

LA DÉFENSE DU DÉTENU

Jean-Paul CÉRÉ

Maître de conférences à l'université de Pau
Directeur du Master Droit de l'exécution des peines et droits de l'homme
(Pau, Bordeaux IV, Dakar)

La justice ne doit pas s'arrêter à la porte des prisons¹. Ce principe bien connu signifie que toutes les limitations aux droits fondamentaux ne peuvent être légitimées que selon les critères de la convention européenne des droits de l'homme. Sa traduction n'a pourtant jamais été assurée au sein d'une institution traditionnellement soumise au secret et dont la justice interne fonctionnait à huis clos. Dans ces conditions, les droits de la défense demeuraient largement défaillants, tandis que le rôle de l'avocat s'arrêtait à la fin du procès. A défaut de recours pour les détenus concernant les décisions prises par les autorités pénitentiaires, les avocats ne pouvaient intervenir.

La défense des détenus s'est heureusement éveillée grâce au Conseil d'État et au désormais célèbre arrêt *Marie* du 17 février 1995. Un revirement de jurisprudence historique a ouvert les recours contre les sanctions disciplinaires en prison en considérant qu'elles devaient s'assimiler à des mesures faisant grief². En réformant en profondeur le droit disciplinaire et en le soumettant, notamment, au principe de légalité, le décret n° 96-287 du 2 avril 1996 a fortifié la tendance irrépressible du droit pénitentiaire à se conformer au droit commun³. Pour autant, la défense des détenus pâtissait de l'absence de l'avocat durant la procédure. Ce dernier n'intervenait qu'en cas de contestation de la sanction disciplinaire dans le cadre d'un processus juridictionnel soumis par le décret du 2 avril 1996 au préalable d'un recours hiérarchique. C'est donc une véritable révolution en termes de respect des droits de la défense que l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 sur les droits des citoyens avec les administrations a généré. Il a permis enfin aux avocats de consulter le dossier de la procédure et de défendre leurs clients devant la commission de discipline⁴. Prenant acte de cette avancée, le décret n° 2002-366 du 18 mars 2002 a accordé l'aide juridique pour les détenus assistés par un avocat lors du procès disciplinaire.

L'ouverture des recours pour les sanctions disciplinaires, puis ensuite pour le placement à l'isolement⁵, s'est progressivement étendue à de nombreuses autres décisions. La tendance jurisprudentielle d'éradication des mesures d'ordre intérieur en prison est particulièrement sensible ces dernières années, parallèlement à une évolution du contentieux de la responsabilité⁶. Sur le terrain même de la procédure disciplinaire pénitentiaire, après de multiples rebondissements, la jurisprudence considère aujourd'hui que le placement en détention disciplinaire provisoire est une décision faisant grief et

1. CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, §69.

2. *RFDA*, 1995, p. 353 et s., concl. P. Frydman ; *D.* 1995, p. 381 et s., note N. Belloubet-Frier ; *JCP* 1995, p. 173 et s., obs. M. Lascombe et F. Bernard ; *RSC* 1995, p. 381 et s., obs. P. Couvrat ; *AJDA* 1995, p. 379 et s., obs. L. Touvet et J.-H. Stahl ; *LPA* 1995, n° 51, p. 11 et s., obs. G. Vlachos ; *RDP* 1995, p. 1338 et s., note O. Gohin ; *RFDA* 1995, p. 822 et s., obs. F. Moderne et J.-P. Céré.

3. V. F. FÉVRIER, « Le droit répressif pénitentiaire », *Rev. pénit.* 2009, p. 383.

4. V. M. HERZOG-ÉVANS et E. PÉCHILLON, « L'entrée des avocats en prison et autres conséquences induites par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 », *D. Chron.* p. 481.

5. CE, 30 juill. 2003, *Remli*, *D.* 2003, p. 2331, note M. Herzog-Évans ; *AJDA* 2003, p. 2090, note D. Costa ; *AJ pénal* 2003, p. 74, obs. P. Remillieux ; *Dr. pén.* 2004, comm. 43, obs. A. Maron.

6. D. BOUJU, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *RDP* 2005, p. 597 ; M. GUYOMAR, « Le juge administratif, juge pénitentiaire », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 471 ; M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA* 2009, p. 413 ; C. VIGOUROUX, « La valeur de la justice en détention », *AJDA* 2009, p. 403.

Il revient à la commission de constater la réalité des charges relevées contre un détenu et, le cas échéant, de décider d'une sanction. Après avoir pris connaissance du compte rendu et du rapport d'incident, elle auditionne les témoins éventuels et entend les explications du détenu. Il est sous-entendu qu'il doit comparaître devant la commission de discipline mais en réalité il reste libre ou non de comparaître devant la commission de discipline. S'il est présent, le président de la commission lui rappelle les faits tels qu'ils ont déjà été mentionnés sur l'imprimé de notification. Le détenu expose ensuite sa version de l'incident par écrit s'il le désire, ce qui ne dispense pas d'entendre ses explications orales et s'il est assisté, le président de la commission de discipline lui donne d'abord la parole avant d'entendre son conseil¹⁵.

Il va de soi que le droit de se faire assister ou représenter par un avocat suppose que l'Administration pénitentiaire fasse diligence pour que l'avocat choisi par le détenu soit informé de la date et de l'heure de l'audience¹⁶. La jurisprudence fait d'ailleurs primer ce droit élémentaire de la défense sur le pouvoir de renvoi de l'audience disciplinaire offert au président de la commission de discipline. Ainsi a-t-il été jugé que ce dernier ne pouvait refuser une demande de renvoi de l'audience disciplinaire sollicitée par le détenu, lorsqu'elle était motivée par l'absence de l'avocat¹⁷.

On le voit au travers de quelques remarques, la procédure disciplinaire s'inscrit dans un processus quasi juridictionnel, propice à la sauvegarde des droits de la défense du détenu. A l'instar du procureur de la République pour les infractions pénales, le pouvoir du chef d'établissement repose sur le principe de l'opportunité des poursuites. D'autres similitudes avec la procédure pénale existent. L'information obligatoire du détenu sur les faits qui lui sont reprochés pourrait laisser penser, entre autres, à la mise en examen notifiée en première comparution par le juge d'instruction avant toute audition.

2 – Une généralisation récente du principe du respect des droits de la défense

Depuis la loi du 12 avril 2000, les droits de la défense peuvent trouver à prospérer à propos d'autres mesures considérés comme faisant grief au détenu. A ce titre, la défense par un avocat se trouve légitimé.

C'est par voie de circulaire que l'Administration pénitentiaire s'est rangée au nécessaire respect des dispositions de cette loi en prison. Doivent entrer dans les décisions soumises à une exigence de motivation et au respect d'une procédure contradictoire, celles « *qui restreignent l'exercice des libertés publiques ou constituent une mesure de police, infligent une sanction, subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions, retirent ou abrogent une décision créatrice de droits, refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir, refusent une autorisation ainsi que des décisions qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement* »¹⁸. Il importe peu de distinguer entre les détenus et les tiers qui sont également couverts par les dispositions de la loi du 12 avril 2000 (famille, visiteurs de prison, intervenants extérieurs...).

Comme animée du souci de limiter les effets de la loi du 12 avril 2000, la circulaire dresse une liste des domaines d'application en prison. En dehors de la matière disciplinaire, les

15. Circ., 9 mai 2003, préc. n° 3.2.6

16. Si l'Administration pénitentiaire fait diligence et transmet en temps utile la demande d'assistance au bâtonnier, le détenu ne saurait invoquer la nullité de la procédure, TA Amiens 8 mars 2005, req. n° 0201003.

17. TA Toulouse, 30 nov. 2004, *AJ pénal*, 2005, p. 78, obs. J.P. Céré ⇨ TA Pau, 17 juin 2003, *D.* 2004, p. 1097, obs. M. Herzog-Evans.

18. Circ. NOR JUSE 03 400 55 C du 9 mai 2003, n° 1.2

décisions suivantes sont concernées : interdiction de correspondance (art. D. 414, C. pr. pén.) ; décision de retenue d'une correspondance écrite par un détenu (art. D. 416, C. pr. pén.) ; décision de retenue d'une publication (art. D. 444, C. pr. pén.) ; mise à pied ou déclassement d'un emploi (art. D. 99, C. pr. pén.) ; versement au trésor public des sommes trouvées irrégulièrement en possession des détenus (art. D. 332, C. pr. pén.) ; exclusion d'une activité sportive pour des raisons de sécurité (art. D. 459-3, C. pr. pén.). Plus généralement, le respect des droits de la défense du détenu doit s'imposer à chaque retrait d'une autorisation préalablement accordée.

En revanche, la protection cède lorsqu'il s'agit de mesures conservatoires (mise à pied d'un emploi par exemple) lorsqu'il s'agit de statuer simplement sur une demande formulée par le détenu lui-même (par ex. refus d'autorisation d'achat d'un bien qui n'est pas vendu en cantine, refus de téléphoner) ou encore en présence de demande d'auditions abusives¹⁹.

Il est regrettable de constater que les mesures de placement à l'isolement ne figurent même pas dans la circulaire au titre des procédures soumises au respect du contradictoire, ni d'ailleurs d'autres décisions telles que le fait d'imposer un parloir avec dispositif de séparation en dehors de tout infraction disciplinaire²⁰ ou les changements d'affectation contraints. Prenant maintenant acte des dernières évolutions jurisprudentielles, la loi pénitentiaire vient combler une partie du gouffre juridique en prévoyant un débat contradictoire pour tout placement à l'isolement par mesure de protection ou de sécurité, au cours duquel la personne concernée, peut être assistée par son avocat²¹. Il est permis de regretter cependant que la loi ne tire pas toutes les conséquences de la nécessité de respecter les droits de la défense en posant, notamment, le principe du droit à l'information préalable du détenu²², la consultation du dossier ou l'obligation de motivation de la décision.

La présence et le rôle attribué à l'avocat en prison sont de nature à rehausser le niveau de protection du détenu mais il ne suffit pas à couronner le respect des droits de la défense qui demeure, en l'état, encore largement défaillant.

II – DES DROITS DE LA DÉFENSE BANNIS EN PRISON

A – DES DROITS DE LA DÉFENSE IMPARFAITS

1 – Un droit disciplinaire en trompe l'œil

Les droits de la défense font l'objet, en prison, d'une étrange interprétation. Le Code de procédure pénale lui-même entrave, parfois sérieusement, l'exercice du droit à la défense des détenus. Certaines circulaires récentes amplifient ce mouvement en cherchant manifestement à restreindre la portée de la défense par un avocat. Un tel constat est particulièrement criant en droit disciplinaire pénitentiaire.

Lors du déclenchement de la procédure disciplinaire, les détenus reçoivent une information tardive et partielle. Lorsqu'un agent rédige un compte rendu d'incident disciplinaire, le détenu reçoit une connaissance informelle et orale. La notification officielle – limitée aux seuls éléments de fait et concernant la personnalité des détenus – apparaît uniquement à la fin de l'enquête disciplinaire. Les informations sur le déroulement de la procédure, la faculté

19. V. Circ., 9 mai 2003, préc. n° 1.3.1 et s. Cette restriction se retrouve dans l'article 24 de la loi du 12 avril.

20. Art. D. 405, C. pr. pén.

21. Art. 53 bis de la loi. Il reste à espérer que le décret d'application y fasse référence.

22. Par ex. de la faculté offerte par la loi d'être assisté par un avocat, date de sa comparution, de la possibilité de bénéficier de l'aide juridique...

d'être assisté ou représenté par un avocat, le moment de la comparution et de mise à disposition du dossier, essentielles à la préparation de la défense n'interviennent donc qu'au moment de la convocation du détenu devant la commission de discipline (art. D 250-1, C. pr. pén). La consultation du dossier et l'assistance par un avocat sont donc retardés et la présence d'un interprète, pour les détenus étrangers, est curieusement négligée²³. De toute façon le délai de trois heures minimum prévu par l'article D. 250-2, C. pr. pén., dans l'hypothèse où il est pratiqué, laisse peu de marge à une défense efficace. En outre, dans l'hypothèse où un classement sans suite est prononcé, celui-ci est assimilé à une mesure d'ordre intérieur²⁴. Cette situation laisse perplexe lorsque l'on sait que le rapport d'incident peut rester dans le dossier du détenu et conduire le JAP à refuser des réductions de peine.

La présence d'un défenseur dans des situations abusivement qualifiées d'urgentes est encore écartée par voie de circulaire alors même que la loi n'envisage pas de telles limites²⁵. Ce résultat nie à l'évidence les droits de la défense. Leur proclamation au stade de l'audience de jugement ne parvient même pas à corriger les lacunes de la procédure antérieure. La composition de la commission de discipline laisse en effet planer des réserves sur son indépendance et son impartialité²⁶. Le cumul de fonctions du président de cette commission ne laisse planer aucune spéculation sur ce plan. Il est d'abord autorité de poursuite et dispose du pouvoir de les déclencher. Il est ensuite autorité d'instruction. Il désigne le chef de service ou le premier surveillant chargé de procéder à l'instruction des faits, il contrôle son déroulement et dispose du pouvoir de placer le détenu en cellule disciplinaire à titre préventif. Il est encore autorité de jugement. A ce titre il préside la commission de discipline alors même que les deux surveillants qui assistent à l'audience n'ont qu'une voix consultative. Il est enfin autorité d'application de la sanction. Il peut, même en cours d'exécution de la sanction, la suspendre ou la fractionner, voire l'assortir de sursis. Une telle concentration de pouvoir amène des réserves sur la réalité de l'indépendance et de l'impartialité de la commission de discipline, sans compter que le chef d'établissement est aussi membre de la commission d'application des peines chargée de se prononcer sur les réductions de peines dont l'octroi ou le retrait est la plupart du temps subordonné à la présence d'une sanction disciplinaire.

Le décret n° 2007-814 du 11 mai 2007 (JO 12 mai 2007, p. 8713) a créé, quant à lui, un droit disciplinaire pénitentiaire spécifique pour les mineurs. Il apporte de profondes modifications procédurales et retouche l'ensemble des sanctions applicables afin de renforcer les garanties du mineur et l'individualisation du prononcé de la sanction. Il n'augure pas vraiment d'avancées procédurales en termes de droits de la défense. Pour les détenus mineurs, le rapport d'enquête est obligatoirement enrichi par des éléments sur la situation personnelle, sociale et familiale de l'intéressé. Ce complément d'information est effectué par les services de la protection judiciaire et de la jeunesse (art. D. 250-1 *in fine*, C. pr. pén.). En outre, un membre du service de la protection judiciaire de la jeunesse peut présenter oralement ses observations sur la situation personnelle, sociale et familiale du mineur. Il est alors autorisé à assister à la commission de discipline (art. D. 250-4, al. 2, C. pr. pén.).

En vérité, la procédure disciplinaire n'apparaît pas adaptée au régime de détention appliqué dans les établissements pénitentiaires pour mineurs (EPM). L'absence d'immédiateté de la réponse disciplinaire qui est susceptible de mettre en défaut l'autorité des personnels

23. L'article D. 250-4, al. 2, C. pr. pén. prévoit le recours à un interprète uniquement durant la phase de jugement et uniquement, « dans la mesure du possible ».

24. TA Caen, 18 avr. 2000, req. n° 99-5131.

25. V. E. PÉCHILLON et M. HERZOG-ÉVANS, « Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voie de circulaire », *LPA* 21 mars 2001, n° 57, p. 8 et s.

26. La présence d'un membre extérieur à l'Administration pénitentiaire ne permet pas de dissoudre le décalage avec le droit européen, cf. J.P. CÉRÉ, « Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison », *AJ pénal* 2009, p. 476.

pénitentiaires a amené certains établissements à mettre en place un régime qualifié d'« infra disciplinaire » (ou de « mesures de bon ordre »)²⁷. Il revient à infliger, de façon alternative à la procédure disciplinaire, certaines mesures telles qu'une privation ponctuelle d'activités, de télévision ou imposer une mesure de réparation. Cette situation qui se déroule en marge de la légalité ne peut que laisser songeur au regard du respect des droits de la défense.

2 – Un droit des transferts fragmentaire

Le transfert d'un détenu peut contenir de multiples germes de violations de droits fondamentaux. Un éloignement forcé du détenu peut ainsi profondément affecter le maintien de ses liens familiaux et contrarier ses efforts de réinsertion. Il induit également une perte des activités suivies dans l'établissement d'origine (travail, formation professionnelle, enseignements...). Pourtant, un transfert ne laisse pas de place à l'exercice des droits de la défense et au respect du contradictoire, y compris en dehors de l'urgence. Il faut, pour le détenu, se raccrocher à un contrôle juridictionnel récent sur le bien fondé du transfert. Un arrêt du Conseil d'État du 17 décembre 2008 entérine l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les décisions de transfert²⁸.

Toutefois, cette ouverture des recours n'est pas intégrale. Le conseil d'État a considéré que des décisions d'affectation consécutives à une condamnation, des décisions de changement d'affectation d'une maison d'arrêt vers un établissement pour peine ou encore des décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir²⁹. Or, pour le Conseil d'État les centres de détention et les maisons centrales sont des établissements pour peine, donc de même nature³⁰. Cette assimilation contredite par les articles D. 71 et D. 72 du Code de procédure pénale et par la réalité pénitentiaire risque fort de freiner le contentieux. Ce n'est que par exception, que de telles décisions de transferts dès lors qu'elles mettent en cause des libertés et des droits fondamentaux peuvent faire l'objet d'un contrôle du juge administratif³¹. En outre, le contrôle n'interviendra qu'*a posteriori* et, une annulation du transfert, ne permettra jamais, dès lors, de réparer tous ses effets pervers.

B – DES DROITS DE LA DÉFENSE BAFOUÉS

Travail. Il est traditionnel de relever qu'en prison, les détenus ne bénéficient d'aucun contrat de travail. Cette situation est à l'évidence génératrice d'arbitraire, d'inégalités et d'incompréhension, à l'aune du droit commun. Il n'est point besoin d'épiloguer pour se rendre compte que dans un désert juridique, le détenu n'aura que peu d'occasion de se prévaloir d'un quelconque droit de la défense. La loi pénitentiaire n'apportera aucun remède³². C'est une fois encore la jurisprudence qui permet après coup d'apprécier le bien-fondé des décisions de perte d'emploi à raison de la commission d'une infraction

27. En ce sens, N. GRILLE, « Le droit pénitentiaire des mineurs à l'épreuve des nouveaux EPM : pratiques professionnelles et usages du droit en prison », *AJ pénal* 2010, p. 23.

28. CE, 17 déc. 2007, n° 290730.

29. Ainsi, un individu détenu en Métropole et dont la famille se trouve sur l'île de la Réunion ne peut contester un refus de transfert : CAA Douai, 2 juill. 2009, *AJ pénal* 2009, p. 460, obs. M. Herzog-Évans.

30. Le conseil d'État se fige sur l'article 717 du Code de procédure pénale qui mentionne une catégorie générale d'établissements pour peine : CE, 3 juin 2009, *AJ pénal* 2009, p. 460, obs. M. Herzog-Évans.

31. Pour le contrôle d'un transfert d'un centre de détention vers un autre centre de détention, en raison de l'atteinte au droit d'association du détenu qui en est résulté : TA Marseille, 27 janv. 2009, *Rev. pénit.* 2009, p. 461, obs. J.P. Céré.

32. Elle déplace le problème en s'attachant à prévoir un « acte d'engagement entre le détenu et l'Administration pénitentiaire pour les seules « activités » professionnelles.

disciplinaire et, même plus récemment, d'une décision de déclassement d'emploi, en dehors de tout acte de nature disciplinaire³³. L'absence de droits de la défense est donc d'une criante banalité en matière de travail au sein d'un établissement pénitentiaire.

Régimes pénitentiaires différenciés. La loi pénitentiaire grave dans le Code de procédure pénale les expériences menées par l'administration et qui consistent à envisager des régimes de détention dits « différenciés ». Les détenus seront désormais soumis à des régimes de détention en fonction de critères tenant à leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts de réinsertion sociale. L'élaboration de régimes de détention différenciés ne doit pas être rejetée dans son principe dans la mesure où elle s'inscrit dans la recherche d'une personnalisation accrue de la prise en charge du détenu et dans une logique de progressivité de la sanction.

Toutefois rien ne permet aujourd'hui de s'assurer du respect des droits de la défense du détenu confronté à un placement sous un régime plus sévère, de même d'ailleurs que d'autres points aussi essentiels que la nature des différences de traitement imposés aux détenus, sur les lignes du processus décisionnel, sur la durée d'un changement de régime ou encore sur les procédures de recours. Le détenu ne peut compter alors que sur un contrôle ultérieur du juge³⁴. Pourtant, comme ce contrôle est fondé sur les effets générés par un changement de régime, il emporte une conséquence évidente. Il signifie que la mesure contrôlée fait grief au détenu. A cet titre, elle entraîne l'application des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000. Un débat contradictoire, auquel doit pouvoir prendre place le conseil du condamné, doit donc précéder toute décision de ce type. Seulement même la loi pénitentiaire reste muette sur les conditions procédurales de mise en œuvre des régimes différenciés.

Le constat est identique pour les détenus considérés comme dangereux³⁵. Ils sont amenés à subir des conditions de détention éminemment plus sévères sans considération des droits à la défense (surveillance renforcée, transferts répétitifs, isolement prolongé...)³⁶. La création des régimes différenciés à d'ailleurs vocation à répondre aux difficultés de prise en charge de cette catégorie de détenus. Fort opportunément, le juge administratif considère depuis peu que de telles mesures doivent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir au regard de leurs effets juridiques mais aussi – et c'est fondamental – de leur traduction concrète sur la situation des détenus³⁷. Pour autant, le contrôle intervient postérieurement à la prise de décision, longtemps après sa mise à exécution. La saisine du juge en référé est envisageable mais elle est soumise à de strictes conditions de recevabilité, de nature à en limiter sa portée³⁸.

Les décisions de la commission d'application des peines. La commission d'application des peines sise au sein des établissements pénitentiaires est un organe présidé par le juge de l'application des peines, qui comprend un certain nombre de membres de droit et de

33. CE, 14 déc. 2007, n° 290420

34. Par ex. TA Bordeaux, 14 mai 2009, *AJ pénal* 2009, p. 323, obs. M. Herzog-Évans.

35. Classés dans la catégorie des détenus particulièrement signalés (DPS).

36. Le cumul des mesures imposées aux détenus considérés comme dangereux est pourtant source de violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c/ France*, *JCP* 2007, I, 106, chron. F. Sudre ; *AJ pénal* 2007, p. 336, obs. M. Herzog-Évans ; *D.* 2007, p. 1016, obs. J.P. Céré ; *D.* 2007, p. 2637, obs. T. Garé ♦ CEDH, 9 juill. 2009, *Khidler c/ France*, *D.* 2009, p. 2462, note M. Herzog-Évans ; *AJ pénal* 2009, p. 372, obs. M. Herzog-Évans ; *Dr. pén.*, oct. 2009, comm. 129.

37. CE, 30 nov. 2009, *AJ pénal* 2010, p. 43, obs. E. Péchillon.

38. Il faut une condition d'urgence et faire état d'un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision contestée. Par ex. pour un rejet de la condition d'urgence à propos de changements d'affectation fréquents d'un établissement à un autre pour prévenir toute tentative d'évasion : CE, 14 déc. 2007, n° 306432 ;

membres facultatifs³⁹. Elle a vocation à donner un avis préalable, avant toute décision prise par le juge de l'application des peines lui-même, sur des mesures de réductions de peine, permissions de sortir, autorisation de sortir sous escorte (art. 712-5, C. pr. pén.). Sans s'appesantir sur le rôle hybride de cette commission, il convient d'insister sur l'absence de comparution du condamné⁴⁰. Aucune assistance ou représentation par un avocat n'est prévue par les textes. Les débats se dérouleront donc sur la base du seul dossier préparé par l'Administration pénitentiaire⁴¹, en violation ostensible du principe du contradictoire et en décalage profond avec l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme⁴².

Les situations exceptionnelles.

En présence de situations exceptionnelles, les droits de la défense peuvent recevoir certains aménagements⁴³. C'est la loi du 12 avril 2000 elle-même qui dispose que la procédure contradictoire peut ne pas être applicable « en cas de circonstances exceptionnelles »⁴⁴. Les situations visées sont donc, par définition, exceptionnelles. Elles sont précisées par la circulaire du 9 mai 2003⁴⁵. Les circonstances exceptionnelles correspondent à des événements imprévisibles, qui revêtent au regard de leur ampleur et de leur durée, une particulière gravité. Dans le contexte carcéral, seules des situations empêchant le défenseur d'accéder à l'établissement (notamment mutinerie, destruction de bâtiment...) ou des situations perturbant le fonctionnement de l'établissement de façon durable (notamment mouvement social) devraient être assimilables à des circonstances exceptionnelles. Fort heureusement, la jurisprudence impose une motivation de ces circonstances⁴⁶.

La nouvelle loi pénitentiaire imprime la reconnaissance de nombreux droits mais il ne faut sans doute pas attendre de bouleversements sur le terrain des droits de la défense. Les améliorations récentes sont plutôt le fruit d'avancées jurisprudentielles qui étendent le champ du contrôle de la légalité des décisions de l'Administration pénitentiaire. Toutes les conséquences n'en sont cependant pas tirées, justement en termes de droits de la défense et ceux-ci ne peuvent de toute façon pas être abandonnés au seul juge. Cela impliquerait alors une trop forte insécurité juridique⁴⁷. Il reste encore beaucoup de chemin à parcourir, en dépit de l'intervention du législateur, en matière de reconnaissance et d'exercice des droits de la défense en prison.

39. M. HERZOG-ÉVANS, *Droit de l'exécution des peines*, 3^e éd., Dalloz, 2007, p. 132 et s.

40. Le condamné peut, théoriquement, être convoqué si l'on s'en tient à l'article D. 49-29, C. pr. pén.

41. Alors même que le dossier fera inmanquablement référence au comportement disciplinaire du détenu.

42. En ce sens, M. HERZOG-ÉVANS, *op. cit.*, p. 141.

43. Les droits de la défense peuvent également subir des tempéraments en « cas d'urgence ». Ce cas de figure ne concerne que la mise en détention disciplinaire provisoire.

44. L. n° 2000-321, 12 avr. 2000, art. 24, al. 2.

45. Circ. NOR JUSE 0340055C du 9 mai 2003, § 1.3.4

46. V. pour une procédure annulée car aucun avocat n'avait assisté les détenus, alors que l'Administration pénitentiaire ne démontrait pas la réalité des exceptions invoquées : TA Versailles, 5 févr. 2004 (2 décisions), *D.* 2005, Panorama, p. 997, obs. M. Herzog-Évans.

47. V. justement la dernière livraison de la jurisprudence du Conseil d'État sur les transferts : CE, 3 juin 2009, *AJ pénal* 2009, p. 460, obs. M. Herzog-Évans.