1. The Law of Ukraine On the Judiciary and Status of Judges (Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy (VVR), 2010, No. 41-42, No. 43, No. 44-45, p. 529) shall be amended as follows:

1) Paragraph six with the following content shall be added to Article 21:

'6. A penitentiary judge shall be elected from among judges of a local court of general jurisdiction, to exercise powers in certain categories of cases concerning detainees, convicts and persons released from such facilities. The meeting of judges of that court shall elect a penitentiary judge following a proposition forwarded by a court chairman or following a proposition forwarded by any judge of that court, if a proposition forwarded by a court chairman had not been supported, for a period not exceeding three years, and may be re-elected again. Before a penitentiary judge of the relevant court is elected, his/her powers shall be discharged by the eldest judge of that court or, in accordance with a decision by the court chairman, the next eldest judge. The penitentiary judge shall not be released from discharging duties of a judge of first instance, however his duties as such shall be taken in consideration during the allocation of court cases and shall have a priority. It is allowed to elect more than one penitentiary judge, if there are two or more penitentiary facilities or pre-trial detention facilities within his/her territorial jurisdiction'.

2) a following phrase shall be added to subparagraph 9 of paragraph 1 of Article 24:

'and on a candidate for a position of a penitentiary judge'.

2. The Criminal Procedure Code of Ukraine (Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy (VVR), 2013, No. 9-10, No. 11-12, No. 13, Article 88) shall be amended as follows:

1) in article 3:

in subparagraph 10 of paragraph 1 the words 'in connection with' shall be replaced with the words

'related to';

subparagraph 27 shall be added to read as follows:

'a penitentiary judge is a judge of a court of first instance empowered to administer justice in accordance with the present Code and other Laws of Ukraine in certain categories of cases concerning individuals detained in pre-trial detention facilities and penitentiary institution, and persons released from such facilities. The main form of work of a penitentiary judge shall be direct meetings held at a pre-trial detention facility or a penitentiary institution'.

2) paragraphs 2 and 3 of Article 20 shall read as follows:

'2. An investigator, a public prosecutor, an investigating and a penitentiary judge, a court shall familiarize a suspect, accused or convict with his/her rights and ensure that the right to qualified legal aid is provided by a defense counsel of that person's choice or appointed for him/her;

3. In cases envisaged by this Code and (or) the legislation in force governing provision of free legal aid, a suspect, an accused, a convict shall be provided with free publicly-funded legal aid';

3) in paragraph 1 of Article 48
the word 'a convict' shall be added after the word 'an accused';

the words 'a penitentiary judge' shall be added after the words 'an investigating judge',

the word 'a convict' shall be added after the words 'a detainee';

4) in paragraph 1 of Article 49 the sentence 'A defense counsel may be appointed by an investigator, a public prosecutor, an investigating judge or a court in other cases stipulated by the law governing provision of free legal aid' shall be replaced with the following sentence: 'A defense counsel may be appointed by an investigator, a public prosecutor, an investigating judge, a penitentiary judge or a court in other cases stipulated by the law governing provision of free legal aid';

5) in Article 53:

in paragraph 1 of Article 53 the words 'a penitentiary judge' shall be added after the words

'an investigating judge';

part two shall be amended to read

'2. A suspect, an accused or a convict shall be entitled to invite a defense counsel to participate in an individual procedural action. In case there is no urgent need for a defense counsel to participate in individual procedural action or when a defense counsel elected by a

suspect, an accused or a convict cannot arrive within twenty four hours, an investigator, a prosecutor, an investigating judge, a penitentiary judge or a court shall be entitled to offer to appoint another defense council for the suspect, the accused or the convict';

in paragraph 4 of Article 53 the words 'by a convict' shall be added after the words 'by an accused';

6) in paragraph 4 of Article 65 the words 'a penitentiary judge' shall be added after the words 'an investigating judge';

7) a new sentence shall be added in paragraph 1 of Article 82: 'Where a motion for disqualification (self-disqualification) of a penitentiary judge is satisfied, criminal proceedings shall be transferred to another judge of the relevant court for consideration, in accordance with the procedure defined by paragraph 3 of Article 35 of this Code';

8) in paragraph 1 of Article 84 the words 'a penitentiary judge' shall be added after the words 'an investigating judge';

9) paragraph 3 of Article 135 shall be amended to read as follows:

'A detainee or a convict shall be summoned via administration of a relevant facility';

10) insert a sentence into part three of article 318 to read: 'Meetings a penitentiary judge shall be held at an actual pre-trial detention facility or a penitentiary institution'.

11) a new paragraph 4 shall be added to Article 392, to read as follows:

'Rulings of a penitentiary judge shall be subject to appeal';

12) in Article 395:

a new subparagraph 4 shall be added to paragraph 2, to read as follows:

'a ruling of a penitentiary judge – within fifteen days from the day when it was announced';

in paragraph three words 'an investigating judge' shall be replaced with words 'investigating or

a penitentiary judge';

13) in paragraph two of Article 400 words 'an investigating judge' shall be replaced with words 'investigating or penitentiary judge';

14) the following paragraph 4 shall be added to Article 407:

'Based on the results of consideration of an appeal against a ruling of a penitentiary judge by the appellate court, the latter shall be entitled to:

uphold a ruling;

change a ruling;

quash a ruling completely or in part and deliver a new ruling;

quash a ruling and schedule a new hearing by another judge of a relevant court in accordance with a procedure envisaged for a penitentiary judge';

15) in Article 422:

in a title of the Article words 'an investigating judge' shall be replaced with words 'investigating or penitentiary judge';

in paragraphs one and two words 'an investigating judge' shall be replaced with words 'investigating or penitentiary judge';

16) in paragraph four of Article 424 words 'an investigating judge' shall be replaced with words 'investigating or penitentiary judge';

17) in paragraph one and three of Article 532 words 'an investigating judge' shall be replaced with words 'investigating or penitentiary judge'.

18) Article 537 shall be amended to read as follows:

'Article 537. Matters that can be settled by a penitentiary judge or a court during detention or execution of a sentence

1. During execution of sentences or detention, a court or a judge defined by paragraph 2 of Article 539 of this Code shall be entitled to settle the following matters:

suspension of a sentence;
 release from sentence on parole; replacement of the unserved sentence with a more lenient sentence;
 release from a sentence of pregnant women and women with children under the age of three years;
 forwarding women who had been released from a sentence because of pregnancy or because of having children under the age of three years for serving a sentence;
 release from a sentence as a result of a disease;
 compulsory medical treatment which convicts must undergo and termination thereof;
 forwarding an individual on a probation for serving punishment in accordance with a sentence;
 release from serving a sentence upon expiry of the period of probation;
 change of punishment in accordance with paragraph 5 of Article 53, paragraph 3 of Article 57, paragraph 1 of Article 58, paragraph 1 of Article 62 of the Criminal Code of Ukraine;
 application of punishment in cases where there are several sentences;
 temporary detention of a convict at a pre-trial remand prison or transfer of a convict from a lockup house, a correctional center, a disciplinary battalion or a correctional facility to a pre-trial detention center in order to carry out the relevant procedural actions in the course of a pre-trial investigation of criminal offenses committed by a different or the same individual, for which such individual had not been not convicted, or because of proceedings pending in a court;
 release from serving a sentence and mitigation of a sentence in cases envisaged by paragraphs 2 and 3 of Article 74 of the Criminal Code of Ukraine;
 appeals against decisions, actions or omissions of the administrations of penitentiary facilities, the central executive authority that implements state policy in the area of execution of criminal sentences, its territorial agencies, their officials, where such decisions, actions or omissions concern exercise of rights of the person kept in pre-trial detention facilities or penitentiary institutions;
 justification of individual restrictions of human rights of individuals detained at pre-trial detention facilities or penitentiary institutions;
 application of preventive and compensatory measures for persons detained at pre-trial detention facilities or penitentiary institutions;
 immediate release of an individual who is unlawfully (in case of lack of legal reason) detained at a penitentiary institution
 other matters concerning all kinds of doubt and contradictions arising in the course of execution of a sentence and detention”;

Article 538i shall be added to read as follows:

'Article 538i. Matters to be decided upon by a penitentiary judge after release from custody, or from a punishment or from serving a sentence

After release from custody, or from a punishment, or from serving a sentence has been ordered, a penitentiary judge, at the location of the relevant pre-trial detention facility or

penitentiary facility, may consider issues pertaining to application of compensatory measures';

19) Article 539 shall be amended to read as follows:

'Article 539. The procedure of deciding on the matters arising during detention in custody or execution of sentences by a court or a judge

1. Issues arising during detention in custody or during execution of a sentence shall be decided by the court upon a request (motion) lodged by a public prosecutor, a convict, his/her defense counsel, legal representative, penitentiary facility or an agency, as well as by other persons, facilities or agencies in cases established by the legislation.

A victim, a civil claimant, civil defendant and other individuals shall be entitled to apply to a court for settlement of matters directly related to their rights, obligations or legitimate interests.

2. A request (motion) for settlement of matters arising during detention in custody or execution of a sentence shall be submitted to:

1) a penitentiary judge of a local court having territorial jurisdiction over a detainee or a convict serving a sentence – where there is a necessity to resolve issues specified in subparagraphs 2-4, 6, 7 (except in case of a request for termination of a compulsory medical treatment which is to be lodged with a local court having territorial jurisdiction over an establishment or a facility where a convict is treated), 14-18 of paragraph 1 of Article 537 of this Code;

2) a local court having territorial jurisdiction over a [place] where a sentence is executed – where there is a necessity to resolve issues specified in subparagraphs 10 (insofar as it relates to a request for change of a sentence in accordance with paragraph 3 of Article 57, paragraph one of Article 58, paragraph one of Article 62 of the Criminal Code of Ukraine), 11, 13 of paragraph 1 of Article 537 of this Code;

3) a local court within whose territorial jurisdiction a convict resides – where there is a necessity to resolve issues specified in subparagraphs 5, 8, 9 of paragraph 1 of Article 537 of this Code;

4) the court which delivered a sentence – where there is a necessity to resolve issues specified in subparagraphs 1, 10 (insofar as it relates to a request for change of a sentence in accordance with paragraph 5 of Article 53 of the Criminal Code of Ukraine), 12 (where it is necessary to resolve an issue related to the proceedings in the court, it shall be resolved by the court dealing with the case), 18 (regarding matters related directly to the contents of the judgment) of paragraph 1 of Article 537, Article 538 of this Code.

3. A request (motion) for deciding on the issues arising during detention in custody or execution of sentences, unless otherwise provided for by legislation in force, shall be considered within ten days from the date of receipt thereof by the court by a judge solely or by a penitentiary judge according to the rules of court procedure stipulated in Articles 318-380 of this Code, taking into consideration provisions of this Section, Sections I and II of this Code and other requirements of legislation in force. If an issue is subject to decision by a penitentiary judge and the individual who has applied to the court is detained at a pre-trial detention facility or in a penitentiary facility, the court hearing shall be held directly at the relevant facility, and the person who has applied to the court shall personally participate in such a hearing.

4. A convict, his/her defense counsel, a legal representative, a public prosecutor shall be summoned to the court hearing. Notice of the time and place of consideration of the request (motion) shall be communicated to the penitentiary authority or facility responsible for execution of sentences or supervising conduct of the convict; the medical panel that drew a conclusion ordering a compulsory medical treatment of the convict or termination thereof - where relevant issues are considered; the Supervisory Commission, the Office of Children's Services - where the court considers a request approved by them; a civil claimant and a civil

defendant - where an issue concerns execution of the part of a sentence pertaining to a civil claim, other persons, if necessary.

Failure of individuals duly notified of the place and time of consideration of a request (motion) to appear at the court hearing does not preclude holding of a court hearing, unless their participation is recognized as compulsory by the court, or unless such an individual has informed of valid reasons for failure to appear.

5. Based on the results of consideration of a request (motion), a court or a penitentiary judge shall make a ruling which can be challenged in accordance with the procedure of appeal. Appeal by a public prosecutor against a court ruling concerning a release on parole or replacement of an unserved part of a sentence with more lenient punishment shall suspend execution of such ruling.

6. Where a ruling on refusal of a request for release on parole or replacement of an unserved part of the sentence with more lenient punishment becomes final, consideration of a repeated request on the same issue in respect of persons sentenced for grave and especially grave crimes to imprisonment for the term of no less than five years may take place no sooner than in a year from the date of refusal, and no sooner than in six months – in case of persons convicted for other crimes and in case of juvenile criminals.

Where a court ruling on refusal of a request for cancellation of a criminal record becomes final, consideration of a repeated request on the same issue may take place no sooner than in a year from the date of that refusal.

7. Where a request for release from further serving of a sentence by a convict who suffers from a mental disease while serving the sentence is granted, a judge shall be entitled to apply compulsory medical measures in accordance with Articles 92-95 of the Criminal Code of Ukraine'.

3. The Penal Code of Ukraine (Vidomosti Verkhovnoyi Rday Ukrainy (VVR), 2004, No. 3-4, p. 21), shall be amended as follows:

1) in Article 9 a new paragraph 3 shall be added, reading as follows

'3. penalties imposed on convicts may be appealed against to a penitentiary judge';

2) in Article 24:

add paragraph one with new subparagraphs 15 and 16 to read as follows: 'a penitentiary judge and judges who consider cases on appeals against his/her rulings – on a relevant territory';

a defense counsel for participation in proceedings of a penitentiary judge"; a new sentence shall be added to paragraph three to read as follows: 'A penitentiary judge and the judges who consider cases on appeals against his/her rulings, in addition to the above powers, shall be entitled to perform other actions necessary in connection with proceedings regarding application of Preventive and compensatory measures'.

4. If required, the Cabinet of Ministers of Ukraine within three months from the date of publication hereof, shall submit for consideration to the Verkhovna Rada of Ukraine proposals for the purpose to bringing legislative instruments in line with this Law, including in order to ensure funding the process of equipping offices of penitentiary judges at pre-trial detention facilities and penitentiary institutions.

5. No later than within three months from the date of publication of this Law, local courts of general jurisdiction within whose territorial jurisdiction pre-trial detention facilities and penitentiary facilities are located, shall hold meetings of judges for the purpose of electing penitentiary judges in the manner prescribed by the Law of Ukraine 'On the Judiciary and the Status of Judges'.

Where an investigating judge is not elected within the specified period, his/her powers

shall be discharged by the eldest judge of that court until the day when an penitentiary judge is elected.

**The Chairman
of the Verkhovna Rada of Ukraine**

Annexe n° 2

L'analyse des experts du Conseil de l'Europe de certains projets des lois concernant la limitation des droits des détenus en Ukraine préparés par nous ou avec coopération de nous (deux analyses de John McGuckin et Eric Svanidze)

FURTHER SUPPORT FOR
PENITENTIARY REFORM
IN UKRAINE

COMMENTS
ON THE SET OF DRAFT LAWS OF UKRAINE ON
CERTAIN ISSUES OF PENITENTIARY REFORM
AND HUMANISATION OF IMPRISONMENT

Erik Svanidze

Report



**Programmatic Cooperation Framework for
Armenia, Azerbaijan, Georgia, Republic of Moldova, Ukraine and Belarus**

Funded
by the European Union
and the Council of Europe



EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

Introduction

1. These comments are concerned with the package of six draft amendments to laws of Ukraine ('the Legislative Package') addressing certain issues of penitentiary reform and humanisation of imprisonment prepared within the Subcommittee on Penitentiary Matters of Verkhovna Rada. In particular, the Legislative Package includes explanatory notes, comparative tables and draft laws:
 - "On amendments to the Criminal Execution Code of Ukraine on improving the procedure of applying incentives and penalties to convicts" ('draft law on amendments to CEC on penalties and incentives');
 - "On amendments to the Criminal Execution Code of Ukraine as to humanization of the procedure and conditions of imprisonment" ('draft law on amendments to CEC on humanization and conditions of detention');
 - "On Amendments to Article 93 of the Criminal Execution Code of Ukraine as to improvement of guarantees of the right of convicts on serving punishment according to the place of their residence before conviction or the place of permanent residence of their relatives" ('draft law on amendments to Article 93 of CEC');
 - "On amendments to the Law of Ukraine on Preliminary Detention concerning implementation of specific Council of Europe standards" ('draft amendments to the law on Preliminary Detention');
 - "On Amendments to Certain Legislative Instruments of Ukraine regarding Improvement of Access to Justice for People Held in Pre-trial Detention Facilities and Facilities for Execution of Punishment" ('draft amendments concerning access to courts');
 - "On amendments to some legislative acts of Ukraine as to humanization of criminal responsibility of women" ('draft amendments concerning women').
2. The comments first address the overall dimension of the Package and its coherence with expected parameters of the reform of the penitentiary system, criminal justice and justice sector in general. There is then a provision by provision analysis of the draft laws included in the Package. The comments *omit to comment on provisions that are not questionable*, i.e. deemed compatible with the European Convention on Human Rights (ECHR) and case law of the European Court on Human Rights, jurisprudence of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT); Council of Europe and other international standards, as well as with the concept and provisions of the current Criminal Procedure Code (CPC) and overall principles to be pursued in the course of the ongoing reforms in Ukraine.

3. The comments have been prepared by the CoE consultant Mr. Erik Svanidze.¹ They are produced under the auspices of the Project ‘Further Support to the Penitentiary Reform in Ukraine’, which is a part of the European Union and Council of Europe Programmatic Cooperation Framework for Armenia, Azerbaijan, Georgia, Republic of Moldova, Ukraine and Belarus (‘the Project’). They are based on the English translation of the Ukrainian text of the Legislative Package provided to the Consultant by the Project². The original texts of the amendments in Ukrainian were consulted where the language of the English translation seemed uncertain or required some further clarification.

General (conceptual) considerations

4. All the draft laws under consideration are furnished with explanatory notes suggesting and their analysis indeed indicate that they intend to address selected deficiencies of and advance the existing legal framework, improve operation of the Penitentiary System, criminal justice of Ukraine in line with the ECHR and ECtHR case law, its judgments against Ukraine; CPT jurisprudence and its specific recommendations developed in the reports on visits to Ukraine; Council of Europe and other international standards, as well as in pursuance of humanisation principle.
5. In general, all the proposed amendments (provided they are enhanced as suggested below) are welcome and *consistent with the spirit and some elements the standards* and aims in question. The most significant of them are:
 - limiting arbitrariness by defining the notion of a disciplinary violation and narrowing the grounds for imposing disciplinary punishments, increased procedural guarantees and fairness of applying incentives and punishments to those convicted to imprisonment and inmates held in remand facilities (somewhat fragmentally and inconsistently envisaged by the draft law on relevant amendments to CEC and some provisions of the draft amendments to the law on Preliminary Detention)³;
 - overturning of the visiting arrangements and approaches to other contacts with outside world (as provided for by the draft amendments to the law on Preliminary Detention and, to a limited extent, by the draft law on amendments to CEC on humanization and conditions of detention⁴);
 - upgrading to the minimum international (CPT) standards of living space available to remand prisoners (provided for by the draft amendments to the law on Preliminary Detention);
 - enhancing the right of access to courts for the purposes of challenging acts of penitentiary administration (envisaged by the draft amendments concerning access to courts);

¹ Mr. E. Svanidze is a former prosecutor in Georgia and deputy minister of justice; member/expert of the CPT, including a number of its delegations visiting Ukraine; member of the Council of Europe group of consultants supporting the drafting and adoption of the new Ukrainian CPC, Law on the Public Prosecution Service (including relevant opinion of the Venice Commission), National Anti-Corruption Bureau and other related legislative acts.

² In addition to the abovementioned texts the consultant was provided with English translations of the Criminal Procedure Code (CPC), CEC and Criminal Code (CC), as well as the original (Ukrainian) text of the Law on Preliminary Detention.

³ See paras. 13-15 and 44 of the current comments below.

⁴ See para. 24 of the current comments below.

- introducing more specific and rigid rule concerning allocation of convicts to penitentiary establishments with the view of ensuring best possible conditions for maintaining family life and contacts with outside world (somewhat conflictingly¹ suggested in the draft law on amendments to CEC on humanization and conditions of detention and draft law on amendments to Article 93 of CEC).

6. The intention of excluding application of life imprisonment to women envisaged by the relevant draft amendments are *worth being specifically mentioned* as the development setting up best practices in terms of limiting its application and introducing higher standards reflecting their vulnerability and other particularities, as well as overall humanization of the criminal justice system.
7. The comments skip to address any other issues and points save for those concerned by the Package. At the same time, taking into account the fragmented character of the proposed amendments it is assumed that they will be *followed by further improvements aiming more comprehensive and in-depth reform of the penitentiary system and related legislation*.
8. In terms of *conceptual deficiencies* of the proposed Package it is to be underlined that it omits to introduce similar improvements (where applicable, e.g. procedural guarantees and fairness of applying incentives and punishments) for other categories of convicts serving sentences amounting to deprivation of liberty, in particular: arrest, restriction of freedom, and in military battalion.

Article by Article analysis of the draft laws²

C.1 Draft law on amendments to CEC on penalties and incentives

Article 130. Incentives imposed on persons serving custodial sentence

9. The wording of the last paragraph of its part 1 listing the additional rights is confusing since it can be understood that clothes, household and prime necessity articles are available to convicts only as incentives.
10. Moreover, for the purposes of specifying analogous parameters of living conditions and regime, instead of the term ‘right’ it is advisable to use, where possible and appropriate, more nuanced terms ‘benefit’ or ‘entitlement’ (if available in Ukrainian). It would differentiate between them and reinforce the concept of inmates’ and human rights in general.

Article 131. Procedure of imposing incentives on persons serving custodial sentence

¹ See paras. 17-23 of the current comments below.

² See above para. 2 of the current comments.

11. Notwithstanding the evident educational effects of communicating application of incentives, examples of positive behaviour to other inmates, it should be reconciled with private life and personal security considerations of the inmates concerned. For these purposes the envisaged by part 9 possibility to ‘circulate [an application of incentive] in local wall newspapers, spread [it] on radio and meetings of convicted, deliver [it] to relatives’ should be conditioned by the inmate’s consent.

Article 131¹. Definition of breach of discipline

12. As suggested, an introduction of the notion of disciplinary violation, which narrows the grounds for imposing disciplinary punishments, is an important guarantee of limiting arbitrariness in their application.¹ At the same time, the proposed wording that refers just to ‘non-performance of assigned duties or imposed restraints’ can be read as extending to any of them, including arbitrary or illegitimate restraints and duties. Therefore, the definition should specify their lawfulness or otherwise allude to their legitimacy. Moreover, it would be preferable in addition to or instead of the terms ‘duties’ and ‘restraints’ to operate with the wording referring to ‘requirements applicable to the inmate concerned’.

Article 132. Penalties imposed on persons serving custodial sentence

13. The new introductory sentence of part 1 of this Article mirrors the discussed wording of Article 131¹ and equally refers to ‘non-performance of assigned duties or imposed restraints’. It should be amended in line with the relevant recommendation accordingly.²

Article 135. Penalties imposing procedure

14. Unlike the draft amendments to the law on Preliminary Detention, the CEC still omits to regulate the procedures and overall framework of preliminary placement of convicts in punishment cells, i.e. prior to taking a decision by the disciplinary committee.³ At the same time, it is the crucial period in terms of vulnerability of those placed and lack of guarantees against its abusive application, ill-treatment and other violations. Although the matter is regulated in other normative acts, it would be advisable to introduce relevant detailed provisions in the CEC accordingly.
15. Moreover, there are no reasons that would justify considerable difference between disciplinary procedures for convicts and remand prisoners. In view of that it is inexplicable why the draft amendments in issue, in particular to CEC on penalties and incentives and Law on Preliminary Detention (Article 15) are at such variance in this regard. It would be necessary to introduce basically uniform procedures for all categories of persons deprived of their liberty. Analysis of the relevant amendments to

¹ See para. 5 of the current comments above.

² See para. 12 of the current comments above.

³ In Article 15 of this draft law it is envisaged that ‘[t]he head of the facility may transfer a detainee who has severely infringed the detention regime into a punishment cell for up to three days until the disciplinary commission makes its decision, if the detention regime was severely infringed in the state of alcohol or drug intoxication, or through participation in a conflict situation or a fight’.

both laws suggest that both of them include important elements and provisions (missing in the former or latter) and, therefore, it would be advisable to combine them and develop a uniform comprehensive procedural framework for applying disciplinary punishments to all categories of detainees.¹

C.2 Draft law on amendments to CEC on humanization and conditions of detention

Article 8. Basic rights of convicts

16. The amendment to Part 1 provides for unspecified liability of prison officials for non-fulfillment of their duty as to notification of rights to convicts. It would be advisable to use more elaborated construction that would indicate it by analogy to those suggested in the draft amendments to CEC on penalties and incentives (Part 8 of Article 135) or law on Preliminary Detention (in the last paragraph of Article 15).

Article 93. A place of serving the sentence by convicts

17. Although the amendments in issue correspond in basic aspects to the specific draft law on amendments to Article 93 of CEC, there are considerable differences between them. They have to be reconciled. In particular, due to the possibility of having several establishments in the same regions ('oblasts'), and more importantly due to their size,² the criterion of 'administrative territorial entity' for allocation of inmates to the colonies suggested in the former is less specific and less appropriate than 'the nearest establishment' introduced in latter. Moreover, the former is devoid of additional criteria that are suggested in the latter by the 'the second nearest' rule.
18. At the same time, by using the word 'application', Part 1 of the version suggested in the draft law under consideration particularizes the written form of convict's consent. The word 'wish' used in the text of the draft law on amendments to Article 93 of CEC lacks clarity in this regard.
19. Part 2 of the former version is worth retaining, including due to the provision on consequences of removing the grounds for lifting the criterion of allocation of convicts and spelling out the obligation of transferring the convicts back accordingly.
20. In terms of formulation of grounds for lifting the criterion of allocation of convicts, by referring to Articles 10 and 101 of the CEC, the text of the Draft law on amendments to Article 93 of CEC makes relevant provisions more specific and is preferable, therefore.
21. The version of the Draft law on amendments to CEC on humanization and conditions of detention omits such grounds as change of a correctional facility type and liquidation or re-profiling of a correctional facility, which are rightly introduced in the Draft law on amendments to Article 93 of CEC.
22. The grounds concerning overcrowding of the place of executing punishment and separate placement of the persons who were convicted under the same sentence are equally missing in the version of the Draft law on amendments to CEC on humanization and conditions. However, they would require further specification

¹ For further details see below the part of the current comments concerning the amendments to Article 15 of the Law on Preliminary Detention.

² On many occasions the place of residence of the convict or his relatives could be territorially closer to an appropriate establishment, which however will be located in a different administrative region etc.

concerning chronological priority for the purposes of selection of convicts to be transferred to another establishment. Without this addition the clause would leave it up to the administration's discretion, which from the convicts concerned to leave and move out. At the same time, it should be noted that a conviction 'under the same sentence' should not be automatic and apply in case of existing or risks of conflicts to be assessed by the penitentiary administration.

23. The provision of Part 3 suggesting that 'such transfer is also possible by the application of . . . relatives in connection with the change of the place of residence, or existence of other circumstances which influence the possibility to maintain socially-useful ties by a convict' omits the clause concerning the convict's consent. Without it, such transfers would require just a request of unspecified range of relatives.

Article 110. Meetings of convicts with relatives, lawyers and other persons. Phone conversations

24. The amendment to Part 1 suggesting that short-term meetings shall be granted with relatives or other persons in the presence of a representative of the correctional facility disregards the ECtHR case law and its specific judgments against Ukraine. In particular, by lifting this restriction only towards women meeting with their children, it conflicts with the ECtHR finding that the presence of a prison officer affects intimacy of the meetings without any justification, i.e. under rigid regulations and without possibility for individualisation (as in the suggested version), violates Article 8 of the ECHR.¹ There is a need to reverse the rule and envisage that the visits are carried out without an immediate presence of custodial staff or other representatives of the administration, that in case of sufficient grounds (outlined in para. 2 of Article 8 of the ECHR) could be lifted and specific visits arranged under gradual levels of monitoring: out of earshot, but under visual control / under video monitoring up to physical presence of custodial staff and partition or limiting them to specific persons.² In principle, the basic facets of a balanced approach are suggested in the explanatory note to and amendments to the Law on Preliminary detention (in particular its Article 12).³
25. The amendments to Part 3 address the arrangements for formalizing engagement of a lawyer. They do not concern the provisions as to conditions of meeting between convicts and lawyers providing legal aid to them. However, since the authorities intend to introduce certain improvements with regard to meeting of lawyers, the consultant considers it necessary to recommend that the draft law is advanced accordingly. In particular, the existing norm envisages that convicts just *can*⁴ meet their lawyers or other persons providing legal aid to them in private. At the same time, in instances when convicts meet their lawyers (advocates) for the purposes of handling criminal procedures against them the relevant provisions of the CPC (providing for the confidentiality of such meetings) should have precedence. Thus, it would be advisable to specify it in Part 3 of the Article in issue.

¹ *Trosin v. Ukraine*, Judgment of 23 February 2012, application no. 39758/05, para. 46.

² See *Messina v. Italy* (no. 2), ECtHR judgment of 28 September 2000, application no. 25498/94, paras. 62-74.

³ See, however, paragraphs of the current comments below that concern amendments to Article 12 of the Law on Preliminary Detention.

⁴ Emphasis added.

26. Moreover, in line with the CPT relevant standards,¹ prison authorities should be under an obligation to secure confidentiality of meetings of convicts with their lawyers (upon their specific request), when they concern allegations of ill-treatment or other serious human rights violations.

Article 116. Health service support of the convicts sentenced to imprisonment

27. The amendments to Part 3 concerning force feeding of convicts do take into account the ECHR and CPT standards and further them by introducing judicial control and related possibilities for legal recourse, as well as specifying the criteria of medical necessity. At the same time, the regulation would benefit from further improvement by providing for a general requirements as to ensuring suitable conditions corresponding to the medical nature of the measure and the methods used to execute force-feeding. The provision could also specify that it should not be unnecessarily painful and applied with skill and minimum force and, more generally, that force-feeding should infringe the physical integrity of the hunger striker as little as possible, as well as that any resort to physical constraint should be strictly limited to that which is necessary to ensure the execution of the force-feeding and such constraint should be handled as a medical matter.²
28. Newly introduced Part 6 concerning a breach of medical confidentiality could benefit from using more elaborated construction specifying the nature of possible liability.³
29. Newly introduced Part 7 introducing additional guarantees of medical confidentiality and privacy of medical treatment of female convicts is a welcome development. However, the provision suggesting that ‘only medical personnel shall be present during the medical check, except for the cases when the doctor considers that the circumstances are exceptional, or when the doctor asks an employee of an institution of punishment execution to be present as an observer for the security reasons or by the wish of a convict’ fails to take into account the two important aspects of the relevant international standards. Firstly, medical examinations (initial or subsequent, carried out for the therapeutic purposes or identification of signs of ill-treatment) should be conducted out of earshot and (unless the doctor expressly requests otherwise) out of sight of non-medical staff. Secondly, if medical examinations are to be carried out under the described level of presence of non-medical staff as well as any strip search arrangements should involve officers of the same gender.⁴
30. In general, the CEC would benefit from specific provisions reflecting the discussed overall standards on access to a doctor and medical screening concerning all inmates and not only women.

C.3 Draft law on amendments to Article 93 of CEC

¹ 12th General Report on the CPT’s activities, CPT/Inf (2002) 15, para. 41; paras. 18- 25 of its 21st General Report [CPT/Inf (2011) 28].

² See the CPT’s Report on the visit to Spain from 14 to 15 January 2007, CPT/Inf (2009) 10, paras. 14-24.

³ See para. 15 of the current comments above.

⁴ *Mehmet Eren v. Turkey*, Judgment of 6 April 2004, application no. 21689/93, para. 355; *Salmanoglu and Polatas v. Turkey*, Judgment of 17 March 2009, application no. 15828/03, para 85. 12th General Report on the CPT’s activities, CPT/Inf (2002) 15, para. 42.

31. The amendments suggested in this draft law are to be reviewed in the light of comments made with regard to the version of the same Article introduced in Draft law on amendments to CEC on humanization and conditions of detention.¹

C.4 Draft amendments concerning access to courts

(CPC) Article 537. Issues which are settled by the court during execution of sentences

32. Taking into account that the proposed amendments extend this article to remand prisoners and serving detention in relevant establishments, there is a need to amend its title accordingly. Even in the amended version it refers to execution of sentences.
33. Newly introduced Part 8 suggests too general provision on incorporation of administrative procedure norms into the CPC and thus which makes it evidently controversial. Besides that, it would create difficulties with its implementation in practice. Thus, it is preferable to develop an extended provision with specific references to particular articles or parts of legal acts regulating administrative procedure that are to be applied.

C.5 Draft amendments to the law on Preliminary Detention

Article 9. Rights of Detainees

34. The newly introduced subparagraph provides for a notification of rights, which include access to a lawyer and to medical treatment. It is formulated in line with the CPT standards requiring both their explanation and handing out them in writing. However, firstly it should be mentioned that the newly introduced provision specifying some of the rights to be notified to the detainees omits to list the safeguard of access to a doctor for the purposes of medical screening (and not only for medical treatment as suggested in the proposed amendment).
35. Although the set of the safeguards against ill-treatment are to be applied from the outset of deprivation of liberty, i.e. since the very beginning of police custody, they are to be reinforced by duplication on arrival of detainees to remand prisons that are not under police authority. Therefore, the Law in issue and in particular Article 9 that deals with the rights of detainees should envisage the set of the safeguards against ill-treatment in full. Besides the notification of the rights and access to a lawyer and doctor, it includes the right to notify any third party of the fact and place of detention. Taking into account that the new CPC has incorporated advanced international standards on the rights in issue, this could be easily addressed by a reference to its relevant provisions (articles). At the same time, the Law in issue could benefit from incorporating more detailed provisions reflecting the CPT standards as to the safeguards concerned.²

Article 12. Visits of Detainees

¹See paras. 17-23 of the current comments above.

² See paras. 40- 44 of its 12thGeneral Report [CPT/Inf (2002) 15]; paras. 18- 25 of its 21stGeneral Report [CPT/Inf (2011) 28]; paras. 71- 84 of its 23rdGeneral Report [CPT/Inf (2013) 29].

36. The proposed amendments rightly envisage a possibility of introducing targeted restrictions that concern specific persons. However, by suggesting that limitations ‘may determine’ persons to whom they apply, it leaves it up to discretion of investigators and courts whether to limit them to particular persons or introduce a general ban. At the same time, the proportionality principle inbuilt in paragraph 2 of Article 8 of the ECHR, evidently requires that where the legitimate interests specified by it can be secured by introducing a targeted ban, it should and not just may be limited accordingly. It is worth noting that the similar provision as to restrictions with respect of telephone calls suggested for Article 13 operates with the word ‘must’.
37. It would be desirable to specify that appeal avenues against visiting restrictions include judicial control that is to be introduced by the draft amendments concerning access to courts, in particular to Article 537 of the CPC.
38. The proposed Draft Law does not intend to amend the current provision that ‘the duration of a visit shall be from 1 hour to 4 hours’ leaving it up to the administration to decide on time slots allocated for particular visits. It would be desirable, therefore, to suggest some indications or criteria in this regard. The factors to be taken into account include availability of visiting facilities on specific dates, in specific prisons, number and category of visitors etc.

Article 13. Correspondence and telephone conversations of detainees. Procedure for submitting complaints, statements and letters

39. Similarly,¹ it would be desirable to specify that appeal avenues against restrictions on telephone calls and other limitations envisaged by this article include judicial control that is to be introduced by the draft amendments concerning access to courts, in particular to Article 537 of the CPC.
40. In principle, the amendments introduce the presumption in favour of confidentiality of detainees’ correspondence and envisage relevant exceptions. At the same time there are number of deficiencies in terms of legislative technique and clarity of the framework. Firstly, it is unclear whether the provision that ‘correspondence may be checked only in presence of the detainee’ applies to physical examination of enclosure of envelopes without reading the content or it is more general rule applicable to all instances of censorship. If the former is widely applied at the moment of submitting envelopes for sending them out or handing them over to detainees, the latter would be an advanced arrangement, which, however, would be difficult to comply with.
41. The provisions suggesting that any complaints, statements, proposals and letters that contain any information the disclosure of which may impede the criminal proceedings, shall not be sent to the intended addressee and shall instead be submitted for consideration to the person or body in charge for the criminal proceedings, and this shall be notified to the detainee and the public prosecutor supervising legal compliance during pre-trial investigation is in substance contradicting the subsequent absolute ban. It rightly stipulates that any complaints, statements, proposals and other letters addressed to state authorities, institutions and state organisations shall not be subject to review. However, taking into account that complaints, statements, proposals are normally sent to state institutions, it is unclear how these two provisions can be reconciled. The former would suggest that prison administration is obliged to control

¹ See para. 37 of the current comments above.

the content of complaints, statements, proposals are normally sent to state institutions and make the latter provision meaningless. Moreover, the ground of impeding criminal proceedings is too loose and open to unfettered interpretation that can easily be extended up to allegations of different, including human rights, violations, motions that can be viewed as complicating investigation and so on. This arrangement can lead to serious abuses by providing relevant opening to prison, investigating or prosecuting authorities. Thus, it should be up to respective institutions and not prison administration or investigators or a body in charge of criminal proceedings to handle them and channel them for further consideration, if necessary. The suggested rule has to be changed accordingly.

42. Furthermore, prison authorities can be entitled to intercept and subject to censorship detainees' correspondence only on the grounds of ensuring security, order and other legitimate interests related to functioning of penitentiary establishments. All other grounds, in particular concerning procedures against remand prisoners, would require application of the framework envisaged by the CPC.
43. The amendments concerning telephone conversations of detainees lack provisions as to privileged categories of contacts (similar to those introduced for written correspondence), i.e. relevant lawyers, specific state institutions etc.

Article 15. Sanctions that may be imposed on detainees

44. As suggested, neither the amendments to this Article introduced in the Draft Law in issue nor corresponding amendments to CEC¹ provide for a comprehensive framework of disciplinary procedures against remand prisoners or convicts. For the purposes of developing of a uniform (in basic terms) framework it would be necessary to combine appropriate provisions suggested in both draft laws. For these reasons it could be suggested that in addition to the provisions of amendments in issue it is to incorporate the important elements suggested in the relevant amendments to CEC, including a definition of disciplinary violation; written form of imposition of a disciplinary penalty; some form of disciplinary investigation; composition of the disciplinary committee; more elaborated provisions on legal assistance; provision of necessary information as to advancement of the procedures and copies of the documents to the inmate concerned; specific appeal avenues; and liability for abuses and violation of disciplinary framework by prison authorities/individual officers.

C.6 Draft amendments concerning women

45. The draft amendments in issue do not raise any particular concerns.²

Conclusion

46. Provided they are advanced in the light of the recommendations suggested in the current comments, the proposed amendments do not otherwise contradict rule of law, human rights and other international standards and would certainly introduce fragmented, but important improvements to the legal framework in issue and could be

¹ See para. 15 of the current comments above.

² See para. 6 of the current comments above.

seen as a positive step in reforming the penitentiary system and criminal justice in Ukraine.

**FURTHER SUPPORT TO
PENITENTIARY REFORM
IN UKRAINE**

Legal/Technical Analysis on Issues Related to the Execution of Criminal
Sanctions

John McGuckin

August 2015

Report



**Programmatic Cooperation Framework for
Armenia, Azerbaijan, Georgia, Republic of Moldova, Ukraine and Belarus**

Funded
by the European Union
and the Council of Europe



EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

Report:

The Ukrainian Parliamentary Sub-Committee on Penitentiary Matters regularly convenes all interested actors on issues of penitentiary reform and humanisation of imprisonment. As a result of such meetings, 6 drafts were submitted and went through the internal parliamentary expertise. In order to make sure that the draft laws are consistent with the European standards, the Chair of the Sub-Committee requested the Council of Europe to provide analysis of the drafts.

The Criminal Executive Code of Ukraine and accompanying justification documents and comparative tables were provided and I have been asked to review the amendments to six Draft Laws registered in the Ukrainian Parliament for further due procedure. I have been requested to analyse the draft amendments with a view on their compatibility with the Council of Europe recommendations, the CPT standards, and the case law of the European Court of Human Rights and European best practices and provide a written opinion on the 6 draft amendments and recommend possible changes aimed at addressing any weaknesses or shortcomings identified.

The documents provided were:

Draft Law 2251a (with justification and comparison table)

Draft Law 2252a (with justification and comparison table)

Draft Law 2253a (with justification and comparison table)

Draft Law 2254a (with justification and comparison table)

Draft Law 2255a (with justification and comparison table)

Draft Law 2291a (with justification and comparison table)

The proposed amendments were read in conjunction with:

The ‘Criminal Executive Code of Ukraine: Section III: Execution of Sentence in form of Imprisonment’ (as of 14.05.2015),

Rec(2006)2 the European Prison Rules

Rec(2008)11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures

R(99)19 concerning mediation in penal matters

R(89)12 on education in prison

R(82)17 on the custody and treatment of dangerous prisoners

R(2003)23 on the management of life-sentenced and other long-term prisoners.

R (98) 7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison

Coyle, A.(2009) A Human Rights Approach to Prison Management. 2nd Edition. London. ICPS.

CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2015 (CPT Standards)

CPT Standards of “Health care services in prisons” and

CPT 3rd General Report [CPT/Inf (93) 12]

van Zyl Smit, D. & Snacken, S. (2009) Principles of European Prison Law and Policy Penology and Human Rights. Oxford. UP

Various CPT reports to Ukraine

WMA - Declaration on Hunger Strikers

Factsheet – Detention conditions and treatment of prisoners July 2015. ECHR

Various cases heard by European Court of Human Rights (assessed: <http://hudoc.echr.coe.int/eng...>)

Each draft law will be analysed and report written under the headings of

Introduction,

Analysis,

Conclusions, and

Recommendations, for each individual law.

Draft Law 2251 a - on improving the procedure of imposing incentives and penalties on convicted

Introduction.

Draft Law 2251 allows for amendments to the Criminal Execution Code of Ukraine which are aimed to regulate the procedure of imposing incentives and penalties on prisoners. The amendment is proposed as analysis had shown that penalties were the core method of influence while applied incentives have reduced. The analysis indicated that the number of imposed penalties and their severity have increased. The legislation recognised that this undermines the procedure of applying incentives and penalties and is adverse to a rehabilitative regime.

Analysis.

Article 130. Incentives imposed on persons serving custodial sentence: This article provided ‘encouragement’ and grading for working which include a certificate of appreciation, money bonus, transfer to improved conditions and additional ‘rights’ (at convicted discretion) e.g clothes, basic amenities, articles of daily necessity; additional short-term or long-term visit; facility leave for visiting relatives within the period of 7 days.

Article 131: Addresses the procedures of applying the incentives. It recognised that the purpose of the incentives is to exercise educational effect, based on objective evaluation of conduct, attitude toward labour and study. It is proposed that only 1 of the listed incentives be granted. The article amendment proposes that the money bonus shall be added to salary and transferred to the prisoner’s personal account or sent to relatives upon request.

One additional short-term or long-term visit may be granted

Provision of additional outdoor recreation for those on restricted regime

As a general rule, only one previously imposed penalty could be removed.

The article amendment states that the administration is obliged to provide monthly reports which must be recorded in the prisoner’s individual socio-educational programme and acknowledged by the prisoner. Information on individual incentive awards may be circulated on notice boards, radio and relatives informed.

Article 132: addresses penalties imposed on prisoners for breaches of prison discipline.

The penalties which can be imposed are:

Written warning;

Reprimand;

Severe reprimand;

Monetary fine up to 2 minimum earnings;

Cancel of improved detention conditions;

Cancel of additional right; including up to 15 days in disciplinary ward (10 for females),

Isolation ward, without been brought out to work for the period of 15 days;

Ward-type Room (solitary confinement cell) for a period of three months.

Article 133: defines the ‘**Regime gross violation**’ which includes:

Not complying with administration legitimate demands,

Unreasonably gives up labour (no less than three times during a year);

Drinks alcohol,

Uses drugs, or other intoxicating substances;

Manufactures, stores, buys, distributes prohibited articles;

Gambling

Disorderly conduct;

Evades medical treatment of a disease that endanger other people’s health.

Article 134: lays out the procedures of **imposing penalties** and notes that penalty imposed should be recorded in writing. The procedure required that the administration shall immediately initiate an investigation on discovering a breach of prison discipline. The investigation shall also look at the previous conduct of the prisoner and number, if any of previous penalties imposed. The investigation shall seek an explanation from the prisoner for the suspected breach of prison discipline.

At the conclusion of the investigation – cumulating of a hearing by the ‘Facility Disciplinary Committee’ – the decision shall be made if penalties will be imposed. If the prison determines any other prevention measures (in addition to or instead of penalties) this shall be recorded in the prisoner’s individual socio-educational programme, brought to his/her attention and a written acknowledgement received.

Article 135: outlines the composition of the ‘**Facility Disciplinary Committee**’ (Governor,

Deputy Governor and Head of Facility Service) and **Penalties imposing procedure**. The 'Facility Disciplinary Committee' will hold the hearing into an alleged breach of prison discipline. Others may attend to give witness statements. The prisoner must attend. The prisoner shall be given at least 3 days' notice of the time and place of the committee meeting. The prison administration should provide help in obtaining documents and records on the alleged breach of prison discipline. Prisoner has a right to a lawyer. If the prisoner has no access to a lawyer the administration shall ensure his access to the bodies that provide legal assistance. The Head of Department of social-psychological service is the presenting officer of the disciplinary hearing and there is a right to appeal to highest governing body or court. The article notes that 'executives imposing incentives and penalties shall be subject to personal liability. Should violations on deciding of application or non-application of incentives and penalties be discovered, the guilty are subject to disciplinary responsibility, if elements of administrative offence or crime are present in acts of such person, it shall be subject to certain responsibility'.

Article 145: pertains to **penalties imposing on minors** and notes that the procedures are the same as provided for in Article 135 of this Code.

Article 146: provides the scope for Supervisors for rewarding incentives and imposing sanctions on minors. Incentives are:

Acknowledgement;

Early relief from previous sanctions

Sanctions are:

Warning and Reprimand.

Article 131-1. Provides the **definition of a breach of prison discipline** as 'a wrongful guilty act or omission threatening execution of sentence resulted in damage by non-performance or improper execution of implied duties, violation of bans or restrictions'. The prison must present evidence that the breach of prison discipline has occurred. Absence of such elements shall exclude the imposition of sanctions.

Article 131-2. Notes the circumstances where disciplinary sanctions will not be imposed. These are where the person responsible was acting in a state of extreme necessity or under the influence of moral or physical coercion.

Conclusions

The purpose of this amendment aims to regulate the procedure for providing incentives for good behaviour and imposing sanctions for breaches of prison discipline. The amendment is as a result of analysis which shows a tendency to control behaviour by imposing sanctions, a practice which has shown to have increased and the levels of sanctions more severe. The legislation recognised that this undermines the procedure of best practice in applying incentives and sanctions. In principle the amendments achieve the aim of the draft law to contribute to the protection of rights and legitimate interests of prisoners, humanise conditions of detention and are in line, in principle, with standards for the treatment of prisoners.

Recommendations

General Recommendations: Terminology: Accepting it may be a matter of translation or phraseology, it is recommend that the wording be changed to show that that ‘incentives’ are ‘rewarded’ and not ‘imposed’ and that the terms ‘punishment’ and ‘penalties’ be replaced with ‘sanctions’

Article 130. Incentives imposed on persons serving custodial sentence: It is strongly recommended that the term ‘additional ‘rights’ be changed to ‘additional privileges’ there is an important distinction between ‘rights’ and ‘privileges’ in a prison setting. From my reading, it appears that the prisoner has discretion which additional privilege they will be rewarded. This is very positive.

Article 131: Addresses the procedures of applying the incentives. It is recommended that in section 5 it should stipulate the actual (or minimum) ‘additional time in the open air’ for restricted regime prisoners. The requirement on prison administration to record monthly reports in the prisoner’s individual socio-educational programme could be used as a strong basis for the introduction of structured sentence management.

Article 132: addresses penalties imposed on prisoners for breaches of prison discipline. Cancel of improved detention conditions – this sentence needs clearer clarification – does it imply the removal of previously granted additional privileges or the removal to a more restricted regime? In relation to sanctions of: up to 15 days in disciplinary ward (10 for females), : Isolation ward, without been brought out to work for the period of 15 days; Ward-type Room (solitary confinement cell) for a period of three months - It should be noted that the trend in Europe is towards lowering the maximum period for which solitary confinement can be imposed as a disciplinary sanction. The CPT considers that the maximum possible period of solitary confinement as a punishment should be no higher than 14 days, **and preferably lower**. Solitary confinement can have an extremely damaging effect on the

physical, mental and social health of prisoners, and that damage is likely to increase the longer the measure lasts. The EPR (60.5) state that solitary confinement shall be imposed as a punishment only in exceptional cases and for a specified period of time, which shall be as short as possible. EPR 43.3 also notes that a medical practitioner shall report to the director whenever it is considered that a prisoner's physical or mental health is being put seriously at risk by ... any condition of imprisonment, including conditions of solitary confinement. It is recommended that this stipulation be incorporated into the amendment.

The wording 'cancel of additional right' should be changed to 'cancel of additional privileges' (as per comments under Article 130). Irrespective of removal of any privileges – contact with the family should be maintained, so a specified number of short term visits and phone calls and letters should be permitted, irrespective of the removal of any privileges. The privileges which can be removed as a sanction should be articulated as the duration of the removal/restriction of privileges should not be 'open ended' and the duration of the removal of restriction should be articulated, e.g. loss of use of own clothes for up to 10 days etc.

Best practice requires recognition of the principle of proportionality in relation to the sanction imposed on any breach of prison discipline. It is recommended that the national authorities issues 'Guidelines on the imposition of sanctions for breaches of prison discipline'. These guidelines would indicate levels of seriousness of breach and appropriate level of sanction. (Note –I can provide an example of such guidelines which I compiled for the Irish Prison Service if required)

Article 133: defines the 'Regime gross violation'. In the Criminal Execution Code of Ukraine: Section III Execution of Sentences in form of Imprisonment - Article 107. Rights and obligations of prisoners. Para 1 and 2 determine what prisoners may do, Para 3 determine what prisoners are obliged to do and Para 4 stipulates what prisoners may not do. These paragraphs should form a 'Schedule of Breaches of Prison Discipline' Again the principle of proportionality should ensure that no excessively punitive sanction should be imposed on an individual simply because they have breached prison discipline on numerous other occasions. It is acceptable that additional administration actions may need to be taken but it is important that these are not 'tied in' with a sanction. Only sanctions as listed in proposed Article 132 can be imposed.

Article 134: lays out the procedures of imposing penalties. The procedure laid out is robust. Under para 16 any 'additional preventative measures' (in addition to or instead of penalties) should **not** form part of the disciplinary hearing and should be dealt with as a separate issue.

Nothing should prevent the governor taking immediate provisional or protective measures to maintain order and discipline or prison security.

Article 135: lays out the procedure for the ‘Facility Disciplinary Committee’ and the hearing into the alleged breach of prison discipline. It is recommended that the following be incorporated into the procedure:

- As far as is reasonably practicable, a prisoner to whom an allegation relates shall not be escorted to or from the hearing by the prison officer who made the allegation.
- The prisoner shall be entitled to sit or stand as he or she wishes.
- The prisoner shall be entitled to be told what is alleged against him or her and to hear or be given an opportunity to examine or have explained to him or her any evidence given or submitted in support of an allegation that he or she committed a breach of prison discipline.
- The prisoner shall be entitled to reply to any allegation that he or she has committed a breach of prison discipline and, with the consent of the Facility Disciplinary Committee, to call a witness to give evidence. A prisoner shall give notice prior to the commencement of the hearing of a witness he or she wishes to call to the inquiry. (The Facility Disciplinary Committee shall not withhold their consent unless they are satisfied, upon reasonable grounds that the evidence that the witness would propose to give would be of no assistance in furthering the hearing)
- A prisoner shall be entitled to make a plea in mitigation to the Facility Disciplinary Committee before they impose any sanction.

Para 4 notes : A person serving custodial sentence, should be informed on time and place of the committee meeting no less than 3 days prior to its being held. It is recommended that the prisoner should be informed within 24 hours of an allegation of a breach of prison discipline against him and provided in writing details of the alleged breach.

Timelines should be determined for the hearing – the hearing should take place not later than the day falling seven days after the report of an alleged breach has been submitted, unless the Governor upon reasonable grounds is of opinion that more time is required to enable the hearing to be conducted effectively. This should be recorded.

Right to appeal to highest governing body or court: It is recommended that on the imposition of a sanction the Facility Disciplinary Committee shall explain in ordinary language to the prisoner concerned the right to appeal. The right of appeal should be both on the finding or sanction or both finding and sanction. A time limit should be set to initiate the appeal.

Para 8 notes that ‘executives imposing incentives and penalties shall be subject to personal liability. Should violations on deciding of application or non-application of incentives and penalties be discovered, the guilty are subject to disciplinary responsibility, if elements of administrative offence or crime are present in acts of such person, it shall be subject to certain responsibility’. While this is a very important provision, its inclusion in this section of the article is questionable. It would be more appropriate to have it in Articles dealing with duties of prison Governors or duties of prison staff.

Article 145: pertains to penalties imposing on minors and notes that the procedures are the same as provided for in Article 135 of this Code. Comments as per Article 145. In addition, irrespective of any legal representation, facilities for an ‘advocate’ for a minor should be considered.

Article 146: as per previous comments. It is noted that the only sanctions which can be imposed on minors are a warning or reprimand. While this principle is admirable, in practice - further sanctions, as under Article 132, but of a more minor nature should be considered. Without addition sanctions a danger that ‘additional preventative measures’ could be used as punishment or unofficial sanctions imposed. It is safer to have a list of sanctions articulated and not necessarily imposed.

Article 131-1. Provides the definition of a breach of prison discipline as ‘a wrongful guilty act or omission threatening execution of sentence resulted in damage by non-performance or improper execution of implied duties, violation of bans or restrictions’ As previously mentioned the Criminal Execution Code of Ukraine: Section III Execution of Sentences in form of Imprisonment - Article 107. Rights and obligations of prisoners. Para 3 determine what prisoners are obliged to do and Para 4 stipulates what prisoners may not do. It is recommended that these paragraphs should form a ‘Schedule of Breaches of Prison Discipline’ and the principle that ‘everything which is not forbidden is allowed’ should form the basis of the schedule.

Article 131-2. Notes the circumstances where disciplinary sanctions will not be imposed - Person, acting in a state of extreme necessity, under the influence of moral or physical coercion should be eliminated of disciplinary responsibility. An admirable principle but this needs to be articulate more clearly to ensure it cannot be used as a rational not to act on a breach of prison discipline. It may be more prudent to hold that the ‘Facility Disciplinary Committee’ will not impose a sanction if they are satisfied that the prisoner was acting in a state of extreme necessity, under the influence of moral or hysical coercion.

European Prison Rules, Rule 57 (2):

National law shall determine:

- a. the acts or omissions by prisoners that constitute disciplinary offences;
- b. the procedures to be followed at disciplinary hearings;
- c. the types and duration of punishment that may be imposed;
- d. the authority competent to impose such punishment; and
- e. access to and the authority of the appellate process.

While the above principles are covered in the draft law 2251, they need to be more specific in certain areas (e.g. the authority of the appellate process, duration of punishment relating to privileges etc.)

Draft Law 2252a - (as to humanization of the procedure and conditions of punishment implementation)

Introduction.

This draft law seeks to enshrine basic prisoner rights into legislation, with the objective of bringing the penal code in line with international standards in respect of prisoner transfers, medical treatment, pension provision and right of women and minors in prison.

Analysis.

Article 8: addresses the **basic rights of prisoners** with the additional provision of a section that that if the prison administration fails to fulfill its obligation to inform the prisoner on the rights and obligations, procedure and conditions the respective official and the Governor or the body of execution of punishment can be held liable.

Article 25: deals with **public participation in rehabilitation and resocialisation** of convicts and broadens the scope of facilities where a ‘visiting committee’ can observe the rights of prisoners.

Article 93. Concerns **prisoner transfers**. The draft law allows for the prisoner to request a transfer to be closer to relatives. It also allows for transfer outside the local administrative area on the ground of medical treatment, safety and administrative changes in prison structure. Such transfers can also be facilitated at prisoner request to maintain social ties.

Article 94: deals with **disruptive prisoners** and changes the legislation. The previous legislation allowed being kept in 'reinforced control' on very general grounds and from committal. The proposed draft focus on prisoners who are determined to have committed 'gross violations' of breaches of prison discipline and are a risk to the safety of others.

Article 97. Articulates that the **total duration of a person's stay in the section of reinforced control** shall not exceed six months. There was no stipulation in previous legislation on length of stay.

Article 101. Transfer of convicts to the area of social rehabilitation, removes the section which stated that pregnant women and the women who have children with them up to three years old could not be granted such transfer.

Article 107. On the **rights and obligations of convicts** removes the provision to perform necessary works on provision of amenities in the prison. It also articulates that certain actions must be done willfully to constitute a breach of prison discipline. It also simplifies the no smoking policy and keeping of animals.

Article 110. Visits and phone calls. Changes for section 1 allow for unsupervised short term visits for women prisoners being visited by children. Section 3 is changed to require prisoners to apply in writing for a meeting with a legal representative for the purpose of contract of engagement and the representative to present identification documentation on arrival for visit. Section 5 allows for a prisoner to make a phone call on committal.

Article 111. Short-term visits outside the prison provision is changed to include women who are pregnant in addition to those who have children in children's homes for the purpose of organizing a child's care by the relatives, guardians etc.

Article 116. Health service support of the convicts sentenced to imprisonment. The draft proposes under section 3 that force feeding can only be permitted on a court order rather than by a physician's opinion. The draft introduces 2 new sections. Section 6 allows for a physician to be held accountable for breaches of medical confidentiality. Section 7 determines the certain rights for women prisoners in relation to health care, including the right not to give information on or under medical checks as to the history of her reproductive health. A woman prisoner can request that she be seen by a woman physician and enshrines the principle of medical confidentiality by stating that only medical personnel shall be present during a medical check, except where the doctor or patient request otherwise.

Article 122. Deals with the provision of pension, pension contribution and entitlements. Pension provision of the convicts sentenced to imprisonment. The amendment removes the requirement that expenses of the representative of the pension board be paid from the pension. The section also recognises work carried out while in prison as calculated for pension purposes.

Conclusions.

The various proposed amendments in the draft legislation are, in principle, in line with international standards.

Recommendations.

Article 8: addresses the basic rights of prisoners with the additional provision of a section that if the prison administration fails to fulfill its obligation to inform the prisoner on the rights and obligations, procedure and conditions the respective official and the Governor or the body of execution of punishment can be held liable. – Recommendation: there is a distinct difference (in English) between the words ‘*can*’ and ‘*will*’. The wording here states ‘*can be*’, a procedure needs to be in place to determine when and if the administration is held liable. In English the word ‘*shall*’ is used to provide stronger emphasis, implying something *must happen* rather than *can happen*. Also, as mentioned in 2251, Article 135, para 8 - While this is a very important provision, its inclusion in this section of the article is questionable. It would be more appropriate to have it in Articles dealing with duties of prison Governors or duties of prison staff. .

Article 25: deals with public participation in rehabilitation and resocialisation of convicts. And broadens the scope of facilities where a ‘visiting committee’ can observe the rights of prisoners. – No additional recommendation.

Article 93. Concerns prisoner transfers. The draft law allows for the prisoner to request a transfer to be closer to relatives. It also allows for transfer outside the local administrative area on the ground of medical treatment, safety and administrative changes in prison structure. Such transfers can also be facilitated at prisoner request to maintain social ties. - No additional recommendation

Article 94: deals with disruptive prisoners and changes the legislation. The previous legislation allowed being kept in ‘reinforced control’ on very general grounds and from committal. The proposed draft focus on prisoners who are determined to have committed

‘gross violations’ of breaches of prison discipline and are a risk to the safety of others. See comments under Draft Law 2251 Article 133

Article 97. Articulates that the total duration of a person's stay in the section of reinforced control shall not exceed six months. There was no stipulation in previous legislation on length of stay.

Recommendations for Article 94 **and** Article 97 proposed amendments –Nothing should prevent the governor taking immediate provisional or protective measures to maintain order and discipline or prison security. Just because a prisoner has committed a number of ‘gross violations’ should not be the determinate for reinforced control. This decision should be based on the behaviour and not the logistical or number of breaches of prison discipline (which could be minor in nature). While understanding the rationale behind the amendment that states the total duration of a person's stay in the section of reinforced control shall not exceed six months, again, any decision should be based on objective facts and empirical evidence rather than an arbitrary timeline. I would recommend that safeguards be put in place as follows:

The Governor shall not give a directive for reinforced control unless information has been supplied to the Governor, or the prisoner's behaviour has been such as to cause the Governor to believe, upon reasonable grounds, that to permit the prisoner to so engage, participate or associate would result in there being a significant threat to the maintenance of good order or safe or secure custody.

The period of reinforced control shall not continue for longer than is necessary to ensure the maintenance of good order or safe or secure custody.

While the directive for reinforced control is in force, the Governor shall review not less than once in every 14 days the directive for the purposes of determining whether, having regard to all the circumstances, the direction might be revoked.

A prisoner in respect of whom a direction has been issued shall be informed (in writing) of the reasons either before the directive is given or immediately upon its being given and shall be informed of the outcome of any review.

The Governor shall make and keep a record of -

- any directive given under Article 94
- the period in respect of which the directive remains in force,

- the grounds upon which the directive was given,
- the views, if any, of the prisoner, and
- the decision made in relation to any review

The Governor shall, as soon as may be after giving a directive under Article 94, inform the prison doctor, and the prison doctor shall, as soon as may be, visit the prisoner and thereafter, keep under regular review, and keep the Governor advised of, any medical condition of the prisoner relevant to the direction.

As the proposed legislation envisages a stay in the section of reinforced control shall not exceed six months, it is recommended that safeguard be put in place along the lines of: The Governor shall submit a report to the Director General including the views of the prisoner, if any, explaining the need for the continued stay in the section of reinforced control under Article 94 on grounds of order where the period of such removal will exceed six months. Thereafter, any continuation of the extension of the period of removal must be authorised, in writing, by the Director General.

Article 101. Transfer of convicts to the area of social rehabilitation, removes the section which stated that pregnant women and the women who have children with them up to three years old could not be granted such transfer. No additional recommendations.

Article 107. On the rights and obligations of convicts removes the provision to perform necessary works on provision of amenities in the correctional facility. It also articulates that certain actions must be done willfully to constitute a breach of prison discipline. It also simplifies the no smoking policy and keeping of animals. No additional recommendations and welcome clarity that acts of breaches of prison discipline must be willful. The simplification of the no smoking policy adheres to the principle of what is not prohibited is allowed – therefore all prisons must have a written smoking policy.

Article 110. Visits and phone calls. Changes for section 1 allow for unsupervised short term visits for women prisoners being visited by children. Section 3 is changed to require prisoners to apply in writing for a meeting with a legal representative for the purpose of contract of engagement and the representative to present identification documentation on arrival for visit. Section 5 allows for a prisoner to make a phone call on committal. It is assumed that the children referred to in section 1 are the children of the woman, or children for which she holds legal guardianship – does this need to be articulated? Section 5 is to be welcomed, however, such phone call should **not** be dependent on the prisoner's ability to pay cost of phone call (if this is intended).

Article 111. Short-term visits outside the prison provision is changed to include women who are pregnant in addition to those who have children in children's homes for the purpose of organizing a child's care by the relatives, guardians etc. - No additional recommendations.

Article 116. Health service support of the convicts sentenced to imprisonment. The draft proposes under section 3 that force feeding can only be permitted on a court order rather than by a physician's opinion. The draft introduces 2 new sections. Section 6 allows for a physician to be held accountable for breaches of medical confidentiality. Section 7 determines the certain rights for women prisoners in relation to health care, including the right not to give information on or under medical checks as to the history of her reproductive health. A woman prisoner can request that she be seen by a woman physician and enshrines the principle of medical confidentiality by stating that only medical personnel shall be present during a medical check, except where the doctor or patient request otherwise.

The ECHR consideration on force feeding has been heard in *Rappaz v. Switzerland* - 73175/10, Decision 26.3.2013 [Section II], *Horoz v. Turkey*, no. 1639/03, 31 March 2009, Information Note no. 117; and *Nevmerzhitsky v. Ukraine*, no. 54825/00, 5 April 2005, Information Note no. 74). The ECHR had considered all relevant international recommendations in relation to force feeding, including the European Prison Rules; R (98) 7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison; Reports of the CPT - CPT Standards of "Health care services in prisons" and CPT 3rd General Report [CPT/Inf (93) 12]; Report of the CPT on a visit to Ukraine from 24 November to 6 December 2002; Report of the CPT on a visit to Turkey [CPT/Inf (2001) 31]; World Medical Association - Guidelines for Medical Doctors Concerning Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Relation to Detention and Imprisonment and World Medical Association Declaration on Hunger Strikers. Section 3 of the proposed amendment appears to be in line with the principles on force feeding.

Women prisoners have specific health needs which have to be recognised and attended to. Wherever possible they should be attended to by women nurses and doctors and specialists in women's health care matters should be available for consultation. Section 7 of Article 116 goes some way towards this objective.

Article 122. Deals with the provision of pension, pension contribution and entitlements. Pension provision of the convicts sentenced to imprisonment. The amendment removes the requirement that expenses of the representative of the pension board be paid from the pension. The section also recognises work carried out while in prison as calculated for pension

purposes. No further recommendations, proposed amendment enhances the normalization of work in prison and pension entitlements.

Draft Law 2253a - improvement of guarantees of the right of convicts on serving punishment according to the place of their residence before conviction or the place of permanent residence of their relatives

Introduction.

The proposed amendment in Draft Law 2253a is conditioned by incompliance of national legislation in relation to where a prisoner serving a life sentence should be detained. It is considered that the national legislation is incompatible with standards of the European Court of Human Rights and other standards of the Council of Europe, in particular to Article 8 rights to privacy and family life in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Analysis.

Article 93. A **place of serving the sentence by convicts** amends current legislation by permitting sentence to be served in a location (of corresponding security level) in a prison closest to the prisoners previous residence or the permanent residence of his/her relatives. The amendment lays out exceptions which are permitted.

Conclusions.

This amendment is prompted by ECHR *Vitman v. Ukraine* (Application No. 28403/05), which established violations of article 8 of the European Convention, taking into consideration that for a long period the prisoner was kept in a prison about 700 kilometers from his place of residence and failed to secure his transfer closer to his home. The draft law notes that circumstances of the *Vitman's* case is common and that a significant number of complaints and requests by prisoners and their relatives are related to transfer to prisons as close to their place of residence as possible. The granting of such requests is the exception rather than rule. This draft law will be in line with the international standards. The draft law makes exceptions to the rule for the purpose of: medical treatment; avoidance of overcrowding of the specific prison, separate placement of persons convicted under the same sentence and safety of the prisoner. The draft articulates that, in these cases the prisoner must be kept in a prison, with the corresponding level of security, second nearest to the place of residence before conviction or, by request the place of permanent residence of his/her relatives. The provision of part 3 removing the ability to transfer a prisoner on the grounds of

"exceptional circumstances which are an obstacle to further imprisonment of a convict in that correctional camp or juvenile correctional facility", is a good safeguard

Recommendations.

Article 93 is specific for life sentenced prisoners but is also supported by proposed amendment in Draft Law 2252a on convicted persons. I am unsure of the justification for the exception of: **separate placement of the persons who were convicted under the same sentence** and the rational for this. In addition, what deciding factor will be used to determine which 'persons' are facilitated under the amendment? Such allocation decisions should generally be taken in a way that does not create unnecessary hardship for prisoners or their families, including the children of prisoners, who need access to them. It is particularly important that where security categories are used to allocate prisoners, the least restrictive categories should be used, as high security imprisonment often brings with it, in practice, additional hardships for prisoners

In relation to long sentenced prisoners, it should be noted that providing a possibility to serve the term as close to the place of residence as possible is an indispensable part of the process of promotion of social reintegration after release. This possibility, in its turn, is a requisite for prevention of committing new crimes and, as a consequence, for safety and security of the society. The fact that someone is serving life sentence does not necessarily mean they should be placed in a particular prison or under a particularly restrictive regime (Rule 7 of Recommendation R(2003)23 on the management of life-sentenced and other long-term prisoners. See also: CPT's visit to Ukraine in September 2000 [CPT/Inf (2002)23]). Care must be taken that this amendment – particularly the provision that prisoners are transferred to prisons of 'corresponding security' - does not affect the long term sentence planning and prerelease programme of a prisoner. Several years before the anticipated date of release most long term prisoners will be suitable for transfer to a low security prison, there is a danger that the provision will create some difficulty in this regard.

Draft Law 2254a - (as to humanization of criminal responsibility of women)

Introduction.

The bill intends to make changes to part two of article 64 of the Criminal Code of Ukraine aimed at excluding a possibility of imposition of such severe type of punishment as life imprisonment to women who committed a criminal offence. The rational recognises that a substantial number of women sentenced to imprisonment for serious crimes of violence were repeatedly exposed to violence themselves.

Analysis.

The amendment recognises that the circumstances of many crimes committed by women, the severity of the harm inflicted and the comparatively low degree of danger of these women to society provide grounds to assert that the existing system is rather severe and not objectively justified in a number of cases.

Article 64. The proposed amendment to section 2 removes the stipulation to ‘women **who were pregnant when committing a crime or for the moment of imposition of sentence**’ to all women.

Article 18. Correctional facilities. The proposed amendment to Section 2 removes the sentence which refers to women serving life sentences.

Article 150. Places of serving punishment in the form of life imprisonment. The proposed amendment removes the reference in section 1 to women serving life sentences.

Article 151-2. Peculiarities of execution of punishment and serving the sentence by women sentenced to life imprisonment – the amendment proposed deleting this section.

Conclusions.

While recognising principle of equality of convicted persons before the law, the proposed amendment rightly recognised that this does not mean equality at imposition of their sentence, conditions for servicing their sentence or equality in treatment. Treating women prisoners the same as men is not tantamount to achieving equality of gender. Indeed, *“the concept of equality means much more than treating all persons in the same way. Equal treatment of persons in unequal situations will operate to perpetuate rather than eradicate injustice”***.

** Office of the High Commissioner for Human Rights, *“Fact Sheet No. 22- Discrimination against Women: The Convention and the Committee”*, Geneva, undated as accessed at <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet22en.pdf>

This proposed amendment is to be welcomed.

Recommendations

While this proposed amendment is to be welcomed, the Explanatory Note states that there are currently 24 women currently serving a life sentence in Ukraine. The proposed amendment will remove the safeguards and legislative regime which are currently in place for these women and some appendix is necessary to ensure these women are not discriminated against

in relation to this improvement to the law. International standards recognise that since women prisoners usually constitute a small minority of those serving long or life sentences, their individual sentence planning should be carefully considered so as to meet their specific needs.

Draft Law 2255a - regarding Improvement of Access to Justice for People Held in Pre-trial Detention Facilities and Facilities for Execution of Punishment

Introduction.

This proposed draft law is deemed necessary due to ambiguity of practical aspects relating to court jurisdiction regarding cases which are initiated by convicted and persons under arrest and for cases where petitions cannot pay court fees. The Draft Law aims at enhancing the efficiency of human rights protection by simplifying the access of convicted and persons under arrest to the court.

Analysis.

The Draft Law suggests amendments to Articles 537 and 539 of the Criminal Procedure Code of Ukraine in order to specify that cases pertaining to appeals against other decisions, actions or acts of omission of prisons and pre-trial detention facilities shall be considered by district courts within the jurisdiction of which a prisoner serves a sentence. It also seeks to address the situation where prisoners and persons under arrest have financial hardship to access the court. The proposed draft inserts 2 amendments in Article 537 on appealing against decisions, actions or acts of omission of the prison administration.

Article 539 inserts a section 8 determining that Cases pertaining to the issues specified in paragraph 131 of Part one of Article 537 (as above) of this Code shall be considered in administrative proceedings”, while Para 1: which defines the entities which shall be exempt from payment of court fees, under section 5 inserts subsection 25) stating that : convicted and persons under arrest, - in cases associated with the issues which are settled by the court during execution of a sentence in accordance with Article 537 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, if their personal accounts do not contain enough funds for payment of court fees.

Conclusions.

This draft law seeks to rectify a situation whereas the European Court of Human Rights found a violation, having analysed Ukrainian legal precedents and legislation and pointed out to the ambiguity regarding the issue of determination of jurisdiction of complaints lodged by prisoners against the prison administration (*Vintman v. Ukraine* (Application No. 28403/05)).

The Court found a violation of the right to an effective remedy under Article 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The Draft Law seeks to ensure that the amendments will clarify issues regarding any kind of uncertainty and contradictions which arise during sentence that are not separately listed in Article 537, may be settled by the court according to the place where a prisoner serves a sentence and not by the court which passed the sentence as it was before. It will speed up and simplify court proceedings regarding any issues which arise during sentence which do not belong to any of the categories listed in Article 537. The proposal that access to court will not be denied due to financial hardship is to be welcomed.

Recommendations.

This proposed amendment appears to meet requirement under ECHR finding and is in line with best practice of judicial reviews. No recommendation are made on this draft law.

Draft Law 2291 - in terms of implementation of specific Council of Europe standards

Introduction.

The requirement for this draft law is based upon non-compliance to human rights standards of the Council of Europe. The CPT and other oversight bodies have repeatedly pointed at non-compliance of the domestic laws that regulate keeping of prisoners in custody. The Committee's observations often become the basis for establishment of violations of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the European Court of Human Rights. In view of this, the proposed draft law is based not only on the Committee's standards, but also relies on the Court's standards, in particular, in terms of limitation of visits, telephone calls and correspondence of persons held in preliminary detention facilities. The Explanatory Note accompanying the draft law provides an excellent critique on the problems underpinning the current legislation.

Analysis.

Article 7. Regime in preliminary detention facilities- inserts the phrase 'including with the use of printed booklet written in an understandable language' in respect of prisoners receiving an explanation of the rights, duties and requirements of the regime

Article 9. Rights of detainees – inserts the provision that prisoners receive explanation of the rules 'procedure for access to legal and medical aid, including with the use of a printed booklet written in an understandable language' that they receive copies of documents that relate to the exercise of their rights, within five days upon request of the detainee at his/her

own expense, or at the expense of the prison administration and may 'buy, by wire transfer, food, essentials, writing materials, newspapers and books via any trading networks at his/her own choice and without limitations'.

It allows that prisoners may 'use his/her own clothes and footwear, and have documents, photographs and records except for those that are intended for escaping from custody or preparation of any other offences' and 'use television sets, refrigerators, table game sets, books, magazines and newspapers bought via a trading network or obtained from relatives or other persons' The draft law not only stipulates the right to receive explanation of the rules of detention, but also the procedure for access to legal and medical aid. There is a requirement that such booklet must be written in an understandable language. It proposed to remove limitations of the prisoners' right to buy food and essential during the month by wire transfer. The draft law stipulates the right to keep documents, photographs and records, except for those that are intended for escaping from custody or preparation of any other offences. Changes were also made to the right to own table game sets, books, magazines and newspapers.

Article 11. Material allowance and medical care for detainees – inserts the provision that 'The area of bathroom shall not be taken into account for the purpose of calculating the prison cell's area. The distance between the opposite walls of the prison cell shall be at least 2 meters. Prisons cells that are less than 6 square meters may not be used'. The draft law regulates the provisions related to accommodation in cells with the purpose of prevention of inappropriate allocation of prisoners which may lead to excessive occupancy rates.

Article 12. Visits of detainees – allows that 'Detainees may see their relatives or other persons at least once every seven days, provided that there is no prohibition' and requires that 'The prohibiting decision shall be duly substantiated and motivated, and may determine the persons to whom such prohibition shall not apply. Copies of the decisions that must include the appeal procedure shall be given to the detainee'. The duration of a visit shall be from 1 hour to 4 hours. According to the draft law, the prison authority shall allow visits to detainees at least once every seven days (provided that there is no prohibition imposed by a decision of the investigator or the court conducting the criminal proceedings).

It removes the requirement for foreign nationals needing *written permission of the investigator or the court conducting the criminal proceedings. For visits from embassies and consular sections.*

Article 12 also inserts that a ‘visit allowed to a detainee shall take place in the conditions that ensure the confidentiality of such visit, unless an individual risk assessment requires intervention. Visits shall take place in open conditions that allow physical contact. In exceptional cases, when individual risk assessment requires that the visit takes place in the conditions that exclude physical contact, intervention may be allowed if necessary.

Article 13. Deals with **correspondence and telephone conversations of prisoners.** Procedure for submitting complaints, statements and letters and states ‘Detainees may maintain correspondence with and make telephone calls to their relatives and other citizens, and companies, institutions and organisations, provided that there is no prohibiting decision of the investigator or the court. Detainees may make telephone calls at least once in every seven days and one telephone call may last at least 15 minutes. Correspondence received by detainees may be checked on the basis of individual risk assessment in exceptional cases, when there are due reasons to believe that it contains prohibited items or information which may be used for regime infringement. Correspondence sent by detainees shall not be subject to check, as a rule. Correspondence may be checked only in presence of the detainee.

The prison administration must adopt a substantiated resolution on the correspondence check that shall include the grounds, effective period, type of control and appeal procedure. The copy of such resolution shall be provided to the detainee. Correspondence of detainees, which is addressed to public prosecutor’s office or court authorities, shall be sent within one business day upon its submission. Any other correspondence shall be sent by the prison administration not later than within three days upon its submission. Any complaints, statements, proposals and letters that contain any information the disclosure of which may impede the criminal proceedings, shall not be sent to the intended addressee, but shall instead be submitted for consideration to the person or body in charge for the criminal proceedings, and this shall be notified to the detainee and the public prosecutor. Any complaints, statements, proposals and other letters addressed to state authorities, institutions and state organisations shall not be subject to review. The draft law proposes to substitute the philosophy of presumption of prohibition of contacts with the outside world with presumption of authorisation of these contacts (The principle of ‘What is not specifically forbidden is allowed’) taking into account the possibility for restriction of such contacts according to the standards established in the Council of Europe documents and produced by the CPT.

Correspondence received from state authorities, institutions and state organisations shall not be subject to review. The prison administration shall notify the detainees of the receipt of such

correspondence and obtain written confirmation of such notification, which shall be attached to personal files of the detainees.

Correspondence which detainees address to the Commissioner for Human Rights, European Court of Human Rights, and to any other competent bodies of international organisations in which Ukraine is a member or a participant, or to authorised officials of such international organisations shall not be subject to check and shall be sent to the intended address within a days upon its submission. Correspondence received by detainees from the bodies and officials specified above shall not be subject to check.

Correspondence which detainees address to their defence attorney in the criminal proceedings shall not be subject to check and shall be sent to the intended address within a day upon its submission. Correspondence received by detainees from such defence attorney shall not be subject to check.

It is proposed to cancel the provision saying that complaints, statements and letters not related to the criminal proceedings shall be reviewed by the administration of the prison

Procedure for submitting complaints is improved, and there is a prohibition to check correspondence with state authorities, institutions and organisations.

Telephone conversations shall take place in places designated by the prison administration and shall be allowed at least once in every seven days. Conversations may be controlled in exceptional cases on the basis of individual risk assessment, to prevent disorders or crimes, to protect health or morality, or to protect rights and freedoms of other persons. Telephone conversations shall be paid by personal money of detainees or their relatives. The draft law establishes the right of prisoners to telephone calls, detainees may maintain correspondence and make telephone calls to their relatives and other citizens, and companies, institutions and organisations, provided that there is no prohibiting decision of the investigator or the court that conduct the criminal proceedings. Telephone conversations shall be allowed at least once every seven days. Conversations may not be controlled unless in exceptional cases when intervention is required by individual risk assessment. Telephone conversations shall be paid from personal money of detainees, their relatives or other persons.

Article 13 also allows access of detainees to the Internet with the insertion that ‘Detainees may have access to the Internet according to the terms and conditions defined by applicable regulations of the Ministry of Justice of Ukraine, at least once in every seven days and in the order of precedence.

Detainees may be prohibited to the Internet under the decision of the investigator or the court that conducts the criminal proceedings.

Under Article 15. - Sanctions that may be imposed on detainees, is inserted the sanction of ‘transfer to a punishment cell’ It stipulates that ‘A detainee shall be transferred to a punishment cell based on a duly substantiated resolution of the disciplinary commission. A detainee may be represented by an attorney or any other lawyer. It provides a list of safeguards in that a detainee or his/her representative may: obtain written information; attend the commission meeting; review materials of the disciplinary proceedings; submit motions; request and question witnesses and challenge the imposed sanction. If the sanction is imposed on a juvenile, the prison administration shall allow him/her to notify close relatives, guardians, attorney or other lawyers. The Governor may transfer a detainee who has severely infringed the detention regime into a punishment cell for up to three days until the disciplinary commission makes its decision, if the detention regime was severely infringed in the state of alcohol or drug intoxication, or through participation in a conflict situation or a fight.

Conclusions.

The explanatory note on the draft law recognises that ignoring recommendations of the CPT has resulted into its repeated unscheduled visits in recent years, and the commencement of the “public statement” procedure in case the national authorities fail to co-operate or refuse to improve the situation in the light of the Committee's recommendations. The draft law fills many of the gaps identified while at the same time covering the needs of investigation and security considerations. The prison administration will have the possibility to control visits, telephone calls and written correspondence, but this will require proper substantiation in the light of individual risk assessment.

The draft law proposes to change the old provisions that apply to transfer to a punishment cell. The key introduction is the insertion of procedural guarantees which include a requirement for a meeting of the disciplinary commission, giving the person a right to be represented by a legal expert; be informed of the charges brought against him/her in writing; provide his/her own explanations and objections, submit motions in verbal and written form; request summoning of witnesses and question them; following the meeting, receive a copy of substantiated decision providing for a possibility of its proper challenging; review materials of the disciplinary proceedings and personal file, make excerpts and copies. Most of the

proposed procedural safeguards have become an integral part of prison practice in European countries. They have shown to be efficient and have changed adverse practices.

In the draft law, every restricting decision must be duly substantiated in case of perceived risk or any illegal actions of the detainee and apply to a specified period of time.

Adoption of the draft law is aimed to bring the legislation of Ukraine that governs the procedure and conditions of detainees to the standards of limitation of human rights established by the Council of Europe and, specifically, by the CPT. In principle, it will go a long way to achieving this objective.

Recommendations.

Article 7. Regime in preliminary detention facilities- inserts the phrase ‘including with the use of printed booklet written in an understandable language’ in respect of prisoners receiving an explanation of the rights, duties and requirements of the regime. Recommend the insertion of - Where the booklet is not available in a language that is understood by a foreign national or he or she does not understand the contents, all reasonable efforts shall be made to ensure that the contents are explained to him or her in a language that he or she understands. Where a prisoner is unable to read or is unable to understand the contents of the booklet the Governor shall take all reasonable measures to ensure that the prisoner's entitlements, obligations, and privileges under the Rules are explained to him or her as soon as is practicable.

Article 9. Rights of detainees – inserts the provision that prisoners receive explanation of the rules ‘procedure for access to legal and medical aid, including with the use of a printed booklet written in an understandable language’ that they ‘receive copies of documents that relate to the exercise of their rights, within five days upon request of the detainee – recommend that this should not be only ‘on request’ and should be automatically provided and not ‘at his/her own expense’.

Article 9. Allows that prisoners may ‘have documents, photographs and records except for those that are intended for escaping from custody or preparation of any other offences’. Recommend that this section is clarified. I assume it means documents etc. which could assist or aid an escape attempt.

Consideration should be given to inclusion of a section under Article 9 relating to current affairs, sport and other developments in that – the Governor shall, in so far as is practicable

and subject to the maintenance of good order and safe and secure custody, provide such facilities as he or she considers appropriate, to enable a prisoner to be kept informed in relation to current affairs and developments outside the prison of a sporting, cultural or other nature and such facilities may include newspapers and other periodicals, radio and television.

Article 13. Deals with correspondence and telephone conversations of prisoners. Correspondence received by detainees may be checked on the basis of individual risk assessment in exceptional cases, when there are due reasons to believe that it contains prohibited items or information which may be used for the regime infringement. Correspondence sent by detainees shall not be subject to check - as a rule. Correspondence may be checked only in presence of the detainee. Recommendation – while the principles in this section of Article 13 are commendable, some consideration need to be given to correspondence sent by prisoners. It is noted that – as a rule such correspondence will not be subject to check, however there are many grounds to check such correspondence: i.e. if it is threatening in nature; if the letter sent to the person for whom it was intended, could cause serious offence or distress to that person or other persons or there could be an interference with the course of justice; if the prisoner has not adequately identified himself or herself as the sender of the letter (that is an anonymous letter); if the person for whom it is intended has informed the Governor that he or she does not wish to receive letters from the prisoner; if it would facilitate or encourage the commission of a criminal offence or hamper the prevention, detection, investigation or prosecution of a criminal offence; if it could give rise to a legal action by a third party against the Governor or the authorities; if it is contrary to the interests of national security; if it is contrary to the interests of the security, good order and government of the prison or if it infringes the rights and freedoms of another person (including the right to privacy of another prisoner).

Correspondence received from state authorities, institutions and state organisations shall not be subject to review. The administration of the preliminary detention facility shall notify the detainees of the receipt of such correspondence and shall obtain written confirmation of such notification, which shall be attached to personal files of the detainees. Recommendation: While fully respecting this principle, as a safeguard to prison security and good order it would be acceptable to state that : A letter sent to a prisoner by a person or body referred to in this Rule shall be given to the prisoner without delay and shall not be examined to any greater extent than is necessary to determine that it is such a letter. If any such letter is to be examined, it shall only be opened in the presence of the prisoner to whom it is addressed.

Correspondence which detainees address to the Verkhovna Rada Commissioner for Human Rights, European Court of Human Rights, and to any other competent bodies of international organisations in which Ukraine is a member or a participant, or to authorised officials of such international organisations shall not be subject to check and shall be sent to the intended address within a days upon its submission. Correspondence received by detainees from the bodies and officials specified above shall not be subject to check. Correspondence which detainees address to their defence attorney in the criminal proceedings, who acts under the applicable provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine, shall not be subject to check and shall be sent to the intended address within a day upon its submission. Correspondence received by detainees from such defence attorney shall not be subject to check. Recommendation – it may be easier to provide a ‘prescribed’ list of persons/organisations to which this provision will apply, something along the lines of:

A prisoner shall, be entitled to send a letter to, or receive a letter from any one or more of the following persons or bodies:

- his or her legal adviser,
- a member of associations of citizens (as mentioned in Article 25 of Draft Law 2252a)
- the Minister,
- (List of Court Presidents – i.e. the Chief Justice, the President of the district Court etc.
- the European Court of Human Rights,
- the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, known as CPT,
- the Inspectorate body (?) of Prisons,
- the Human Rights Commission,
- the International Committee of the Red Cross.

A letter from a prisoner intended for a person or body referred to shall be sent to that person or body without delay and shall not be opened before it is so sent.

It is recommended that provision is made that the prison authorities pay for a minimum number of telephone calls rather than ‘Telephone conversations shall be paid by personal money of detainees, their relatives’. Contact with family should not be dependent on the means to pay.

Under Article 15. - Sanctions that may be imposed on detainees, - Safeguards are robust - The head of the facility may transfer a detainee who has severely infringed the detention regime into a punishment cell for up to three days until the disciplinary commission makes its decision, if the detention regime was severely infringed in the state of alcohol or drug intoxication, or through participation in a conflict situation or a fight Recommendation – See comments on solitary confinement under Article 132.

Final Conclusion and Recommendation.

Adoption of the draft laws is aimed to bring the legislation of Ukraine that governs the procedure and conditions of detainees to the standards of limitation of human rights established by the Council of Europe and, specifically, by the CPT. In principle, it will go a long way to achieving this objective.

However – the determining factor is in how these laws will be applied, they need to be applied ‘in the spirit of the law’ rather than just ‘in the letter of the law’. When one obeys the letter of the law but not the spirit, one is obeying the literal interpretation of the words (the "letter") of the [law](#), but not necessarily the *intent* of those who wrote the law. Conversely, when one obeys the spirit of the law but not the letter, one is doing what the authors of the law intended, though not necessarily adhering to the literal wording. Intentionally following the letter of the law but not the spirit may be accomplished through exploiting [technicalities](#), [loopholes](#), and ambiguous language.

It is noted that much of the legislation requires that ‘The procedure shall be defined by applicable regulations of the Ministry of Justice of Ukraine’. It is these procedures which will determine if these draft laws achieve their stated objective.

General Recommendations: In several places the word ‘*punishment*’ is used in relating to a person being cbeing sentenced to a term in prison. It is recommended that the term ‘*imprisonment*’ be used instead of ‘*punishment*’.

Annexe n° 3

Plan d'action relatif à la réalisation de la Stratégie nationale dans le domaine des droits de l'homme à horizon de 2020 adopté par arrêté du Cabinet des ministres de l'Ukraine du 23 novembre 2015, n° 1393-p (la partie sur les droits des détenus)

Appendix
to ordinance of the Cabinet of Ministers of Ukraine
dated November 23, 2015 No. 1393-p

Penitentiary-related provisions of the Human Rights Action Plan (translation with the support of the Council of Europe)

Chapter 1. The efficient system aimed at countering criminal actions against human life, their prevention and punishment, compensation for families of victims has been established.

- | | | | |
|---|--|-----------------|--|
| 1) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine the draft law on ratification of the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes. | The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine. | IV quarter 2016 | Ministry of Foreign Affairs
Ministry of Justice
The European Union
Advisory Mission in Ukraine
(upon consent) |
| 4) To develop legal framework for introduction of the mechanism for implementation of the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes (meaning establishment of the national fund for compensation of victims of violent crimes which will guarantee compensation of damage to victims of such crimes (including their families)) if compensation cannot be received from persons who committed such crimes, providing that such fund shall be formed at the expense of revenues from punishment in the form of penalty or corrective labour as well as from the state budget; | The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine. | IV quarter 2016 | Ministry of Justice
Ministry of Social Policy
Ministry of Internal Affairs
State Judicial Administration
(upon consent)
Centre of Policy and Legal Reforms (upon consent) |

Chapter 6. The effective system of investigation of crimes related to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, including forced disappearance, has been established.

- | | | | |
|---|---|-------------------------|--|
| <p>12) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine draft amendments to the Law of Ukraine "On the State Penal Service of Ukraine" with regard to establishment and introduction of the institute of whistleblowers of improper treatment in facilities of the SPS of Ukraine;</p> <p>to establish proper and sufficient guarantees for protection of "whistleblowers" against any negative consequences associated with their testimony at the level of legislation;</p> <p>to inform the staff of the SPS of Ukraine of zero tolerance of improper treatment of people kept in penitentiary and pre-trial detention facilities;</p> <p>to provide for incentive mechanisms for the staff of the SPS of Ukraine with regard to informing of cases of improper treatment by their colleagues or upon their implied assent;</p> <p>to take into consideration recommendations of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on these issues, in particular those specified in Clause 116 of the Report on the Visit to Ukraine in 2013.</p> | <p>The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.</p> | <p>IV quarter 2016</p> | <p>Ministry of Justice
State Penitentiary Service</p> |
| <p>13) To develop and introduce amendments to the Procedure for Granting Medical Aid to the Sentenced to Imprisonment approved by the order of the Ministry of Justice and the Ministry of Health dated August 15, – 014 No. 1348/5/572, and other relevant acts in order to ensure that:</p> | <p>The order has been issued.</p> | <p>III quarter 2016</p> | <p>Ministry of Justice
State Penitentiary Service
Kharkiv Human Rights
Protection Group (upon consent)</p> |

14) To develop amendments to the Law of Ukraine "On Pre-Trial Detention" regarding access of representatives of the public and other independent entities to pre-trial detention facilities as well as granting them the opportunity of photo and video recording of evidence of improper detention conditions or treatment.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	III quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service Kharkiv Human Rights Protection Group (upon consent)
--	--	------------------	---

Chapter 7. Ensuring the efficiency of remedies for each person who suffered from improper treatment.

6) To amend the order of the Ministry of Justice of Ukraine dated July 03, 2013. No. 1325/5 "On Approving the Regulations on the Territorial (Interregional) Paramilitary Unit of the State Penal Service of Ukraine" with account of recommendations of international and national institutions, i.e. to exclude non-relevant current functions which have to be performed by penitentiary facilities themselves, in particular conducting search of living and production areas, personal items of the convicts etc.; ensuring law and order, observance of the procedure for execution of punishment and service of sentence in penitentiary and pre-trial detention facilities and their adjacent territory (except for cases of mass riots and/or other special cases) established by the law and other regulatory acts.	The order has been issued.	II quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service Kharkiv Human Rights Protection Group (upon consent)
--	----------------------------	-----------------	---

- 7) To develop regulatory acts on amending the Internal Rules of Conduct of Pre-Trial Detention Facilities of the SPS and the Internal Rules of Conduct in Penitentiary Facilities, and the Instruction on Arrangement of Review of Correspondence (Mail) of People Kept in Penitentiary and Pre-Trial Detention Facilities approved with the order of the Ministry of Justice dated July 2, 2013 No. 1304/5, as well as the Criminal Penal Code of Ukraine regarding establishment of the new system for giving of outgoing correspondence by convicts and the detained which would include a separate independent entity in charge of collecting correspondence from such persons (Ukrainian State Enterprise of Posts "Ukrposhta").
- The relevant orders have been issued.
- The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.
- I quarter 2017
- Ministry of Justice
State Penitentiary Service
Kharkiv Human Rights Protection Group (upon consent)
- 8) To install in all penitentiary and pre-trial detention facilities mail boxes access to which shall be granted only to the entity in charge of collecting correspondence; to make mail boxes and correspondence therein inaccessible for administration of the penitentiary and pre-trial detention facilities.
- Special mail boxes have been installed in all penitentiary and pre-trial detention facilities.
- I quarter 2017
- State Penitentiary Service
- 9) To develop draft amendments to legislative acts and departmental regulatory acts in order to bring the legal framework on application of force and means of restraint in penitentiary facilities into compliance with international standards. To establish grounds for application of means of restraint (with regard to each of its types separately) in compliance with the European Prison Rules
- The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.
- The order on amending relevant departmental acts has been issued.
- June 2017
- Ministry of Justice
Ministry of Internal Affairs
State Penitentiary Service
Security Service of Ukraine (upon consent)
The EU Advisory Mission (upon consent)
- (§ 65) and Reports of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on the Visit to Ukraine in 2002 (§102), in 2009 (§85), in 2012 (§§ 23, 31, 32, 49).

10) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine the draft law on amending the Law of Ukraine "On Pre-Trial Detention" and the Criminal Penal Code of Ukraine establishing guarantees of enabling convicts and the detained to call public authorities and public institutions free of charge and confidentially.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	II quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service Kharkiv Human Rights Protection Group (upon consent) The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
11) To develop amendments to the Code of Criminal Procedure, Code of Civil Procedure, Code of Economic Procedure, procedural laws of different areas of justice with regard to grounds and the procedure for direct participation of convicts and the detained in the court hearing, taking into account the decision of the Constitutional Court of Ukraine upon application of A. P. Troian dated April 12, 2012	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	II quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service State Judicial Administration (upon consent) The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
12) To develop draft law on amending the Criminal Penal Code of Ukraine regarding the mechanism for efficient exercise of the prisoners' and convicts' right to legal aid according to the Law of Ukraine "On Legal Aid" which shall enable participation of the defender in review of issues on application of disciplinary penalties, deterioration of detention conditions and application of incentive provisions (Articles 81, 82 of the Criminal Code of Ukraine) as well as in preparation for such review.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	II quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
To provide the possibility of confidential Internet meetings between convicts or the detained and their defenders. 13) To develop and introduce amendments to the Internal Rules of Conduct of Pre-Trial Detention Facilities of the SPS and the Internal Rules of Conduct of Penitentiary Facilities in order to enable the detained and convicts to file confidential online complaints of improper treatment	The order has been issued.	II quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service Ministry of Finance

Chapter 8. Compensation of damage and rehabilitation of victims of crimes related to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is provided in accordance with international standards.

1) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine the draft law on establishing the procedure for compensation of damage to people who have been subject to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; to define proper compensatory measures for such people, their precise amount and application procedure.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	III quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
2) To develop the draft law on establishing preventive complaint institute for people kept in improper conditions in detention facilities and subject to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; to provide the possibility of urgent involvement of experts in order to record improper detention or treatment conditions in order to guarantee evidence of such conditions further on; to develop and provide for content and procedure for effective urgent measures of judicial preventive response with regard to people kept in improper conditions or subject to improper treatment in order to make further detention in such conditions impossible.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	IV quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service
3) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine the draft law on amending the Law of Ukraine "On the State Penal Service of Ukraine" which shall provide for: independence of the medical service of the Penitentiary Service of Ukraine at the central and territorial levels, at the level of medical departments of penitentiary and pre-trial detention facilities by elimination of subordination of medical staff to other personnel of the State Penal Service	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	IV quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service

4) To amend the applicable laws regarding transfer of convicts to medical institutions outside penitentiary and pre-trial detention facilities in order to guarantee free choice of a doctor and medical institution, and opportunities for convict or the detained to use such rights.	The order on amendments has been issued.	IV quarter 2016	Ministry of Justice Ministry of Health State Penitentiary Service Kharkiv Human Rights Protection Group (upon consent) The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
5) To amend order of the Ministry of Justice and Ministry of Health dated 15.08.2014 No. 1348/5/572 "On Approving the Procedure for Organizing Provision of Medical Aid to the Sentenced to Imprisonment" in order to permit release in exceptional cases if the convict does not have a disease specified in the List of Diseases Being a Ground for Submission of Materials on Release of the Convict from Subsequent Service of Sentence to Court (appendix 12 to	The order on amendments has been issued.	III quarter 2016	Ministry of Justice Ministry of Health State Penitentiary Service Kharkiv Human Rights Protection Group (upon consent) The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
the relevant order), with account of the general health conditions of the patient, in case it is incompatible with service of sentence according to the ECHR case-law.			
6) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine draft law on amending the Code of Criminal Procedure in order to guarantee the right of people who have been placed under detention as a pre-trial restriction to be released due to their health conditions according to the procedure established for convicts.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	II quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service

- 7) To develop a separate section on the preventive medicine (hygiene, prevention of infectious diseases, alcohol and drug addiction, suicide prevention etc.) with account of methodological recommendations of the State Penitentiary Service of Ukraine and introduction of the relevant amendments to the order of the Ministry of Justice and Ministry of Health No. 1348/5/572 dated 15.08.2014 "On Approving the Procedure for Organizing Provision of Medical Aid to the Sentenced to Imprisonment" in compliance with the standards established by the 3rd General Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.
- The order on amendments has been issued. IV quarter 2016
- Ministry of Justice
Ministry of Health
State Penitentiary Service
The European Union
Advisory Mission in Ukraine
(upon consent)
- 8) To resume implementation of the State Target Programme for Reform of the State Penal Service for 2013 – 2017 in terms of improvement of the confinement conditions in penitentiary and pre-trial detention facilities; to reschedule implementation of efforts on improvement of confinement conditions which haven't been fulfilled due to termination of the Programme.
- The implementation of the State Target Programme for Reformation of the State Penal Service for 2013 – 2017 has been resumed. I quarter 2016
- Cabinet of Ministers of Ukraine
Ministry of Justice
The European Union
Advisory Mission in Ukraine
(upon consent)
- 9) To develop and approve the strategy and action plan for gradual demilitarisation of the SPS of Ukraine, its immediate subordination to the Ministry of Justice of Ukraine and introduction of dynamic security methods in pre-trial detention and penitentiary facilities which would guarantee prevention of further decrease in the current level of attraction and prestige of work in the SPS of Ukraine and promote their increase.
- The strategy and action plan have been approved. III quarter 2017
- Ministry of Justice
State Penitentiary Service
The European Union
Advisory Mission in Ukraine
(upon consent)

<p>10) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine draft amendments to the Provision on the State Penitentiary Service of Ukraine approved with the resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated July 2, 2014, No. 225, and form a separate unit in the structure of the State Penitentiary Service of Ukraine with new personnel selected by means of the open competition which shall be in charge of proper execution of the ECHR judgements and shall guarantee taking efficient efforts of the general nature specified by the Government Commissioner for the ECHR and other additional efforts necessary to prevent further violations of provisions of the Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; shall ensure full implementation of recommendations of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in the penitentiary area.</p>	<p>The new unit in the structure of the State Penitentiary Service has been formed.</p>	<p>IV quarter 2016</p>	<p>Ministry of Justice State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)</p>
<p>11) To develop and adopt a new subordinate legal act to settle the issue of implementation of the ECHR judgements and recommendations of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment at the levels of the State Penitentiary Service of Ukraine, its territorial bodies and individual institutions which are subordinate thereto.</p>	<p>The draft regulatory act has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.</p>	<p>IV quarter 2016</p>	<p>Ministry of Justice State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)</p>
<p>12) To create a separate section on the official website of the State Penitentiary Service of Ukraine where free access shall be granted to all information (documents containing such information) regarding implementation of recommendations of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and ECHR judgements, including motions of the Government Commissioner for</p>	<p>Separate section with exhaustive information (documents containing such information) on execution of recommendations of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and ECHR judgements has been created on the</p>	<p>II quarter 2016</p>	<p>State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)</p>

<p>13) To develop and adopt the relevant order of the Ministry of Justice of Ukraine, and to install equipment necessary to introduce the electronic database of all convicts and the detained, and the internal communication system for reporting on regime issues (disciplinary practice, application of means of restraint and force, searches etc.) in each penitentiary and pre-trial detention facility. To ensure the possibility to trace changes in the information communicated via the electronic system by external and internal control entities.</p>	<p>The order of the Ministry of Justice has been issued. In each penitentiary and pre-trial detention facility the equipment necessary to introduce the electronic database of all convicts and the detained and the internal communication system has been installed.</p>	<p>I quarter 2017</p>	<p>Ministry of Justice Ministry of Finance State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)</p>
<p>14) To develop and introduce the automated risk assessment system in order to identify grounds for application of incentive provisions of the Criminal Code of Ukraine (Articles 81 and 82) and the Code of Criminal Procedure of Ukraine (Article 101); to provide regular risk re-assessment in view of the data collected in the process of sentence servicing.</p>	<p>The automated risk assessment system is functioning.</p>	<p>I quarter 2017</p>	<p>Ministry of Justice The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)</p>
<p>15) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine the draft law on amending the Criminal Executive Code of Ukraine, to develop and introduce amendments to the Rules of Internal Conduct of Penitentiary Facilities and the order of the Ministry of Justice of Ukraine dated February 08, 2012 "On Approving the Instruction on the Procedure for</p>	<p>The order on amendments has been issued. The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.</p>	<p>III quarter 2017</p>	<p>Ministry of Justice State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)</p>
<p>Distributing, Sending and Transferring Persons Sentenced to Imprisonment to Service Sentence, the Regulations on the Regional Commission for Distributing, Sending and Transferring Persons Sentenced to Imprisonment to Service Sentence, the Regulations on the Appeal Commission of the State Penitentiary Service of Ukraine for Distributing, Sending and Transferring Persons Sentenced to Imprisonment to Service Sentence" in terms of changing the procedure for primary and secondary</p>			

17) To develop draft law on amending the Law of Ukraine "On the State Penal Service of Ukraine" in terms of replacement of profit priorities of enterprises of the SPS of Ukraine with priorities of reintegration needs of convicts.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	III quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
19) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine the State Target Programme for Improvement of Engagement of Convicts and the Detained to Useful Purposeful Activity according to the standards of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.	The draft regulatory act has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	IV quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)

Chapter 9. The efficient functioning of the national preventive mechanism has been ensured.

1) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine the draft law on increasing efficiency of the national preventive mechanism by granting it additional competences with regard to ensuring implementation of its recommendations; to define competences for initiating disciplinary and other liability of officials guilty of improper treatment, and to take other urgent response measures which shall be compulsory for relevant officials.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	III quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service Commissioner for Human Rights of the Verkhovna Rada of Ukraine (upon consent) The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
--	--	------------------	---

14. Unsubstantiated and improperly executed arrest, detention without court decision became impossible.

1) To develop the draft law on amending certain legislative acts regarding regulation of criminal legal consequences of actual imprisonment of people who have been convicted before within the temporarily occupied territories as well as people who are released from these institutions. To provide guarantees of predictability and legal conformance with regard to the given people.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	II quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
2) To develop legal framework for regulation of operation of pre-trial detention facilities of the Security Service of Ukraine which de facto exist, in particular, relevant amendments to the Law of Ukraine "On Pre-Trial Detention", and to develop the Rules of Internal Conduct of the SSU detention facilities.	The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine. The order has been issued.	III quarter 2016	Ministry of Justice State Penitentiary Service Security Service of Ukraine (upon consent) The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)

Chapter 32. The right to privacy of the people kept in custody facilities upon court decision or decision of the administrative authority according to the law, in particular when psychiatric aid is granted on an involuntary basis, has been ensured.

1) To develop and submit for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine the State Target Programme for gradual reorganisation of collective detention system in penitentiary facilities to the cell detention system, and reduction in the acceptable planned admission down to 300 – 400 people per one penitentiary facility.	The draft regulatory act has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.	II quarter 2017	Ministry of Justice State Penitentiary Service The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
---	---	-----------------	--

- 2) To develop and approve regulatory act on the use of technical supervision and control tools in penitentiary and detention facilities by providing proper guarantees against unsubstantiated limitations of the right to privacy, with account of proposals introduced in the course of public discussion of the draft order "On Approving Regulatory Acts on Using Technical Supervision and Control Tools in Penitentiary and Detention Facilities".
- The order on amendments has been issued.
- II quarter 2016
- Ministry of Justice
State Penitentiary Service
Kharkiv Human Rights Protection Group (upon consent)
The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
- 3) To develop draft law on amending the Criminal Executive Code of Ukraine and draft order of the Ministry of Justice on free Internet meetings of convicts and the detained, with possible application of restrictions of their confidentiality in exceptional cases according to provisions of Part 2 of Article 8 of the Convention based on the individual and substantiated decision.
- The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.
The order of the Ministry of Justice has been issued.
- III quarter 2016
- Ministry of Justice
State Penitentiary Service
Kharkiv Human Rights Protection Group (upon consent)
The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
- 4) To amend the Internal Rules of Conduct of Pre-Trial Detention Facilities of the SPS and the Internal Rules of Conduct of Penitentiary Facilities so that closed visits (by means of the partition) of convicts and the detained would be an exception, and open visits (with possible physical contact) would be a rule with account of the ECtHR case-law requirements.
- The order of the Ministry of Justice has been issued.
- III quarter 2016
- Ministry of Justice
State Penitentiary Service
Kharkiv Human Rights Protection Group (upon consent)
The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
Ministry of Justice
State Penitentiary Service
- 5) To develop amendments to the Criminal Executive Code of Ukraine in order to increase frequency of visits at least up to once a week regardless of the security type and level of the penal institution; to estimate financial expenses necessary for implementation of such changes in order to
- The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine.
- II quarter 2016
- The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)
The European Union Advisory Mission in Ukraine (upon consent)

- | | | | |
|---|--|------------------|--|
| 6) To establish the capability for accompanied leave from the territory of pre-trial detention or penitentiary facility in connection with death or grave disease of close relative threatening life of the patient, for all categories of the detained and convicts. | The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine. | II quarter 2016 | Ministry of Justice
State Penitentiary Service
The European Union
Advisory Mission in Ukraine
(upon consent) |
| 7) To improve the Internal Rules of Conduct of Pre-Trial Detention Facilities of the SPS and the Internal Rules of Conduct of Penitentiary Facilities regarding the procedure for conducting search in penitentiary and pre-trial detention facilities in order to prevent regular searches without reasonable grounds or substantiated decision. | The order of the Ministry of Justice has been issued. | III quarter 2016 | Ministry of Justice
State Penitentiary Service
Kharkiv Human Rights
Protection Group (upon
consent)
The European Union
Advisory Mission in Ukraine
(upon consent) |

Chapter 7.4. The efficient justice system with regard to the minors has been introduced with account of international standards.

- | | | | |
|--|--|--------------------------------------|--|
| 1) To study best international practices in the sphere of juvenile justice. Based on the results of the study, to develop the draft law on criminal justice with regard to the minors, and determine special justice procedures for the minors in the procedural laws. | The draft law has been submitted for consideration to the Cabinet of Ministers of Ukraine. | IV quarter 2016 –
IV quarter 2017 | Ministry of Justice
State Judicial Administration
(upon consent)
State Penitentiary Service
The EU Advisory Mission in
Ukraine (upon consent) |
|--|--|--------------------------------------|--|

Bibliographie

En français

Ouvrages et thèses

Ahrens M.H., Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1844.

Auvergnon P., Guillemain C. Le travail pénitentiaire en question. Perspectives sur la justice, Paris, La documentation française, 2006.

Bebin X., Pourquoi punir? L'approche utilitariste de la sanction pénale. Préface de Slama A.-G., Paris, L'Harmattan, 200.

Beernaert M.-A., Manuel de droit pénitentiaire, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007.

Belda B., Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Bruxelles, Établissements Evile Bruylant, 2010.

Belda B., Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme, Montpellier Université Montpellier 1, 2007.

Bentham J., Dumont E., Tactique des assemblées législatives, suivie d'un traité des sophismes politiques : ouvrages extraits des manuscrits. Tome second, Paris, Bossange frères, libraires-éditeurs, 1822.

Boudon J.-O., Citoyenneté, République et Démocratie en France - 1789-1899: 1789-1899, Paris, Armand Colin, 2014.

Cabet M., Histoire populaire de la Révolution Française de 1789 à 1830. Tome 1, Paris, Pagnerre éditeur, 1839.

Céré J.-P., La prison, Paris, Dalloz, 2007.

Chabbal J., Changer la prison : la cause du parlement. L'intrusion parlementaire dans les politiques pénitentiaires françaises (1999-2009), Thèse, doctorat de sciences politiques, Paris, Université Paris-Dauphine, 2014.

Dabin J., Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 1952.

De Clermont-Tonnerre S., Analyse raisonnée de la Constitution Française décrétée par l'Assemblée Nationale, Paris, L'Imprimerie de Migneret, 1791.

De Vattel E., Questions de droit naturel et observations sur le Traité du droit de la nature de M. le Baron de Wolf, Berne, Société typographique, 1762.

Droit du travail en prison. D'un déni à une reconnaissance ? Sous la direction de Philippe Auvergnon, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2015.

Dupont L., Essai d'avant-projet de loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et l'exécution des peines privatives de liberté. Instituut voor strafrecht, Louvain, KUL, 1997.

Duroché J.-P., Pédron P., Droit pénitentiaire, 2e éd., Paris, Vuibert, 2013.

Enderlin S., Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés, Thèse, Paris, Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008.

El Tari K., Les sources internationales du droit pénitentiaire, Thèse de doctorat en droit, Poitiers, Université de Poitiers, 2004.

Falxa J., Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme, Thèse, Pau, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014.

Favard J., Les prisons, Paris, Flammarion, Coll Dominos, 1994.

Faugère G., L'accès des personnes détenues aux recours. Étude de droit administratif, Thèse en vue d'obtention du doctorat de l'Université de Toulouse, Toulouse, Université de Toulouse, 2015.

Faugeron C., Chauvenet A., Combessie P., Approches de la prison, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1996.

Ferber M., Enseigner en prison : entre contraintes ; incertitudes et expertises, Thèse pour le doctorat, Bordeaux, Université de Bordeaux 2, 2009.

François C., La juridictionnalisation des procès de l'exécution des peines, Thèse, Lille, Université de Lille 2, 2012.

Gontard P.-R., L'utilisation européenne des prisons ouvertes : l'exemple de la France, Thèse, Avignon, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2013.

Guastadini C., Droit pénal et droits de l'Homme. La dignité en prison : genèse et avènement, Paris, Editions Buenos Books International, 2010.

Hegel G.W., La science de la logique, tome second, Paris, Librairie Philosophique de Ladrange, 1859.

Hild B., La liberté de correspondance des personnes détenues : étude de la correspondance épistolaire en prison, Mémoire de recherche réalisé sous la direction des Pr. A. Darsonville et J. Fernandez, Année 2012–2013, Lille, Université Lille 2, 2013.

Herrera C.-M., La philosophie du droit de Hans Kelsen: une introduction, Québec, Presses Université Laval, 2004.

Herzog-Evans M., Droit pénitentiaire, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012.

Herzog-Evans M., Droit de l'exécution des peines. 5e éd., Paris, Dalloz, 2017.

Herzog-Evans M., La gestion du comportement du détenu: Essai de droit pénitentiaire, Paris, L'Harmattan, 1994.

Herzog-Evans M., Le juge de l'application des peines: Monsieur Jordain de la desistance, Paris, l'Harmattan, 2013.

Herzog-Evans M., L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé, Paris, L'Harmattan, 2000.

Hochmann T., Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression : étude de droit comparé, Paris, Pedone, 2012.

Jacq C., Vers un droit commun de la sanction — l'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Thèse de doctorat en droit, Paris, Université de Paris-Sud, 1989.

Kaczmarek L., La responsabilité pour fait normal : étude critique sur son originalité en matière civile extracontractuelle, Paris, Editions Publibook, 2012

Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion ? Sous la direction de Arnaud Deflou; avec les contributions de C. Allain, A. Deflou, J. Andriantsimbazovina... [et al.], Paris, Dalloz, 2010.

Lemire G., Grandeurs et limites des droits des détenus, La condition juridique du détenu, sous la direction de Pradel J., Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8, Paris, Editions Cujas, 1993, p. 61-69.

Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? , Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires. Sous la direction de Van der Plancke V., Van Limberghen G., Bruxelles, La Chartre, 2010.

Les systèmes pénitentiaires dans le monde. 2e éd., Céré J.-P., Japiassu C. E. (Eds), Paris, Dalloz, 2011.

Machelon J.-P., La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques, Paris, Presses de la Fondation Nationale Des Sciences Politiques, 1976.

Madelennat E., Le travail pénitentiaire à l'épreuve des droits de l'homme, Limoges, Université de Limoges, DEA de droit privé général et européen, 2007.

Mary P., Enjeux contemporains de la prison, Bruxelles, Publications de l'Université Saint-Louis Bruxelles, 2013.

Mathieu G., Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Marseille, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993.

Mbanzoulou P., La réinsertion sociale des détenus : l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires, Paris, L'Harmattan, 2000.

Merlin M., Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Troisième édition, Paris, Carnery, 1808.

Mezghani R., La condition juridique du détenu, Thèse pour le doctorat d'état, Paris, Université de droit, d'économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 1975.

Noali L., Les résistances carcérales du comment au pourquoi. Une approche juridique et pluridisciplinaire. Préface de Martine Herzog-Evans Martine. Postface de Reynald Ottenhof, Paris, L'Harmattan, 2012.

Observatoire international des prisons, Le nouveau guide du prisonnier, Paris, Editions de l'Atelier, 2000.

Peces-Barba G. Théorie générale des droits fondamentaux. Traduction de Ilié Antonio Pelé, présentation de Samir Naïr, Préface d'André-Jean Arnaud, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004.

Pédron P., La prison et les droits de l'homme, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

Péchillon E., Sécurité et droit du service public pénitentiaire, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.

Pinatel J., Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale, Melun, Imprimerie Administrative Melun, 1950.

Plawski S., Droit pénitentiaire, Lille, Publications de l'Université de Lille (P.U.L.), 1977.

Reynaud A., Les droits de l'homme dans les prisons, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1995.

Rolain M., Les limitations au droit de propriété en matière immobilière, Thèse pour le doctorat en Droit, Université Nice Sophia Antipolis, 2015.

Rubi-Cavagna E., Le respect de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu, Thèse, Montpellier, Université Montpellier I, 1995.

Sagliocco M., Le statut social des détenus : contribution à une théorie générale des droits, Thèse pour le doctorat d'état, Paris, Université de Paris 10, UER de Sciences juridiques et politiques, 1988.

Saint-James V., La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français. Thèse pour le Doctorat en Droit Public, Université de Limoges, Limoges, Presses universitaires de France, 1995.

Shea E., Le travail pénitentiaire, un défi européen: étude comparée, France, Allemagne, Angleterre, Paris, L'Harmattan, 2006.

Schmidt Noël A., La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, Thèse, Université de Neuchâtel, 2011.

Sujets de jurisprudence “Les droits de l’homme dans les prisons”, Strasbourg, Commission européenne des droits de l’homme, 1971.

Syr J.-H., Punir et réhabiliter. Préface de Dintilhac Jean-Pierre, Paris, Economica, 1990.

Tissot J., Introduction philosophique à l’étude du droit pénal et de la réforme pénitentiaire, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, éditeur 17, rue soufflot, 17, 1894.

Vacheret M., Lemire G., Anatomie de la prison contemporaine. Deuxième édition, Montréal, Les presses de l’Université de Montréal, 2007.

Van Drooghenbroeck S., La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme: prendre l’idée simple au sérieux, Bruxelles, Publications Fac St Louis, 2001.

Verdussen M., Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal. Préface de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 1995.

Vidal G., Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. Septième édition refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magno Quatrième édition, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1910.

Vidal G., Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. Septième édition refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magno, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1928.

Vimbert C., La tradition républicaine en droit public français, Rouen, Publication Université Rouen Havre, 1992.

Articles et chapitres d’ouvrages collectives

Allain C., Introduction. Le “droit des détenus”, sens et probabilité, *in* L’Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, O. De Schutter et D. Kaminski (eds), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, — pp. 7–13.

Auvergnon P. Une approche juridique comparée du travail pénitentiaire dans quelques pays européens, *in* Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 189-215.

Bartholeyns F., Béghin J., La loi de principes du 12 janvier 2005, vecteur de changements dans l’univers carcéral belge ? , *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2005, liv. 9–10, p. 862-893.

Beernaert M.-A., L’exécution des peines et mesures privatives de liberté en Belgique : le droit nouveau est-il vraiment arrivé ? , *in* L’exécution des condamnations pénales, sous dir. d’A. Masset, Liège, Commission Université-Palais, Université de Liège, Anthemis, 2008, p. 7-32.

Beliveau P., La condition juridique du détenu au regard de la Charte canadienne des droits et libertés, *in* La condition juridique du détenu. Sous la direction de Pradel J. Travaux de l’Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8, Paris, Editions Cujas, 1993, p. 145-195.

Benguigui G., La paranoïa pénitentiaire, Prisons sous tensions. Sous la direction de Benguigui G., Guilbaud F., Malochet G., Nîmes, Champ social éditions, 2011.

Boussard S., Le service public pénitentiaire, cadre de la reconnaissance des droits de la personne détenue, *in* Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, Paris, Dalloz, 2013, p. 24-38.

Céré J.-P., La procédure disciplinaire pénitentiaire à l’épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, *Actualité juridique pénal*, 2012, n° 10, p. 533-536.

Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E., Actualité jurisprudentielle du droit de l’exécution des peines, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 562-569.

Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E., Actualité du droit de l'exécution des peines, Recueil Dalloz, 2002, p. 110-118.

Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E., Droit de l'exécution des peines : panorama 2004, Recueil Dalloz, 2005, p. 995-1001.

Céré J.-P., Herzog-Evans M., La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence, Recueil Dalloz, 1999, p. 509-516.

Céré J.-P., Virage ou mirage pénitentiaire? — À propos de la loi du 24 novembre 2009, La Semaine Juridique Edition Générale, 2009, n° 50, p. 47-55.

Chovgan V., L'accès des détenus à internet devant la Cour EDH (commentaire de l'arrêt Kalda c. Estonie du 19 janvier 2016), Actualité juridique pénal, 2016, n° 4, p. 224-226.

Chovgan V., Le principe des limitations inhérentes à la détention: la valeur incertaine des Règles Mandela, Actualité juridique pénal, 2015, n° 12, p. 576-578.

Costa J.-P., Article 4, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires sous la direction de Conac G., Deben M., Teboul G., Paris, Economica, 1993, p. 101-113.

Danet J., Les conditions de détention et l'article 225-14 du code pénal, Recueil Dalloz, 2007, p. 2218-2223.

Danti-Juan M., L'absence de contrat de travail dans l'univers pénitentiaire, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1998, n° 1-2, p. 127-135.

David R., Le droit comparé, enseignement de culture générale, Revue internationale de droit comparé, 1950, Vol. 2, n°4, p. 682-685.

De Galembert C., Rostaing C., Ce que les droits fondamentaux changent à la prison. Présentation du dossier, Droit et Société, 2014, n° 87, p. 291-302.

De Jonge G., L'émancipation juridique des détenus aux Pays-Bas. Mise en oeuvre et développement du droit de plainte pénitentiaire, in L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 43-68.

De Suremain H., Genèse de la naissance de la "guérilla juridique" et premiers combats contentieux, in Défendre en justice la cause des personnes détenues vendredi 25 et samedi 26 janvier 2013, Slama S., Ferran N. (eds), Paris, La Documentation Française, 2014, p. 47-52.

Deflou A., La justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons : le Conseil d'Etat et les détenus, in Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion ? Sous la direction de A. Deflou. avec les contributions de C. Allain, A. Deflou, J. Andriantsimbazovina [et al.], Paris, Dalloz, 2010, p. 41-61.

Demonchy C., Que signifie punir quelqu'un en le privant de sa liberté ? , Revue de la FARAPEJ, 2010, n° 104, p. 1-6.

Dieu F., L'administration pénitentiaire : une force de sécurité intérieure ? , in Administration pénitentiaire et justice. Un siècle de rattachement. Sous la direction de P. Mbanzoulou et F. Dieu, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 143-166.

Dijon X., Prolégomènes: la protection sociale des détenus : pour quelle sécurité? , Van der Plancke V., Van Limberghen G., La sécurité sociale des (ex-) détenus et de leurs proches, Bruxelles, La Charte, 2008, p. 13-23.

Détienne J., Les droits fondamentaux des détenus et le droit belge, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2003, n° 3, p. 525-548.

Détienne J., Seron V., Politique pénitentiaire et droits des détenus en Belgique, Politiques pénitentiaires et droits des détenus. La protection des droits fondamentaux des détenus en droit national et international. P. J. P. Tak & M. Jendly (Eds), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 239-265.

Dupont L., Smaers G., Les nouvelles règles pénitentiaires européennes et la loi de principes de 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, *in* Une criminologie de la tradition à l'innovation (en hommage à Georges Kellens), Bruxelles, Éditions Larcier, 2006, p. 297-322.

Enderlin S., Droit constitutionnel et droit pénitentiaire. Les prémices de la protection constitutionnelle des personnes détenues, *in* Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement. Sous la direction de Pierre V. Tournier, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 49-61.

Exposé de M. Favard; Aubenas F., Bach J., Marrest P., Mécarry C., Bianchi V., Pelletier W., Sire-Marin E., Les détenus sont-ils des citoyens ? , Paris, Notes et documents de la Fondation Copernic, 2010.

Eudes M., La révision des règles pénitentiaires européennes, les limites d'un droit commun des conditions de détention, *Droits fondamentaux*, 2006, n° 6, p. 1-17.

Exposito W., Citoyenneté du détenu, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 1 (mars), p. 87-105.

Fatin-Rouge Stéfanini M., Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen, *Revue internationale de droit comparé*, 2007, n° 3, Vol. 59, p. 617-643.

Froment J.-C., Vers une "prison de droit" ? , *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1997, n° 3, p. 537-560.

Giudicelli-Delage G., Massé M., Rapport introductif, *in* La condition juridique du détenu, sous la direction de Pradel J., *Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers*, Volume 8, Paris, Editions Cujas, 1993, p. 11-35.

Gouttenoire A., Les droits de l'homme en prison, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 1, p. 107-116.

Grégory S., Gilles C., Le droit emprisonné ? , *Politix*, 2009, n° 87, p. 93-117.

Giudicelle-Delage G., Massé M., Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail, *Droit social*, 1997, n° 4 (avril), p. 344-346.

Hassenteufel P., L'État-providence ou les métaphores de la citoyenneté, *L'année sociologique*, 1996, n° 46.1, p. 127-149.

Herzog-Evans M., Droit. Citoyenneté. Prison, disponible sur : <http://www.revue-projet.com/articles/2002-1-le-droit-en-prison/#noteno6> (accédé le 27.01.2015).

Herzog-Evans M., Droit civil commun, droit européen et incarcération, *in* Droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, F. Sudre (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 241-298.

Herzog-Evans M., Droit commun pour les détenus, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1995, Vol. 3, p. 621-638.

Herzog-Evans M., Fouilles corporelles et dignité de l'homme, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, n° 4, p. 735-749.

Herzog-Evans M., La déjuridictionnalisation de l'application des peines, Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, Paris, Dalloz, 2013, p. 259-274.

Herzog-Evans M., La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 509-516.

Herzog-Evans M., La vie et le droit : usages et « groupes sociaux cohérents », *Revue de la recherche juridique*, 1998, n° 4, p. 1203-1222.

Herzog-Evans M., Le principe de légalité et la procédure pénale, *Petites affiches*, 6 août 1999, p. 4-13.

Herzog-Evans M., Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle « LJ-PJ-TJ », *AJ pénal*, 2016, mars, p. 130-132.

- Herzog-Evans M.*, Prisons : la France à nouveau condamnée par deux fois par la Cour européenne des droits de l'homme, *Actualité juridique pénal*, 2011 (février), p. 88-93.
- Herzog-Evans M.*, La révolution pénitentiaire française, *in* L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 17-41.
- Herzog-Evans M.*, La sécurité pénitentiaire est l'ennemie de la sécurité publique (Entretien réalisé par Stéphane Laurent), *Dedans Dehors*, 2009, n° 70-71 (décembre), p. 14-17.
- Herzog-Evans M.*, Le droit en prison, *Revue Projet*, 2002, n° 1 (n° 269), p. 87-95.
- Herzog-Evans M.*, Les droits de la défense et la prison. Actualité du droit pénitentiaire français, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, n° 1, p. 15-46.
- Herzog-Evans M.*, Les grandes lignes de la codification, *in* Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal (dir. M. Danti-Juan), *Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers*, ed., Paris, Cujas, 2006, p. 187-222.
- Herzog-Evans M.*, Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées, *Actualité juridique familiale*, 2009, n° 12, p. 484-486.
- Herzog-Evans M.*, Loi pénitentiaire No. 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative, *Recueil Dalloz*, 2010, n° 1 (janvier), p. 31-38.
- Herzog-Evans M.*, Une étude hollandaise démontre le lien entre équité processuelle et comportement des détenus, disponible sur : <http://herzog-evans.com/une-etude-hollandaise-demontre-le-lien-entre-equite-processuelle-et-comportement-des-detenus/> (accédé le 20.06.2016)
- Herzog-Evans M.*, Une loi pénitentiaire comme unique réponse au problème carcéral, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 1, p. 151-162.
- Herzog-Evans M.*, Vers une codification de l'exécution des peines, *Revue pénitentiaire et du droit pénal*, 2009, n° 1, p. 121-132.
- Herzog-Evans M.*, *Céré J.-P.*, *Péchillon E.*, Les avocats aux portes des prisons, *Recueil Dalloz*, chroniques, 14 septembre 2000, p. 481-484.
- Hottelier M.*, La démocratie contre les droits de l'homme ? , *in* Les droits de l'homme en évolution, Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas, Bruxelles, Athènes: Bruylant, Sakkoulas, 2009, p. 251-268.
- Hubert H.-O.*, *Van Der Plancke V.*, Peine et sécurité sociale : le jeu de la less eligibility, *in* Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 219-242.
- Jeanneau B.*, Juridicisation et actualisation de la Déclaration des Droits de l'Homme, *Revue de Droit public*, 1969, p. 635-653.
- Kaminski D.*, Droits des détenus, normalisation et moindre éligibilité, *Criminologie*, 2010, Vol. 43, n° 1, p. 199-226.
- Kaminski D.*, Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison, *in* L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 91-111.
- Labetoulle D.*, Regard du juge administratif, *in* La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 93-103.
- Landreville P.*, *Lemonde L.*, La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées : l'expérience canadienne, *in* L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la

reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 69-89.

Landreville P., Les détenus et les droits de l'homme, *Criminologie*, 1976, Vol. 9, n° 1-2, p. 107-117.

Landreville P., Les détenus et les droits de l'homme, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1978, p. 387-400.

Larralde J.-M., Les droits des personnes incarcérées : entre punition et réhabilitation, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2003, n° 2, p. 63-76.

Lebrun V. Les organes de concertation des détenus : approche de droit comparé, *in La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 83-89.

Lelieur J., L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne: une chance pour un droit probatoire français en crise?, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, n° 1, p. 590-601.

Leroyer A.-M., Famille du détenu — Vie privée et familiale, *Revue trimestrielle de droit civil*. Editions Dalloz, 2010, n°1436, p. 165-169.

Les droits du détenu et la Convention européenne des droits de l'homme, Séance de section du 9 mai 1981 (1), sous la présidence de Monsieur Ancel, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1981, n° 3 (juillet-septembre), p. 317-325.

Les droits sociaux du détenu, Séance de section du 13 mars 1982, sous la présidence de M. Ancel, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1982, n° 3, p. 267-283.

Le détenu citoyen, Séance de section du 22 avril 1989. Exposé de M. Favard, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1989, p. 255-279.

Lochak D., Défendre en justice la cause des détenus, défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences, *Défendre en justice la cause des personnes détenues. Colloque, CREDOF-CNCDH-OIP, 25-26 janvier 2013, Palais du Luxembourg. La Documentation française (ed.)*, Paris, Commission nationale consultative des Droits de l'homme, 2014, p. 91-99.

Marguénaud J.-P., L'ineffectivité du recours organisé par l'article D. 250-5 du code de procédure pénale contre les sanctions disciplinaires infligées aux détenus, *Revue de Science Criminelle*, 2011, n° 3, p. 718-721.

Martucci F., Le détenu-citoyen, *in Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Paris: Dalloz, 2013, pp. 217-231.

Mary P., La nouvelle loi pénitentiaire. Retour sur un processus de réforme (1996-2006) // *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2006, n° 11 (1916), p. 5-51.

Mbanzoulou P. "Dangerousness" La "dangerosité", *in M. Herzog-Evans (ed.)*, *Transnational criminology manual*, Volume I, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, p. 109-112.

Morange J., Introduction générale, *in La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 13-24.

Moreau T., Le regard des détenus sur le droit à la sécurité sociale, *in Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires. Sous la direction de Van der Plancke V., Van Limberghen G.*, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 167-174.

Nève M., Les droits de l'homme en amont et en aval du procès pénal, *in Le point sur les droits de l'homme. Vol. 39. Scholsem J.-C. (coord.)*, Liège, Edition Formation Permanente CUP, 2000, p. 31-72.

Pauliat H., Synthèse, *in La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2013, p. 159-165.

- Pélisse J.*, *Judiciarisation ou juridicisation ?*, Politix, 2009, n° 2 (n° 86), p. 73-96.
- Philippe P.*, *Repenser la peine de prison après la loi du 24 novembre 2009*, Pouvoirs, 2010, n° 135, p. 149-158.
- Pinard D.*, *La promesse brisée de Oakes*, in *Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The Limitation of Charter Rights : Critical Essays on R. v. Oakes*. sous la direction de Luc B. Tremblay et Grégoire C. N. Webber, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 131-154.
- Pradel J.*, *Aperçus sur le droit pénitentiaire comparé*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2009, n° 2, p. 423-432.
- Renaut M.-H.*, *Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste un citoyen à part entière*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 265-277.
- Richardson G.* *Des droits aux attentes*, in *L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 189-211.
- Seriaux A.*, *Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1979, p. 453-376.
- Rivero J.*, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789*, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25–26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 75-96.
- Rostaing C.*, *Processus de judiciarisation carcérale : le droit en prison, une ressource pour les acteurs ?*, *Droit et Société*, 2007, n° 67, p. 577-595.
- Salas D.*, *La réforme pénale : un tournant du quinquennat*, *Justice et prison : Entre la sécurité et le droit*, Paris, Etudes hors-série, 2012, p. 53–63.
- Sens de la peine et droits de l'homme*, Actes du colloque international inaugural de l'École Nationale d'Administration Pénitentiaire, Agen, École Nationale d'Administration Pénitentiaire, 2000.
- Seron V.*, *La loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus : vers la fin d'un non-droit ?*, *Journal des Tribunaux*, 2006 (30 sept.), p. 553-563.
- Shea E.*, *Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne*, *Déviance et Société*, 2005, n° 3, Vol. 29, p. 349-365.
- Simonin A.*, *Être non citoyen sous la Révolution Française. Comment un sujet de droit perd ses droits*, Raymonde Monnier (dir.), *Citoyens et citoyenneté sous la Révolution française*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 289-305.
- Slama S.*, *Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlisement du statut constitutionnel des personnes détenues*, *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, disponible sur : <http://revdh.revues.org/652> (accédé le 27.01.2015)
- Snacken S.*, *“Normalisation“ dans les prisons : concept et défis. L'exemple de l'Avant-projet de la loi pénitentiaire belge*, in *L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*. De Schutter O., Kaminski D. (Eds.), Bruxelles, Bruylant, 2002. — pp. 133–152.
- Spielmann A.*, *Les détenus et leurs droits (de l'homme)*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire ; Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 777-788.
- Tchen V.*, *Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire*, *Revue Française de Droit Administratif*. — 1997, disponible sur : www.dalloz.fr (accédé le 01.07.2016)

Tiedemann K., La protection des droits des détenus, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, oct.-déc, 1962, n° 1, Reprint Schmidt Periodicals GMBH, 1990, p. 489-503.

Touillier M., L'effectivité des droits des personnes détenues à l'aune des évolutions récentes du droit français, in *Enfermements. Populations, Espaces, Temps, Processus, Politiques*. Sous la direction de Tournier P. V., Préface de Serge Blisko, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 159-171.

Touraut C., Étude dynamique des rapports à la citoyenneté d'acteurs incarcérés, *Champ pénal/ Penal field* [Online], 2005, Vol. II., disponible sur : <http://champpenal.revues.org/453> (accédé le 30.01.2015).

Trechsel S., Droits de l'homme des personnes privées de leur liberté. Les droits des détenus, in *Droits des personnes privées de leur liberté : égalité et non-discrimination*, 7e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Copenhague-Oslo- Lund, Conseil de l'Europe, 1990, p. 33-60.

Tulkens F., Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, in *L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*. De Schutter O and Kaminski (eds), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 249-288.

Tzitzis S., Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2010, n°1, p. 205-222.

Valloton A., La protection de la dignité en prison — brève approche analytique des agences de régulation en Europe, in *L'Administration pénitentiaire face aux principes de la nouvelle gestion publique. Une réforme en question(s)*, Sous la direction de J.-C. Froment et M. Kaluszynski, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2011, p. 203-213.

Van der Plancke V., Van Limberghen G., La justice sociale ne saurait s'arrêter à la porte des prisons. Le (non) droit des détenus à la sécurité sociale en Belgique, in *Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires, Bruxelles, La Chartre*, 2010, p. 49-98.

Rapports et autres documents

Actes du Congrès pénitentiaire international de Budapest. Septembre 1905. Procès-verbaux des séances. Volume I. Publiés sous la direction de J. Rickl de Bellye par Dr. Guillaume, Budapest et Berne, Imprimerie Stampfli & Cie., 1907.

Actes du Congrès pénitentiaire international de Rome. Novembre 1885. Tome Premier, Rome, Imprimerie des «Mantellate», 1887.

Amendement No. 289 (Rejeté). Discuté en séance le 16 septembre 2009, disponible sur : <http://2007-2012.nosdeputes.fr/amendement/1899/289> (accédé le 28.01.2015).

Assemblée Nationale, Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No. 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, par M. J.-P. Garraud.

Avis du Conseil central de surveillance pénitentiaire, 2017-07.

Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 20 juin 2011 relatif à l'accès à l'informatique des personnes détenues // *Journal officiel de la République Française*, 2011, 12 juillet, texte 82 sur 134.

Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 13 juin 2013 relatif à la possession de documents personnels par les personnes détenues et à l'accès de celles-ci aux documents communicables NOR : CPLX1317489V.

Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour. Tome 8. Années 1791–1792, Paris, Alexis Eymery, Libraire de la Minerve française et Correard, 1819.

- Commentaire de Décision No. 2013-320 /321 QPC du 14 juin 2013 (M. Yacine T. et autres) (Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées), disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013320_321QPCccc_320qpc.pdf (accédé le 26.11.2016)
- Commission nationale consultative des droits de l'homme. Les droits de l'homme dans la prison. Volume 1, Paris, La Documentation française, 2007.
- Commission consultative nationale des droits de l'Homme, avis sur le projet de loi pénitentiaire adopté par l'Assemblée plénière le 6 novembre 2008.
- Conseil d'Etat L'administration pénitentiaire et le juge administratif (août 2014). Dossier thématiques : L'état du droit, p. 4, http://www.conseil-etat.fr/content/download/33120/287166/version/2/file/Dossier%20thematique_Administration%20penitentiaire.pdf (accédé le 29.11.2016).
- Etude sur le projet de la loi pénitentiaire. Commission nationale consultative des droits de l'homme, disponible sur: http://prison.eu.org/IMG/pdf/Etude_CNCDH_projet_de_loi_penitentiaire.pdf (accédé le 28.06.2016)
- Etude sur les droits de l'homme dans la prison Propositions [Adoptée par l'assemblée plénière du 11 mars 2004].
- La France face à ses prisons, rapport de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, 2000 et Prisons : une humiliation pour la République, rapport de la Commission d'enquête du Sénat, Document du Sénat, No. 449, 2000.
- La France face à ses prisons, rapport (n° 2521, Xme législature) de M. Jacques Floch au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la situation dans les prisons françaises.
- Le Congrès pénitentiaire international de Stockholm. 15–26 Août 1878. Comptes-Rendus des séances. Publiés sous la Direction de la Commission pénitentiaire internationale par le Dr. Guillaume, Stockholm, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1879.
- Le Conseil central de surveillance pénitentiaire, Rapport annuel 2011-2014, p. 89 / https://5058.f2w.fedict.be/fr/system/files/jv_ctr_g_fr-sans_chiffres.pdf (accédé le 08.11.2017)
- Mémoire présenté au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, au sujet de l'étude du projet de loi C-10, Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel et d'autres lois. Février 2012, Ottawa, Réseau juridique canadien VIH/sida, 2012.
- L'Observatoire international des prisons (section belge), Notice 2016, p. 51-61 / <http://oipbelgique.be/fr/wp-content/uploads/2017/01/Notice-2016.pdf> (accédé le 07.11. 2017).
- Le réseau contentieux pénitentiaire, Rapport sur les contentieux pénitentiaires en Belgique / http://www.prisonlitigationnetwork.eu/?page_id=601&lang=fr#_ftn50 (accédé le 07.11. 2017)
- Position du Genepi sur la loi pénitentiaire de 2009 Adoptée par l'assemblée générale du 12 juin 2010 suite à un travail de consultation et de concertation, par boucles mail, avec l'ensemble des bénévoles de l'association , disponible sur : <http://www.genepi.fr/upload/files/2009%20-%20Position%20du%20Genepi%20sur%20la%20loi%20p%C3%A9nitentiaire%20de%202009.pdf> (accédé le 28.01.2015)
- Rapport Commission Dupont, Doc. parl., Ch. repr., 2000–2001, Doc 50 No. 1076/001.
- Rapport (n° 143, session ordinaire de 2008-2009) de M. Jean-René Lecerf, au nom de la commission des Lois du Sénat sur le projet de loi pénitentiaire.
- Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Assemblée nationale, le 28 juin 2000.

Rapport du Comité d'examen du Service correctionnel du Canada "Feuille de route pour une sécurité publique accrue", Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2007.

Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du CPT relatif à la visite effectuée en France du 15 au 27 novembre 2015 (CPT/Inf (2017) 8).

Observations finales du Comité des droits de l'homme 93ème session CCPR/C/FRA/CO/4 du 22 juillet 2008 recommandation No. 16.

5ème Congrès Pénitentiaire International. Paris-1895, Melun, Imprimerie Administrative, 1897.

En anglais

Ouvrages et thèses

A Compendium of Comparative Prison Legislation Researched by Adam Stapleton and Dirk van Zyl Smit with Dilafruz Nazarova, London, Penal Reform International, 2008.

Abels D., Prisoners of the International Community: The Legal Position of Persons Detained at International Criminal Tribunals, The Hague, Asser Press, 2012.

Alexy R., A Theory of Constitutional Rights, translated by J. Rivers, New York, Oxford University Press, 2004.

Arai-Takahashi Y., The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Antwerpen-Oxford-New York, Innersintia, 2001.

Ashchenko O., *Chovgan V.*, Ukrainian Penitentiary Legislation in the Light of the Standards of the UN and Council of Europe Anti-Torture Committees. Preface by M. Gnatovskyy. Ed. by E. Zakharov, Kharkiv, Prava Ludyny, 2014, disponible sur : <http://library.khpg.org/files/docs/1413663931.pdf> (accedé le 01.07.2017).

Bageric M., Punishment & Sentencing: A Rational Approach, London, Routledge, 2001.

Barak A., Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Bastick M., Women in Prison: A Commentary on the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Geneva, The Quaker United Nations Office, 2008.

203.

Bailey S. H., Cases, Materials and Commentary on Administrative Law. 4th ed, London, Sweet & Maxwell, 2005.

Bentham J., Principles of Penal law. Book II, The works of Jeremy Bentham, now first collected: under the superintendence of His Executor, John Bowring, Edinburgh, William Tait, 78 Prince's Street, 1838.

Boston J., *Manville D. E.*, Prisoners' Self-help Litigation Manual, New York, Oxford University Press, 2010.

Bottoms A., *Hay W.*, *Sparks R.*, Prisons and the Problem of Order, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Bülow W., Ethics of Imprisonment: Essays in Criminal Justice Ethics. Licentiate Thesis in Philosophy, Stockholm, US-AB, 2014.

Christie N., Limits to Pain, Oxford, Martin Robertson, 1981.

Christoffersen J., Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, The Hague, BRILL, 2009.

Cooper J., Understanding Human Rights Principles, Portland, Hart Publishing, 2001.

Crétenot M., From National Practices to European Guidelines: Interesting Initiatives in Prisons Management / European Prison Observatory, Rome, Antigone Edizioni, 2013.

David R., *Brierley J.*, Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law. 2nd ed., New York, The Free Press, 1978.

Davis H., Human Rights Law : Directions. 3rd edition, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Davis K. C., Administrative Law of the Eighties, Supplement to Administrative Law Treaties, San Diego, K. C. Davis Pub. Co., 1989.

De Leo J., Administrative Law, New York, Cengage Learning, 2008.

- Dijk P., Hoof G. J. H.*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 2nd edition, Boston, Kluwer, 1990.
- Dijk P., Hoof G. J. H., Van Hoof J. G. F., Heringa A. W.*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 3rd edition, The Hague, Kluwer Law International, 1998.
- Dimitrakopoulos I. G.*, Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Doebbler C. F.*, International Human Rights Law: Cases and Materials, Volume 1, Washington, CD Publishing, 2004.
- Duguid S.*, Can Prisons Work : the Prisoner as Object and Subject in Modern Corrections, Toronto, University of Toronto Press, 2000.
- Easton S.*, Prisoners' Rights: Principles and Practice, New York, Routledge, 2011.
- Easton S., Piper C.*, Sentencing and Punishment: The Quest for Justice, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Evans M. D., Morgan R.*, Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context, New York, Oxford University Press, 1999.
- Ewald A. C., Rottinghaus B.*, Criminal Disenfranchisement in an International Perspective, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Farrell D.*, Correctional Facilities: Prisoners' Visitation Rights, the Effect of *Overton v. Bazetta* and *Lawrence v. Texas*, *Georgetown Journal of Gender and Law*, 2004, Vol. 5, p. 167-174.
- Foster S.*, Human Rights and Civil Liberties: 2008 and 2009. 2nd ed., New York, Oxford University Press, 2008.
- Foster S.*, Q & A Revision Guide: Human Rights and Civil Liberties 2012 and 2013. 4th ed., New York, Oxford University Press, 2012.
- Ghedia J.*, Prisoners: Rights, Rhetoric and Reality, A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Laws in the Faculty of Graduate Studies, the University of British Columbia, Vancouver, University of British Columbia, 2002.
- Giovannini N., Zingoni M.*, Belgium — Country Report. Imprisonment in Europe, Brussels, European Commission, 2013.
- Goffman E.*, Asylums : Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates, London, Penguin Books, 1961.
- Gomien D., Harris D. J., Zwaak L.*, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Strasbourg, Council of Europe, 1996.
- Goss R.*, Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014.
- Greer S.*, The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects, New York, Cambridge University Press, 2006.
- Greer S.*, The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Human Rights Files No. 17, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000.
- Guild E., Minderhoud E. P.*, Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Hampton J.*, Hobbes and the Social Contract Tradition, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- Heinze E.*, The Logic of Constitutional Rights, Surrey, Ashgate Publishing Company, 2005.
- Hievert J. E.*, Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1996.

- Holmes S., Soothill K.*, Dangerous Offenders and Dangerousness, in *Handbook on Prisons*. Ed. by Jewkes Y., Cullompton, Willan publishing, 2007, p. 589-607.
- Howard J.*, *State of the Prisons in England and Wales with Preliminary Observation, and an Account of Some Foreign Prisons*, Warrington, William Eyres, 1777.
- Hudson D. L.*, *Prisoners' Rights*, A. Marzilli (Consulting Editor), New York, Chelsea House Publishers, 2007.
- Hulme K. C.*, *The Unnatural Likeness of Deference: the Supreme Court of Canada and the Democratic Process*. A thesis for the degree of Doctor of Philosophy, Ontario, Queen's University Kingston, 2011.
- Institutional Culture in Detention: A Framework for Preventive Monitoring*. Association for the Prevention of Torture, Penal Reform International. 2nd ed., London, PRI, APT, 2015.
- Jacobs F. G.*, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- Jacobs F. G., White R. A.*, *The European Convention on Human Rights*. 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1996. — pp. 300–302.
- Lazarus L.*, *Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Leech M.*, *The Prisons Handbook 2007: The Definitive 800 Page Annual Guide to Prisons in England and Wales*, Prisons.Org.Uk Ltd., 2008.
- Liebling A.*, *Prisons and Their Moral Performance: a Study of Values, Quality, and Prison Life* (assisted by Arnold H.), Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Lippke R. L.*, *Rethinking Imprisonment*, New York, Oxford University Press, 2007.
- Livingstone S., Owen T., Macdonald A.*, *Prison Law*. 3rd edition, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Livingstone S., Owen T., Macdonald A.*, *Prison Law*. 4th edition, New York, Oxford University Press, 2008.
- Locke J.*, *Two Treatises of Government*. A new edition, corrected. In ten volumes. Vol. V, London, Printed for Thomas Tegg, W. Sharpe and son, et al., 1823.
- Loukaides L. G.*, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Loucks N.*, *Prison Rules: A Working Guide*. The Millennium edition, fully revised and updated, London, Prison Reform Trust, 2000.
- Mackenzie T.*, *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws in France, England and Scotland*. 3rd ed., Edinburgh-London, William Blackwood and Sons, 1870.
- Making Standards Work*. An International Handbook on Good Prison Practice. 2nd ed./ Penal Reform International, London, Astron Printers Ltd, 2001.
- Malloy R. P., Diamond M. R.*, *The Public Nature of Private Property*, Surrey, Ashgate Publishing, Ltd., 2011.
- Manfredi C. P., Rush M. E.*, *Judging Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2008.
- Marshall T. H.*, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.
- Mathiesen T.*, *The Politics of Abolition*, London, Martin Robertson, 1974.
- McCormick P. J.*, *The End of the Charter Revolution: Looking Back from the New Normal*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.
- Molleman T.*, *Performance Measurement in the Dutch Prison System: Methodological Guidance for Public Sector Performance Assessment*, Enschede, Ipskamp Drukkers, 2014.
- Morgan R., Evans M.*, *Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*, Strasbourg, Council of Europe, 2001.

- Murdoch J.*, *The Treatment of Prisoners: European Standards*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006.
- Ormerod D., Hooper A.*, *Blackstone's Criminal Practice 2012*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Palmer J. W.*, *Constitutional Rights of Prisoners*, 9th edition, Cincinnati, LexisNexis, 2010.
- Paterson on Prisons. The Collected Papers of Sir Alexander Paterson.* Ruck S. K. (ed.), London, Muller, 1951.
- Partisan M. P.*, *Manipulation of the Democratic Process and the Comparative Law of Democracy. A thesis for the degree of Doctor of Juridical Science*, Toronto, University of Toronto, 2014.
- Reid K.*, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 2012.
- Rock G.*, *Prisoners' Rights Handbook: A Guide to Correctional Law Decisions of the Supreme Court of the United States & the Federal Courts of the Third Circuit*. Ed. by A. Love, Esq., Philadelphia, Pennsylvania Institutional Law Project, 2009.
- Del Carmen R., Ritter S., Witt B.*, *Briefs of Leading Cases in Corrections*. 5th ed., New York, Routledge, 2014.
- Siegel L., Bartollas C.*, *Corrections Today*. 2nd ed., Wadsworth, Cengage Learning, 2013.
- Sottiaux S.* *Terrorism and the Limitation of Rights. The ECHR and the US Constitution*, Oxford-Portland-Oregon, Hart Publishing, 2008.
- Subramanian R., Shames A.*, *Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States*, New York, Vera Institute of Justice, 2013.
- Sweeney J. A.*, *Margins of Appreciation, Cultural Relativity and the European Court of Human Rights: a thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy*, Hull, The University of Hull, 2003.
- Sykes G. M.*, *The Society of Captives. A Study of Maximum Security Prison*, Princeton, Princeton University Press, 1958.
- Tak P.*, *The Dutch Criminal Justice System*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008.
- The U.S. Justice System: An Encyclopedia*, Ed. by S. H. Wilson, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2012.
- Tonry M., Frase R. S.*, *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, New York, Oxford University Press, 2001.
- Tyler T. R.*, *Why People Obey the Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2006.
- Valson M. C.*, *Rights of the Prisoner: An Evolving Jurisprudence*. Thesis submitted for the award of the degree of Doctor of Philosophy, Cochin, Cochin University of Science and Technology, 1994.
- Vander Beken T.*, *The Role of Prison in Europe : Travelling in the Footsteps of John Howard*, London, Palgrave Macmillan, 2016
- Van Zyl Smit D., Snacken S.*, *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2009.
- Viljanen J.*, *The European Court of Human Rights as a Developer of General Doctrines of Human Rights Law — A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, Tampere, Tampere University Press, 2003.
- Vermeulen G., Paterson N.*, *Material Detention Conditions, Execution of Custodial Sentences and Prisoner Transfer in the EU Member States*, Antwerpen, Maklu Publishers, 2011.
- Watson A.*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2nd ed., Athens, London, University of Georgia Press, 1993.

Webber G., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, New York, Cambridge University Press, 2009.

Webley L., Samuels H., *Complete Public Law: Text, Cases, and Materials*. 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

Why Prison? Ed. By D. Scott, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Wines E. C., *The State of Prisons and of Child-Saving Institutions in the Civilized World*, Cambridge, Harvard University Press, 1880.

Yutaka A., Yutaka A. T., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, New York, Intersentia, 2001.

Articles et chapitres d'ouvrages collectives

Barak A., *Constitutional Human Rights and Private Law*, *Review of Constitutional Studies*, 1996, Vol. III, n° 2, p. 218-281.

Battle of the Lists: The Use of Approved Versus Restricted Religious Book Lists in Prison, *McGeorge Law Review*, 2009, Vol. 40, p. 803-829.

Bedau H. A., *Prisoners' Rights*, *Criminal Justice Ethics*, 1982, n°1, p. 26-41.

Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. E., Eichelsheim V. I., van der Laan P. H., Nieuwebeerta P., *Procedural Justice, Anger, and Prisoners' Misconduct. A Longitudinal Study*, *Criminal Justice and Behavior*, 2014, n° 20(10), p. 1-23.

Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. J. E., Nieuwebeerta P., *Does Procedural Justice During Imprisonment Matter?*, *Criminal Justice and Behavior*, 2016, n°43 (1), p. 63-82.

Bennett J., *Measuring Order and Control in HM Prison Service*, in *Handbook on prisons*, Ed. by Y. Jewkes, Cullompton, Willan publishing, 2007, p. 518-542.

Bennett C., *Penal Disenfranchisement*, *Criminal Law and Philosophy*, 2016, Vol. 10.3, p. 411-425.

Boone M., *Judicial Rehabilitation in the Netherlands: Balancing Between Safety and Privacy*, *European Journal of Probation*, 2011, Vol. 3, n°1, p. 63-78.

Boone M., Kox M., *What Works for Irregular Migrants in the Netherlands?*, *European Journal of Probation*, 2012, Vol. 4, n° 3, p. 54-68.

Bottoms A.E., Tankebe J., *Criminology Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2012, Vol. 102, Issue 1, p. 119-170.

Bowen P. & Fox A., *The Limits of Legal Transplants. Is there a Problem with English and Welsh Problem-Solving Courts?*, in *Offender Release and Supervision: the Role of Courts and the Use of Discretion*. M. Herzog-Evans (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 447-463.

Brems E., *'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review*, 2015, n° 15 (1), p. 139-168.

Brown D., *Prisoners as Citizens*, in *Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons*. Ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 308-325.

Brown D. M., *Sauvé and Prisoners' Voting Rights : the Death of the Good Citizen*, *Supreme Court Law Review*, 2003, Vol. 20, p. 297-342.

Bronstein A. J., *Prisoners and Their Endangered Rights*, *The Prison Journal*, 1985, Vol. 65, n° 1, p. 3-17.

- Canton R.*, Taking Probation Abroad, *European Journal of Probation*, 2009, Vol. 1, n° 1, p. 55-78.
- Chovgan V., Didenko A.*, Chapter « Prisoners' Rights », in *Human Rights in Ukraine*. – 2014, Report of Human Rights Organisations, Eds.: O.A. Martinenko, E.You. Zakharov, Helsinki Human Rights Union, Kharkiv, Human Rights Ed., 2015, p. 306-308 / <http://khpg.org/files/docs/1432628556.pdf> (accédé le 05.11.2017).
- Cnaan R. A., Draine J. N., Frazier B., Sinha J. W.*, The Limits of Citizenship: Rights of Prisoners and ex-Prisoners in USA, *Journal of Policy Practice*, 2008, Vol. 7, Issue 2–3, p. 178-198.
- Chen K., Shapiro J.*, Do Harsher Prison Conditions Reduce Recidivism? A Discontinuity-Based Approach, *American Law and Economics Review*, 2007, n° 1, Vol. 9, p. 1-29.
- Cesaroni C., Peterson-Badali M.* The Role of Fairness in the Adjustment of Adolescent Boys to Pretrial Detention, *The Prison Journal*, 2016 (first published on June 9 as doi:10.1177/0032885516650873), p. 1-20.
- Clarc V., Duwe G.*, Blessed be the Social Tie that Binds: the Effects of Prison Visitation on Offender Recidivism, *Criminal Justice Policy Review*, 2013, n° 3, Vol. 24, p. 271-296.
- Cliquennois G., Herzog-Evans M.*, European Oversight of Belgian, French and British Prison Policies, *Prison Service Journal*, 2016, n° 227, p. 23-28.
- Cochran J. C., Daniel P., Mears D. P.*, Social Isolation and Inmate Behavior: A Conceptual Framework for Theorizing Prison Visitation and Guiding and Assessing Research, *Journal of Criminal Justice*, 2013, Vol. 41, Issue 4, p. 252-261.
- Cochran J. C.*, The Ties that Bind or the Ties that Break: Examining the Relationship Between Visitation and Prisoner Misconduct, *Journal of Criminal Justice*, 2012, Vol. 40, Issue 5, p. 433-440.
- Codd H.*, Policing Procreation: Prisoners, Artificial Insemination and the Law, *Genomics, Society and Policy*, 2006, Vol. 2, n° 1, p. 110-117.
- Codd H.*, Prisoners' Families: Issues in Law and Policy, *Amicus Curiae*, 2004, Issue 55, p. 2-7.
- Coyle A.*, The Treatment of Prisoners: International Standards and Case Law, *Legal and Criminological Psychology*, 2008, n° 13, p. 219-230.
- Coyle A.*, What are Prisons For? What is Their Contribution to Public Safety and Security? , *Rethinking Crime and Punishment*, 2012, n° 5, p. 1-8.
- Cullen F., Jonson C., Nagin D.*, Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science, *The Prison Journal*, 2011, Vol. 91, n° 3, p. 49S–65S.
- Dawes J.*, Institutional Perspectives and Constraints, in *Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons*. Ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 115-130.
- De Jonge G., Van Swaaningen R.*, The Dutch Prison System and Penal Policy in the 1990s: from Humanitarian Paternalism to Penal Business Management, in *Ryan M., Sim J. Western European Penal Systems: A Critical Anatomy*, London, SAGE, 1995, p. 24-45.
- Dhami M.*, Prisoner Disenfranchisement Policy: A Threat to Democracy? , *Analyses of Social Issues and Public Policy*, 2005, Vol. 5, n° 1, p. 235-247.
- Drake D.*, The 'Dangerous Other' in Maximum-Security Prisons, *Criminology and Criminal Justice*, 2011, Vol. 11, n° 4, p. 367-382.
- Duff A.*, Citizens (Even) in Prison, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2014, n° 1 (43), p. 3-6.
- Dünkel F.*, Internationale vergleichende Strafvollzugsforschung, *Schneider H.-J. (Hrsg.): Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 2: Besondere Probleme der Kriminologie*, Berlin, de Gruyter 2009.

Dünkel F., van Zyl Smit D. Conclusion, Imprisonment Today and Tomorrow : International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions, Edited by D. van Zyl Smit and F. Dünkel, Second edition, The Hague, Kluwer Law International, 2001, p. 796-859.

Eady D., Prisoners' Rights Since the Woolf Report: Progress or Procrastination? , The Howard Journal, 2007, Vol 46.3, p. 264-275.

Easton S., Protecting Prisoners: the Impact of International Human Rights Law on the Treatment of Prisoners in the United Kingdom, The Prison Journal, 2013, n° 93, p. 475-492.

Esperian J. H., The Effect of Prison Education Programs on Recidivism, Journal of Correctional Education, 2010, Vol. 61, n° 4, p. 316-334.

Erisman W., Contardo J. B., Learning to Reduce Recidivism: a 50-state Analysis of Postsecondary Correctional Education Policy, The Institute for Higher Education Policy, 2005, disponible sur : <http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED558210.pdf> (accédé le 09.08.2016).

Feasby C., Freedom of Expression and the Law of the Democratic Process // Supreme Court Law Review, 2005, n° 29 S.C.L.R. (2d), p. 237-289.

Feely M., Hanson A. R., The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails: A Framework for Analysis and a Review of the Literature, *in* Courts, Corrections and the Constitution: The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails. Dilulio J. J. (Ed.), New York, Oxford University Press, 1990, p. 12-46.

Fine S., Five Fundamental Ways Harper Has Changed the Justice System, disponible sur : <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/five-fundamental-ways-harper-has-changed-the-justice-system/article18503381/?page=all> (accédé le 26.11.2016)

Fitzgerald E. Case Law Under the European Convention of Human Rights Human Rights, The Professional Training of Prison Officials: Proceedings, Seminar, Strasbourg, 7-9 July 1993, Human Rights Information Centre. Orientation Committee, Strasbourg, Council of Europe, 1995, p. 5-14.

Foley B., The Proportionality Test: Present Problems, Judicial Studies Institute Journal, 2008, n° 1, p. 67-94.

Garkawe S., Crime Victims and Prisoners Rights, *in* Prisoners as Citizens. Human Rights in Australian Prisons. Ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 257-279.

Genders E., Player E., Rehabilitation, Risk Management and Prisoners' Rights, Criminology & Criminal Justice, 2014, Vol. 14 (4), p. 434-457.

Giles C. D., Turner v. Safley and Its Progeny: A Gradual Retreat to the "Hands Off" Doctrine? , Arizona Law Review, 1993, n° 35, p. 219-236.

Goffmann E., On the Characteristics of Total Institutions: the Inmate World, The Prison: Studies in Institutional Organisation and Change. Cressey D. (Ed.), New York, Holt, Rinehart & Winston, 1961, p. 15-67.

Golichowski L., The New Standard of Review for Prisoners' Rights: A "Turner" for the Worse? Turner v. Safley, Villanova Law Review, 1998, n° 33, p. 393-436.

Granja R., Beyond Prison Walls: The Experiences of Prisoners' Relatives and Meanings Associated with Imprisonment, Probation Journal, 2016, Vol. 63 (3), p. 273-292.

Gunther G., The Supreme Court, 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, Harvard Law Review, 1972, Vol. 86. p. 1-48.

Herzog-Evans M., Cell phones in European prisons, disponible sur : <http://herzog-evans.com/cell-phones-in-european-prisons> (accédé le 20.06.2016).

Herzog-Evans M., Is Prison Leave a Privilege? , disponible sur : <https://tashalaw.wordpress.com/2012/04/24/guest-post-by-professor-martine-herzog-evanscommentary-on-article-6-and-prison-leave/> (accédé le 05.09.2016).

- Herzog-Evans M.*, Law as an Extrinsic Responsivity Factor: What's Just is What Works! , *European Journal of Probation*, 2016, Vol. 8(3), p. 146–169.
- Hill L., Koch C.*, The Voting Rights of Incarcerated Australian Citizens, *Australian Journal of Political Science*, 2011, Vol. 46, n° 2, p. 213-228.
- Jacobs J.*, Race Relations and the Prisoner Subculture, *Crime and Justice. An Annual Review of Research*, Ed. By N. Morris and M. Tonry. Vol. 1, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1980, p. 1-27.
- Jacobs J. B.*, Prison Reform Amid the Ruins of Prisoners' Rights, *in The Future of Imprisonment*. Ed. by Tonry M., New York, Oxford University Press, 2004, p. 179-198.
- Jacobs J.*, The Prisoners' Rights Movement and Its Impacts 1960–1980, *Crime and Justice*, 1980, n° 2, p. 429-470.
- Jackson M., Stewart G.*, A Flawed Compass: A Human Rights Analysis of the Roadmap to Strengthening Public Safety, 2009, p. 48, 55 , disponible sur :// http://www.justicebehindthewalls.net/resources/news/flawed_Compass.pdf (accédé le 26.11.2016).
- Jackson J., Tyler T. R., Bradford B., Taylor D., Shiner M.*, Legitimacy and Procedural Justice in Prisons, *Prison Service Journal*, 2010, n° 191, p. 4-10.
- Karin A., Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. J. E., Nieuwbeerta P.*, Does Procedural Justice During Imprisonment Matter? , *Criminal Justice and Behavior*, 2016, n° 43 (1), p. 63-82.
- Kerr L.*, Contesting Expertise in Prison Law, *McGill Law Journal, Revue de droit de McGill*, 2014, n° 60/1, p. 43-94.
- Khan Z.*, An Exploration of Prisoners' Perceptions of the Incentives and Earned Privileges (IEP) Scheme: The Role of Legitimacy, *Prison Service Journal*, 2016, n° 227, p. 11-16.
- Kiphins K.*, Social Justice and Correctional Health Services, *in Medicine and Social Justice: Essays on the Distribution of Health Care*. Rhodes R., Battin M. and Silvers A. (eds). 2nd ed., New York, Oxford University Press, 2012, p. 373-384.
- Kleinig J.*, Introduction, *in Prisoners' Rights (The international library of essays on rights)* Ed. By John Kleinig, Surrey, Ashgate Publishing Company, 2014.
- Kotarba J. A.*, The Accomplishment of Intimacy in the Jail Visiting Room, *Qualitative Sociology*, 1979, Vol. 2, 2, p. 80-103.
- Lazarus L.*, Conceptions Of Liberty Deprivation, *The Modern Law Review*, 2006, n° 69 (5), p. 738-769.
- Lester A.*, Universality versus Subsidiarity: A Reply, *European Human Rights Law Review*, 1998, p. 73-81.
- Liebling A.*, Incentives and Earned Privileges Revisited: Fairness, Discretion, and the Quality of Prison Life, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2008, Vol. 9, p. 25-41.
- Liebling A., Bosworth M.*, Incentives in Prison Regimes: A Review of the Literature, *Prison Service Journal*, 1994, n° 98, p. 57-64.
- Liebling A., Crewe B.* Prison Life, Penal Power, and Prison Effects, *The Oxford Handbook of Criminology*, Edited by Maguire M., Morgan R. and Reiner R., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 895-928.
- Lippke R. L.*, Criminal Offenders and Right Forfeiture, *Journal of Social Philosophy*, 2001, Vol. 32.1, p. 78-89.
- Lippke R. L.*, Prison Labor: Its Control, Facilitation, and Terms, *Law and Philosophy*, 1998, n° 17(5/6), p. 533-557.
- Lippke R. L.*, Prisoner Access to Recreation, Entertainment and Diversion, *Punishment and Society*, 2003, n° 5, p. 32-52.

- Lippke R. L.*, The Disenfranchisement of Felons, *Law and Philosophy*, 2002, Vol. 20, p. 553-580.
- Lippke R. L.*, Toward a Theory of Prisoners' Rights, *Ratio Juris*, 2002, Vol. 15, p. 122-145.
- Livingstone S., Harley C.*, Protecting the Marginalized: the Role of the European Convention on Human Rights, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, n° 51, p. 445-465.
- Lokan A.*, The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter, *Ottawa Law Review*, 1992, Vol. 24.1, p. 163-192.
- Manfredi C. P.*, The Day the Dialogue Died: A Comment on *Sauve v. Canada*, *Osgoode Hall Law Journal*, 2007, Volume 45, n° 1, p. 105-123.
- Mathews J., Stone Sweet A.*, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2009, n° 47, p. 73-165.
- Moustafa N.*, The Right to Free Exercise of Religion in Prisons: How Courts Should Determine Sincerity of Religious Belief Under RLUIPA, *Michigan Journal of Race and Law*, 2014, Vol. 20, Issue 1, p. 213-244.
- Murphy T., Whitty N.*, Risk and Human Rights: Ending Slopping Out in a Scottish Prison, in *Judges, Transition, and Human Rights*, Morison J., McEvoy K., Anthony G. (Eds), Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 535-557.
- Mushlin M. B., Galtz N.*, Getting Real about Race and Prisoners' Rights, *Fordham Urban Law Journal*, 2008, Vol. 36.1, p. 27-52.
- Naylor B.*, Human Rights and Their Application in Prisons, *Prison Service Journal*, 2016, n° 227, p. 17-22.
- Pal M.*, Democratic Rights and Social Science Evidence, *National Journal of Constitutional Law*, 2014, n° 32, p. 151-171.
- Parkes D.*, Ballot Boxes Behind Bars: Toward the Repeal of Prisoner Disenfranchisement Laws, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 2003, Vol. 13, p. 71-92.
- Parkes D.*, A Prisoners' Charter?: Reflections on Prisoner Litigation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, *University of British Columbia Law Review*, 2007, Vol. 40.2, p. 629-676.
- Parkes D.*, Prisoner Voting Rights, in Mele C. and Miller T.A. (eds.). *Canada : Rejecting the Notion of Temporary Outcasts. Civil penalties, social consequences*, Abingdon, Routledge, 2005, p. 237-254.
- Plaxton M., Lardy H.*, Prisoner Disenfranchisement: Four Judicial Approaches, *Berkeley Journal of International Law*, 2010, Vol. 28, Issue 1, 2010, p. 101-141.
- Pratt J.* Scandinavian Exceptionalism in Era of Penal Excess. Part 1 : The Nature and Roots of Scandinavian Exceptionalism, *British Journal of Criminology*, 2008, n° 48, p. 119-137.
- Ramsay P.*, Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 2013, n° 7, p. 1-15.
- Reiman J.*, Liberal and Republican Arguments Against the Disenfranchisement of Felons, *Criminal Justice Ethics*, 2005, n° 24, p. 3-18.
- Revers J.*, The Presumption of Proportionality, *The Modern Law Review*, 2014, n° 73 (3), p. 409-433.
- Richardson G.*, The Case for Prisoners' Rights, in *Accountability and the Prisons: Opening up a Closed World*, M. Maguire, J. Vagg and R. Morgan (Eds.), London, Tavistock, 1985, p. 19-28.
- Ridley-Smith M., Ronnit R.*, Prisoners and the Rights to Vote, in *Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons*. Ed. by Brown D. and Wilkie M., Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 283-307.
- Rose M. D.*, Prisoners and Public Employees: Bridges To a New Future in Prisoners' Free Speech Retaliation Claims, *Seventh Circuit Review*, 2009, Vol. 5, Issue 1, p. 159-220.

Ross M. W., Diamond P. M., Liebling A., Saylor W. G., Measurement of Prison Social Climate: A Comparison of an Inmate Measure in England and the US, *The Prison Journal*, 2008, n° 10, p. 447-474.

Rynne J., Protection of Prisoners' Rights in Australian Private Prisons, *in Prisoners as citizens. Human rights in Australian Prisons*, ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 131-152.

Scott D., The Changing Face of the English Prison : A Critical Review of the Aims of Imprisonment, *in Handbook on Prisons*. Ed by Y. Jewkes, Cullompton: Willan Publishing, 2007, p. 49-72.

Scott D., The Politics of Prisoner Legal Rights, *The Howard Journal*, 2013, n° 3, Vol 52, p. 233-250.

Shikita M., Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners as Prisoners' Magna Carta and their Implementation in Japan and other Asian Countries in Light of Changing World Conditions, *in Droits fondamentaux et détention pénale. Actes du 7e Colloque international de la Fondation internationale Pénale et Pénitentiaire*. Neuchâtel, 3 au 7 octobre 1992, sous la direction de Pierre-Henri Bolle, Neuchâtel, Edition Ides et Calendes, 1993, p. 143-161.

Sieh E. W., Less Eligibility: The Upper Limits Of Penal Policy, *Criminal Justice Policy Review*, 1989, Vol. 3, n° 2, p. 159-183.

Sinema K., *Overton v. Bazzetta*: How the Supreme Court Used Turner to Sound the Death Knell for Prisoner Rehabilitation, *Arizona State Law Journal*, 2004, Vol. 36, p. 471-486.

Slattery B., The Pluralism of the Charter: Revisiting the Oakes Test, *in Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The Limitation of Charter Rights : Critical Essays on R. v. Oakes*. sous la direction de Luc B. Tremblay et Grégoire C. N. Webber, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 13-35.

Snacken S., Belgium, *in Imprisonment Today and Tomorrow : International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*. Ed. by D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Second edition, The Hague, Kluwer Law International, 2001. — pp. 32–81.

Snacken S., Legitimacy of Penal Policies: Punishment Between Normative and Empirical Legitimacy, *Legitimacy and Compliance in Criminal Justice*, Ed. by A. Crawford and A. Hucklesby, Abingdon, Routledge, 2013, p. 50-70.

Sparks J. R., Bottoms A. E., Legitimacy and Order in Prisons, *The British Journal of Sociology*, 1995, Vol. 46, n° 1 (Mar., 1995), p. 45-62.

Stern V., Prisoners as Citizens : A View from Europe, *in Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons*, Ed. by D. Brown and M. Wilkie, Leichhardt, The Federation Press, 2002, p. 154-173.

Sweeney M., *Beard v. Banks*: Deprivation as Rehabilitation, *Publications of the Modern Language Association of America*, Vol. 122, n° 3 (May, 2007), p. 779-783.

Symkovych A., Compromised Power and Negotiated Order in a Ukrainian Prison, *The British Journal of Criminology*, 2017, DOI: <https://doi.org/10.1093/bjc/azx012>, First published: 03 March 2017.

Symkovych A., Sex in Prisoner Power Relations: Attitudes and Practices in a Ukrainian Correctional Colony for Men, *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2016, DOI:10.1111/hojo.12177, First published: 19 September 2016.

Tak P., Prison Policy, Prison Regime and Prisoners' Rights in the Netherlands under the 1998 Penitentiary Principles Act, *in Prison Policy and Prisoners' rights*, Proceedings of the Colloquium of the IPPF, Stavern, Norway, 25–28 June 2008, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 457-492.

The Supreme Court, 2005 Term-Leading Cases, *Harvard Law Review*, 2006, Vol. 120, p. 263-273.

The Supreme Court — Leading Cases, *Harvard Law Review*, 2006, Vol. 120, n° 1, p. 125-371.

Toner H., Foreign National Prisoners, Deportations and Gender, in *Gender and migration in 21st century Europe*, Stalford, H, Currie, S and Velluti, S (eds), Abingdon, Routledge, 2016, p. 183-208.

Trotter C., Effective Work with Offenders, Insertion et desistance des personnes places sous main de justice. Sous la direction de P. Mbanzoulou et M. Herzog-Evans et S. Courtine, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 111-122.

Vacca S. J., Educated Prisoners Are Less Likely to Return to Prison, *Journal of Correctional Education*, 2004, Vol. 55, n° 4, p. 297-305.

Van der Schyff G., When is a Bill of Rights Fit for Judicial Review? The Limitation of Rights Regime in the Netherlands Considered, *Utrecht Law Review*, 2013, Vol. 9, Issue 2, p. 6-18.

Van Gerven W., The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe, *The Principle of Proportionality in Laws of Europe*, Ed. by E. Ellis, Portland, Hart Publishing, 1999, p. 37-64.

Van Kalmthout A. M., *Van der Landen D.*, Breda Prison, Holland, in *From State of the Prisons: 200 Years On*. D. Whitfield (ed.), New York, Routledge 1991, p. 88-118.

Van Kempen P. H., Positive Obligations to Ensure the Human Rights of Prisoners, in *Prison Policy and Prisoners' Rights*, Proceedings of the Colloquium of the IPPF, Stavern, Norway, 25–28 June 2008, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 21-44.

Van Zyl Smit D., Prisoners' Rights, in *Handbook on prisons*, Ed by Jewkes Y., Cullompton, Willan Publishing, 2007, p. 566-584.

Wellman C. Rights Forfeiture and Mala Prohibita, in *The Constitution of the Criminal Law*. Ed. By R. A. Duff, L. Farmer, S. E. Marshall, M. Renzo, V. Tardos, Croydon, Oxford University Press, 2013, p. 77-96.

Wellman C., The Rights Forfeiture Theory of Punishment, *Ethics*, 2012, Vol. 122 (2), p. 371-393.

Wimsatt J. N., Rendering “Turner” Toothless: The Supreme Court’s Decision in *Beard v. Banks*, *Duke Law Journal*, Vol. 57, n° 4 (Feb., 2008), p. 1209-1243.

Winkler A., Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts, *Vanderbilt Law Review*, 2006, Vol. 59, p. 793-871.

Wu S., Persona Non Grata in the Courts: The Disappearance of Prisoners’ First Amendment Constitutional Rights in *Beard v. Banks*, *Whittier Law Review*, 2006–2007, Vol. 28, p. 981-1006.

Yasuda M., Taking a Step Back: The United States Supreme Court’s Ruling in *Overton v. Bazzetta*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2004, Vol. 37, p. 1831-1851

Zimring F. E., *Hawkins G.*, Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners’ Rights, in *The Future of Imprisonment*, Ed. by Tonry M., New York, Oxford University Press, 2004, p. 157-178.

Rapports et autres documents

An evaluation of incentives and earned privileges, an unpublished final report to the Prison Service by Alison Liebling, Grant Muir, Gerry Rose and Anthony Bottoms (non-published).

Alternative interim report by Ukrainian Helsinki Human Rights Union on implementation of recommendations, provided by the Committee against Torture based on the consideration of

the sixth periodic report of Ukraine (CAT/ C/UKR/6) / Blaga A., Martynenko O., Telychkin I., Chovgan V. Ed. by A. Bushchenko, Kyiv, KIT, 2015.

Basic Principles for the Treatment of Prisoners (A/RES/45/111, 14 December 1990), disponible sur : <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r111.htm> (accédé le 10.11.2016)

Bill C-10 : An Act to enact the Justice for Victims of Terrorism Act and to amend the State Immunity Act, the Criminal Code, the Controlled Drugs and Substances Act, the Corrections and Conditional Release Act, the Youth Criminal Justice Act, the Immigration and Refugee Protection Act and other Acts. Legislative Summary. Publication No. 41-1-C10-E, Ottawa, Library of Parliament, 2012.

Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (A/RES/43/173, 1998), disponible sur : <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm> (accédé le 11.11.2015)

Canadian Alliance Official Opposition Minority Report on the Corrections and Conditional Release Act, Jim Gouk M. P. in A Work in Progress: The Corrections and Conditional Release Act, Ottawa, Public Works and Government Services, 2000.

Cliquennois G. Report on Belgian remedies, p. 15 / <http://www.prisonlitigationnetwork.eu/wp-content/uploads/2016/11/country-report-belgium.pdf> (accédé le 07.11.2017)

Correctional Law Review, Working Group, “Correctional Authority and Inmate Rights” [Working Paper No. 5], Ottawa, Solicitor General of Canada, 1987.

Corrections and Conditional Release Act Guiding Principles (Canada), disponible sur : http://www.csc-scc.gc.ca/acts-and-regulations/005006-1003-eng.shtml#_4 (accédé le 26.11.2016)

Council of Europe Decisions and Reports 10 — European Commission of Human Rights (June 1978), Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1978 (reprinted in 1995).

Fourth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Kyoto, Japan, 17–26 August 1970. Report Prepared by the Secretariat, New York, United Nations, 1971.

General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10): 10.04.1992. CCPR General Comment No. 21. (General Comments) Forty-fourth session, 1992, disponible sur : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en (accédé le 26.07.2016)

Handbook on Dynamic Security and Prison Intelligence. Criminal justice handbook series (UNODC), New York, United Nations, 2015.

Honorary Doctorates 2009 — Prof Sonja Snacken about the honorary doctorate title of David Garland (starting from 02:55), disponible sur : https://www.youtube.com/watch?v=fE_Ct-DxHF0 (accédé le 30.11.2016)

Incentives and earned privileges for prisoners — an evaluation. Alison Liebling, Grant Muir, Gerry Rose and Anthony Bottoms. Home Office Research, Development and Statistics Directorate. Research Findings, No. 87. 1999 (non-published).

International Congress on the Prevention and Repression of Crime, Penal and Reformatory Treatment: Preliminary Report of the Commissioner, Washington, Government Printing Office, 1872.

Latin American and Caribbean regional preparatory meeting for the eighth UN Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders. San José, Costa Rica, 8–12 May 1989. Report (A/Conf.144/RPM.3 25 August 1989).

Notes and comments on the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: use and application of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice. Twenty-first session, Vienna, 23-27 April 2012 / E/CN.15/2012/CRP.1.

Report on the International Penitentiary Congress of London, held July 3–13, 1872. By E. C. Wines, US Commissioner, Washington, Government Printing Office, 1873.

Report “The Relation Between Primary and Secondary Legislation” by A. Bradley / European Commission for Democracy Through Law / CDL-UDT(2010)020 , p. 3, disponible sur : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UDT\(2010\)020-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UDT(2010)020-e) (accédé le 08.06.2017))”

Resolution 1862 (2012) “The Functioning of Democratic Institutions in Ukraine” , disponible sur : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=18068&lang=en> (accédé le 13.08.2016)

Standing Committee on Justice and Human Rights. Recorded by Electronic Apparatus of the Meeting on Thursday, November 3, 2011, disponible sur : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&DocId=5228779> (accédé le 26.11.2016)

Submission on Bill C-10 Safe Streets and Communities Act, Ottawa, Canadian Bar Association, 2011, p. 35-36.

En français et en anglais

Documents du Comité européen pour la prévention de la torture

- 2e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1991 (CPT/Inf (92) 3).
- 3e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1992 (CPT/Inf (93) 12).
- 11e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2000
- 12e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2001 (CPT/Inf. (2002) 15).
- 21e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er août 2010 au 31 juillet 2011 (CPT/Inf (2011) 28).
- 23e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er août 2012 au 31 juillet 2013 (CPT/Inf. (2013) 29).
- 25e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2015 2015 (CPT/Inf (2016) 10).
- Rapport au gouvernement de la Belgique relative à la visite effectuée en Belgique par le CPT du 24 septembre au 4 octobre 2013, CPT/Inf (2016) 13
- Rapport au Gouvernement de la Principauté de Monaco relatif à la visite effectuée à Monaco par le CPT du 27 au 30 novembre 2012 (CPT/Inf (2013) 39).
- Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le CPT du 27 septembre au 9 octobre 2006 (CPT/Inf (2007) 44).
- Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le CPT du 28 novembre au 10 décembre 2010 (CPT/Inf (2012) 13).
- Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le CPT du 15 au 27 novembre 2015 (CPT/Inf (2017) 7)
- Rapport au Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg relatif à la visite effectuée au Luxembourg par le CPT du 28 janvier au 2 Février 2015 (CPT/Inf (2015) 30).
- Report to the Albanian Government on the visit to Albania carried out by the CPT from 10 to 21 May 2010 (CPT/Inf (2012) 11).
- Report to the Armenian Government on the visit to Armenia carried out by the CPT from 20 to 23 May 2014 (CPT/Inf (2015) 10).
- Report to the Azerbaijani Government on the visit to Azerbaijan carried out by the CPT from 24 November to 6 December 2002 (CPT/Inf (2004) 36).
- Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic carried out by the CPT from 1 to 10 April 2014 (CPT/Inf (2015) 18).
- Report to the Danish Government on the visit to Denmark carried out by the CPT)from 4 to 13 February 2014 (CPT/Inf (2014) 25).
- Report to the Finnish Government on the visit to Finland carried out by the CPT from 22 September to 2 October 2014 (CPT/Inf (2015) 25).
- Report to the Georgian Government on the visit to Georgia carried out by the CPT from 21 March to 2 April 2007 (CPT/Inf (2007) 42).
- Report to the Georgian Government on the visit to Georgia carried out by the CPT from 19 to 23 November 2012 (CPT/Inf (2013) 18).
- Report to the Government of Serbia on the visit to Serbia carried out by the CPT from 19 to 29 November 2007 (CPT/Inf (2009) 1).

Report to the Government of “the former Yugoslav Republic of Macedonia” on the visit to “the former Yugoslav Republic of Macedonia” carried out by the CPT from 15 to 26 May 2006 (CPT/Inf (2008) 5).

Report to the Government of the Netherlands on the visit to the Caribbean part of the Kingdom of the Netherlands carried out by the CPT from 12 to 22 May 2014 (CPT/Inf (2015) 27).

Report to the Government of the Principality of Liechtenstein on the visit to Liechtenstein carried out by the CPT from 5 to 9 February 2007 (CPT/Inf (2008) 20).

Report to the Government of the Slovak Republic on the visit to the Slovak Republic carried out by the CPT from 24 March to 2 April 2009 (CPT/Inf (2010) 1).

Report to the Government of the Slovak Republic on the visit to the Slovak Republic carried out by the CPT from 24 September to 3 October 2013 (CPT/Inf (2014) 29).

Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the CPT from 3 to 10 June 2004 (CPT/Inf (2006) 3).

Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the CPT from 13 to 25 May 2012 (CPT/Inf (2013) 32).

Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the CPT from 5 to 17 June 2013 (CPT/Inf (2014) 21).

Report to the Russian Government on the visit to the Russian Federation carried out by the CPT from 21 May to 4 June 2012 (CPT/Inf (2013) 41)

Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the CPT from 27 January to 5 February 2003 (CPT/Inf (2004) 32)

Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the CPT from 18 to 28 May 2015 (CPT/Inf (2016) 1)

Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the CPT from 9 to 21 September 2009 CPT/Inf (2011) 29).

Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the CPT from 01 to 10 December 2012 (CPT/Inf (2013) 23).

Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the CPT from 21 to 30 November 2016 (CPT/Inf (2017) 15).

Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards (CPT/Inf (2015) 44, 15.12.2015).

Résolutions et commentaires du Conseil de l'Europe

Recommendation No. 195. — Resolution (62) 2 Electoral, civil and social rights of prisoners (adopted by the Ministers' Deputies on 1st February 1962).

Recommendation Rec(82)17 concerning custody and treatment of dangerous prisoners (adopted by the Ministers' Deputies on 24 September 1982).

Recommendation Rec(84)12 21/06/1984 concerning foreign prisoners (adopted by the Committee of Ministers on 21 June 1984).

Recommendation No. R (92) 16 of the Committee of Ministers to member states European rules on community sanctions and measures (adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992).

Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse (adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006).

Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006).

Recommendation CM/Rec(2008)11 of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures (Adopted by the Committee of Ministers on 5 November 2008).

Recommendation CM/Rec(2012)12 of the Committee of Ministers to member States concerning foreign prisoners (adopted by the Committee of Ministers on 10 October 2012).

Recommendation CM/Rec(2014)3 of the Committee of Ministers to member States concerning dangerous offenders (adopted by the Committee of Ministers on 19 February 2014).

Commentary to Recommendation CM/Rec (2014)3, disponible sur : [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2014\)14&Language=lanEnglish&Ver=add1&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2014)14&Language=lanEnglish&Ver=add1&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383) (accédé le 10.11.2015)

Commentary to Recommendation REC (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules, disponible sur : <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/E%20commentary%20to%20the%20EPR.pdf> (accédé le 20.06.2016).

Commentary to the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures, disponible sur : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Commentary_Rec_2008_11E.pdf (accédé le 10.11.2015).

En ukrainien et en russe

Ouvrages et thèses

Акимов С. К., Лысягин О. Б. Основные права осужденных, отбывающих наказание в виде лишения свободы: виды, содержание, реализация и защита (восстановление). — М.: PRI, 2007. / Akimov S.K., Lyssiaguine O.B., Principaux droits des personnes condamnées à des peines privatives de liberté: types, contenu, exercice et défense (rétablissement), Moscou, PRI, 2007.

Александров Н. Г. Юридическая норма и правоотношение. (Сокращенная стенограмма доклада, прочитаного на научной сессии института 6 мая 1946 г.) / Под редакцией проф. И. Т. Голякова. — М., 1947. / Alexandrov N.G., Norme juridique et rapport de droit. (Sténogramme résumé du rapport à la session scientifique de l'Institut du 6 mai 1946), Sous la dir. du prof. I.T. Goliakov, Moscou, 1947.

Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М.: Юрид. лит., 1989. / Alexeiev S.S., Permissions générales et interdictions générales en droit soviétique, Moscou, Jurid. Lit., 1989.

Алексеев С. С. Государство и право. Начальный курс. 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрид. лит., 1996 / Alexeiev S.S., L'État et le droit. Cours introductif. 3e éd. revue et complétée, Moscou, Jurid. Lit., 1996

Ащенко О. М., Човган В. О. Українське пенітенціарне законодавство у світлі стандартів Комітетів проти катувань ООН та Ради Європи. Передм. М. М. Гнатівського; за заг. ред. Є. Ю. Захарова. — Харків: Права людини, 2014. / Ashshenko O.M., Chovgan V.O., Législation pénitentiaire ukrainienne à la lumière des normes des Comités contre la torture de l'ONU et du Conseil de l'Europe. Préface de M.M. Ghnatovski. Sous la dir. gén. De E. Zakharov, Kharkiv, Droits de l'Homme, 2014.

Беляев А. А. Правовое положение осужденных к лишению свободы. — Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1976. / Beliaev A.A., Situation juridique des personnes condamnées à la privation de liberté, Gorki, Ecole supérieure du MI de l'URSS, 1976.

Братко А. Г. Запреты в советском праве. — Саратов, 1979. / Bratko A.G., Interdictions dans le droit soviétique, Saratov, 1979, p 17 ; Rybouchkine N.N., Normes inhibitoires dans le droit soviétique, Kazan, 1990.

Гегель Г. Философия права. — М., 1990. / Hegel G., Philosophie du droit, M., 1990.

Денисов Ю. А. Общая теория правонарушения и ответственности (социологический и юридический аспекты). — Л.: ЛГУ, 1983. / Denissov You.A., Théorie générale de l'infraction et de la responsabilité (aspect sociologique et juridique), Léningrad, Université d'État de Léningrad, 1983.

Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група». — Харків: Права людини, 2015. / Respect des droits de l'homme dans le système pénitentiaire de l'Ukraine, K.A. Avtoukhov, A.P. Gel, M.V. Romanov, V.O. Chovgan, I.S. Iakovets; sous la dir. gén. de M.V. Romanov; ONG "Groupe de défense des droits de Kharkiv", Kharkiv, Droits de l'Homme, 2015.

Дуюнов В. К. Проблемы наказания в новом уголовном праве России. — Белгород: Изд-во Белгор. гос. ун-та, 1998. / Douiounov V.K., Problèmes de la punition dans le nouveau droit pénal de la Russie, Belgorod, Editions de l'Université de Belgorod, 1998.

Ефимов М. А. Основы советского исправительно-трудового права. — Свердловск, 1963. / Efimov M.A., Principes du droit correctionnel soviétique, Sverdlovsk, 1963.

Изоляция личности в российском праве и законодательстве. Учебник / Бессараб Н. Р., Маковик Р. С. — М.: Экзамен, 2007. / L'incarcération de la personne dans le droit et la législation russe. Manuel/Bessarab N.R., Makovik R.S., Moscou, Examen, 2007.

Иоффе О. С. Гражданско-правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. — М., 1959. / Ioffe O.S., Statut civil des détenus dans les établissements correctionnels, Moscou, 1959.

Иоффе О. С. Советское гражданское право. — М., 1967. / Ioffe O.S., Droit civil soviétique, Moscou, 1967.

Исправительно-трудовое право. — М., 1971. / Droit correctionnel, Moscou, 1971.

Кистяковский Б. А. В защиту права (Интеллигенция и правосознание) // Вехи: Сборник статей о русской интеллигенции. — М.: Правда, 1991. — С. 122–149. / Kistiakovski B.A., Pour la défense du droit (L'intelligentsia et le sens de la justice), Vekhi, Recueil d'article sur l'intelligentsia russe, Moscou, Pravda, 1991.

Конституционные права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации: учебник для вузов / Под. ред. д.ю.н., проф. О. И. Тиунова. — М.: Норма, 2005. / Droits et libertés constitutionnels de l'homme et du citoyen en Fédération de Russie. Manuel/Dir. doct. O.I. Tiounov, Moscou, Norma, 2005.

Крахмальник Л. Г. Труд заключенных и его правовое регулирование в СССР. — Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1963. / Krakhmalnik L.G., Le travail des détenus et sa réglementation juridique en URSS, Saratov, Editions de l'Université de Saratov, 1963.

Кримінально-виконавчий кодекс України: Науково-практичний коментар / Степанюк А. Х., Яковець І. С. За заг. ред. Степанюка А. Х. — Харків: ТОВ «Одісей», 2005. / Code d'exécution des peines de l'Ukraine: Commentaire scientifique et pratique/Stepaniouk A.Kh., Iakovets I.S. Sous la dir. de Stepaniouk A.Kh., Kharkiv, "Odissey", 2005.

Кудрявцев В. Н. Право и поведение. — М., 1979. / Koudriavtsev V.N., Le droit et les comportements, Moscou, 1979.

Майоров В. В. Ведомственные нормативные акты как источники исправительно-трудового права. — Рязань, 1978. / Mayorov V.V., Textes réglementaires administratifs en tant que sources du droit correctionnel, Riazan, 1978.

Майоров В. В. Соотношение закона и подзаконного акта в исправительно-трудовом праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1976. / Mayorov V.V., Rapport entre loi et texte d'application dans le droit correctionnel: Thèse de doctorat en droit, Moscou, 1976: Mayorov V.V., Textes réglementaires administratifs en tant que sources du droit correctionnel, Riazan, 1978.

Малинин В. Б., Смирнов Л. Б. Уголовно-исполнительное право: учеб. — СПб.: ЛГУ им. А.С. Пушкина, 2009. / Malinine V.B., Smirnov L.B., Droit d'exécution des peines: manuel, Saint-Pétersbourg, LGU A. S. Pouchkine, 2009.

Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве (теоретико-информационный аспект) [Электронный ресурс]: Дис. ... д-ра юрид. науки : 12.00.01. — М.: РГБ, 2007. / Malko A.V. Stimulants et limitations en droit (aspect théorique et informationnel), thèse de doctorat en droit, Moscou, RGB, 2007.

Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: теоретический аспект. — Саратов, 1994. / Malko A.V., Stimulants et restriction dans le droit: aspect théorique, Saratov, 1994.

Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ. — 2003. / Malko A.V. Stimulants et limitations en droit, 2e éd. revue et complétée, Moscou, Jurist, 2003.

Наташев А. Е., Стручков Н. А. Основы теории исправительно-трудового права. — М., 1967. / Natachev A.E., Stroutchkov N.A., Principes de la théorie du droit correctionnel, Moscou, 1967.

Назаров В. В. Конституційні права людини та їх обмеження у кримінальному процесі України: монографія. — Харків: Золота миля, 2009. / Nazarov V.V., Droits constitutionnels de l'homme et leur limitation dans la procédure pénale de l'Ukraine: monographie, Kharkiv, Zolota mylia, 2009.

Осинська О. В. Обмеження прав і свобод людини: теоретико-прикладні аспекти: дис. ... канд. юрид. наук / НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2010. / Ossinska O.V., Limitation des droits et libertés de l'homme: aspects théoriques et appliqués: thèse de doctorat de droit/ NAN Ukraine, Institut de l'État et du droit V.M. Koretski, Kyiv, 2010.

Платек М. Значение минимальных правил ООН обращения с заключенными и Европейских тюремных правил для процесса нормализации // Неустанно прививать убеждение: Метериалы для сотрудников исправительных учреждений. — Варшава, 2002. / Platek M., Importance des règles miminales de l'ONU de traitement des détenus et des Règles pénitentiaires européennes pour le processus de normalisation, Inculquer inlassablement la conviction: Documentation pour les employés des établissements correctionnels, Varsovie, 2002.

Пономаренко Ю. А. Виды наказаний по уголовному праву Украины: Монография. — Харьков: Издательство «ФИНН», 2009. / Ponomarenko You.A., Type des peines dans le droit pénal de l'Ukraine: Monographie, Kharkiv, Editions "FINN", 2009.

Правове регулювання застосування заходів заохочення та стягнення в процесі виконання покарань, пов'язаних з ізоляцією засуджених: монографія / В. В. Карелін, І. С. Яковець, К. А. Автухов; за заг. ред. А. Х. Степанюка. — Харків: Право, 2014. / Réglementation juridique des mesures de stimulation et des sanctions au cours de l'exécution des peines liées à la privation de liberté des condamnés: monographie/V.V. Kareline, I.S. Iakovets, K.A. Avtoukhov, sous la dir. de A.H. Stepaniouk, Kharkiv, Pravo, 2014.

Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України/ Редкол.: П. М. Рабінович — Серія 1. Дослідження, видання реферати. Випуск 3. — Львів: «Астрон», 2001. / Rabinovitch P.M., Pankevitch I.M., Réalisation des droits de l'homme: problème d'établissement des limites (aspects théoriques généraux). Œuvres du Laboratoire de Lviv des droits de l'homme et du citoyen auprès de l'Institut de recherches sur le développement institutionnel et l'autogestion locale de l'Académie des sciences juridiques de l'Ukraine, Dir. P.M. Rabinovitch, Série 1. Etudes, publications, résumés. Fascicule 3, Lviv, Astron, 2001

Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних положень). — Харків: Право, 1997. / Rabinovitch P.M., Droits de l'homme et du citoyen dans la Constitution de l'Ukraine (pour l'interprétation des dispositions générales), Kharkiv, Pravo, 1997.

Рагулин Г. И. Правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. Учебное пособие. — М., 1958. / Ragouline G.I., Statut juridique des détenus dans les établissements correctionnels. Manuel, Moscou, 1958.

Степанюк А. Х. Режим відбування позбавлення волі в установах виконання покарань: конспект лекції. — Харків: Укр. юрид. акад., 1994. / Stemaniouk A.Kh., Responsabilité pénale positive en tant qu'objet de réglementation du Code d'exécution des peines de l'Ukraine, Questions de la lutte contre la délinquance/ recueil d'ouvrages IVPZ APrN de l'Ukraine, Fasc. 9, Kharkiv, Crossroad, 2004.

Речицький В. В. Проект Конституції України — 2012 / Харківська правозахисна група. — Харків: Права людини, 2012. / Retchitski V.V., Projet de Constitution de l'Ukraine—2012/Groupe de défense des droits de Kharkiv, Kharkiv, Droits de l'homme, 2012.

Русско-украинский словарь терминов по теории государства и права / Под ред. Н. И. Панова. — Харків: Укр. юрид. академия, 1993. / Dictionnaire russe-ukrainien des termes de la théorie de l'État et du droit/Dir. N.I. Panov. Kharkiv, Académie juridique ukrainienne, 1993.

Самощенко И. С., Фарукишин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. — М., 1971. / Samochtchenko I.S., Faroukchine M.Kh., Responsabilité d'après la législation soviétique, Moscou, 1971.

Селиверстов В. И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — М.: Акад. МВД РФ, 1992. / Seliverstov V.M., Problèmes théoriques de la situation juridique des personnes purgeant leur peine, Moscou, Akad. MVD de la FR

Советское исправительно-трудовое право: учебник. — М.: Госюриздат, 1960. / Droit correctionnel soviétique: manuel, Moscou, Gosjurizdat, 1960.

Советское исправительно-трудовое право. Общая часть: Учебник для слушателей вузов МВД СССР / Артамонов В. П., Васильев А. И., Мелентьев М. П., Наташев А. Е., и др.; Под ред.: Мелентьев М. П., Стручков Н. А., Шмаров И. В. — Рязань: Изд-во РВИИ МВД СССР, 1987. / Droit correctionnel soviétique. Partie générale: Manuel pour les écoles du MI de l'URSS/Artamonov V.P., Vassiliev A.I., Melentiev M.P., Natachev A.E. et al.; sous la dir.: Melentiev M.P., Stroutchkov N.A., Chmarov I.V., Riazan, Editions RVCh MI de l'URSS, 1987.

Советское исправительно-трудовое право. — Л., 1989. / Droit correctionnel soviétique. L., 1989. / Droit correctionnel soviétique, Léningrad, 1989

Степанюк А. Ф. Сущность исполнения наказания / Худож-оформитель Д. Е. Гапчинский. — Харьков: Фолио, 1999. / Stepanioug A.F., Contenu de l'exécution de la peine, Kharkiv, Folio, 1999.

Стручков Н. А. Курс исправительно-трудового права. Проблемы общей части. — М.: Юрид. лит., 1984. / Stroutchkov N.A., Cours du droit correctionnel. Problèmes de la partie générale, Moscou, Jurid. Lit., 1984.

Сундуоров Ф. Р. Лишение свободы и социально-психологические предпосылки его эффективности. — Казань: Издательство Казанского университета, 1980. / Soundourov F.R., Privation de libertés et les conditions socio-psychologique de son efficacité, Kazan, Editions de l'Université de Kazan, 1980.

Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Том I. Изд. Второе, пересмотренное и дополненное. — СПб: Гос. Тип., 1902. / Cf. par exemple chapitre "Limites de l'action répressive (de l'État), in Tagantsev N.S., Droit pénal russe. Conférences. Généralités., T. I. 2e éd. Revue et complétée, Saint-Petersbourg, Gos. Typ. 1902.

Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: монографія / за заг. ред. В. І. Борисова, В. С. Зеленецького. — Харків: Право, 2011. / Principes théoriques pour assurer la qualité de la législation pénale et de l'application de la loi dans le domaine de la lutte contre le crime en Ukraine: monographie/sous la dir. Gén. De V.I. Borissov, V.S. Zelenetski, Kharkiv, Pravo, 2011.

Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Издательская группа «Норма-Инфра», 1998. / Théorie de l'État et du droit. Manuel pour les facultés juridiques, Sous la dir. de M. Korelski et V.D. Perevalov, Moscou, Groupe d'étudeurs "Norma-Infra", 1998.

Тепляшин П. В. Истоки и развитие английского тюремного права: Монография. — Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России. 2005. / Teplichine P.V.,

Sources et développement de la science pénitentiaire anglaise. Monographie, Krasnoyarsk, Institut juridique sibérien du MI de la Russie, 2005.

Ткачевский Ю. М. Советское исправительно трудовое право. — М., 1971. / Tkatchevski You.M., Droit correctionnel soviétique, Moscou, 1971.

Уголовно-исполнительное право. Учебник / Под ред. проф. И. В. Шмарова. — М.: Издательство БЕК, 1996. / Droit d'exécution des peines. Manuel/Sous la dir. du prof. I.V. Chmarov, Moscou, Editions BEK, 1996.

Уголовно-исполнительное право: Учеб. для юрид. вузов / Под ред. д.ю.н. В. И. Селиверстова. 3-е изд., испр. и доп. — М.: Юриспруденция, 2002. / Droit correctionnel: Manuel pour écoles juridiques/Sous la dir. du docteur de droit V.I. Seliverstov. 3e éd. revue et complétée, Moscou, Jurisprudentsia, 2002.

Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права. — Казань, 1987. / Fatkoulline F.N., Problèmes de la théorie de l'État et du droit, — Kazan, 1987.

Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. — Санкт-Петербург: Типография министерства путей сообщения, 1889. / Foynitski I.Ya., Enseignement sur la punition en rapport avec la pénologie, Saint-Pétersbourg, Imprimerie du Ministère des voies de communication, 1889.

Хохряков Г. Ф. Парадоксы тюрьмы. — М.: Юрид. лит., 1991. / Khokhoriakov G.F., Paradoxes de la prison, Moscou, Jurid. lit., 1991.

Чекулаев С. Ю. Режим содержания заключенных в ИТЛ и ИТК: организационные и правовые основы (1929–1956 г.): автореф. дисс... канд. юрид. наук. — Владимир: Влад.юр.инст. ФСИН России, 2010. / Tchekoulayev S.You., Régime de détention dans les camps et les colonies correctionnelles: bases institutionnelles et juridiques (1929-1956): thèse de doctorat en droit, Vladimir: Institut juridique de Vladimir, FSIN de Russie, 2010.

Човган В. О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). — Харків: Права людини, 2014. / Chovgan V.O., Réforme de la législation de l'exécution des peines à la lumière des normes internationales (propositions et observations), Kharkiv, Drois de l'homme, 2014.

Чучаев А. И. Уголовно-правовые взгляды Н. Д. Сергеевского: монография. — М.: Проспект, 2010. / Tchoutchayev A.I., Vues de N.D. Serguievski sur le droit pénal: monographie, Moscou, Prospekt, 2010.

Шинальський О. І. Покарання в системі засобів протидії злочинності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2003. / Chinalski O.I., Punition dans le système des mesures de lutte contre la délinquance: thèse de doctorat en droit: 12.00.08/NAN Ukraine, Institut de l'État et du Droit V.M. Koretski, Kyiv, 2003.

Ширвиндт Е. Г., Утевский Б. С. Советское исправительно-трудовое право. — М., 1957. / Chirvintd E.G., Outevski B.S., Droit correctionnel soviétique, Moscou, 1957.

Экштайн К. Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции. Учебное пособие для вузов. — М.: Nota Bene, 2004. / Ekstein K., Droits fondamentaux et libertés. D'après la Constitution russe et la Convention européenne. Manuel pour université, Moscou, Nota Bene, 2004.

Яковець І. С. Первинна класифікація засуджених до позбавлення волі та їх розподіл в установи виконання покарань / Моногр. — Харків: Кроссруд, 2006. / Iakovets I.S. Classification primaire des personnes condamnées à la privation de liberté et leur affectation aux établissements d'exécution des peines/Monogr., Kharkiv, 2006,.

Яковець І. С. Теоретичні та прикладні засади оптимізації процесу виконання кримінальних покарань : монографія. — Харків: Право, 2013. / Iakovets I.S., Principes théoriques et appliqués d'optimisation du processus d'exécution des peines: monographie, Kharkiv, Pravo, 2013.

Яковець І. С. Умовно-дострокове звільнення та заміна невідбутої частини покарання більш м'яким. — М.: Penal Reform International, 2012. / Iakovets I.S., Liberté conditionnelle et commutation de la partie non purgée de la peine par une peine moins dure, Moscou, Penal Reform International, 2012.

Articles et chapitres d'ouvrages collectives

Виртосу І. Освіта для довічників: доступ обмежений // Дзеркало тижня. Україна. — 2014. — № 32 (12 вересня 2014) / Virtossu I., Enseignement pour les condamnés à vie: accès limité, Dzerkalo Tyzhnia. Ukraine, 2014, n° 32 (le 12 septembre 2014), disponible sur : <http://gazeta.dt.ua/socium/osvita-dlya-dovichnikov-dostup-obmezheniy-.html> (accédé le 20.06.2016).

Денисова А. М. Правові обмеження: поняття, види, функції // Часопис Київського університету права. — 2011. — № 2. — С. 51–55 / Denissova A.M., Restrictions de droits: notions, types, fonctions, Journal de l'Université du droit de Kiev, 2011, n° 2, p. 51-55.

Колінко Я. Поняття обмеження прав і свобод людини і громадянина в умовах надзвичайного стану // Юридична Україна. — 2010. — № 8. — С. 25–31. / Kolinko Ya., Notion de restriction des droits et libertés de l'homme et du citoyen en conditions de l'état d'urgence, Ukraine juridique, 2010, n° 8, p. 25-31.

Кравчук В. Практичний курс «народного люстратора». Які процесуальні інструменти можна використати для персоналізації відповідальності чиновника за правопорушення / Kravtchouk V., Cours pratique du "lustrateur populaire" , disponible sur : http://zib.com.ua/ua/84531-ucheniy-yurist_stvoriv_praktichniy_kurs_narodnogo_lyustrator.html (accédé le 23.02.2015).

Кравчук В. Люстрація починається з тебе. Персоналізація відповідальності чиновника є єдиним ефективним засобом очищення влади / Kravtchouk V., La lustration commence par toi-même. Personnalisation de la responsabilité du fonctionnaire en tant que seul moyen efficace d'épuration du pouvoir), disponible sur : http://zib.com.ua/ua/82750-lyustraciya_pochinaetsya_z_tebe.html (accédé le 23.02.2015)

Лисенко О. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року як джерело права у правовій системі України // Віче. — 2011. — № 2. — С. 26–30. / Lyssenko O., Convention sur la sauvegarde des droits et libertés fondamentales de l'homme de 1950 en tant que source du droit dans le système juridique de l'Ukraine, Vitché, 2011, n° 2, p. 26-30.

Матузов Н. И., Семенко Б. М. О сущности, содержании и структуре юридической обязанности // Вопросы теории государства и права. — Саратов, 1983. — С. 58–72. / Matouzov N.I., Semenko B.M., Du sens, du contenu et de la structure de l'obligation juridique, Questions de théorie de l'État et du droit, Saratov, 1983, p. 58-72.

Мельник К. Ю. Обмеження прав особистості як наслідок володіння спеціальним правовим статусом // Право і безпека. — 2005. — № 4, 3. — С. 123–127. / Melnik K.You, Limitation des droits de la personne en tant que conséquence de la possession d'un statut juridique spécial, Droit et sécurité, 2005, n°4.3, p. 123-127.

Нагорная М. А. Принципы ограничений прав человека в публичном праве // Теория и практика ограничения прав человека по российскому законодательству и международному праву: сб. науч. тр. / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 1998. — Ч. 1. / Nagornaya M.A., Principes des limitations des droits de l'homme en droit public, Théorie et pratique de la limitation des droits de l'homme d'après la législation russe et le droit international: Recueil d'ouvrages sous la dir. de V.M. Baranov, N.Novgorod, 1998, p. 1.

Наташев А. Е. Правовое положение осужденных // Исправительно-трудовые учреждения. — 1979. — № 7. — С. 33–34. / Natachev A.E., Statut juridique des condamnés, Etablissements correctionnels, 1979, n° 7, p. 33-34.

Нерсесянц В. Конституционная модель российской правовой государственности: опыт прошлого, проблемы и перспективы // Правовое государство, личность, законность. — М., 1997. / Nersessiantz V., Modèle constitutionnel de la structure de l'État juridique russe: expérience du passé, problèmes et perspectives, État de droit, personnalité, légalité, Moscou, 1997.

Осинська О. В. Визначення форми обмежень прав людини // Часопис Київського університету права. — 2009. — № 1. — С. 74–79. / Ossinska O.V., Détermination de la forme de limitation des droits de l'homme, Revue de l'Université du droit de Kyiv, 2009, n° 1, p. 74-79.

Осинська О. В. Обмеження прав і свобод людини: теоретико-прикладні аспекти: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — К., 2010. / Ossinska O.V., Limitation des droits et libertés de l'homme: aspects théoriques et appliqués: thèse de doctorat de droit/ NAN Ukraine, Institut de l'État et du droit V.M. Koretski, Kyiv, 2010.

Осинська О. В. Характеристика поняття обмеження прав і свобод людини // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: Зб. наук. праць Міжнарод. наук.-практ. конф. Косів, 27–31 січня 2009 р. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко, О. Ф. Андрійко, С. В. Бобровник, Ю. Л. Бошицький, О. І. Мацегорін, З. А. Тростюк, О. В. Чернецька. — К.: Вид-во Європ. університету, 2009. — С. 246–247. / Ossinska O.V., Caractéristique de la notion de limitation des droits et libertés de l'homme, Législation de l'Ukraine: problèmes et perspectives. Recueil de doc. de la Conf. scient. et prat. Internationale. Kossiv, les 27-31 janvier 2009, Dir. You.S. Chemchoutchenko, O.F. Andriyko, S.V. Bobrovnik, You.L. Bochitski, O.I. Matsegorine, Z.A. Trostiouk, O.V. Tchernetska, Kyiv, Editions de l'Université européenne, 2009, p. 246-247.

Приходько И. М. Правовые ограничения в законодательстве: проблемы теории и практики // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1999. — № 1 (224). — С. 241–242. / Prikhodko I.M., Limitations de droits dans la législation: problèmes de la théorie et de la pratique, Bulletin des grandes écoles. Jurisprudence, 1999, n° 1 (224), p. 241-242.

Ременсон А. Л. Некоторые вопросы правового положения осужденных, отбывающих уголовное наказание в виде лишения свободы // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью. — Томск, 1979. — С. 30–34. / Remenson A.L., Certaines questions du statut juridique des condamnés à la privation de liberté, Question d'amélioration de l'efficacité de la lutte contre le crime, Tomsk, 1979, p. 30-34.

Селівон М. Критерії обмеження прав людини у практиці конституційного правосуддя // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 3. — С. 35–52. / Selivon M., Critères de la limitation des droits de l'homme dans la jurisprudence de la justice constitutionnelle, Bulletin de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine, 2005, n° 3, p. 35-52.

Скрипнюк О. Конституційно-правове регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина в Україні // Публічне право. — 2011. — № 3. — С. 5–11. / Skrypniouk O., Réglementation constitutionnelle juridique des limitations des droits et libertés de l'homme et du citoyen en Ukraine, Droit public, 2011, n° 3, p. 5-11.

Степанюк А. Х. Позитивна кримінальна відповідальність як предмет регулювання Кримінально-виконавчого кодексу України // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. ІВПЗ АПрН України. — Вип. 9. — Харків: Кроссроуд, 2004. — С. 60–93. / Stemaniouk A.Kh., Responsabilité pénale positive en tant qu'objet de réglementation du Code d'exécution des peines de l'Ukraine, Questions de la lutte contre la délinquance/ recueil d'ouvrages IVPZ APrN de l'Ukraine, Fasc. 9, Kharkiv, Crossroad, 2004, p. 60-93.

Стручков Н. А., И. С. Ной. Теоретические вопросы лишения свободы. — Изд. Саратовского ун-та, 1965, 166 с. : [Рецензия] // Правоведение. — 1967. — № 3. — С. 144–147. / Stroutchkov N.A., Noï I.S., Questions théoriques de la privation de liberté, Editions de l'Université de Saratov, 1965, Pravovedenie, 1967, n° 3, p. 144-147.

Султыгов Н. Н. Место и роль правовых запретов в системе правовых ограничений // История государства и права. — 2004. — № 4. — С. 13–16. / Soultygov N.N., Place et rôle des interdictions légales dans le système des restrictions légales, Histoire de l'État et du droit, 2004, n° 4, p. 13-16.

Третяков Д. Ієрархія законів і принцип «pacta sunt servanda»: до питання про статус та місце міжнародних договорів у правовій системі України // Віче. — 2008. — № 14. — С. 53–57. / Tretiakov D., Hiérarchie des lois et principe "pacta sunt servanda": question du statut et de la place des traités dans le droit de l'Ukraine, Vitché, 2008, n° 14, p. 53–57.

Фігель Ю. О. Теоретичні аспекти обмеження прав людини // Вісник Національного університету «Львівська політехніка»: Юридичні науки / Нац. ун-т «Львів. політехніка». — Львів: Вид-во Львів. політехніки, 2016. — № 837. — С. 357–361. / Figel You.O., Aspects théoriques de la limitation des droits de l'homme, Bulletin de l'Université nationale "Lvivska politekhnika": Sciences juridiques/Université nationale "Lvivska politekhnika, Lviv, Éditions de Lvivska politekhnika, 2016, n° 837, p. 357-361.

Човган В. О. Вимоги до правообмежень осіб, які позбавлені волі, за Європейськими тюремними правилами і їх втілення у національному законодавстві // Право та управління. — 2012. — № 2. — С. 977–988. / Chovgan V.O., Exigences relatives aux restrictions de droits des personnes privées de liberté d'après les Règles pénitentiaires européennes et leur mise en œuvre dans la législation nationale, Droit et gestion, 2012, n° 2, p. 977–988

Човган В. Ключевые направления пенитенциарной реформы как составляющие национального Плана действий в области прав человека / Chovgan V., Axes clefs de la réforme pénitentiaire en tant que composantes du Plans d'action nationale en matière de droits de l'homme), disponible sur : http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#_ftn1 (accédé le 29.11.2016).

Човган В. Обґрунтованість правових обмежень як складова змісту принципу поваги до прав і свобод людини у кримінально-виконавчому праві України // Від громадянського суспільства до правової держави. Збірник тез Internet-конференції 27 квітня 2012 року. — Харків: ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2012. — С. 546–551. / Chovgan V., Justification des restrictions de droits en tant que composante du contenu du principe de respect des droits et libertés de l'homme dans le droit d'exécution des peines de l'Ukraine, De la société civile à l'État de droit. Recueil des thèses de la conférence Internet du 27 avril 2012, Kharkiv, Université V.N. Karazine, 2012, p. 546-551.

Човган В. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією (частина 1) // Наше право. — 2014. — № 1. — С. 120–126. / Chovgan V., Restrictions de droits des condamnés inhérentes à l'incarcération (1er partie), Notre droit, 2014, n° 1, p. 120-126.

Човган В. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією (частина 2) // Європейські перспективи. — 2014. — № 1. — С. 93–99. / Chovgan V., Restrictions de droits des détenus inhérentes à l'incarcération (2e partie), Perspectives européennes, 2014, n° 1, p. 93-99.

Човган В. О. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією: доцільність виокремлення // Право і суспільство. — 2014. — № 3. — С. 272–279. / Chovgan V.O., Restriction de droits des détenus inhérentes à l'incarcération : raisons pour les mettre à part, Droit et société, 2014, n° 3, p. 272-279.

Човган В. О. Презумпція винуватості від Міністерства юстиції України або крок у минуле в діяльності слідчих ізоляторів / Chovgan V.O., La présomption de culpabilité

proposée par le Ministère de la justice ou un pas vers le passé dans le fonctionnement des maisons d'arrêt), disponible sur : <http://ukrprison.org.ua/expert/1365497506> (accédé le 14.07.2016).

Човган В. О. Современные тенденции развития минимальных стандартных правил обращения с заключенными / Chovgan V.O., Tendances actuelles de développement des règles minimales standards de traitement des détenus), disponible sur : <http://www.khpg.org.ua/pda/index.php?id=1333969919> (accédé le 26.06.2016).

Човган В. О. Співвідношення цілей обмежень прав засуджених // Проблеми законності. — 2014. — Вип. 126. — С. 155–162. / Chovgan V.O., Corrélation des buts des restrictions aux droits des condamnés, Problèmes de la légalité, 2014, Fasc. 126, p. 155-162.

Човган В. О. Специфічні права засуджених та їх обов'язки як форми правообмежень // Проблеми законності. — 2014. — Вип. 125. — С. 231–239. / Chovgan V.O., Droits spécifiques des détenus et leurs obligations en tant formes de restrictions, Problèmes de la légalité, 2014, Vol. 125, p. 231-239.

Човган В. О. Стандарти обмежень прав засуджених у практиці Європейського суду з прав людини // Проблеми законності. — 2013. — Вип. 122. — С. 251–258. / Chovgan V., Normes de limitations des droits des détenus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Problèmes de la légalité, 2013, Fasc. 122, p. 251–258.

Човган В. О. Усіх засуджених під одну гребінку або Проблеми індивідуалізації обмежень прав в'язнів у пенітенціарних установах України // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина. — Харків: Права людини, 2015. — С. 489–494. / Chovgan V., Tous les détenus dans le même bain ou Problèmes d'individualisation des restrictions des droits des détenus dans les établissements pénitentiaires de l'Ukraine, Principes théoriques de garantie et de défense des droits et libertés de l'homme et du citoyen, Kharkiv, Droits de l'homme, 2015, p. 489-494.

Човган В. О., Яковець І. С. Превентивні та компенсаційні заходи як захист від катувань і жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання // Вісник кримінологічної асоціації. Збірник наукових праць. — 2016. — № 2. — С. 184–198. / Chovgan V.O., Iakovets I.S., Mesures préventives et compensatoires en tant que défense contre la torture et le traitement ou des peines inhumains et dégradants, Revue de l'association criminologique. Recueil d'ouvrages scientifiques, 2016, n° 2, p. 184-198.

Яковець І. С. Сімейні права засуджених // Права і законні інтереси засуджених до позбавлення волі в умовах реформування Державної кримінально-виконавчої служби України: моногр. / К. А. Автухов, А. П. Гель, О. Г. Колб, І. С. Яковець ; за заг. ред. А. Х. Степанюка. — Харків : Право, 2015. — С. 147–168. / Iakovets I.S., Droits familiaux des condamnés, Droits et intérêts légitimes des personnes condamnées à la privation de liberté dans le contexte de la réforme du Service d'exécution des peines de l'Ukraine: monogr., K.A. Avtoukhov, A.P. Gel, O.G. Kolb, I.S. Iakovets, sous la dir. de A.Kh. Stepankouk, Kharkiv, Droit, 2015, p. 147-169.

Jurisprudence ukrainienne et autres documents

Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів» (від 27.03.2014) / Avis sur le projet de loi de l'Ukraine "Sur les modifications à apporter au Code d'exécution des peines de l'Ukraine en vue de l'adaptation du statut juridique du condamné aux normes européennes" (27.03.2014), disponible sur: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50363 (accédé le 20.06.2016).

Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2016 г. № 12-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» / Arrêt de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 19 avril 2016, N° 12-П "Sur la résolution de la question relative à la possibilité de l'exécution conformément à la Constitution de la Fédération de Russie de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 juillet 2013 dans l'affaire "Anchugov et Gladkov contre Russie" suite à la demande du Ministère de la justice de la Fédération de Russie".

Стенограма засідання робочої підкомісії Конституційної Комісії України 13 грудня 1995 року // Конституція незалежної України: книга третя. Частина третя. Документи. Стенограми. — Київ: Право, 1999. / Sténogramme de la sous-commission de travail de la Commission constitutionnelle de l'Ukraine du 13 décembre 1995, Constitution de l'Ukraine indépendante: 3e titre. 3e partie. Documents. Sténogrammes, Kyiv, Pravo, 1999

Сумський окружний адміністративний суд у своїй постанові, відмовляючи засудженому у визнанні його права на користування мобільним телефоном з урахуванням останніх змін щодо мобільного зв'язку у КВК України (Постанова від 17.09.2014 у справі № 818/2336/14 / Tribunal administratif de Soumy, arrêt du 17.09.2014 dans l'affaire N° 818/2336/14, disponible sur: // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40619485> (accédé le 19.06.2016).

Рішення Конституційного Суду України № 1-10/2012 від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012 (справа про рівність сторін судового процесу). / Arrêt de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine dans l'affaire N° 1-10/2012 du 12 avril 2012 n° 9-рп/2012 (affaire sur l'égalité des parties au procès).

Les documents de travail des réunions des groupes d'experts à Buenos-Aires UNODC/CCPCJ/EG.6/2012/2 et à Vienne UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/CRP.1 , , disponible sur : <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/ieg-standards.html> (accédé le 26.06.2016).

Jurisprudence internationale et des pays analysés

La Cour européenne des droits de l'homme

- A. B. c. Pays-Bas* (n° 37328/97, 29.01.2002).
Anchugov et Gladkov c. Russie (04.07.2013, n° 11157/04 et 15162/05).
Artyomov c. Russie (n° 14146/02, 27.05. 2010).
Bamouhammad c. Belgique (n° 47687/13, 17.11.2015).
Bayatyan c. Arménie (n° 23459/03, 07.07.2011).
Belyaev et Digtyar c. Ukraine (n° 16984/04 et 9947/05, 16.02.2012).
Boyle et Rice c. Royaume-Uni (n° 9659/82, 27.04.1988).
Biržietis c. Lituanie (n° 49304/09, 14.06.2016).
Buglov c. Ukraine (n° 28825/02, 10.07.2014).
Calogero Diana c. Italie (n° 15211/89, 15.11.1996).
Campbell et Fell c. Royaume-Uni (n° 7819/77, 28.06.1984).
Campbell c. Royaume-Uni (n° 13590/88, 25/03/1992).
Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie [GC] (n° 38433/09, 07/06/2012).
Chorherr c. Autriche (n° 13308/87, 25.08. 1994).
Chernetskiy c. Ukraine (n° 44316/07, 08.12.2016).
Ciapas c. Lituanie (n° 4902/02, 16.11.2006).
Ciorap c. Moldavie (n° 12066/02, 19.06.2007).
Cocaign c. France (n° 32010/07, 03.11.2011).
Dickson c. Royaume-Uni (n° 44362/04, 18.04.2006).
Dickson c. Royaume-Uni (GC) (n° 44362/04, 02.12.2007).
Dikme c. Turquie (n° 20869/92, 11.07.2000).
Doerga c. Pays-Bas (n° 50210/99, 27.04.2004).
Domenichini c. Italie (n° 15943/90, 15.11. 1996).
Donaldson c. Royaume-Uni (n° 56975/09, 25.01.2011, décision).
Enea c. Italie (n° 74912/01, 17.09.2009).
Epnars-Gefnars c. Lettonie (n° 37862/02, 29.05.2012).
Erdem c. Allemagne (n° 38321/97, 05.07.2001).
Estrikh c. Lettonie (n° 73819/01, 18.01.2007).
Floroiu c. Roumanie (n° 15303/10, 12.03.2013).
Frérot c. France (n° 70204/01, 12.06.2007).
Frodl c. Autriche (n° 20201/04, 08.04.2010).
Gagiu c. Roumanie (n° 63258/00, 24/02/2009).
Giszczak v. Pologne (n° 40195/08, 29.11.2011).
Golder c. Royaume-Uni (n° 4451/70, 21.02.1975).
Gulmez c. Turquie (n° 16330/02, 20.05.2008).
Hagyó c. Hongrie (n° 52624/10, 23.07.2013).
Hamer c. Royaume-Uni (n° 7114/75, 13.12.1979).
Handyside c. Royaume-Uni (n° 5493/72, 07.12.1976).
Harakchiev and Tolumov c. Bulgarie (n° 15018/11 et 61199/12).

Hirst c. Royaume-Uni (No. 2) (GC) (n° 74025/01, 06.10.2005).
Horych v. Pologne (n° 13621/08, 17.07.2012).
Huvig c. France (n° 11105/84, 24.04.1990).
Iambor v. Roumanie (n° 1) (n° 64536/01, 24.06.2008).
Istvan Gabor Kovacs c. Hongrie (n° 15707/10, 17.01.2012).
Iwańczuk c. Pologne (n° 25196/94, 15.11. 2001).
Jankauskas c. Lituanie (n° 59304/00, 24.02.2005).
Jaremowicz c. Pologne (n° 24023/03, 05.01. 2010)
Julin c. Estonie (n° 16563/08, 29.05.2012).
Kalashnikov c. Russie (n° 47095/99, 15.10.2002).
Kalda c. Estonie (n° 17429/10, 19.01.2016).
Karpenko c. Russie (n° 5605/04, 13.03.2012).
K.H.C. c. Royaume-Uni (n° 2749/66, 11.07.1967, décision).
Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie (n° 11082/06 et 13772/05, 25.07.2013).
Khoroshenko c. Russie (GC) (n° 41418/04, 30.06.2015).
Khuzhin et autres c. Russie (n° 13470/02, 23.10.2008).
Koch c. la République federale d'Allemagne (n° 1270/61, 08.03.1962, décision).
Kokkinakis c. Grèce (n° 14307/88, 25.05.1993).
Kovalev c. Russie (n° 78145/01, 10.05.2007).
Kruslin c. France (n° 11801/85, 24.04.1990).
Kubiak c. Pologne (n° 2900/11, 21.04.2015).
Kudla c. Pologne (GC) (n° 30210/96, 26.10.2000).
Lavents c. Lettonie (n° 58442/00, 28.11.2002).
Labita c. Italie (GC) (n° 26772/95, 06.04.2000).
Lorsé et autres c. Pays-Bas (n° 52750/99, 04.02.2003).
Maiorano et autres c. Italie (n° 28634/06, 15.12.2009).
Malenko c. Ukraine (n° 18660/03, 19.02.2009).
Malone c. Royaume-Uni (n° 8691/79, 02.08.1984).
Marin Kostov c. Bulgarie (n° 13801/07, 24.10.2012).
Mastromatteo c. Italie (GC) (n° 37703/97, 24.10.2002).
McFeeley et autres c. Royaume-Uni (n° 8317/78, 15.05.1980).
McHugh et autres c. Royaume-Uni (n° 51987/08, 10.02.2015).
Mehmet Nuri Özen et autres c. Turquie (n° 15672/08, 11/01/2011).
Messina c. Italie (n° 2) (n° 25498/94, 28.09.2000).
Mesut Yurtsever et Autres c. Turquie (n° 14946/08, 20.01.2015).
Moiseyev c. Russie (n° 62936/00, 09.10.2008).
Mouisel c. France (n° 67263/01, 14.11.2002).
Naydyon c. Ukraine (n° 1647/03, 14.10.2010).
Nazarenko c. Lettonie (n° 76843/01, 01.11.2007).
Niedbala c. Pologne (n° 27915/95, 04.07.2000).
Novinskiy c. Russie (n° 11982/02, 10/02/2009).
Nusret Kaya et autres c. Turquie (n° 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 et 60915/08, 22.04.2014).
Onoufriou c. Chypre (n° 24407/04, 07.01.2010).
Payet c. France (n° 19606/08, 20.01.2011).

Perinçek c. Suisse (n° 27510/08, 15.10.2015).
Petra c. Roumanie (n° 27273/95, 23.09.1998).
Piechowicz c. Pologne (n° 20071/07, 17.04.2012).
Płoski c. Pologne (n° 26761/95, 12.11.2002).
Polat c. Turquie (n° 23500/94, 08.07.1999).
Puzinas c. Lituanie (n° 2) (n° 63767/00, 09.01.2007).
Raninen c. Finlande (n° 20972/92, 16.12.1997).
Rinzivillo c. Italie (n° 31543/96, 21.12.2000).
Roman Karasev c. Russie (n° 30251/03, 25.11.2010).
Scoppola c. Italie (n° 3) [GC] (n° 126/05, 22.05.2012).
Shvydka c. Ukraine (n° 17888/12, 30/10/2014).
Rotaru c. Roumanie [GC] (n° 28341/95, 04.05.2000).
Salapa c. Pologne (n° 35489/97, 19.10.2002).
Schönenberger et Durmaz c. Suisse (n° 11368/85, 20.06.1988).
Sergey Volosyuk c. Ukraine (n° 1291/03, 12.04.2009).
Shahanov et Palfreeman c. Bulgarie (n° 35365/12 et 69125/12, 21.07.2016).
Shilbergs c. Russie (n° 20075/03, 17.10.2009).
Schemkamper c. France (n° 75833/01, 18.10.2005).
Silver and Others c. Royaume-Uni (n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983).
Stitic c. Croatie (n° 29660/03, 08.11.2007).
Stummer c. Autriche [GC] (n° 37452/02, 07.07.2011).
Soering c. Royaume-Uni (n° 14038/88, 07.07.1989).
Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 6538/74, 26.04.1979).
Szuluk c. Royaume-Uni (n° 36936/05, 02.06.2009).
Trosin c. Ukraine (n° 39758/05, 23.02.2012).
Truten c. Ukraine (n° 18041/08, 23.06.2016).
Tyrer c. Royaume-Uni (n° 5856/72, 25.03.1978).
V. c. Royaume-Uni [GC] (n° 24888/94, 16.12.1999).
Van der Ven c. Pays-Bas (n° 50901/99, 04.02.2003).
Van Droogenbroeck c. Belgique (n° 7906/77, 24.06.1982).
Valašinas c. Lituanie (n° 44558/98, 24.07.2001).
Vasilescu c. Belgique (n° 64682/12, 25.11.2014).
Vasiliy Ivashchenko c. Ukraine (n° 760/03, 26.10.2012).
Vogt c. Allemagne (n° 17851/91, 26.09.1996).
Vorobyev c. Ukraine (n° 28242/10, 16.01.2015).
Wenner c. Allemagne (n° 62303/13, 01.09.2016).
Vinter et autres c. Royaume-Uni (n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, 09.07.2013).
Vintman c. Ukraine (n° 28403/05, 23.10.2014).
Yankov c. Bulgarie (n° 39084/97, 11.12.2003).
Yefimenko c. Russie (n° 152/04, 12.02.2013).

Miguel Angel Estrella v. Uruguay, Communication No. 74/1980, CCPR/C/OP/2 (1990).
Pustovoit v. Ukraine, Communication No. 1405/2005, CCPR/C/110/D/1405/2005/.
Yevdokimov et Rezanov v. Russia, Communication No. 1410/2005, CCPR/C/101/D/1410/2005 (adoption of views).

La France

CAA de Bordeaux, 20/11/2013, 13BX01140.
 CAA de Lyon No. 14LY00113 4ème chambre — formation à 5 Inédit au recueil Lebon.
 CAA de Nantes, 3ème Chambre, 20/06/2013, 12NT01050 Inédit au recueil Lebon.
 CAA de Paris, 1ère chambre, 31/07/2014, 13PA04134, Inédit au recueil Lebon.
 Conseil Constitutionnel, Décision No. 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, cons. 4 et 6.
 Conseil Constitutionnel, Décision nos. 80–127 des 19 et 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et la liberté des personnes.
 Conseil Constitutionnel, Décision No. 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013.
 Conseil Constitutionnel, Décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014.
 Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 24 octobre 2007, 07-81.583, Inédit.
 CE, 12 mars 1980, Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines, No. 12572.
 CE, 3 novembre 1989, M. Jean-Jacques M., No. 85424.
 CE, 15 janvier 1992, C., No. 97149.
 CE, 18 mars 1998, D., No. 191630.
 CE, Avis 2 / 6 SSR, du 29 décembre 1999, 210147, publié au recueil Lebon.
 CE, 12 mars 2003, Garde des Sceaux c/ Frérot, No. 237437.
 CE, 14 décembre 2007, M. Miloud A., No. 290730.
 CE, 14 décembre 2007, M. Franck A., No. 290420.
 CE, 14 décembre 2007, M. Pascal A., No. 306432.
 CE, 29 Février 2008, M. A. et autres, nos. 308145, 308147.
 CE, 31 octobre 2008, Section française de l'OIP, No. 293785.
 CE, 14 novembre 2008, M. E. S., No. 315622.
 CE, 17 décembre 2008, SFOIP, No. 293786.
 CE, 17 décembre 2008, Section française de l'OIP, No. 305594.
 CE, 30 novembre 2009, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Ali A., No. 318589.
 CE, 26 novembre 2010, Ministre d'Etat, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Hervé A., No. 329564.
 CE, 28 mars 2011, Garde des Sceaux c/ M. A. B., No. 316977.
 CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 28/12/2012, 357494.
 CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 20/02/2013, 364081.
 CE, Juge des référés, 06/06/2013, 368875.
 CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 17/07/2013, 357405, Inédit au recueil Lebon.
 CE, 21 mai 2014, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mme A., No. 359672.

Les États-Unis d'Amérique

- Ashelman v. Wawraszek*, 111 F.3d 674, 678 (9th Cir.).
- Beard v. Banks* 399 F.3d 134 (2005).
- Beard v. Banks* 548 U.S. 521 (2006).
- Beard, Secretary, Pennsylvania Department of Corrections v. Banks*, 548 U.S. 521.
- Belville v. Ednie* 74 F.3d 210, 214 (10th Cir. 1996).
- Bryan v. Werner* 516 F.2d 233 (3d Cir. 1975).
- Campos v. Coughlin* 854 F. Supp. 194 (S.D.N.Y. 1994).
- Coffin v. Reichard* (143 F.2d 443 (6th Cir. 1944).
- Cooper v. Tard* 855 F.2d 125 (3d Cir. 1988).
- Dawson v. Scurr* 986 F.2d 257, 261-262 (8th Cir. 1993).
- Dehart v. Horn* 390 F.3d 262 (3d Cir. 2004).
- Doe v. Sparks* 733 F. Supp. 227 (W.D. Pa. 1990).
- Cruz et al. v. Beto and Estelle*, 77-1641 (5th Circuit, 1979).
- Frost v. Symington* 197 F.3d 348, 357 (9th Cir. 1999).
- Green v. Polunsky* 229 F.3d 486, 491 (5th Cir. 2000).
- Harris v. Chapman* 97 F.3d 499, 504 (11th Cir. 1996).
- Holt v. Hobbs* 574 U.S. (2015).
- Johnson v. California* 543 U.S. 499 (2005).
- Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union, Inc.* 433 U.S. 119 (1977).
- Johnson v. California* 543 U.S. 499 (2005).
- Logan v. United States*. Opinion of the court delivered by Mr. Justice Gray, 144 U.S. 263 (12 S.Ct. 617, 36 L.Ed. 429).
- Loggins v. Delo* 999 F.2d 364, 367 (8th Cir. 1993).
- Love v. Reed*, 216 F.3d 682, 690-691 (8th Cir. 2000).
- Makin v. Colorado Dept. Of Corrections*, 183 F.3d 1205, 1213-1214 (10th Cir.1999).
- Mayweathers v. Newland*, 258 F.3d 930 (9th Cir. 2001).
- McNamara v. Moody* 606 F.2d 621, 624 (5th Cir. 1979).
- Monroe v. Pape* 365 US 167 (1961).
- O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987).
- Overton v. Bazzetta* (02-94) 539 U.S. 126 2003.
- Pell v. Procunier* — 417 U.S. 817, 818 (1974).
- Price v. Johnston* 334 U.S. 266, 285 (1948).
- Procunier v. Martinez* 416 U.S. 396 (1974).
- Ruffin v. Commonwealth* (62, Va. 790, 1871).
- Sandin v. Conner* 515 U.S. 472 (1995).
- Shaw v. Murphy*, 532 U.S.223 (2001).
- Thornburgh v. Abbott* 490 U.S. 401 (1989).
- Turner v. Safley* 482 U.S. 78 (1987).
- Williams v. Morton*, 343 F.3d 212 (3d Cir. 2003).
- Wolff v. McDonnell* 418 U.S. 539, 555, 556 (1974).
- United States v. Seeger* 380 U.S. 163, 185 (1965).

Le Canada

- Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143.
Dumas v. Leclerc Institute, [1986] 2 S.C.R. 459.
May v. Ferndale Institution, [2005] 3 S.C.R. 809, 2005 SCC 82.
Mission Institution v. Khela, [2014] SCC 24, 1 S.C.R. 502.
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199.
Sauvé v. Canada (Attorney General), [1993] 2 S.C.R. 438.
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer), [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68.
Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821.
R. v. Miller, [1985] 2 S.C.R. 613.
R. v. Oakes, [1986] 1 SCR. 103.
R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045.
R. v. Solosky, [1980] 50 C.C.C. (2d) 495 (S.C.C.).

Le Royaume-Uni

- R (Daly) v. Home Secretary* [2001] 2 AC 532.
Raymond v. Honey [1982] AC 1.
Raymond v. Honey [1982] AC 1, [1981] UKHL 8.
R v. Secretary of State for the Home Department ex parte Leech (No. 2).
R (Allen) v Secretary of State for Justice (2008).
R (Graham) v Secretary of State for Justice (2007).
R (Mellor) v Secretary of State for the Home Department [2001] 3 WLR 533.
Regina v. Secretary of State for the Home Department Ex Parte Simms (A.P.) (1999).
Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly, R v. [2001] UKHL 26.
The Queen on the Application of Mellor v. Secretary of State for the Home Department, 3 WLR 533 (2001).

La Belgique

- Conseil d'État, section du contentieux administratif:
 11 mars 2003, arrêt De Smedt c. État belge.
 09 septembre 2005, arrêt de Goorickx c. État belge.
 31 mars 2007, Sekkaki c. État belge.
 11 mars 2008, arrêt de Devolli c. État belge.
 25 juin 2010, arrêt de Badra c. État belge.
 03 septembre 2010, arrêt d'Evita c. État belge.
 26 novembre 2010, arrêt de Malengreaux c. État belge.
 01 décembre 2010, arrêt de Preud'homme d'Hailly de Nieuport c. État belge.
 14 mars 2012, arrêt de Soufiani c. État belge.
 03 mai 2012, arrêt de Mouffe c. État belge.
 6 décembre 2012, arrêt de Hilami c. État belge.
 20 mai 2013, arrêt de Afkir c. État belge.
 08 octobre 2014, arrêt de Feratovic c. État belge.
 18 février 2015, arrêt de De Rouck c. État belge.
 21 mai 2015, Budisavljevik c. État belge.

10 novembre 2015, arrêt de Dahmani c. État belge.
15 septembre 2016, arrêt de El Jaabari c. État belge.
09 février 2017, arrêt de Van Vinkenroije c. État belge.
16 janvier 2017, arrêt de Riahi Hichal c. État belge.
27 janvier 2017, arrêt de Detournay c. État belge.
12 septembre 2017, arrêt de Trimini Langeri c. État belge.

Autres juridictions :

Cour Constitutionnelle, 29 janvier 2014, arrêt n° 20/2014.
Cour de cassation de Belgique, 04 mai 2015, N° S.13.0128.F.
Cour d'appel, Mons, 21.06.2017, 2017/RF/1 (2ème chambre).
Cour d'appel de Liège (1^{re} chambre civile), 03 février 2016, 2015/RF/48.
Bruxelles (8^e ch.), 11 décembre 2007, R.G. 2007 / KR / 232, inédit.

Table de matières

Sommaire	4
Liste d'abréviations et de sigles	5
Introduction	7
Partie I : Nature juridique des limitations des droits des détenus.....	47
1.1. Notions et caractéristiques des limitations des droits.....	49
1.1.1. Rétrécissement de l'étendue et du contenu des droits existants.....	51
1.1.2. Détermination formelle de la limitation	59
1.1.3. Instauration d'une limitation à but précis.....	65
1.1.4. Mise en œuvre des limitations par l'État.....	67
Conclusion du chapitre 1.1	70
1.2. Formes de limitations des droits.....	72
1.2.1. Formes des limitations normatives	73
1.2.1.1. Privation du droit subjectif en tant que forme de limitation du droit	73
1.2.1.2. Interdiction en tant que forme de limitation du droit.....	75
1.2.1.3. Devoir en tant que forme de limitation du droit	78
1.2.1.4. Consécration du droit subjectif spécifique des détenus en tant que forme de limitation du droit	82
1.2.1.5. Instauration de la responsabilité spécifique en tant que forme de limitation du droit ..	90
1.2.2. Formes des limitations pratiques	95
Conclusion du chapitre 1.2.....	98
1.3. Classification des limitations des droits.....	101
1.3.1. Classification en fonction de l'application selon la discrétion.....	101
Conclusion du sous-chapitre 1.3.1.....	103
1.3.2. Classification selon l'origine de la limitation. Restrictions de droits découlant de l'incarcération	104
Conclusion du sous-chapitre 1.3.2.....	120
Conclusion du chapitre 1.3.....	121
1.4. Limites des droits subjectifs.....	123
Conclusion du chapitre 1.4.....	128
1.5. Point de vue philosophique sur la nature des limitations des droits.....	129
1.5.1. Idées fondamentales de la philosophie des limitations des droits des détenus.....	129

1.5.2. Limites du rapprochement des droits des détenus avec les droits des citoyens libres.....	135
Conclusion du chapitre 1.5.....	158
Conclusion (Partie I)	160
Partie II : Normes internationales de limitation des droits des détenus	163
2.1. Normes des Nations Unies en matière de limitation des droits des détenus.....	163
2.1.1. Limitations des droits des détenus dans les Règles minima pour le traitement des détenus de 1957 (RMT) et de 2015 (RMT Mandela)	166
2.1.1.1. Limitations dans les RMT	166
2.1.1.2. Règles Mandela	171
2.1.2. Principes de base pour le traitement des détenus	173
2.1.3. Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement.....	175
2.2. Normes du Conseil d'Europe en matière de limitation des droits des détenus....	178
2.2.1. Limitations des droits des détenus dans la jurisprudence de la CEDH	178
2.2.1.1. Doctrine des limitations inhérentes à l'incarcération et caractère spécifique de la norme de limitation des droits des détenus.....	178
2.2.1.2. Exigences de la Convention vis-à-vis des limitations justifiées.....	198
2.2.2. Droit mou du Conseil de l'Europe	252
2.2.2.1 Normes du CPT en matière de limitations des droits des détenus.....	252
2.2.2.2. Recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe	270
Conclusion (Partie II).....	286
Partie III : Limitations des droits des détenus: expérience par pays	289
3. 1. France	289
3.1.1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789	289
3.1.2. Loi pénitentiaire de 2009.....	293
3.1.2.1. Clause limitative générale (article 22 de la Loi pénitentiaire).....	294
3.1.2.2. Clauses limitatives des autres droits prévues par la Loi pénitentiaire	308
3.1.2.3. Jurisprudence relative à l'application de l'article 22	315
3.1.3. Doctrine française des limitations des droits.....	324
3.1.3.1. Le détenu, citoyen à part entière.....	324
3.1.3.2. Le détenu n'est privé que de la liberté "d'aller et venir"	335
3.1.3.3. Doctrine de rapprochement avec le droit commun.....	341

3.1.4. Juridictionnalisation du domaine pénitentiaire.....	356
3.1.4.1. Juridictionnalisation et évolution du droit pénitentiaire français	356
3.1.4.2. Conception des normes garantissant le recours des détenus à la justice	368
3.1.4.3. Facteurs supplémentaires d'amélioration de l'influence de la jurisprudence sur les pratiques d'exécution des peines.....	380
Conclusion du chapitre 3.1	386
3.2. États-Unis	389
3.2.1. Juges et limitations des droits des détenus	389
3.2.2. Normes judiciaires des limitations	393
Conclusion du chapitre 3.2.....	414
3.3. Grande-Bretagne	416
3.3.1. Doctrine et jurisprudence	416
3.3.2. Politique de motivation et de privilèges	426
Conclusion du chapitre 3.3.....	432
3.4. Canada.....	434
3.4.1. Loi pénitentiaire	434
3.4.1.1. Groupe de travail	434
3.4.1.2. Limitations dans la Loi.....	440
3.4.2. Jurisprudence de la Cour suprême du Canada et limitations des droits des détenus.....	451
3.4.2.1. Affaire Solosky.....	452
3.4.2.2. Affaire Oakes	454
3.4.2.3. Affaire Sauvé.....	457
3.4.2.4 Autres décisions en matière de restrictions de droits des détenus.....	466
Conclusion du chapitre 3.4.....	472
3.5. Belgique	474
3.5.1. Loi pénitentiaire	474
3.5.2 La Loi Dupont en pratique	484
Conclusion du chapitre 3.5.....	493
3.6. Pays-Bas.....	495
3.6.1. Loi sur les principes de l'administration pénitentiaire	495
Conclusion du chapitre 3.6.....	505
3.7. L'Ukraine (évolution actuelle de la législation en rapport avec la limitation des droits des détenus)	506
3.7.1. Projets de loi relatifs aux limitations des droits des détenus	506

3.7.2. Plan d'action dans le domaine des droits de l'homme.....	529
Conclusion du chapitre 3.7.....	544
Conclusion (Partie III).....	546
Conclusion générale	549
Liste des annexes	558
Annexe n° 1	559
Annexe n° 2	573
Annexe n° 3	615
Bibliographie.....	630
En français.....	630
En anglais	642
En français et en anglais.....	655
En ukrainien et en russe.....	658
Jurisprudence internationale et des pays analysés.....	668
Table de matières	675

Les limitations des droits des détenus: nature juridique et justification

Cette thèse porte sur les limites du pouvoir étatique de restreindre les droits des détenus. Afin d'explorer cette question, l'auteur identifie les spécificités de ces limitations qui peuvent influencer la justification de leur application. Ces spécificités rendent la justification des limitations en milieu pénitentiaire plus facile par rapport à celles des citoyens libres. La thèse propose des barrières juridiques améliorées contre les limitations non-justifiées.

L'auteur propose une théorie originale sur la nature juridique des limitations aux droits des détenus. Il décrit aussi les normes pertinentes développées par l'ONU et le Conseil de l'Europe (la Cour européenne et le Comité pour la prévention de la torture) ainsi que les normes nationales encadrées par la législation et la jurisprudence. Une analyse critique de ces normes est menée afin de comprendre leurs défauts et de prévenir la commission d'erreurs à l'avenir.

La doctrine populaire selon laquelle les détenus conservent tous les droits sauf ceux qui sont incompatibles avec l'emprisonnement est rejetée car elle s'avère peu protectrice du point de vue juridique. En revanche, d'autres axes d'amélioration des clauses limitatives existantes en droit pénitentiaire sont proposés. Il s'agit de la construction de garanties procédurales contre l'abus de limitations non-justifiées et notamment du renforcement du rôle du contrôle judiciaire ainsi que de l'application du principe de proportionnalité. L'application légitime de ce principe est plus complexe en monde libre qu'en milieu fermé ; elle requiert sans doute non de s'appuyer non seulement sur des arguments juridiques et logiques, mais encore sur des arguments empiriques.

Mots-clés: limitations, droits des détenus, prison, détenus, exécution des peines, système pénitentiaire

Limitations of Prisoners' Rights: the Legal Nature and Justification

This thesis focuses on the limits of the State's power in restricting prisoners' rights. In order to explore this issue, the author identifies the specificities of these limitations which can influence the justification of their use. Due to these specificities, it is easier to justify the limitations of prisoners' rights than those of free citizens. It is on this basis that the thesis suggests to improve legal barriers against the unjustified limitations of prisoners' rights.

The author develops an original theory pertaining to the legal nature of limitations applied to prisoners' rights. Furthermore, he describes the standards developed by the UN and the Council of Europe (the European Court and the Committee for the Prevention of Torture) which apply to these limitations, as well as the relevant national standards defined by legislations and/or jurisprudence. A critical analysis of these standards is conducted with the purpose of understanding their flaws and preventing them in the future.

The popular view according to which detainees retain all their rights, with the sole exception of those that are incompatible with imprisonment is rejected as not providing sufficient legal protection. This thesis presents alternative ideas for improving restrictive prison law clauses. Particular attention is paid to the construction of procedural safeguards against the abuse of unjustified limitations, including strengthening the role of judicial review and the principle of proportionality. In a security context, it is more complicated to apply this principle legitimately as it might require not only legal and logical arguments, but also empirical data.

Key words : restrictions, rights of prisoners, prison, prisoners, execution of punishment, penitentiary system

Discipline : SCIENCES JURIDIQUES

Spécialité : DROIT PUBLIC

Université de Reims Champagne-Ardenne

CEJESCO - EA 4693

Campus Croix rouge

Maison de la recherche - Bat 13 R320 57
rue Pierre Taittinger 51096 Reims Cedex